

Revista
do

TRT6

Recife PE . 2018

Nº 44

REFORMA
TRABALHISTA

TRT6
Justiça do Trabalho

**EJTRT6**

Escritório do
Tribunal Regional do Trabalho
da Sexta Região

EQUIPE TÉCNICA

Gutemberg Soares

Jornalista DRT- PE 2475

Florisvalda Rodrigues dos Santos

Sofia Ana Veloso de Azevedo

Bibliotecárias

projeto gráfico

Andréa Alcantara,

Siddharta Campos

Capa e diagramação

Siddharta Campos

foto da capa

Siddharta Campos

CORRESPONDÊNCIA

Avenida Beberibe, 301, Encruzilhada, Recife, PE.

CEP: 52.041-430

Telefone: (81) 3242.6259 / (81) 3225.3523 (unidade Cais do Apolo)

E-mail: revistaeletronica@trt6.jus.br

Revista do TRT6 / Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, Escola Judicial – ano I, n. I (1967 -) – Recife, 1967.

n. 44, 2018

Periodicidade irregular.

A partir do n. 41 é publicada exclusivamente em meio eletrônico:

(<http://ensino.trt6.jus.br/ej/mod/page/view.php?id=65>)

1. Direito do trabalho – periódico. 2. Processo trabalhista – periódico. 3. Justiça do trabalho – periódico. 4. Jurisprudência trabalhista. I. Tribunal Regional do Trabalho.

CDD 341.605

Conselho Editorial

ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO

Desembargadora decana do TRT da Sexta Região, professora universitária, mestre e doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

SERGIO TORRESTEIXEIRA

Desembargador do TRT da Sexta Região, professor universitário, mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

JOÃO MAURÍCIO ADEODATO

Mestre, Doutor e Livre Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado e professor convidado em diversas universidades alemãs pela Fundação Alexander Von Humboldt.

FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI

Mestre em Sociologia e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Livre-docência na UFPE e na UERJ.

MAURICIO GODINHO DELGADO

Mestre em Ciência Política e Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

RAMIREZ MARTINEZ

Jurista espanhol, professor catedrático da Universidade de Valência.

ROBERTA CORRÊA DE ARAÚJO

Magistrada do TRT da Sexta Região, professora universitária, mestre e doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Sumário

Apresentação 10

Composição 23

Doutrina 23

1 OS ACORDOS EXTRAJUDICIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO E A LEI 13.467/2017: JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA? VALIDADE FORMAL OU MATERIAL? COMPETÊNCIA?

Ana Paula Taucedá Branco 10

2 TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL: O TELETRABALHO NA LEI N.º 13.467/17

Rodolfo Pamplona Filho
Leandro Fernandez 23

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 442-B, CLT, ACRESCIDO PELA LEI 13.467/2017: ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA

Thiago Fonseca Alves Paranhos

39

4 ASPECTOS PRÁTICOS DA TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO DO TRABALHO

Cássia Barata de Moraes Santos

48

5 AS DESPEDIDAS COLETIVAS NO BRASIL APÓS A REFORMA TRABALHISTA: ENTRE A PÓS-VERDADE DOGMÁTICA E A AFIRMAÇÃO DO TRABALHO DIGNO. UM ESTUDO A RESPEITO DO ATUAL ESTÁGIO NORMATIVO DA MATÉRIA E AS ALTERNATIVAS A SEREM TRILHADAS

Filipe Spenser Dowsley

56

6 A REFORMA TRABALHISTA COMO NEGAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS DE SUCUMBÊNCIA

Ana Maria Aparecida de Freitas
Carolina de Freitas e Silva

69

7 O ADVOGADO E O ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO

Eneida Melo Correia de Araújo

81

8 A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO TRIPULANTE DE NAVIO DE CRUZEIRO: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA FORÇA DA GRAVIDADE

Ingrid Zanella Andrade Campos

Igor Zanella Andrade Campos

94

9 TÉCNICA DA TUTELA ESPECÍFICA DE PRESTAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO

Sergio Torres Teixeira

110

10 O ACESSO À (IN)JUSTIÇA NA REFORMA TRABALHISTA

Clarice Cardim Pinheiro

122

Jurisprudência

Acórdãos

23

Apresentação

Composição

DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO

Presidente

Ivan de Souza Valença Alves

Vice-Presidente

Valdir José Silva de Carvalho

Corregedora

Dione Nunes Furtado da Silva

Tribunal Pleno

Eneida Melo Correia de Araújo

Gisane Barbosa de Araújo

Virgínia Malta Canavarro

Ivan de Souza Valença Alves

Valdir José Silva de Carvalho

Dione Nunes Furtado da Silva

Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino

Nise Pedroso Lins de Sousa

Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

Maria do Socorro Silva Emerenciano

Sergio Torres Teixeira

Fábio André de Farias

Paulo Dias de Alcantara

Maria das Graças de Arruda França

José Luciano Alexo da Silva

Eduardo Pugliesi
Ana Cláudia Petruccelli de Lima
Solange Moura de Andrade

Primeira Turma

Maria do Socorro Silva Emerenciano (presidente)
Sergio Torres Teixeira
Eduardo Pugliesi

Segunda Turma

Fábio André de Farias (presidente)
Eneida Melo Correia de Araújo
Paulo Dias de Alcantara
Solange Moura de Andrade

Terceira Turma

Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura (presidente)
Virgínia Malta Canavarro
Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino
Maria das Graças de Arruda França

Quarta Turma

Gisane Barbosa de Araújo (presidente)
Nise Pedroso Lins de Sousa
José Luciano Alexo da Silva
Ana Cláudia Petruccelli de Lima

DIREÇÃO DA ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO (EJ-TRT6)

DIRETORA

DESEMBARGADORA NISE PEDROSO LINS DE SOUSA

VICE-DIRETOR

DESEMBARGADOR PAULO ALCANTARA

COORDENADORA GERAL

JUÍZA ROBERTA CORRÊA DE ARAÚJO

COORDENADORES ADJUNTOS

JUÍZA ANDRÉA KEUST BANDEIRA DE MELO

JUIZ MILTON GOUVEIA DA SILVA FILHO

JUÍZA MARIANA DE CARVALHO MILLET

CONSELHO CONSULTIVO

DESEMBARGADOR IVAN DE SOUZA VALENÇA (Presidente do TRT6)

DESEMBARGADORA NISE PEDROSO LINS DE SOUSA (Diretora da EJ-TRT6)

DESEMBARGADOR PAULO ALCANTARA (Vice-Diretor da EJ-TRT6)

DESEMBARGADORA ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO (representante da Segunda Instância)

JUIZ MATHEUS RIBEIRO REZENDE (representante da Primeira Instância)

JUÍZA ROBERTA CORRÊA DE ARAÚJO (Juíza Coordenadora Geral da EJ-TRT6)

ANTIÓGENES CARNEIRO PEREIRA FILHO (representante dos Servidores)

Juízes do Trabalho Titulares (por ordem de antiguidade)

1. MILTON GOUVEIA DA SILVA FILHO – 6ª VT do Recife
2. LARRY DA SILVA OLIVEIRA FILHO – 13ª VT do Recife
3. CARMEN LÚCIA VIEIRA DO NASCIMENTO – 7ª VT do Recife
4. EDMILSON ALVES DA SILVA – 22ª VT do Recife
5. AURÉLIO DA SILVA – 2ª VT de Nazaré da Mata
6. HUGO CAVALCANTI DE MELO FILHO – 12ª VT do Recife
7. MARTHA CRISTINA DO NASCIMENTO CANTALICE – 2ª VT de Olinda
8. MARIA CONSOLATA REGO BATISTA – 2ª VT de Paulista
9. ALBERTO CARLOS DE MENDONÇA – 20ª VT do Recife
10. GILVANILDO DE ARAÚJO LIMA – 5ª VT de Jaboatão dos Guararapes
11. MAYARD DE FRANÇA SABOYA DE ALBUQUERQUE – 2ª VT de Jaboatão dos Guararapes
12. MARIA DO CARMO VAREJÃO RICHLIN – 3ª VT de Jaboatão dos Guararapes
13. FERNANDO CABRAL DE ANDRADE FILHO – 2ª VT de Igarassu
14. SÉRGIO MURILO DE CARVALHO LINS – 2ª VT do Cabo de Santo Agostinho
15. MARCÍLIO FLORÊNCIO MOTA – 1ª VT de Paulista
16. VIRGÍNIO HENRIQUES DE SÁ BENEVIDES – 2ª VT de Goiana
17. ROBSON TAVARES DUTRA – 1ª VT de Nazaré da Mata
18. HÉLIO LUIZ FERNANDES GALVÃO – 5ª VT do Recife
19. IBRAHIM ALVES DA SILVA FILHO – 1ª VT de Igarassu
20. PAULA REGINA DE QUEIROZ MONTEIRO G. MUNIZ – 16ª VT do Recife
21. ROBERTA CORRÊA DE ARAÚJO MONTEIRO – 14ª VT do Recife
22. ANA CRISTINA DA SILVA – 1ª VT de Olinda
23. PATRÍCIA COELHO BRANDÃO VIEIRA – VT de São Lourenço da Mata
24. AMAURY DE OLIVEIRA XAVIER RAMOS FILHO – 2ª VT de Ribeirão
25. ANA CATARINA CISNEIROS BARBOSA DE ARAÚJO – Vara de Vitória de Santo Antão
26. MARCELO DA VEIGA PESSOA BACALLÁ – 3ª VT de Goiana
27. SÉRGIO VAISMAN – 4ª VT do Recife
28. WALKÍRIA MIRIAM PINTO DE CARVALHO – 17ª VT do Recife
29. RENATA LIMA RODRIGUES – 9ª VT do Recife
30. ROGÉRIO FREYRE COSTA – Vara de Escada
31. ROBERTO DE FREIRE BASTOS – 3ª VT de Olinda
32. AGENOR MARTINS PEREIRA – Vara do Trabalho de Carpina
33. ALINE PIMENTEL GONÇALVES – 3ª VT do Recife

34. ANA ISABEL GUERRA BARBOSA KOURY – 10ª VT do Recife
35. RENATA LAPENDA RODRIGUES DE MELO – 1ª VT de Ribeirão
36. CARLA JANAÍNA MOURA LACERDA – Vara do Trabalho de Araripina
37. ANTONIO WANDERLEY MARTINS – 19ª VT do Recife
38. ANDRÉA KEUST BANDEIRA DE MELO – 8ª VT do Recife
39. BERNARDO NUNES DA COSTA NETO – 2ª VT de Barreiros
40. ANDRÉA CLÁUDIA DE SOUZA – 2ª VT do Recife
41. PLAUDENICE ABREU DE ARAÚJO BARRETO VIEIRA – 21ª VT do Recife
42. GEORGE SIDNEY NEIVA COELHO – 3ª VT de Petrolina
43. PATRÍCIA PEDROSA SOUTO MAIOR - 1ª VT do Recife
44. GUILHERME DE MORAIS MENDONÇA – 1ª VT de Goiana
45. ANA MARIA SOARES RIBEIRO DE BARROS – VT de Limoeiro
46. SOHAD MARIA DUTRA CAHU – VT de Garanhuns
47. GUSTAVO AUGUSTO PIRES DE OLIVEIRA – 11ª VT do Recife
48. JULIANA LYRA BARBOSA – 23ª do Recife
49. JOSIMAR MENDES DA SILVA OLIVEIRA – 3ª VT de Ipojuca
50. FÁBIO JOSÉ RIBEIRO DANTAS FURTADO – 2ª VT de Palmares
51. TÂNIA REGINA CHENK ALLATTA – Vara do Trabalho de Catende
52. LUCIANA PAULA CONFORTI – 1ª VT de Barreiros
53. MARIA JOSÉ DE SOUZA – 1ª VT de Palmares
54. ANDRÉ LUIZ MACHADO – 1ª VT do Cabo de Santo Agostinho
55. ANA MARIA APARECIDA DE FREITAS – 15ª VT do Recife
56. WALMAR SOARES CHAVES – Vara do Trabalho de Timbaúba
57. MARÍLIA GABRIELA MENDES LEITE DE ANDRADE – 2ª VT de Petrolina
58. MÁRCIA DE WINDSOR NOGUEIRA – 1ª VT de Caruaru
59. KÁTIA KEITIANE DA ROCHA PORTER – 3ª VT de Caruaru
60. ROSA MELO MACHADO RODRIGUES FARIA – VT de Pesqueira
61. REGINA MAURA MACIEL LEMOS – 2ª VT de Caruaru
62. CRISTINA FIGUEIRA CALLOU DA CRUZ GONÇALVES – 1ª VT de Ipojuca
63. DANIELLE LIRA PIMENTEL ACIOLI – 2ª VT de Ipojuca
64. SAULO BOSCO SOUZA DE MEDEIROS – VT de Belo Jardim
65. ESTER DE SOUZA ARAÚJO FURTADO – 1ª VT de Petrolina
66. MAYSА COSTA DE CARVALHO ALVES – VT de Serra Talhada

Atualizada até 14/12/2018

Juízes do Trabalho Substitutos (por ordem de antiguidade)

1. GUSTAVO HENRIQUE CISNEIROS BARBOSA
2. JOSÉ ADELMY DA SILVA ACIOLI
3. ILKA ELIANE DE SOUZA TAVARES
4. CARLA SANTINA DE SOUZA RODRIGUES
5. VANÊSSA ZACCHÊ DE SÁ
6. ADRIANA SATOU LESSA FERREIRA PINHEIRO
7. ANA CRISTINA ARGOLO DE BARROS
8. ARMANDO DA CUNHA RABELO NETO
9. MATHEUS RIBEIRO REZENDE
10. LAURA CAVALCANTI DE MORAIS BOTELHO
11. LUCAS DE ARAÚJO CAVALCANTI
12. NECY LAPENDA PESSOA DE ALBUQUERQUE DE ZEVEDO
13. GÊNISON CIRILO CABRAL
14. JOAQUIM EMILIANO FORTALEZA DE LIMA
15. ANTÔNIO AUGUSTO SERRA SECA NETO
16. EVELLYNE FERRAZ CORREIA DE FARIAS
17. JOSÉ AUGUSTO SEGUNDO NETO
18. ANA CATARINA MAGALHÃES DE ANDRADE SÁ LEITÃO
19. EDSON LUÍS BRYK
20. RENATA CONCEIÇÃO NÓBREGA SANTOS
21. RAFAEL VAL NOGUEIRA
22. CAMILA AUGUSTA CABRAL VASCONCELOS
23. CÁSSIA BARATA DE MORAES SANTOS
24. MIRIAM SOUTO MAIOR DE MORAIS
25. EDUARDO HENRIQUE BRENNAND DORNELAS CÂMARA
26. KATHARINA VILA NOVA DE CARVALHO OLIVEIRA E SILVA
27. LILIANE MENDONÇA DE MORAES SOUZA
28. RODRIGO SAMICO CARNEIRO
29. DANILO CAVALCANTI DE OLIVEIRA
30. ROBERTA VANCE HARROP
31. GERMANA CAMAROTTI TAVARES
32. SARAH YOLANDA ALVES DE SOUZA
33. ADALBERTO ELLERY BARREIRA NETO
34. LEVI PEREIRA DE OLIVEIRA
35. EVANDRO EULER DIAS
36. EDGAR GURJÃO WANDERLEY NETO
37. SÉRGIO PAULO DE ANDRADE LIMA
38. MARIANA DE CARVALHO MILET

39. LÍDIA ALMEIDA PINHEIRO TELES
40. LEONARDO PESSOA BURGOS
41. DÉBORA DE SOUZA SILVA LIMA
42. ANA CAROLINA BULHÕES CALHEIROS
43. MARÍLIA LEAL MONTENEGRO SPINELLI
44. GILBERTO OLIVEIRA FREITAS
45. JOÃO CARLOS DE ANDRADE E SILVA
46. WIVIANE MARIA OLIVEIRA DE SOUZA
47. MARIA CARLA DOURADO DE BRITO JUREMA
48. KÉVIA DUARTE MUNIZ
49. THAYSE SOUSA BEZERRA DE CARVALHO
50. PEDRO LEO BARGETZI FILHO
51. AIRAM CLEMENTE TORRES DE ARAÚJO
52. ARTHUR FERREIRA SOARES
53. BRUNO LIMA DE OLIVEIRA
54. LUIS GUILHERME SILVA ROBAZZI
55. LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA
56. PATRICIA FRANCO TRAJANO
57. PALOMA DANIELE BORGES DOS SANTOS COSTA
58. TATYANA DE SIQUEIRA ALVES PEREIRA RODRIGUES ROCHA
59. CAROLINA DE OLIVEIRA PEDROSA
60. MARIA ODETE FREIRE DE ARAÚJO
61. DANIELLA CRISTIANE RODRIGUES FERREIRA
62. JULIANA GABRIELA HITA NEVES
63. HERMANO DE OLIVEIRA DANTAS
64. JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA JÚNIOR
65. MARCUS VINÍCIUS CLAUDINO DE OLIVEIRA
66. LIANA MARIA FREITAS DE SÁ CAVALCANTE

Atualizada até 14/12/2018

Doutrina

OS ACORDOS EXTRAJUDICIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO E A LEI 13.467/2017: JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA? VALIDADE FORMAL OU MATERIAL? COMPETÊNCIA?

Ana Paula Tauceda Branco

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Desembargadora do Trabalho do TRT da 17ª Região. Secretária Geral da Comissão Nacional de Promoção à Conciliação – CONAPROC (Órgão do CSJT). Presidente do Núcleo de Conciliação do TRT da 17ª Região desde 2013. Especialista em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Constitucional do Trabalho.

I. Introdução

Ocupados com a compreensão adequada das regras jurídicas trazidas para a Consolidação das Leis do Trabalho no Brasil pelo texto da Reforma Trabalhista e, especialmente instigados pelas reflexões e debates de ideias apresentados na audiência pública organizada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), no dia 25 de outubro do corrente, “para ouvir o pronunciamento de pessoas e autoridades com experiência na jurisdição voluntária trabalhista e na solução adequada de disputas, objetivando esclarecer questões técnicas (não jurídicas), científicas, econômicas e sociais relativas à realização de acordos trabalhistas extrajudiciais, nos termos do art. 855-B e seguintes da

CLT¹ é que, ao deixarmos o salão do CSJT impregnados de dúvidas e preocupações, mas também de algumas certezas, decidimos contribuir para o debate produzindo o presente artigo científico.

As dúvidas? Existe jurisdição voluntária no Processo do Trabalho? O que o art. 855 da Reforma Trabalhista é, de fato, uma jurisdição voluntária? Se não, então como deverá ser interpretado e aplicado as arts. 855-B e 652-F? Se sim, mantém-se a mesma conduta adotada, por exemplo, para a liberação dos depósitos FGTS? E, como se darão essas homologações de acordos extrajudiciais? Quando serão homologados? Em audiência? E se as pautas estiverem assoberbadas? Poderão os interessados esperar meses a fio na hipótese do magistrado entender que necessita colocá-lo em mesa? Deverá haver a homologação no todo ou em parte do conteúdo da avença extrajudicial? Quais as consequências jurídicas de tal homologação? E qual o procedimento a ser adotado na hipótese de dúvida sobre a existência de vício de consentimento? A decisão exarada deverá ser fundamentada em relação a cada parcela e valor homologado? Quem terá competência para homologar tais acordos extrajudiciais, o juiz da vara para o qual for distribuído ou os CEJUSC's? E qual será a validade jurídica da decisão que homologa um acordo extrajudicial? Fará coisa julgada material ou formal? Caberá recurso dela? Ela se trata de um título executivo extrajudicial? Em caso de descumprimento, pode ser executada?

As certezas? Não se pode beber na fonte do processo civil de modo a descaracterizar o processo do trabalho. As novas regras jurídicas processuais devem passar pela hermenêutica da filtragem constitucional e pelo respeito aos princípios norteadores do processo do trabalho. Todo e qualquer debate alusivo à jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho deve considerar como referência primária o princípio do amplo acesso à justiça. A independência funcional do Juiz do Trabalho há de ser respeitada em todas as suas atividades, sejam elas relaciona-

1 Esses são termos do despacho exarado em 03 de outubro de 2017, pelo Exmo. Ministro Emanuel Pereira, Vice Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Conselheiro do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), no processo n.º CSJT-NA-16353-37.2016.5.90.0000, do qual Sua Excelência foi o Conselheiro Relator.

das à jurisdição ou a atos administrativos comuns a outros órgãos do Estado. A pacificação de conflitos através do tratamento adequado do conflito de interesses é fundamental e há de ser estimulada, como missão social e institucional da Justiça do Trabalho, mas sempre de forma cuidadosa e responsável para que não seja sinônimo de fraude e, por outro lado, para que o processo nunca seja utilizado para maximizar o conflito, ao invés de solucioná-lo.

Movidos pelo prisma da inquietude que as mudanças trazem, é que estabelecemos esses pontos de partida para a reflexão necessária, nesse desafio que nos foi a todos imposto a partir da vigência da nova lei que se avizinha e que à época da publicação do presente estudo certamente já estará em vigor.

Registramos, enfim, que é nessa esteira de questionamentos e convicções, que estaremos apresentando análises inspiradas pela concepção haberleana de uma Carta Constitucional interpretada por uma “comunidade aberta de intérpretes” para, então, entabularmos a necessária interlocução entre os pensamentos de destacados estudiosos do Direito Processual do Trabalho que compõem o norte deste estudo e, ao fim e ao cabo apresentaremos o nosso ponto de vista sobre o Capítulo III-A da Lei n.º 13.467/2017, quando faz referência ao da jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial.

2.A jurisdição voluntária no Processo do Trabalho

Aos leitores que não prezam análises jusfilosóficas ou que estão em busca de um enfrentamento mais pragmático do tema, sugerimos pular a leitura do primeiro, segundo e terceiro parágrafos que abrem este capítulo 2 e irem direto ao texto do quarto parágrafo.

Porém, aos que se buscam na filosofia jurídica também a sua inspiração, lembramos que a expressão **hipermodernidade** foi lucidamente cunhada e utilizada pelo filósofo francês Gilles Lipovetsky (2004, p.98), na obra sua contemporânea obra *Os Tempos Modernos*, que numa análise apertada, destinou-se a se referir e analisar a atual

quadra histórica e experiencial da humanidade nas sociedades capitalistas ocidentais, em divergência à expressão “pós-modernidade”, já que Lipovetsky defende que nos nossos tempos estamos vivendo o auge da potencialização absoluta de comportamentos que ditaram um estilo de vida comum e global na modernidade, quais sejam: pressa, exagero, efemeridade, dentre outros similares; todos eles adotados comportamentalmente, como ferramentas para viabilizar a cultura “do mais” que permeia a vida da humanidade contemporânea, amplamente dedicada ao **culto do espetacular** e da **lógica do excesso**, enfim, do **hiper**: hiperautonomia, hiperproteção, hipervitaminado, hiperfacilidade, hiperprodução, hiperconsumo, hipercorpo, hiperpoder, hiperlongevidade, hipersalário, hipermercado, hiper corrupção, hiperdescanso, hiperbeleza, hiperviolência, hiperdireito... e, porque não dizer para fins deste ensaio, **hiperprocesso**.^{2,3,4,5}

2 Cf. meu O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, In: MELO FILHO, Hugo Viana...[et.al.] (Coord.). O mundo do trabalho, volume I: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 49.

3 *Hiperprocesso* é uma expressão aqui, por nós utilizada, para designar uma perspectiva do processo cuja principal razão de não seja o mero procedimentalismo, ou seja, a evidência e super valorização do seu aspecto formal, exterior, enfim, da sua enorme sequência de atos procedimentais. E, é justamente esse *hiperprocesso* que na hipermodernidade deve ter desabado ou pelo menos sublimado em seu rígido conceito de um procedimentalismo que se tem por essencial; tudo isso a fim de tornar o processo mais adequado e célere para atender às situações da vida, o fato social e assim viabilizar uma entrega da tutela jurisdicional mais rápida e adequada ao caso concreto, de modo a compreendê-los e resolvê-los, inclusive na perspectiva dos direitos e princípios fundamentais (e suas colisões), que fazem parte da existência de todos os cidadãos jurisdicionados, que se apresentam ao Poder Judiciário, em busca de uma prestação jurisdicional menos impregnada de apelo às formalidades e mais atenta e adaptada ao caso concreto.

4 Cf. meu **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 87-140.

5 A respeito do tema relacionado ao culto ao procedimentalismo no processo, vide OLIVEIRA, Carlos Alberto de. **Do formalismo do Processo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.11-124.

Mas, essa mesma hipermodernidade possui características positivas e que devem ser consideradas e, uma delas é a aptidão para fazer desabar conceitos rígidos, inclusive sobre ordenamento jurídico e crenças processuais (Zanete Júnior, 2014, p. 228).

É sob essa lente que nos propusemos a nos debruçarmos sobre a jurisdição voluntária, tema que, confesso, há muito não me atraía a atenção.

Assim, ansiosos por bebermos na fonte do Direito Processual, voltamo-nos aos ensinamentos do jurista italiano, Proto Pisani, que afirma que a jurisdição voluntária é:

(...) uma jurisdição constitucionalmente não necessária, composta de atividades que a lei atribuiu aos juízes, como poderia ter atribuído a outros órgãos do estado ou do poder privado dos próprios interessados. (PISANI, 2001, p. 35)

Como acima lecionado, é essencial que se fixe que enquanto a jurisdição contenciosa é uma jurisdição constitucionalmente necessária, vez que assegura a materialização da garantia constitucional da tutela efetiva de direitos trabalhistas, a jurisdição voluntária seria uma jurisdição constitucionalmente não necessária, posto que composta por atividades administrativas que, eventual e parcamente, a lei atribui a magistratura, mas que também podem ser atribuídas a outros órgãos do Estado ou mesmo ao sindicato.

Daí porque, concluímos que mesmo aqueles que entendem que há uma jurisdição dita *voluntária* deve ela ser apresentada como modelo restrito e acessório à jurisdição contenciosa, razão pela qual é necessário demarcar os limites constitucionais e legais pro seu exercício, inclusive para os fins do presente estudo, qual seja, regula voltado à homologação dos acordos extrajudiciais pelo Juiz do Trabalho.

E, perseguindo o objetivo de decifrar mais profundamente o instituto da jurisdição voluntária conforme a melhor doutrina processual brasileira, oportuna é lição de Alexandre Freitas Câmara (2003, p. 76-80) que, a despeito da complexidade do tema, afirma que a juris-

dição voluntária não é jurisdição e muito menos voluntária e, justifica a sua posição pelo fato de se tratar de função administrativa, pois não compõe lide e não a substitui, como também por só possuir natureza constitutiva, visto que se limita a criar novas situações jurídicas (Chiovenda⁶). Através dela, a Administração Pública, também por meio do Poder Judiciário, limita-se a validar negócios jurídicos de interesse privado. Por todas características e sua natureza, na jurisdição voluntária há procedimento e não processo, bem como há interessados e não partes. Tudo isso de modo a que os provimentos administrativos fruto da jurisdição voluntária não fazem coisa julgada.

Na mesma esteira da teoria administrativista, posiciona-se Humberto Theodoro Júnior (1998, p. 40-41) – certamente inspirado nas lições de Liebman⁷, Carnelutti⁸, Fazzalari⁹ e Cristofolini¹⁰ –, convicto que na jurisdição voluntária as funções dos magistrados equivalem aos atos de um tabelião, responsável pela intervenção pública capaz de dar validade ao negócio jurídico.

Na moderna teoria da constitucionalização do processo ou do processo constitucional, o ato jurisdicional é identificado “pela presença da imparcialidade do juiz somada à característica de sua *imperatividade*, em razão de sua *autoridade estatal*. A esses elementos, soma-se a *irreversibilidade externa dos provimentos*.” (ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 177).

6 Vide Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, p.49.

7 Cfr. LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.31 (trad. Candido Rangel Dinamarco).

8 Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Istituzioni del processo civile italiano. 5.ed. Roma: Foro Italiano, 1956, p. 17ss.

9 Cfr. FAZZALARI, Elio. La giurisdizione volontaria. Pádua: Cedam, 1953, p. 159-161, 195 e 237.

10 Cfr. CRISTOFOLINI, Giovanni. Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria emessi da giudice incompetente, *in Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chivenda*. Pádua: Cedam, 1927, p. 167, 392-393 e 402-403.

Assim é que, afora uma série de outros entendimentos e acepções que adotam a teoria jurisdicionalista (ou revicionista) no sentido de defender ser a jurisdição voluntária uma forma de exercício da função jurisdicional¹¹ ou no sentido de pertencer ela a um terceiro gênero, nem administrativa e nem jurisdicional; estamos certos que esse instituto – de origem romana ou medieval –, sequer mais deveria ser considerado existente.

Congregando as premissas anteriormente formuladas, vale dizer que, a despeito da terminologia adotada pelo legislador – inclusive no Capítulo III-A da Lei n.º 13.467/17 – para ser referir à jurisdição voluntária, o certo é que jurisdição, propriamente dita, ela não o é, limitando-se a constituir uma forma de administrar interesses privados¹², de responsabilidade da Administração Pública e, desta feita, também do Poder Judiciário quando previsto em lei.

E, como já afirmado no início deste capítulo 2, urge que deixemos que o paradigma filosófico dessa exagerada e até perversa hipermodernidade também se estabeleça para trazer o seu lado bom e de reflexos coletivos, como por exemplo, através da dissolução daqueles fundamentos do saber, outrora inquestionáveis (LIPOVETSKY, p. 98), que se estão ultrapassados e até mesmo servindo para uma deformação da noção da função jurisdicional cuja maior importância – à luz do processo constitucional – está “na realização dos objetivos da efetividade e justiça aos quais o processo está vocacionado” (ZANETE JÚNIOR, 2014, p. 166).

Denomine-se de *atividade administrativa* ou de *administração pública de interesses privados* ou de *modalidade especial de tutela assistencial de interesses particulares*¹³, o certo é que eventuais funções administrativas exercidas pelo Judiciário, não são e não podem ser con-

11 Alguns autores antagonistas, ou seja, adeptos da teoria revisionista: Ovidio Baptista da Silva (1996, vol. I, p.33), Vicente Greco Filho (1995, vol. III, p.263), Daniel Assunção (2016, p.63-64), Fredie Didier (2015, vol. I, p.192-195).

12 Expressão utilizada por CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO (1993, p.140).

13 Vide art. 226 da CR.

fundidas com a inafastável função jurisdicional exercidas exclusivamente por seus órgãos e que constituem sua própria razão de existir num Estado Democrático e de Direito.

Percebe-se, com efeito, que seja o processo civil, seja o processo do trabalho, é o processo constitucional sujeita a todos os ramos processuais e, em assim sendo, o instituto da jurisdição voluntária também não tem a menor razão de ser no Direito Processual do Trabalho.

Com a devida *vênia* aos que abraçam o entendimento segundo o qual existe a dita jurisdição voluntária, tal perspectiva encerra, a nosso ver, uma falta de compreensão da equação atinente às funções de Estado e às funções de órgãos e agentes do Estado, porque o *poder público* é um só e são as funções de Estado que são distintas e se dividem em legislativa, executiva e judiciária, conforme o princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 2º da Carta Política brasileira. Porém, na modernidade, o princípio da separação dos poderes e a teoria das funções estatais, já se firmam num enfoque de que

*(...) há um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder possa se sobrepor ao outro poder, ao invés de entre eles, se formar uma atuação de 'concerto'.
(Ferraz, 1994, p.14)*

Assim é que, embora o aprofundamento do tema não seja importante para os fins deste estudo, o que importa refletir é que a divisão das funções do Estado, não impede que seus diversos órgãos e agentes exerçam em caráter remanescente, residual e até mesmo complementar.

Nessa esteira, a nosso sentir, a dita jurisdição voluntária nada mais é que uma função de órgãos e agentes do Judiciário, tendo escopo de função tipicamente administrativa – atrelada, por exemplo,

à execução ou à fiscalização de determinados atos e procedimentos administrativos, como é o caso da previsão constante nos arts. 855-B e 652-F da Lei n.º 13.467/17 -, sem que isso tenha o condão de qualificá-la como jurisdicional.

Nesse particular, vale mencionar, alguns doutrinadores respeitados e à frente de seu tempo, que há tempos já defendem que não existe jurisdição voluntária no processo do trabalho.

Desenvolvendo sua linha de raciocínio, Manoel Antonio Teixeira Filho (2009, p.156-157), denuncia a impropriedade da expressão *jurisdição voluntária*, por nela haver somente interessados e procedimento e por essa suposta jurisdição ser, na verdade, um ato administrativo. Vindo, em seguida a advertir que o Estado não está ali a atuar de maneira voluntária, justificando tal convicção à luz do art. 702¹⁴ do CPC que reza que “o procedimento terá início por provocação do interessado, do Ministério Público ou da Defensoria Pública”. Aliás, a perspicácia de seu raciocínio é alinhavada com a defesa que como art. 16¹⁵ o CPC reconhece a existência de uma jurisdição voluntária e, o art. 2º¹⁶ dispõe que o processo começa com a iniciativa da parte para que o juiz preste a tutela jurisdicional em seu favor, portanto, mesmo a dita jurisdição voluntária não pode ser exercida de ofício, o que joga por terra a própria razão de ser dessa expressão. E, para exemplificar, o autor argumenta que quando “(...) a Justiça do Trabalho homologa a opção de empregado pelo regime do FGTS, com efeito retroativo, não está a exercer função jurisdicional e, sim, como dissemos, realizando mero ato administrativo”; ato administrativo este que, ao ser realizado, não impõe que o magistrado observe o critério da legalidade estrita, uma

14 Art. 702 CPC: “O procedimento terá início por provocação do interessado, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, cabendo-lhes formular o pedido devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial”.

15 Art. 16 CPC: “A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código”.

16 Art. 2º CPC: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

vez que conforme o § único do art. 723¹⁷ do CPC lhe permite “adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”, ou seja, conforme conveniência e oportunidade que não são características típicas dos atos judiciais, mas sim dos atos administrativos.

Na mesma esteira, Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p.200-201), afirma literalmente que no processo do trabalho há, sim, procedimentos especiais que a doutrina denomina de jurisdição voluntária – tais como a expedição de alvará para liberação do FTGT e a ordem judicial para pagamento do seguro desemprego -, porém só existe jurisdição contenciosa.

Esses olhares congruentes de Manoel Antonio Teixeira Filho e Carlos Henrique Bezerra Leite quanto à inexistência de *jurisdição voluntária* também no processo do trabalho, acabam por denunciar suas oposições ao hiper-processo que mencionamos na abertura deste estudo, que nada mais denota que quase que um louvor ao pan-processualismo¹⁸, como se todas as atividades exercidas pelo Judiciário tivesse que ter força e caráter de função jurisdicional e tudo fosse *processo*. Não, há questão a ser refletida e assumida é que o ordenamento jurídico nacional admite o Judiciário exerça funções outras tais que não são jurisdicionais e não farão coisa julgada material, consistindo em meros procedimentos administrativos que lhe foram atribuídos por uma razão ou outra do legislador.

Superada essa questão da adequação da expressão *jurisdição voluntária* na perspectiva do atual processo constitucional, girando em torno de nosso próprio eixo de compreensão do instituto, voltamo-nos ao estudo de uma obra que consistiu numa das mais importantes bases de nossa formação jurídica processual.

A independência dos magistrados, a sua idoneidade, a responsabilidade que tem perante a sociedade levam o legislador a lhes

17 § único do art. 723 CPC: “O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”.

18 Vide DINAMARCO, Candido Rangel (2005, 210-212).

confiar importantes funções em matéria dessa chamada administração pública de interesses privados. A doutrina preponderante e já tradicional diz que são funções administrativas, tanto quanto aquelas exercidas por outros órgãos (e referidas acima); não é pela mera circunstância de serem exercidas pelos juízes que tais funções haveriam de caracterizar-se como jurisdicionais. E teriam, tanto quanto a administração pública de interesses privados exercida por outros órgãos, a finalidade constitutiva, isto é, finalidade de formação de situações jurídicas novas (atos jurídicos de direito público, conforme exposto acima). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1993, p. 140).

À conta do ensinamento conjuntamente formulado por esses grandes mestres - Candido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrine Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra – do Direito Processual brasileiro, reconhecemos a atualidade de suas afirmações vez que, conforme diuturnamente noticiado pela grande mídia falada e escrita deste país, um dos objetivos da Lei n.º 13.467/17 foi justamente trazer a tão propalada *segurança jurídica* às decisões judiciais trabalhistas e, para tanto, após se ter buscado enquadrar, o máximo possível, a atividade hermenêutica do Juiz do Trabalho¹⁹, empenhou-se em trazer para o seio da Justiça do Trabalho uma atividade administrativa já exercida pelas legítimas entidades sindicais de homologação de acordos extrajudiciais, numa estratégia clara de se esquivar do entendimento cristalizado pelo

19 Nesse sentido, veja-se, por exemplo, a nova redação dada ao art. 8º da CLT, especialmente em seu §3º, em que o legislador infraconstitucional determina que os magistrados trabalhistas ao interpretarem as normas previstas em Instrumentos Coletivos, voltem suas análises, exclusivamente, aos elementos essenciais do negócio jurídico, bem como no §2º impõe que entendimentos sumulados não restrinjam direitos e nem criem obrigações jurídicas, numa clara tentativa de engessar toda a atividade hermenêutica que não seja exercida unicamente através do método de interpretação gramatical ou literal das normas que estejam sob análise do magistrado trabalhista.

TST, através de sua Súmula n.º 330²⁰, segundo o qual qualquer declaração de quitação passada pelo empregado ao empregador durante o ato de homologação, pelo sindicato, do termo de extinção contratual, não tem o poder de dar plena e irrevogável quitação às verbas e valores ali discriminados.

Frise-se: o art. 855-B da Lei n.º 13.467/17, foi inserido no referido texto legal com a finalidade de estender, ao próprio Juiz do Trabalho a faculdade homologação de acordos extrajudiciais - outrora somente executada pelos sindicatos -, não para verdadeiramente exercer um escopo pacificar conflitos através de um Juiz do Trabalho apto a mediar os interessados.

Ao contrário.

Estamos convictos que o Capítulo III-A da Lei n.º 13.467/2017 apesar de apresentar-se como “Do Processo de Jurisdição Voluntária para Homologação de Acordo Extrajudicial”, não se trata de um passo em direção ao uso eficiente da máquina estatal e nem da inculturação de uma perspectiva não adversarial de uma disputa de interesses²¹.

Na realidade, tal trecho normativo nada mais é que um retalho remendado no texto celetista destinado unicamente a contornar a limitação imposta pela Súmula n.º 330 do TST e, nesse sentido não é nada fiel e condizente com a posição daqueles que tecnicamente defendem existir a jurisdição voluntária no processo do trabalho e, muito menos, com o ideal daqueles inúmeros colegas e profissionais do Direito que lutam pela institucionalização da cultura da pacificação dos conflitos trabalhistas de forma a auxiliar na melhoria das relações sociais.

20 Súmula n.º 330 TST. Validade. Revisão da Súmula n.º 41. “A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do artigo 477, da Consolidação das Leis do Trabalho, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.”

21 Cf. obra em coautoria comigo *Mediação: uma velha forma de gestão de conflitos, por meio de um diferente olhar*. Vitória/ES: Editora SEBRAE, 2010.

03. Os efeitos da decisão jurídica que homologar acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho

Desembocamos neste capítulo 3, tendo firmado o entendimento que não existe jurisdição voluntária - muito menos no processo do trabalho -, razão pela qual neste momento nos ocuparemos em refletir acerca da validade jurídica da decisão que homologar um acordo extrajudicial.

Entabulando um diálogo de convergência com os doutrinadores acima mencionados, volvemo-nos também a NERY JÚNIOR (2001, p. 908) que afirma só poder fazer coisa julgada material aquela decisão judicial que resolver o mérito e somente após o seu trânsito em julgado²².

É nesse horizonte teórico que CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO ensinam que (...) não há coisa julgada em decisões proferidas em feitos de jurisdição voluntária, pois tal fenômeno é típico das sentenças jurisdicionais (1993, p.152).

Nesse aspecto, se considerarmos que o magistrado do trabalho entenda por ser realmente de sua competência ou conveniência e oportunidade, a atividade de homologar acordos extrajudiciais, as vertentes de pensamento acima mencionadas vão ao encontro do defendido no presente ensaio, ou seja, considere-se ser a homologação de acordo extrajudicial atividade jurisdicional inserida na jurisdição voluntária ou uma modalidade especial de tutela assistencial de interesses de particulares ou mera atividade administrativa voltada à administração pública de interesses privados – típica do Poder Executivo – estendida ao Judiciário Trabalhista, esta **não fará coisa julgada material**.

Endossando nossa convicção, novamente nos voltamos às lições do mestre processualista capixaba que, ao discorrer sobre os efeitos da coisa julgada formal, adverte que dela não se é possível impugnar por meio de recurso ou por qualquer meio outro (Leite, 2017, p. 904).

No mesmo sentido, o festejado processualista curitibano que, leciona haver decisões que não constituem coisa julgada material,

22 Vide arts. 487 e 508 do CPC.

dentre as quais registra aquelas proferidas na administração pública de interesses privados, impropriamente denominadas de jurisdição voluntária (Teixeira Filho, 2009, p. 1388-1399).

Disso advém o fato que **da decisão exarada no sentido de homologar ou não o acordo extrajudicial, não caberá recurso de nenhuma espécie**, cabendo aos interessados – se insatisfeitos com a decisão do magistrado do trabalho que nessa hipótese atua como o Estado-administrador -, unicamente, voltarem a apresentar – quantas vezes entenderem necessário -, nova petição contendo seus interesses em transacionar extrajudicialmente, ou ajuizar a devida ação trabalhista para nela, então, discutir os seus direitos e pretensões.

Convém a admoestação no sentido que, **os termos da decisão de um Juiz do Trabalho que venha a homologar uma petição de acordo extrajudicial não constituirá um título executivo extrajudicial**²³ e, portanto, não estará apto a ser executado em caso de seu descumprimento, pois congregando as premissas anteriormente apresentadas, vale-se destacar que historicamente a admissão pela doutrina da existência de títulos executivos extrajudiciais de índole processual trabalhista é algo raro e excepcionalíssimo, limitando-se, até a presente data, a serem admitidos com tais: o Termo de Ajustamento de Conduta²⁴ firmado perante o Ministério Público do Trabalho; o Termo de Conciliação firmado na Comissão de Conciliação Prévia²⁵, cuja existência foi quase que na sua totalidade esvaziada pelo desinteresse e in-

23 Somente para fins de prévios esclarecimentos, esclarecemos que apesar do dissenso doutrinário, adotamos a corrente que defender serem os títulos executivos taxativos, ou serem, advém de lei e ali devem estar mencionados. Daí porque entendemos que o rol do art. 784 do CPC é taxativo e, portanto, a petição de acordo extrajudicial homologada por Juiz do Trabalho, não será um título executivo extrajudicial por ausência de previsão legal quanto a tal qualidade.

A esse respeito vide THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 378.

24 Vide §6º do art. 5º da Lei n.º7.347/85.

25 Vide arts. 625-A a 625-H da CLT.

credibilidade em relação ao tal instituto, na ótica dos atores sociais da relação capital \times trabalho; a Certidão de Inscrição na Dívida Ativa da União referente às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações do trabalho²⁶; a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas²⁷; e, o cheque e a nota promissória emitidos em reconhecimento de dívida inequivocamente de natureza trabalhista²⁸.

Assim, harmonizando a teoria por nós adotada – e a despeito do necessário respeito à independência do magistrado –, a postura mais adequada do Juiz do Trabalho que se defrontar com a hipótese do art. 855-B c/c o art. 652-F, é no sentido de limitar-se a – no todo –, homologar ou não tal avença; ou, ainda, a despachar para que os interessados revejam pontos que tem por equivocados, discriminem verbas, liquidem valores, tudo, sob pena de não homologar tal acordo; **não devendo, em hipótese alguma, proceder à homologação parcial da pretensa autocomposição extrajudicial.**

Reconhecida a tônica de procedimento administrativo de tais regras legais, estamos certas que o Juiz do Trabalho é livre para homologar ou não o acordo extrajudicial, mas se resolver proceder tal homologação, deverá fazê-lo no todo – nunca parcialmente e muito menos por determinação de instâncias superiores –, eis que como suas decisões nesses novos procedimentos administrativos especiais ou tutelas de interesses de particulares, não possuem força de coisa julgada material, ao exarar uma decisão que venha a homologar apenas parcial às pretensões dos interessados, poderá levá-los a um número sem fim de petições administrativas voltadas a que a autoridade judicial, no exercício dessa nova função administrativa, reveja o seus atos – quase como se fosse um recurso administrativo para a mesma autoridade,

26 Vide inciso VII do art. 114 da CR.

27 Vide art. 642-A da CLT.

28 Cf. art. 13 da IN n.º 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, voltada a regulamentar os dispositivos do CPC/2015 que são compatíveis com o processo do trabalho.

ante a competência exclusiva dos Juízes do Trabalho²⁹ -, ou, na pior das hipóteses, os interessados ver-se-ão estimulados e obrigados a transformar sua pretensa avença extrajudicial numa lide judicial, de modo a que num desvio inaceitável de rota, o Estado-juiz, num ato administrativo, passe a incitar a beligerância de uma relação, em tese, já pacificada.

04.A Competência para decidir quanto à homologação do acordo extrajudicial.

Inspirados nos ensinamentos dos estudiosos do processo do trabalho acima mencionados é que cremos que observamos que a teorização de ambos está inserida na constitucional do processo que, inclusive coaduna com a questão das atividades que são de competência da Justiça do Trabalho, conforme texto que a Emenda Constitucional n.º 45/2004 inseriu no art. 114 da Carta Magna:

Art. 114. *Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:*

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato

29 Art. 652: “Compete às Varas do Trabalho:

(...)

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

questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Do texto constitucional, destacamos o *caput* do art. 114, que a partir da EC n.º 45/2004, dedicou-se a apontar expressa e taxativamente a **competência da Justiça do Trabalho, qual seja: processar e julgar.**

Estamos convictos que o legislador assim o fez, também e especialmente com a finalidade de destacar a atividade jurisdicional como razão de ser da Justiça do Trabalho, fortalecendo, portanto, a visão que essa instituição não é um balcão de reclamações e solicitações administrativas, libertando-nos daquele ranço administrativo que nos atrelava às atividades executivas e fiscalizadoras do Ministério do Trabalho³⁰.

Por certo que não se está aqui a diminuir a enorme importância social que a conciliação na Justiça do Trabalho tem para a relação capital e trabalho, avocando para sim a responsabilidade social que lhe compete – a paz social; não se trata disto.

Não estamos a nos referir à conciliação judicial, que está no bojo da função jurisdicional do magistrado trabalhista, seja na vara do trabalho em que atua, seja nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's).

O que destacamos a partir da Emenda n.º 45/2004, é que o legislador constituinte quis e retirou qualquer expressão que designasse uma atividade meramente administrativa e estabeleceu no *caput* do art. 114, que a competência da Justiça do Trabalho para julgar e processar e o fez para redimensionar que ali haverá conciliar, sim, mas nos processos judiciais.

A meio caminho entre a norma infraconstitucional inserida no art. 652-F da Lei n.º 13.467/17³¹ e o art. 114 da Carta Constitucional é que damos tônica à tese que **a competência dos Juizes do Trabalho descrita na *alínea f* do texto da Reforma Trabalhista, não impõe que o Juiz do Trabalho necessariamente tenha que receber a petição**

30 Vide registros das ações legislativas atinentes à Proposta de Emenda à Constitucional conhecida como “PEC da Reforma do Judiciário” (PEC n.º 29/2000), no sítio <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/44577>

31 Art. 652-F: “Compete às Varas do Trabalho:

(...)

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

de acordo extrajudicial e decidir pela sua homologação ou não, podendo, sim, declinar de tal competência de natureza administrativa, eis que facultativa e estendida também e especialmente aos sindicatos, entidades jurídica e politicamente competentes e adequadas para tais atos, ante a sua indiscutível legitimidade constitucional³² para atuar em questões de interesses individuais e administrativas dos trabalhadores pertencentes à categoria que representa.

Concernentemente à possibilidade do Juiz do Trabalho rejeitar atuar em atividades administrativas relacionadas à homologação de acordo extrajudicial, entendemos que poderá ele fazê-lo, utilizando de critérios de conveniência e oportunidade – típicos dos atos administrativos –, inclusive, relacionados à existência de previsão constitucional e infraconstitucional para que o sindicato exerça tal atividade, bem como em função da realidade atual da Justiça do Trabalho, assoberbada por um enorme número de demandas judiciais e, sufocada por uma política de corte orçamentários pelos próximos 20 anos, de modo a inviabilizar que seja respeitado prazo impróprio de quinze dias, a contar da distribuição da petição, previsto no art. 855-D³³, para analisar ou despachar incluir em pauta – com vistas a atender, à tempo, os interesses de tais cidadãos que tem a suposta pretensão de transacionarem extrajudicialmente.

Já no que atine ao **teor do pedido conjunto formalizado a fim de que seja homologada uma avença extrajudicial**, considerando que grande parte dos direitos trabalhistas são indisponíveis ou de disponibilidade relativa - sendo unicamente estes últimos o objeto de tais requerimentos ao Juiz do Trabalho –, e, de acordo com o que fora destacado anteriormente por meio da transcrição do entendimento de

32 Art. 8º: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

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

CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO (1993, p.140), a idoneidade e a responsabilidade do Juiz do Trabalho, exigem-lhe, a nosso ver, que haja uma função de garantia na análise desse negócio jurídico que se lhe apresenta, mesmo que em caráter administrativo, razão pela qual acreditamos que o correto seja que a **decisão administrativa que homologar o acordo extrajudicial** se limite, obrigatoriamente, à parcelas expressamente consignadas no requerimento pertinente, com quitação por títulos e valores, apresentando-se **devidamente fundamentada**.

Enfim, **não há** que se falar em **quitação geral e irrestrita** pelo objeto do pedido e extinto contrato de emprego, inclusive com esteio no art. 855-E da Reforma Trabalhista, que não previu a possibilidade de quitações genéricas das obrigações trabalhistas, pela via do acordo extrajudicial, já que prevê que “a petição de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados”, ou seja, a própria regra jurídica parte do pressuposto que existem direitos outros que não estão especificados no requerimento de homologação de avença extrajudicial, devendo, portanto, a quitação há de ser absolutamente restrita ao que está disposto ali e a seus valores.

Sob o aspecto da hermenêutica jurídica, há ainda outra advertência a ser feita, porém, agora, em relação aos termos da autocomposição que se pretenda ver homologada. O texto da regra referente ao art. 855-C reza que aquilo que está disposto no Capítulo III-A da Lei n.º 13.467/17, “não prejudica, o prazo estabelecido no §6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no §8º do art. 477 desta Consolidação”, donde se conclui que **as verbas extintivas do contrato de emprego** -, sejam elas rescisórias, resilitórias ou resolutorias -, não podem ser objeto de avença extrajudicial que se pretenda homologada pelo Juiz do Trabalho, pois conforme o texto legal aqui transcrito, pode até existir acordo pactuado extrajudicialmente, mas tais verbas deverão ser pagas de forma independente, no prazo de 10 dias, sob pena da multa do §8º.

Assim sendo, o raciocínio lógico a esse respeito é que **verbas extintivas contratuais não podem integrar eventual acordo extrajudicial** que venha a ser apresentado ao Juiz do Trabalho.

Vale dizer, ainda no particular que, quanto **ao momento e em que poderá ser homologada avença extrajudicial**, por certo que o prazo previsto no art. 855-D é impróprio, podendo ser feita a sua gestão (conveniência e oportunidade) pelo Juiz do Trabalho, para que tais requerimentos administrativos não lhe inviabilizem as pautas de julgamento e o respeito ao princípio da celeridade em relação às sentenças a serem proferidas em processos judiciais que estejam sob sua jurisdição, especialmente em tempos de asoerbamento de demandas advindas pela realidade do processo judicial eletrônico (PJe) e do número insuficiente de magistrados e servidores em grande parte dos Regionais brasileiros.

Aliás, nessa gestão do tempo, como já afirmado alhures, também é **facultado ao Juiz do Trabalho declinar da competência trazida pela regra insculpida no art. 652-F** – especialmente porque poderão os interessados recorrer à legítima entidade sindical para executar tal atividade administrativa -, inclusive, para evitar frustrações, prejuízos e desestímulo para a almejada autocomposição.

Lado outro, em havendo a disponibilidade institucional do Juiz do Trabalho exercer a atividade administrativa relacionada à análise e decisão sobre homologação de acordo extrajudicial, por responsabilidade institucional e ante a natureza de indisponibilidade absoluta ou relativa da maioria das verbas trabalhistas, quanto à **faculdade de designação de audiência**, sugerimos que:

a) na hipótese de um acordo extrajudicial que indique a correição de seus termos, a melhor postura a ser adotada pelo magistrado é a de reservar espaço na pauta de audiência para essas assentadas administrativas voltadas à confirmação das partes quanto ao seu livre intento autocompositivo;

b) em havendo dúvida quanto o teor do requerimento de homologação da avença extrajudicial, poderá o Juiz do Trabalho despachar para que os interessados façam as adequações e correções necessárias, providências que se não forem tomadas,

levarão a negativa da pretendida homologação;

c) caso o magistrado analise os termos da petição de homologação e não esteja convicto de sua validade, sugerimos, preferencialmente, que reserve um espaço em sua pauta de audiências dedicado a que os interessados compareçam e esclareçam os fatos, após o que será ou não homologado o pretense acordo extrajudicial; e,

d) na situação do Juiz do Trabalho, após ler a petição administrativa voltada ao requerimento de homologação de acordo extrajudicial, de plano, pelos seus termos ou objeto, estiver convicto que se trata de um negócio jurídico que não atenda aos limites da lei (arts. 849 e 138 a 155 do CCB) ou que padeça de evidente vício, tais como fraude, simulação e erro essencial, recomendamos que ao despache, de plano, negando-se a fazer a sua homologação, oficiando, caso entenda conveniente, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego e o sindicato legitimado, para que tomem ciência e adotem as medidas que entendam devidas.

Acreditamos ser desnecessário o registro, mas para que não haja dúvidas acerca de nossas intenções, afirmamos que as condutas administrativas acima propugnadas dependerão da compreensão institucional, doutrinária e ética que possua cada Juiz do Trabalho, bem como da conveniência e oportunidade que devem nortear seus atos em procedimentos administrativos.

Cumpre dizer quanto à **competência para a homologação do acordo extrajudicial** que ela é tanto do **Juiz do Trabalho que atua nas Varas Trabalhistas**, como também daquele **magistrado que atua nos Centros Judiciários de Solução de Conflito (CEJUSC's)**, numa

espécie de **competência comum** a ambos, vez que os magistrados dos CEJUSC's são designados para em todos os processos de jurisdição do Regional, em absoluta observância do princípio do juiz natural.

É pertinente salientar que tal parceria institucional vem se apresentado como muito frutífera para a sociedade, os jurisdicionados e a própria Justiça do Trabalho como um todo, ante a afinidade e formação dos magistrados que atuam nos CEJUSC's, sendo tais Centros dotados - especialmente a partir da Resolução n.º 174/16 do CSJT -, - especialmente após a Resolução n.º -, de uma estrutura diferenciada e dirigida com uma expertise apropriadamente voltada ao prestígio da composição amigável na solução de conflitos, de modo a viabilizar que os processos em que seja possível e recomendável transacionar, sem que isso represente renúncia de direitos.

Numa visão sistêmica da atual situação institucional da Justiça do Trabalho, ao amoldarmos a de competência comum aos Juízes do Trabalho que respondem pelas Varas e aos que estão designados para o CEJUSC's, justifica-se a expectativa de atividades jurisdicionais e, agora também daquelas relacionadas ao processo administrativo de análise e eventual homologação de autocomposições extrajudiciais, sem maiores assoberbamentos, sendo muito conveniente que seja facultado aos Juízes das Varas do Trabalho a remessa para os CEJUSC's desse novo procedimento administrativo previsto no arts. 855-B e 652-F do texto da Reforma Trabalhista, onde diversos magistrados engajados na luta pela verdadeira institucionalização da cultura da pacificação dos conflitos trabalhistas, com o necessário respeito à essência e a razão de ser do Direito do Trabalho, do Processo do Trabalho, da Justiça do Trabalho e dos ditames constitucionais.

5. Conclusão

A compreensão dos fenômenos jurídicos e sociais clama por um constante exercício de pensar e repensar, inclusive, o novo com o que nos deparamos.

As inovações legislativas produzidas pela Lei n.º 13.467/17- a despeito das inúmeras falhas já detectadas, antes mesmo de sua entrada em vigor! -, cria oportunidades únicas para que nós, hermenutas, tonifiquemos conceitos e teorias, avocando a responsabilidade social que lhes compete, mesmo que para isso seja necessário romper com as mais novas propostas normativas e teóricas, nas partes atecniais e naquelas formuladas tão somente para manter o *status quo* do poder econômico.

Aliás, utilizando os jogos inteligentes relacionados à linguagem concluímos que, ou o legislador infraconstitucional cometeu uma atecnia inaceitável ao denominar o procedimento administrativo constante o Capítulo III-A da Lei n.º 13.467/17 de *processo de jurisdição voluntária*, já que várias das regras ali inserida possuem características típicas da jurisdição contenciosa³⁴, ou se destinam a criar um *frankstein jurídico* tal, que se destina, precipuamente a utilizar o Juiz do Trabalho para cancelar a obtenção, por parte dos representantes do poder econômico, daquilo que o mercado chama de “blindagem patrimonial”, com vista a que, após homologado o acordo extrajudicial com a quitação do extinto contrato individual de trabalho, o ex empregado seja impedido de rever qualquer pretensão atinente ao pacto empregatício.

Devidamente contextualizados no mundo e suas experiência, lembramos que no que atine à **conciliação judicial**, presente na Justiça do Trabalho ao longo desses seus setenta e poucos anos de existência, foi desempenhada nos rigores da lei e através de importantes esforços por parte de magistrados e servidores que lhes assessoram, no sentido de abraçar a conciliação como ponto fundamental de manutenção e aprimoramento da Justiça do Trabalho, inculturando o diálogo como ferramenta de pacificação social e, sempre que possível, conciliando nos **processos judiciais** através de propostas responsáveis jurídica e socialmente, como também rápidas, racionais e eficientes que

34 Observe-se, nesse sentido, as expressões utilizadas nas regras inseridas no Capítulo III-A da Lei n.º 13.467/17: “processo de jurisdição voluntária”, “designará audiência”, “proferirá sentença”, “suspensão de prazo prescricional”, “trânsito em julgado da decisão que negar a homologação de acordo”.

possam atender aos interesses de ambas as partes e, paralelamente, criar e recriar a realidade de um Judiciário Trabalhista reconhecido, de norte a sul como, de fato, eficiente, a despeito dos mais variados ataques que vem sofrendo seja quanto à sua existência, seja quanto à sua atuação e, ainda: sufocado por uma política pública de corte orçamentário pelos próximos vinte anos; assoberbado pelo enorme número de demandas que lhe são apresentadas; e, caracterizado por um alto índice de recorribilidade das decisões judiciais na grande parte dos Regionais trabalhistas.

Porém, a partir de 11.11.2017, novo desafio se apresenta aos intérpretes e aplicadores do texto da Reforma Trabalhista, especificamente relacionado às regras do Capítulo III-A, dedicadas a prever e regular a homologação de **acordos trabalhistas** entabulados **extrajudicialmente**.

Na natural tensão existente entre a realidade e a normatividade, a lei pode, sim, criar oportunidades para que hermenêutas atentos ao seu mister, tonifiquem conceitos e teorias próprios do processo do trabalho, de modo a utilizarem essa nova realidade para a aproximação e construção do Direito almejado pela sociedade brasileira.

Assim é que, evitando qualquer manipulação legal de cunho maniqueísta - especialmente em relação ao art. 855-B e ao art. 652-F da Lei. nº 13.467/17-, estamos certos que os Juízes do Trabalho não terão somente dois caminhos: negar ou aceitar os requerimentos de homologação de avenças extrajudiciais.

Não, não é só isso.

Dentro da vertente que adotamos para efeitos deste estudo, é possibilitado aos Juízes do Trabalho nas situações previstas no art. 855-B e no art. 652-F, adotar os seguintes entendimentos:

- a) *pela inexistência da jurisdição voluntária, em especial na Justiça do Trabalho;*
- b) *pela caracterização do ato de homologação de acordo extrajudicial como inerente a um procedimento administrativo; ou, a uma modalidade especial de tutela assistencial de interesses de particulares; ou, ainda, a uma*

administração pública de interesses privados;
c) *pela faculdade legal conferida ao Juiz do Trabalho para decidir, se é sua, de fato, tal competência ou, se por uma questão de conveniência e oportunidade, deva atuar em tal procedimento voltado à homologação de avença extrajudicial, devido aos fatos dos interessados não terem prejuízo com tal declinação de competência, já que poderão recorrer à legitimidade entidade sindical para que suas pretensões sejam homologas;*

d) *pela inconveniência de homologação parcial da pretensa autocomposição extrajudicial, mas tão somente da homologação em todo ou da não homologação, a fim de não transformar tal procedimento administrativo (administração pública de interesses privados ou modalidade especial de tutela assistencial de interesses de particulares) ou em uma jurisdição contenciosa ou num espaço para incontáveis recursos administrativos destinados a uma mesma autoridade competente;*

e) *pela conveniência de se reservar espaço na pauta de audiência para as assentadas administrativas voltadas à confirmação das partes quanto ao seu livre intento autocompositivo de exercício, como é praticado, inclusive, pelas entidades sindicais em tais situações;*

f) *pela homologação da avença extrajudicial limitada, obrigatoriamente, às parcelas expressamente consignadas no requerimento pertinente, com quitação por títulos e valores, após fundamentos apresentados pelos interessados;*

g) *pela impossibilidade de quitação geral e irrestrita pelo objeto do pedido e extinto contrato de emprego, por conta do art. 855-E*

não ter previsto tal possibilidade;

h) *pela impossibilidade que as verbas extintivas do contrato de emprego, sejam objeto de avença extrajudicial que se pretenda homologada, por força dos termos do art. 855-C;*

i) *pela compreensão que o prazo do art. 855-D é impróprio, podendo ser feita a sua gestão, conforme conveniência e oportunidade do Juiz do Trabalho;*

j) *pela validação da decisão exarada para homologar um acordo extrajudicial como fazendo, no máximo, coisa julgada formal; a despeito de ter, a nosso ver, a característica de decisão de natureza meramente administrativa;*

k) *pelo não cabimento de recurso de nenhuma espécie em face da decisão que venha a homologar ou não o acordo extrajudicial;*

l) *pela não aptidão à execução da decisão homologatória de autocomposição extrajudicial, por não constituir título executivo extrajudicial;*

m) *pela viabilidade de, após a devida análise dos termos do acordo extrajudicial que se vise homologar, sejam proferidos despachos para que os interessados revejam pontos que tem por equivocados, discriminem verbas, liquidem valores; tudo, sob pena de não homologar tal acordo;*

n) *pela competência comum do Juiz do Trabalho que atua nas Varas Trabalhistas e do magistrado que atua nos Centros Judiciários de Solução de Conflito (CEJUSC's).*

Num diálogo quase que impessoal com o leitor, resta-nos, afirmar estamos cientes que a sociedade muda, que mudam também as relações sociais, surgindo novos fatos jurídicos e sociais que nos são

diuturnamente apresentados, de forma a nos desafiar na apresentação da mais adequada solução para as modernas lides.

Por óbvio que o Direito também vem mudando e estudiosos mundialmente reverenciados, tais como o reverenciado sociólogo lusitano Boaventura de Souza Santos (1988, p.72)³⁵, já formulam teorias por meio das quais se concebe o Direito como, princípios e normas de prevenção e resolução de disputas, destacando, assim, seu papel preventivo

E não há dúvidas que estamos dispostos e necessitamos desse eterno debruçar sobre o Direito e seus institutos processuais e materiais, a fim de que ele, efetivamente, cumpra a sua função social.

Porém, tal debruçar há de se dar sob as lentes dos valores constitucionais escolhidos como fundamentais para a república, para a sociedade e para a economia de um Estado e, através de suas lentes, fixemos os limites legais e constitucionais das novas teorias, concepções e normas jurídicas.

Justamente nesse exercício é que nos dedicamos, nesse breve estudo, à atividade hermenêutica a ser ensaiada em relação às regras inseridas no Capítulo III-A da Lei n.º 13.467/17 - especialmente os seus arts. 855-B e 652-F que atribuem nova competência à Justiça do Trabalho através de seus órgãos (Juízes do Trabalho).

A esse propósito, detendo-nos a essa dinâmica hermenêutica, estamos convencidos quanto a necessidade dessa regras do Capítulo III-A serem interpretadas e aplicadas com muita parcimônia e total cuidado, vez que trafegando pelo viés técnico ou argumentativo, outra conclusão não nos resta após a devida análise das mesmas que, ao que tudo indica, destinam-se elas ou a serem um **instrumento de manipulação do instituto da conciliação** tão seriamente por

35 Na obra O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica, Boaventura de Souza Santos, ensina que “concebe-se o direito como o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justificáveis num dado grupo, que contribuem para a identificação e prevenção de litígios e para a resolução destes por meio de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada” (1988, p. 72, apud VEDANA, Vilson Malchow. Programa de Mediação Comunitária. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa. Prelo (havendo possibilidade de alteração do título da obra).

nós manejados em caráter judicial, ou a constituírem num veículo de blindagem patrimonial dos representantes da classe econômica, ou a comporem uma retórica simplista de promoção da segurança e da concórdia, obtidas pelos cidadãos interessados, através da chancela do Estado Juiz.

E, essas não são a finalidade do Direito; não é assim que o Estado superará os desafios advindos do excesso de formalismo do Judiciário, da sua sobrecarga de demandas e gastos com as despesas judiciais; não é dessa forma que se logra bom êxito no intento de harmonizar e pacificar as relações sociais; enfim, **assim não se realiza a Constituição.**

6. Referências Bibliográficas

BRANCO, Ana Paula Tauceda. O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho. In: MELO FILHO, Hugo Viana...[et.al.] (Coord.). **O mundo do trabalho, volume I: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2009.

_____. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinela. **Manual de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; CAMPOS, Naiara Guimarães; SANTOS, Ricardo Goretti e. **Mediação: uma velha forma de gestão de conflitos, por meio de um diferente olhar.** Vitória/ES: Editora SEBRAE, 2010..

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** Vol I. 9.ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano.** 5.ed. Roma: Foro Italiano, 1956, p. 17ss.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CRISTOFOLINI, Giovanni. Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria emessi da giudice incompetente, *in Studi di diritto processuale in onere di Giuseppe Chivenda*. Pádua: Cedam, 1927, p. 167, 392-393 e 402-403.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 17. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FAZZALARI, Elio. **La giurisdizione volontaria**. Pádua: Cedam, 1953, p. 159-161, 195 e 237.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Conflito entre poderes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. Vol. III. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. 3 ed. (trad. Candido Rangel Dinamarco). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos modernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPoivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol I. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

SOUZA SANTOS, Boaventura. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 72 *apud* VEDANA, Vilson Malchow. Programa de Mediação Comunitária. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa. Prelo (havendo possibilidade de alteração do título da obra).

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de direito processual do trabalho**: processo de conhecimento. Vol I. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Comentários ao novo código de processo civil: sob a perspectiva do processo do trabalho**. 2. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PISANI, Proto. **Profili del processo civili**. 6.ed. Napoli: Jovene Editore, 2001.

ZANETE JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. Atlas, 2 ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

2 TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL: O TELETRABALHO NA LEI N.º 13.467/17

Rodolfo Pamplona Filho

Juiz Titular da 32ª VT de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador — UNIFACS. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM — Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

Leandro Fernandez

Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA.

I. Introdução

A evolução das ferramentas tecnológicas conduz à superação de modelos tradicionais das relações sociais e, com velocidade nunca antes vivenciada pela humanidade, à constante reinvenção dos padrões concebidos a partir das novas realidades.

Inevitavelmente, o Direito, ramo do conhecimento responsável pela regulação dessas relações, encontra-se diante do desafio de oferecer respostas adequadas e socialmente aceitáveis a problemas surgidos a cada dia.

No presente trabalho, examinaremos uma das mais importantes inovações no mundo do trabalho decorrentes da evolução da tecnologia da informação: o teletrabalho, especialmente à luz da Lei n.º 13.467/17.

A Lei da Reforma Trabalhista consagrou a disciplina geral da matéria no ordenamento brasileiro e, como veremos, talvez haja contribuído muito mais para a criação de novos problemas do que para a solução dos desafios já presentes no Direito do Trabalho.

Analisaremos, aqui, as formalidades contratuais no teletrabalho, as controvérsias concernentes à duração do labor, os requisitos para a alteração entre o regime presencial e o de teletrabalho, as questões relativas à responsabilidade por despesas com aquisição e manutenção de equipamentos e infraestruturas, as indagações na seara do meio ambiente do trabalho e a possibilidade de responsabilização do empregador por acidentes e doenças ocupacionais, bem como as inquietantes reflexões em torno da proteção da privacidade do trabalhador.

O cumprimento do itinerário proposto depende, porém, previamente, da compreensão da própria figura jurídica do teletrabalho. Será este o objeto do tópico a seguir.

2. Teletrabalho: compreensão

Um dos principais recursos manejados pelos Poderes Executivo e Legislativo para convencimento da sociedade quanto à necessidade de uma reforma trabalhista consistiu no argumento do caráter anacrônico da Consolidação das Leis do Trabalho, a qual seria incapaz de disciplinar as novas formas de desenvolvimento das relações trabalhistas. O exemplo normalmente invocado era o do *home office*, do

trabalho remoto ou, na terminologia que veio a ser consagrada na nova legislação, do teletrabalho.

É bem verdade que qualquer diploma legislativo — e, de maneira geral, qualquer obra da inteligência humana — é suscetível a lacunas e passível de atualização.

Entretanto, a afirmação genérica da idade avançada da CLT nada diz sobre o valor do seu conteúdo, mesmo porque ela foi alvo de dezenas de alterações, da maior ou menor expressão, nas últimas décadas.

Nessa ordem de ideias, mencionar o teletrabalho como um exemplo de relação trabalhista que estaria à margem da velha CLT não deixa de ser uma expressão de ignorância, com o devido respeito.

Desde o ano de 2011, em virtude da Lei 12.551, prevê a Consolidação, em seu art. 6º, que, se presentes os requisitos da relação de emprego, não há falar em distinção entre trabalho presencial no estabelecimento do empregador e trabalho remoto, bem como que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, tipicamente utilizados no teletrabalho, equiparam-se aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio para fins de configuração da subordinação jurídica.

Em outras palavras: há anos o legislador consagrou a regra de acordo com a qual o empregado submetido ao teletrabalho é subordinado ao empregador da mesma maneira que o trabalhador que presta seus serviços presencialmente, sendo àquele aplicável a mesma disciplina de proteção do labor.

Embora não houvesse detalhamento na legislação acerca da dinâmica contratual, a orientação era inequívoca quanto à submissão às mesmas regras que incidiam em relação aos demais trabalhadores.

Todavia, sob a propaganda da novidade, a Lei n.º 13.467/17 veio a consagrar regulamentação a respeito do teletrabalho em seus arts. 62, inciso III, e 75-A a 75-E. Como veremos adiante, alguns desses dispositivos nada estabelecem de novo, ao passo que outros certamente ensejarão severas controvérsias, ante a ausência de tratamento analítico dos respectivos temas, criando um potencial cenário de ameaça à

segurança jurídica (a qual, aliás, foi outro dos propalados objetivos da Reforma).

O legislador perdeu, ademais, a importante oportunidade de explicitar a isonomia de direitos e oportunidades do teletrabalhador em relação aos empregados presenciais, bem como de criar mecanismos capazes de assegurar a participação do teletrabalhador no cotidiano da empresa e em entes ou órgãos de representação da coletividade¹.

Conceitua o novo art. 75-B da CLT, em seu *caput*, o teletrabalho como a “*prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo*”. Em seu parágrafo único, esclarece o dispositivo que o “*comprometimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho*”.

O conceito legal brasileiro aproxima-se bastante daquele consagrado no Código do Trabalho de Portugal (art. 165²) e no Acordo-Quadro Europeu sobre Teletrabalho (item 2³).

A partir da nova previsão legal brasileira e das referências estrangeiras mencionadas, é possível identificar que o teletrabalho consiste em uma modalidade de trabalho a distância caracterizada pela prestação de serviços com intensa utilização de recursos de tecnologia da informação.

Em regra, a atividade desenvolvida pelo teletrabalhador poderia perfeitamente ser executada no interior do estabelecimento do

1 Vide, a propósito, os arts. 169 e 171 do Código do Trabalho de Portugal, assim como os itens 9 e 10 do Acordo-Quadro Europeu sobre Teletrabalho.

2 Artigo 165. Noção de teletrabalho. Considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação.

3 *El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular.* (Disponível em: <https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf>).

empregador. Entretanto, por conveniência das partes ou por interesse empresarial na gestão do espaço e dos recursos humanos, o labor é predominantemente prestado de maneira remota, muitas vezes a partir da residência do empregado.

Assim, o teletrabalho não se confunde com o trabalho externo, em que a execução dos serviços pressupõe o deslocamento para fora do estabelecimento do empregador para a realização, por exemplo, de entregas ou visitas a clientes ou parceiros comerciais.

Assentadas essas premissas, avancemos ao exame das formalidades contratuais estabelecidas pela Lei n.º 13.467/17 em relação ao teletrabalho.

3. Formalidades contratuais

A regra geral no Direito do Trabalho é a desnecessidade de adoção de forma específica no contrato de emprego, seja sob a ótica da validade do ato jurídico, seja sob a perspectiva da prova do ato. Pactuações tácitas são ordinariamente possíveis, aspecto vinculado ao caráter de “contrato-realidade” dessa espécie de negócio jurídico (CLT, art. 442).

A exigência de forma específica é excepcional, estando normalmente atrelada ao resguardo de normas de ordem pública ou à proteção de interesses dos trabalhadores.

A Lei n.º 13.467/17 instituiu, em relação ao teletrabalho, um conjunto de requisitos formais, cuja presença deve constar expressamente do contrato.

Em primeiro lugar, a própria **submissão ao regime de teletrabalho** deve ser explicitada no contrato de emprego (art. 75-C, *caput*, da CLT).

A exigência, aqui, aproxima-se da determinação legal existente quanto aos trabalhadores externos, em relação aos quais deve haver o registro de tal condição, pelo empregador, na CTPS e na ficha de registro de empregado (CLT, art. 62 inciso I).

Discussão que tende a ocupar a atenção da jurisprudência nos anos vindouros diz respeito à definição da natureza da formalidade prevista no art. 75-C celetista, isto é, se estamos diante de um requisito para a válida pactuação do regime de teletrabalho (*ad solemnitatem*) ou de um mecanismo de simples prova de tal ajuste (*ad probationem*).

O debate possui relevante interesse prático, uma vez que uma das principais inovações da Reforma Trabalhista foi a fixação da presunção relativa de não enquadramento do teletrabalhador na disciplina celetista de duração do trabalho (art. 62, inciso III), tema que será abordado em tópico adiante.

Assim, no primeiro caso, a ausência de expressão previsão contratual quanto à adoção do teletrabalho conduziria o intérprete a concluir pela invalidade da adoção desse regime de trabalho, com o conseqüente afastamento da presunção fixada no art. 62, inciso III, da CLT e o reconhecimento da submissão do obreiro às regras gerais de limitação da duração do labor.

Parece-nos, entretanto, que a tendência será a de reconhecer o estabelecimento em cláusula contratual do regime de teletrabalho como formalidade destinada somente à prova do ato (tal qual a exigência de anotação na CTPS e na ficha de registro de empregado da condição de trabalhador externo), sendo possível, em sua ausência, a produção de outras provas para demonstração da avença.

Com efeito, o dispositivo não prevê sanção para o caso de inobservância da forma escrita, de modo que a validade da declaração de vontade dela não dependerá (Código Civil, art. 107).

Vale registrar que idêntica é a solução consagrada no Código do Trabalho de Portugal, que dispõe, em seu art. 166, item 7, que a “*forma escrita é exigida apenas para prova da estipulação do regime de teletrabalho*”.

Prevê também o novo art. 75-C da CLT que deve constar no contrato do teletrabalhador o **rol específico de atividades que serão realizadas pelo empregado**.

A novidade pode render ensejo à formulação de pleitos de pagamento de diferenças salariais por acúmulo de função, com funda-

mento na violação da boa-fé objetiva e na ruptura do equilíbrio contratual, nas hipóteses em que o trabalhador venha a desempenhar tarefas não elencadas no contrato.

Também aqui inexistente no texto legal a previsão de sanção para as situações de determinação, pelo empregador, da realização de atividades não elencadas no rol fixado no contrato.

Por isso, a tendência jurisprudencial deverá ser a de reconhecer na previsão uma formalidade com a simples finalidade de prova da pactuação do teletrabalho. Não ajustada cláusula que preveja o rol de atividades do obreiro, será aplicada a regra geral estabelecida no art. 456, parágrafo único, da CLT, compreendendo-se que o “*empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal*”.

A Lei da Reforma Trabalhista dispôs, ainda, que a **alteração entre o regime de trabalho presencial e o de teletrabalho (e vice-versa)** deve ser prevista em aditivo contratual (art. 75-C, §§1º e 2º, da CLT).

É interessante observar que, em relação a outra situação de alteração contratual com impactos na duração do trabalho, exigiu o legislador a participação do ente sindical (CLT, art. 58-A, §2º). No âmbito do teletrabalho, entretanto, é suficiente a manifestação de vontade no plano do contrato individual de trabalho.

O tema da alteração entre os regimes de labor (presencial e teletrabalho) envolve diversas controvérsias, que serão posteriormente examinadas.

Estabelece o art. 75-D celetista que também devem constar do contrato de emprego do teletrabalhador as **disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura** necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado. Ante suas importantes repercussões, a matéria será analisada de maneira específica adiante.

Assim, **em síntese**, fixa a Lei n.º 13.467/17 que devem constar expressamente do contrato de emprego do teletrabalhador os seguintes dados:

- a) submissão ao regime de teletrabalho;
- b) as atividades que serão realizadas pelo empregado;
- c) a alteração entre o regime de trabalho presencial e o de teletrabalho e vice-versa (aditivo contratual);
- d) as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado.

Convém observar, a propósito, que o rol de cláusulas contratuais exigidas na pactuação do teletrabalho no Brasil aproxima-se daquele consagrado no art. 166, item 5, do Código do Trabalho de Portugal, a seguir transcrito: “5 - *O contrato está sujeito a forma escrita e deve conter: a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; b) Indicação da atividade a prestar pelo trabalhador, com menção expressa do regime de teletrabalho, e correspondente retribuição; c) Indicação do período normal de trabalho; d) Se o período previsto para a prestação de trabalho em regime de teletrabalho for inferior à duração previsível do contrato de trabalho, a atividade a exercer após o termo daquele período; e) Propriedade dos instrumentos de trabalho bem como o responsável pela respetiva instalação e manutenção e pelo pagamento das inerentes despesas de consumo e de utilização; f) Identificação do estabelecimento ou departamento da empresa em cuja dependência fica o trabalhador, bem como quem este deve contactar no âmbito da prestação de trabalho*”.

A regulamentação é complementada pelo art. 218, item 1, alínea “c” do CTP, de acordo com o qual “*por acordo escrito, pode ser isento de horário de trabalho o trabalhador que se encontre numa das seguintes situações: (...) c) teletrabalho e outros casos de exercício regular de atividade fora do estabelecimento, sem controlo imediato por superior hierárquico*”.

A principal distinção entre a disciplina portuguesa e a brasileira, no particular, diz respeito à necessidade de indicação da duração do trabalho ou da previsão de isenção de restrições de horário de labor naquele ordenamento, ao passo que, no atual sistema jurídico pátrio, o

ajuste do regime de teletrabalho importa automaticamente na presunção de afastamento das regras gerais de limitação do tempo de trabalho.

Precisamente este instigante tema será objeto de reflexão a seguir.

4. Duração do trabalho

A limitação da duração do trabalho consiste em uma importante conquista histórica e em um dos mais relevantes direitos humanos trabalhistas, estando intimamente relacionada à viabilização do pleno desenvolvimento das potencialidades e dos projetos de vida das pessoas cuja sobrevivência digna depende do oferecimento de sua força de trabalho.

Justamente por isso, tal direito é explicitamente consagrado em diversos documentos internacionais referentes à proteção do ser humano, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 24⁴, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no art. 7º, alínea “d”⁵, e do Protocolo de San Salvador, em seu art. 7º, alínea “g”⁶.

4 Artigo 24. Todo o homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

5 Artigo 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

6 Artigo 7º. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: g. Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos.

Não à toa, a primeira⁷ Convenção editada pela Organização Internacional do Trabalho dispôs exatamente sobre o tema da limitação das horas de trabalho, sendo a observância deste direito indispensável para a concretização da noção de trabalho decente sustentada pela entidade.

Em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 7º, XIII, a regra geral da duração do trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, fixando que a remuneração do serviço extraordinário deve ser superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.

No plano infraconstitucional, a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece, atualmente, em seu art. 62, três hipóteses de empregados afastados da disciplina da duração do trabalho nela prevista: a) os trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (inciso I); b) os ocupantes de cargos de gestão (gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial) (inciso II); c) a partir da vigência da Lei n.º 13.467/17, os empregados em regime de teletrabalho (inciso III).

O adequado exame da matéria, sob o enfoque do teletrabalho, exige breve digressão a respeito das duas primeiras situações excepcionais previstas no art. 62.

O enquadramento na exceção contida no **art. 62, I, da CLT** pressupõe os seguintes fatores: a) inviabilidade fática de controle da jornada do trabalhador (e não a simples opção do empregador por não realizar o controle); b) anotação da condição de trabalhador externo na CTPS e na ficha de registro de empregado (formalidade para fins de prova, não como exigência de validade).

Em outras palavras: só não deverão ser pagas as horas extraordinárias quando, estando registrada a condição de externo na

7 A Convenção n.º 01 da Organização Internacional do Trabalho foi editada em 1919. No Brasil, isso correspondeu a apenas aproximadamente trinta anos após a abolição formal da escravidão, mediante a Lei Imperial n.º 3.353 (Lei Áurea), quadro que bem evidencia o déficit histórico de proteção dos direitos humanos no País.

CTPS e na FRE, a duração do trabalho desenvolvido fora do ambiente da empresa for *incontrolável*, pela impossibilidade de fiscalização, e não *incontrolada* porque assim houve melhor o empregador. Entendimento diverso importaria na conclusão de que estaria exclusivamente sob o poder de decisão do patrão se os empregados externos teriam ou não os direitos decorrentes das normas que disciplinam a duração do trabalho.

Por sua vez, o **art. 62, II, celetista** veicula hipótese de duvidosa constitucionalidade.

Isso porque a Constituição Federal de 1988, ao fixar a duração normal do trabalho, não admitiu distinção de qualquer espécie, relacionada a qualquer cargo ou posição ocupada na estrutura empresarial.

Igualmente, a convencionalidade do dispositivo é questionável, tendo em vista a aparente incompatibilidade com os documentos de Direito Internacional mencionados supra (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo de San Salvador), os quais são dotados de *jus cogens*. Afinal, a limitação da duração do trabalho é, como já afirmado, um dos mais importantes direitos humanos de índole social.

Não obstante, o Tribunal Superior do Trabalho possui posicionamento pacífico quanto à constitucionalidade do mencionado artigo celetista, em quase três décadas de manifestação a respeito do dispositivo sob a égide da nova ordem constitucional.

Vale destacar, entretanto, que se o exercente de cargo de gestão estiver, no plano fático, submetido a controle de jornada, a cláusula de exclusão prevista no art. 62, inciso II, da CLT não será aplicável, pois sua razão de ser reside precisamente na inviabilidade de fiscalização do horário.

Assentadas essas premissas, três conclusões são inevitáveis:

a) O art. 62 da CLT assume como premissa um sistema de presunções. A exclusão do empregado externo do regime de duração do trabalho deve-se ao fato da inviabilidade de controle de seus horários, com a possibilidade de início, interrupção, retomada e cessação dos serviços insuscetível de verificação e determinação por parte do

empregador. O exercente de cargo de gestão está excluído do regime de duração do trabalho em razão da possibilidade de estabelecimento, dada sua elevada posição na estrutura de pessoal da empresa, dos seus próprios horários, não estando sujeito a fiscalização em relação a tal matéria;

b) As presunções fixadas no art. 62 da CLT possuem natureza relativa, não absoluta. É dizer: a discussão em torno do válido enquadramento em tal dispositivo está vinculada ao exame do quadro fático vivenciado na relação jurídica de direito material. Constatada a possibilidade de controle da jornada (no caso dos externos) ou sua efetiva realização (no caso dos ocupantes de cargo de gestão), afasta-se a presunção relativa estabelecida no art. 62 celetista, reconhecendo-se a submissão dos trabalhadores ao regime geral de duração do labor;

c) Tratando-se de fato impeditivo do direito à percepção de horas extraordinárias, o ônus probatório quanto à demonstração do preenchimento dos requisitos para o lícito enquadramento nos casos excepcionais consagrados no art. 62 da CLT recai sobre o empregador (CPC/15, art. 373, II; CLT, art. 818, II).

Tais considerações eram indispensáveis à adequada compreensão da nova hipótese de exclusão do regime de duração do trabalho concebida pela Lei n.º 13.467/17: o teletrabalho (**art. 62, III**).

A redação do inciso III do art. 62 da CLT parece sugerir que o simples fato da adoção do teletrabalho seria suficiente para o afastamento dos direitos concernentes à duração do trabalho, nela não estando contemplada a ressalva contida no inciso I do mesmo artigo (“*incompatível com a fixação de horário de trabalho*”).

Não nos parece ser a melhor interpretação.

De fato, como visto, a regra geral no direito brasileiro é a limitação da duração do trabalho, por força da Constituição Federal e dos aludidos tratados de Direitos Humanos. Os casos de exclusão do regime de duração do labor são excepcionalíssimos e devem possuir um fundamento racionalmente justificável (quanto ao externo, a impossibilidade de acompanhamento e controle da jornada; quanto ao ocupante

de cargo de gestão, a fixação por ele próprio dos seus horários, não estando subordinado a fiscalização no tocante ao tema).

A mesma lógica deve ser aplicada em relação ao novo inciso do art. 62 da CLT.

O teletrabalho deve ser compreendido sob a ótica do sistema de presunções relativas erigidas no aludido dispositivo legal, não como uma cláusula absoluta de exclusão do âmbito de incidência da disciplina da duração do trabalho, sob pena de violação à Constituição Federal e aos citados diplomas internacionais de Direitos Humanos.

O simples fato do exercício de tarefas fora do estabelecimento do empregador não conduz automaticamente à conclusão quanto à inviabilidade de fiscalização do tempo de trabalho, como há anos explicita o art. 6º da CLT.

Em verdade, é de conhecimento geral a existência de inúmeros programas e aplicativos concebidos precisamente para o controle da duração do labor do empregado no sistema de teletrabalho, mediante, por exemplo, a programação do tempo médio para o cumprimento de cada tarefa ou projeto, com a criação de rotinas de trabalho, o acompanhamento dos períodos de *login* e *logout*, o envio de relatórios das atividades desempenhadas, o encaminhamento de mensagens *online* para acompanhamento das tarefas e fornecimento de *feedback*, a identificação instantânea da visualização de mensagens, o monitoramento em tempo real do trabalho que está sendo executado pelo obreiro, até mesmo com visualização da imagem em seu monitor e do conteúdo do texto digitado pelo empregado.

Nessa ordem de ideias, se for possível, no plano fático, o controle da jornada do empregado em regime de teletrabalho (observe-se, aqui, que a dinâmica do contexto de labor deste sujeito é muito mais próxima da realidade do externo do que do exercente de cargo de gestão), será ele alcançado pela disciplina celetista da duração do trabalho.

Assim como nos demais casos previstos no art. 62 da CLT, temos no novo inciso o estabelecimento de uma presunção relativa⁸, suscetível de afastamento em casos concretos, cabendo ao empregador, no plano processual, a comprovação da incompatibilidade da atividade do teletrabalhador com o controle da sua jornada.

Vale rememorar, a propósito, que o art. 75-B da CLT prevê que a presunção consagrada no art. 62, III, do mesmo diploma não será desconstituída pela circunstância do comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento.

Naturalmente, se tal comparecimento revelar-se não como uma necessidade para a realização de certas atividades específicas, mas como verdadeiro mecanismo de controle do tempo de trabalho restará, também aqui, descaracterizada a presunção contida no art. 62, III, da CLT.

5. Alteração entre regime presencial e de teletrabalho

Visando a contemplar a dinâmica das relações econômicas e sociais, prevê o art. 75-C, §§1º e 2º, da CLT a possibilidade de alteração entre os regimes presencial e de teletrabalho, mediante aditivo contratual, nos seguintes termos:

a) a alteração do regime presencial para o de teletrabalho exige mútuo acordo entre as partes;

8 Em sentido diverso, consagrando a tese de que sempre serão devidas horas extraordinárias no teletrabalho, foi editado o **Enunciado n.º 71 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**: “São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o artigo 7º, “e”, “g” e “h” Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 da OIT”.

b) a alteração entre o regime de teletrabalho e o presencial pode ser determinada unilateralmente pelo empregador, que deverá garantir um prazo de transição de no mínimo quinze dias.

A novel disciplina enseja diversos questionamentos interessantes.

Primeiramente, é importante observar que a transição do regime presencial para o de teletrabalho não pode ser operada por decisão unilateral do empregador, pressupondo manifestação de vontade positiva por parte do obreiro, dado o caráter voluntário (ao menos em tese, sem consideração em relação a eventuais contingências concretas na explicitação da vontade do trabalhador) que informa tal modalidade de prestação dos serviços.

Precisamente por isso, a recusa do empregado à modificação do seu regime para o de teletrabalho não pode ser reputada como falta contratual, não ensejando a aplicação de sanções. Nesse sentido, registre-se a título de informação, é a previsão contida no item 3º do Acordo-Quadro Europeu sobre Teletrabalho.

Vale salientar, também, que o novel dispositivo legal exige a celebração de aditivo contratual para a alteração do regime presencial para o de teletrabalho, sem ressaltar a possibilidade de existência, no contrato de trabalho, de cláusula que preveja a concordância do trabalhador com a realização, em momento futuro, de tal alteração.

É dizer: ainda que haja no contrato cláusula de assemelhado teor, a redação do art. 75-C, §1º, da CLT exige que haja manifestação de vontade específica, concreta, antes da efetiva alteração do regime de trabalho.

Ainda que se entenda que a celebração de aditivo contratual escrito destina-se apenas à prova do ato (conforme acreditamos que tenderá a ser o posicionamento predominante), a demonstração

9 3) *Carácter voluntario. (...) El paso al teletrabajo en tanto que tal, puesto que modifica únicamente la manera en que se efectúa el trabajo, no afecta al estatus laboral del trabajador. La negativa de un empleado a teletrabajar no es, en sí, un motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de las condiciones de trabajo de este trabajador.*

da existência de manifestação de vontade específica do trabalhador anteriormente à modificação do regime é indispensável à sua validade.

Nessa ordem de ideias, salientamos, por relevante, que eventual cláusula contratual, celebrada no momento da admissão do obreiro, que preveja a prévia concordância do trabalhador em relação a qualquer futura transferência para o regime de teletrabalho, com a renúncia do obreiro ao direito de recusa diante de dada proposta concreta, será nula, em conformidade com o disposto no art. 424¹⁰ do Código Civil, tendo em vista a caracterização do contrato de emprego, em regra, como contrato de adesão.

Em segundo lugar, a matéria suscita a relevante discussão a respeito de qual seria a condição mais benéfica ao trabalhador: o trabalho presencial ou o teletrabalho?

A resposta, parece-nos, envolve certa margem de subjetivismo.

Deveras, por um lado, o teletrabalho permite a redução das despesas do trabalhador com vestuário e transporte e reduz (ou mesmo elimina) o tempo investido em deslocamentos, permitindo maior convívio familiar por parte do empregado e melhor organização do seu tempo.

Por outro lado, a adoção do regime de teletrabalho importa na presunção de afastamento das regras de limitação da duração do labor, com o potencial de criação de um estado de diluição da exigência da prestação de serviços ao longo do dia e da noite, com a possibilidade de frustração do convívio familiar. Ademais, pode resultar na realização de despesas pelo trabalhador com equipamentos e infraestrutura para a prestação dos serviços (tema que abordaremos adiante). Por fim, alija, ao menos em certa medida, o obreiro do convívio com os colegas de trabalho e da participação no cotidiano da empresa, inclusive para a defesa de interesses comuns dos trabalhadores.

Assim, a avaliação quanto à ocorrência ou não de alteração contratual lesiva em razão da modificação do regime de trabalho de-

10 Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

manda certa valoração pessoal (dos envolvidos e do julgador), com a possibilidade de criação de insegurança jurídica no exame do tema.

Embora seja possível afirmar que o legislador considerou, sob a ótica da licitude, ambas as alterações contratuais como neutras, já que não estabeleceu a nulidade de qualquer delas (vale recordar, a propósito, que o art. 468 de CLT reputa nula a alteração contratual, bilateral ou unilateral, em prejuízo ao trabalhador), também reconheceu, implicitamente, que a passagem do regime de teletrabalho para o presencial representa o deslocamento de uma condição de trabalho mais gravosa para uma menos gravosa. Isso porque a realização de tal alteração pode ser determinada unilateralmente pelo empregador (*ius variandi*), a exemplo do que ocorre com a cessação da prestação dos serviços em sistema de prorrogação habitual de jornada, em horário noturno ou em condições insalubres ou perigosas.

Esse é o esforço hermenêutico necessário à compatibilização dos parágrafos do art. 75-C com o art. 468, ambos da CLT.

Contudo, em verdade, parece-nos que a harmonização entre os aludidos dispositivos não foi objeto de preocupação por parte do legislador, o qual pretendeu consagrar o teletrabalho como instrumento da empresa para organização do seu espaço físico e processo produtivo e para gestão do pessoal, não como uma opção para o empregado de uma modalidade de trabalho que prestigie algumas das suas escolhas existenciais.

Para alcançar essa conclusão, é interessante cotejar o art. 75-C, §§1º e 2º, da CLT com a disciplina sobre o tema contida no art. 166 do Código do Trabalho de Portugal.

No sistema jurídico português, é direito do empregado exigir seu enquadramento no regime de teletrabalho, desde que compatível com a atividade por ele desempenhada, sem direito de oposição por parte do empregador, nos casos de: a) trabalhador vítima de violência doméstica (art. 195); b) trabalhador com filho com idade até 3 anos.

Por fim, deve-se observar que o exercício do *ius variandi* na alteração do regime de teletrabalho para o presencial não é absoluto, devendo ser concretizado em conformidade com a boa-fé objetiva.

Imagine o leitor a situação do empregado que pactua com seu patrão a modificação do regime presencial para o de teletrabalho, com o propósito de exercer suas atividades a partir de outro Estado da Federação, no qual, por questões familiares, terá de encontrar-se durante os próximos meses ou anos. Ou mesmo hipótese do trabalhador que ajusta a modificação para o regime de teletrabalho e realiza uma série de despesas para a estruturação da sua residência para acomodação do seu labor.

Considere que, após duas semanas da alteração contratual, decide o empregador exercer seu *ius variandi* e determinar o retorno do obreiro ao regime de trabalho presencial, frustrando as expectativas criadas a partir da sua anterior (e recente) manifestação de vontade em que concordou com o desenvolvimento do teletrabalho.

A conduta patronal, em tais casos, sem dúvidas, consiste em abuso de direito (Código Civil, art. 187), violando a proibição do comportamento contraditório, a ensejar a possibilidade de postulação de reconhecimento da invalidade da alteração unilateral ou mesmo a reparação dos prejuízos por ela provocados.

6. Aquisição e manutenção de equipamentos e infraestrutura

Prevê o novo art. 75-D, *caput*, da CLT que as “*disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito*”. Em seu parágrafo único, é estabelecido que as “*utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado*”.

A leitura do *caput* do citado artigo sugere a possibilidade de livre (questão sempre complexa numa relação social em que uma das partes é, por definição, hipossuficiente) estipulação acerca das despe-

sas com equipamentos e infraestrutura, inclusive com a atribuição ao empregado da responsabilidade por seu custeio total.

O tema é delicado e exige cuidadosa reflexão.

No Direito do Trabalho, os custos e riscos da atividade econômica recaem sobre o empregador (CLT, art. 2º), que não pode transferi-los aos empregados.

Nessa linha de intelecção, uma primeira interpretação do novo art. 75-D da CLT seria no sentido da impossibilidade de estabelecimento de qualquer responsabilidade do trabalhador em relação às despesas com equipamentos e infraestrutura, admitindo-se apenas a regulamentação quanto à forma de custeio ou fornecimento pelo empregador ou, no máximo, quanto ao procedimento de reembolso das despesas adiantadas pelo trabalhador para fins de aquisição ou manutenção dos instrumentos, procedimento que seria excepcional, ante a intangibilidade salarial (Convenção n.º 95 da Organização Internacional do Trabalho).

Nesse sentido, inclusive, foi editado o **Enunciado n.º 70 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**, com o seguinte teor: *“O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos artigos 75-D e 2º da CLT à luz dos artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170 da Constituição da República e do artigo 21 da Convenção 155 da OIT”*.

Sem dúvidas, o custeio total das despesas com equipamentos e infraestrutura pelo trabalhador está proscrito no ordenamento brasileiro, por importar em transferência dos custos e riscos da atividade econômica do empregador, bem como em vulneração à intangibilidade salarial.

Entretanto, parece-nos que há uma situação intermediária a autorizar alguma modalidade de compartilhamento das despesas entre trabalhador e empresa, sem que isso represente violação aos princípios do Direito do Trabalho.

Conquanto os arts. 75-A a 75-E da CLT não estabeleçam como cláusula contratual obrigatória no teletrabalho a referente à destinação dos equipamentos utilizados pelo obreiro¹¹, é altamente recomendável que conste no contrato a sua finalidade, nomeadamente em relação à possibilidade de seu uso para atividades não relacionadas ao trabalho, a fim de que sejam evitadas (ou, ao menos, reduzidas) futuras controvérsias.

É possível, por exemplo, que o empregado tenha interesse na utilização da conexão de internet com maior capacidade, disponibilizada pelo empregador para a realização das suas tarefas, para fins de aproveitamento por ele próprio e por sua família. É possível, também, que interesse ao trabalhador a utilização de moderníssimo equipamento de informática, concedido em razão do contrato de trabalho, com o propósito de desenvolvimento de atividades particulares (profissionais, inclusive, desde que não se constituam em ato de concorrência e não tenha sido fixada proibição contratual quanto a essa destinação).

Em tais casos, parece-nos possível a pactuação do compartilhamento das despesas com os equipamentos e infraestrutura, desde que não seja transferida, na prática, a totalidade ou quase totalidade dos custos ao trabalhador.

Na repartição das despesas, deve-se levar em consideração que, em regra, quanto mais elevado o custo do equipamento ou da infraestrutura ou mais específicas as suas características, menos provável seria sua aquisição por parte do trabalhador para o desenvolvimento de suas atividade particulares, sendo razoável que o empregador seja responsável por arcar com parcela substancial do investimento em aquisição e manutenção.

Naturalmente, havendo cláusula contratual que vede sua utilização para finalidade diversa da realização das atividades inerentes

11 A questão possui disciplina específica no art. 168, itens 2 e 3, do Código do Trabalho de Portugal: “2 - O trabalhador deve observar as regras de utilização e funcionamento dos instrumentos de trabalho que lhe forem disponibilizados. 3 - Salvo acordo em contrário, o trabalhador não pode dar aos instrumentos de trabalho disponibilizados pelo empregador uso diverso do inerente ao cumprimento da sua prestação de trabalho”.

ao vínculo empregatício, caberá exclusivamente ao empregador a responsabilidade pelas despesas, sendo nulo o ajuste em sentido diverso (CLT, art. 9º).

Aqui, dois aspectos merecem consideração.

O primeiro deles diz respeito aos equipamentos ou à infraestrutura com finalidade ergonômica ou, de modo geral, atrelados à preservação da higidez do ambiente de trabalho. Em linha de princípio, compete ao empregador o seu custeio, em conformidade com o disposto no art. 21 da Convenção n.º 155 da OIT: “*As medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para os trabalhadores*”.

Todavia, se deles o trabalhador fizer uso para outras atividades, desvinculadas do contrato de emprego, parece-nos possível a adoção da solução anteriormente mencionada, com o estabelecimento de alguma modalidade de compartilhamento das responsabilidades pela aquisição e manutenção.

O segundo ponto refere-se à utilização, pelo trabalhador, da sua própria energia elétrica ou da sua própria conexão de internet para o desempenho das tarefas decorrentes do contrato.

Não é dado ao empregador considerar tal uso como uma benesse para si ou como uma espécie de “contraprestação” por haver “concedido” ao obreiro a possibilidade de laborar no regime de teletrabalho.

No período destinado ao trabalho, esses insumos são indispensáveis à concretização dos objetivos empresariais, não podendo seu custeio ser transferido ao empregado, sob pena de violação à Convenção n.º 95 da OIT e ao art. 2º da CLT.

Se não for possível determinar o tempo de duração do trabalho para fins de quantificação do valor correspondente ao período de utilização da energia elétrica e da internet do próprio trabalhador para a realização das suas tarefas, deverá ser estabelecida uma estimativa razoável, que será observada para reembolso ao empregado.

Interessa-nos ainda a questão da responsabilidade quanto às despesas com equipamentos e infraestrutura nas hipóteses em que,

inobservado o disposto no art. 75-D celetista, não houver previsão contratual sobre a matéria.

No Código do Trabalho de Portugal, a solução adotada foi a adoção da presunção no sentido de que o custeio recairia sobre o empregador, de acordo com seu art. 168, item 1, *in verbis*: “*Na falta de estipulação no contrato, presume-se que os instrumentos de trabalho respeitantes a tecnologias de informação e de comunicação utilizados pelo trabalhador pertencem ao empregador, que deve assegurar as respetivas instalação e manutenção e o pagamento das inerentes despesas*”.

No Brasil, inexistente correspondente previsão. Contudo, a resposta deve ser idêntica à consagrada no ordenamento português, seja em razão da regra geral de responsabilidade do empregador em relação aos ônus da atividade econômica (CLT, art. 2º), seja em virtude da possibilidade de invocação do direito comparado (CLT, art. 8º) quando compatível com a principiologia do sistema jurídico pátrio, como ocorre no presente caso.

Por fim, é importante destacar que eventuais falhas em equipamentos, sistemas operacionais ou meios de comunicação, que redundem em atraso na prestação dos serviços não podem ser imputados ao trabalhador (ressalvada, naturalmente, a hipótese de o próprio obreiro, embora adequadamente treinado, haver provocado a falha), sob pena, também aqui, da transferência dos riscos da atividade econômica ao empregado.

7. Acidentes de trabalho e doenças ocupacionais

A partir da disciplina veiculada pelos arts. 19 a 21 da Lei n.º 8.213/91, é possível identificar três modalidades de infortúnios relacionados ao trabalho: o acidente típico, as doenças ocupacionais e os acidentes por equiparação.

Valendo-nos da sistematização elaborada pelo Ministro Cláudio Brandão em trabalho de profundo fôlego acadêmico, pode-

mos apresentar as seguintes distinções entre o acidente e as doenças ocupacionais:

“a) o acidente é caracterizado, em regra, pela subitaneidade e violência, ao passo que a doença decorre de um processo que tem certa duração, embora se desencadeie num momento certo, gerando a impossibilidade do exercício das atividades do empregado;

b) no acidente a causa é externa, enquanto a doença, em geral, apresenta-se internamente, num processo silencioso peculiar às moléstias orgânicas do homem;

c) o acidente pode ser provocado intencionalmente, ao passo que a doença não, ainda que seja possível a simulação pelo empregado;

d) no acidente a causa e o efeito, em geral, são simultâneos, enquanto na doença o mediatismo é a sua característica”¹².

O **acidente típico** consiste em *“um evento, em regra, súbito, ocorrido durante a realização do trabalho por conta alheia, que acarreta danos físicos ou psíquicos à pessoa do empregado, capazes de gerar a morte ou a perda, temporária ou permanente, de sua capacidade laboral”¹³.*

A figura da **doença ocupacional** é gênero abrangente da doença profissional e da doença do trabalho.

Doença profissional (*“ergopatias, tecnopatias, idiopatias, doenças profissionais típicas, doenças profissionais verdadeiras ou tecnopatias propriamente ditas”¹⁴*) é *“aquela peculiar a determinada atividade ou profissão”, vindo a “produzir ou desencadear certas patologias, sendo certo que, nessa hipótese, o nexa causal da doença com a atividade é presumido”¹⁵.*

Por sua vez, a **doença do trabalho** (*“mesopatias, moléstias profissionais atípicas, doenças indiretamente profissionais, doenças das*

12 BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 165.

13 Ibidem, p. 132.

14 BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 166.

15 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 50.

*condições de trabalho, enfermidades profissionais indiretas, enfermidades profissionais impropriamente tidas como tais ou doenças do meio*¹⁶), “apesar de igualmente ter origem na atividade do trabalhador, não está vinculada necessariamente a esta ou aquela profissão. Seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é prestado ou das condições específicas do ambiente de trabalho”¹⁷.

A seu turno, os **acidentes por equiparação** encontram-se previstos no rol de situações heterogêneas contido no art. 21 da Lei n.º 8.213/91.

É relevante registrar que a ocorrência de alguma das hipóteses indicadas nos mencionados dispositivos legais importará no reconhecimento do acidente de trabalho (*lato sensu*) para fins previdenciários, não necessariamente ensejando a responsabilidade civil do empregador, a qual apenas existirá se presentes seus pressupostos (conduta,nexo de causalidade, dano, podendo ou não exigir-se a presença de culpa, de acordo com o enquadramento num caso de responsabilidade subjetiva ou objetiva).

Tratando-se de acidente de trabalho ou doença ocupacional passível de responsabilização patronal, é possível a formulação de uma série de postulações decorrentes de diversas lesões: danos materiais

16 BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 168.

17 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Op. cit., p. 50.

dano emergente, lucro cessante), danos morais, perda de uma chance, dano estético, dano sexual¹⁸, dano biológico, dano à saúde¹⁹...

A Lei n.º 13.467/17 inseriu um dispositivo específico na CLT para abordar o tema da segurança do empregado no regime de teletrabalho.

O novo art. 75-E da CLT prevê, em seu *caput*, que a empresa “deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho”. O parágrafo único do dispositivo estabelece que o “empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador”.

O dispositivo revela-se tautológico e anacrônico.

A expedição de orientações por parte do empregador quanto a segurança e saúde do trabalho está prevista no art. 157, inciso II²⁰,

18 Vide, por exemplo, a Apelação 9079708-44.2003.8.26.0000, Tribunal de Justiça de São Paulo, 9ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Gonzaga Franceschini, Data do julgamento: 19/08/2009, decisão mencionada em SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 225. Saliente-se que, *no decisum*, não consta expressamente a locução “dano sexual”, a qual viria a ser utilizada pela doutrina para identificar a lesão à integridade física da pessoa que inviabiliza a fruição (por ela própria ou seu parceiro) de uma vida sexual regular.

19 Em perspectiva crítica à criação de nomenclaturas específicas aos denominados “novos danos indenizáveis”: “A prática da adjetivação de danos parece não apenas ser atécnica, mas também perigosa, resultando não numa ampliação da proteção à pessoa, mas uma redução. Ao se enumerar todas as situações merecedoras de tutela, dando nomes próprios a cada dano decorrente delas, corre-se o risco de entender que um dano, quando não esteja dentro das hipóteses enumeradas, não mereça proteção, restringindo, portanto, a tutela à pessoa. A dignidade não comporta limitações, bem como, qualquer dano que a ofenda. (...) O caminho a se seguir parece ser o de entender a dignidade como um valor unitário inerente a todo o ser humano, que não admite fracionamento ou enumeração. Dentro desta concepção, tendo em mente que qualquer lesão à pessoa em sua dignidade caracteriza-se como dano moral, permite-se que a *clausula geral de proteção à dignidade humana funcione de maneira aberta, porosa, adequando-se às mais diversas situações de risco*” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. **A Torre de Babel das novas adjetivações do dano**. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3477>).

20 Art. 157 - Cabe às empresas: (...) II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

da CLT, que trata da figura das ordens de serviço, competindo ao trabalhador observá-las, sob pena de configuração de hipótese de justa causa (art. 158²¹).

Não haveria motivo para cogitar-se da exclusão do teletrabalhador em relação a tais regras, até mesmo em razão da proibição de distinção entre o “*trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância*” (CLT, art. 6º).

O novo art. 75-E, portanto, simplesmente reitera previsão já contida na CLT.

Aqui, entretanto, um ponto merece destaque. A circunstância de o novel dispositivo não haver explicitado o dever de treinamento e fiscalização quanto ao cumprimento das medidas de segurança e saúde no caso do teletrabalho jamais deve ser interpretada como uma liberação do empregador em relação a tais deveres.

Deveras, prevê que o art. 157, inciso I, celetista que cabe à empresa “*cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho*”, disciplina em consonância com o art. 19 da Convenção n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho.

Assim, o empregador possui, em relação aos teletrabalhadores e aos trabalhadores em seus estabelecimentos, o mesmo dever de orientação, treinamento e fiscalização quanto ao cumprimento das providências de saúde e segurança.

A questão da fiscalização da concretização de tais medidas envolve relevantes questões atinentes à privacidade do empregado em regime de teletrabalho, que serão examinadas em tópico posterior.

21 Art. 158 - Cabe aos empregados:

- I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;
- II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:

- a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;
- b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

Adotada essa cautela interpretativa, nada há de novo no art. 75-E celetista. Em verdade, a redação do seu parágrafo único evidencia que o legislador buscou inspiração na teoria do ato inseguro, que procura o motivo da ocorrência do acidente ou doença em um comportamento do trabalhador, negligenciando as diversas causas que ordinariamente conduzem à provocação dos agravos à saúde, visto há muito ultrapassada no âmbito da Medicina do Trabalho.

Tal concepção teórica “*parte do pressuposto de que existe uma forma certa ou segura de realizar certa ação, que seria do conhecimento prévio do operador, e a inobservância dessa forma seria fruto de uma escolha consciente do trabalhador, originada em particularidades do próprio indivíduo, e quiçá, de sua personalidade descuidada, indisciplinada ou negligente*”²².

Na atualidade, é amplamente difundida a compreensão de que os “*acidentes do trabalho ocorrem em razão de uma rede de fatores causais, cujas variáveis são controladas, em sua maior parte, exclusivamente pelo empregador. Com isso, muitas vezes a culpa patronal absorve ou mesmo neutraliza a culpa da vítima, em razão das diversas obrigações preventivas que a lei atribui às empresas*”²³.

Especificamente sob a perspectiva da responsabilidade por acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais no âmbito do teletrabalho, convém transcrever o **Enunciado n.º 72 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**: “*A mera subscrição, pelo trabalhador, de termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, previsto no art. 75-E, parágrafo único, da CLT, não exime o empregador de eventual responsabilidade por*

22 SILVA, Alessandro da. **Ato inseguro, culpabilização das vítimas e o papel do nexo de causalidade na responsabilidade por acidentes do trabalho** in Direito Ambiental do Trabalho: Apontamentos para uma Teoria Geral. Vol. II. 2 ed. Coord: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney; SEVERO, Valdete Souto. São Paulo: LTr, 2015, p. 467.

23 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 203.

danos decorrentes dos riscos ambientais do teletrabalho. Aplicação do art. 7º, XXII da Constituição c/c art. 927, parágrafo único, do Código Civil”.

Andou mal o legislador ao redigir o novo art. 75-E: o dispositivo não apenas repete previsão já existente na CLT, mas o faz de maneira incompleta, podendo suscitar dúvidas quanto ao dever de fiscalização da observância das normas de segurança e saúde do trabalho, além de flertar com concepção teórica que há muito não se sustenta no âmbito da Medicina do Trabalho.

8. Privacidade do empregado em regime de teletrabalho e visitas pelo empregador

Insere-se na dinâmica da prestação de serviços em regime de teletrabalho a ocorrência de visitas de prepostos do empregador ao local de trabalho do empregado, ainda que se trate da sua residência, o que bem evidencia o quão sensível é o tema em análise.

Vale recordar que o empregador possui o dever de fiscalizar e fazer cumprir as normas de segurança e saúde do trabalho, podendo, para dele desincumbir-se, visitar o local de trabalho, verificar a adequação de equipamentos e infraestruturas e acompanhar, durante tempo razoável, o modo de execução dos serviços, a fim de confirmar a efetiva observância das regras de ergonomia, por exemplo, inclusive em razão da possibilidade de sua responsabilização por agravos à saúde decorrentes das condições de prestação do labor.

Ademais, o teletrabalhador está submetido à mesma subordinação jurídica que o trabalhador presencial (CLT, art. 6º), podendo o empregador, exemplificativamente, examinar eventual desvirtuamento em relação ao uso de equipamentos fornecidos.

É interessante perceber, aqui, que estamos diante de uma mitigação da inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, inciso XI), cuja extensão (dela, mitigação) é passível de questionamento sob a ótica constitucional.

Em favor da licitude da realização das visitas, temos a circunstância de o trabalhador ter ciência da sua ocorrência antes da celebração do ajuste relativo ao teletrabalho. Não se ignora, entretanto, a posição de hipossuficiência do obreiro na relação de emprego e como contingências fáticas podem interferir na manifestação da sua vontade, aspecto que deve ser analisado diante de cada caso concreto.

O legislador reformista nada previu sobre a realização das visitas de prepostos da empresa, conferindo, na prática, à doutrina e à jurisprudência a missão de delineamento dos seus contornos.

Uma primeira referência importante para o tratamento do tema reside no art. 11-A da Lei n.º 10.593/2002, incluído pela Lei Complementar n.º 150/2015, que, conquanto não cuide de visitas realizadas por particulares, insere-se no mesmo contexto de proteção à privacidade no âmbito da residência. Eis o dispositivo:

Art. 11-A. A verificação, pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, do cumprimento das normas que regem o trabalho do empregado doméstico, no âmbito do domicílio do empregador, dependerá de agendamento e de entendimento prévios entre a fiscalização e o empregador.

§ 1º A fiscalização deverá ter natureza prioritariamente orientadora.

§ 2º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de auto de infração, salvo quando for constatada infração por falta de anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

§ 3º Durante a inspeção do trabalho referida no caput, o Auditor-Fiscal do Trabalho far-se-á acompanhar pelo empregador ou por alguém de sua família por este designado.

É oportuno, também, buscar referências da abordagem da matéria especificamente em relação às visitas do empregador ao teletrabalhador no direito estrangeiro.

O Código do Trabalho de Portugal possui disciplina específica sobre o tema em seu art. 170, a seguir transcrito:

Artigo 170. Privacidade de trabalhador em regime de teletrabalho

1 - O empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico.

2 - Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controlo da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho e apenas pode ser efetuada entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada.

3 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto neste artigo.

A seu turno, prevê o Acordo-Quadro Europeu sobre Teletrabalho, em seu item 8, o seguinte:

Para verificar la correcta aplicación de las normas en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tienen acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites de la legislación y de los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador trabaja en el domicilio, este acceso está sometido a previa notificación y consentimiento previo. El teletrabajador está autorizado a pedir una visita de inspección.

A partir das previsões contidas nos mencionados diplomas, é possível propor a construção de diretrizes, adequadas à realidade brasileira, acerca do procedimento de realização de visitas por prepostos da empresa na residência do trabalhador, a saber:

a) A visita deve ter por objetivo exclusivamente o acompanhamento da prestação dos serviços e do cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho, limitando-se apenas ao local de efetivo trabalho;

b) A visita deve ser previamente agendada com o trabalhador, com informações precisas a respeito da identificação do preposto que a realizará;

c) A recusa do obreiro quanto à realização da visita em certo período proposto pela empresa não deve ser reputada como falta contratual, exceto se revelar-se abusiva (com o propósito, por exemplo, de ocultação do desvirtuamento dos equipamentos de trabalho). Em tal hipótese, não será cabível a realização compulsória da visita (ante a inviolabilidade do domicílio), sendo possível, entretanto, a alteração do regime de teletrabalho para presencial (já assegurada ao empregador pelo art. 75-C, §2º, da CLT) ou, sendo o caso, a imposição de sanções contratuais, inclusive da despedida por justa causa;

d) A visita deve ser realizada em dia útil e em horário comercial;

e) Por ocasião da visita, o trabalhador tem o direito de estar presente no local e de fazer-se acompanhar por ente familiar, por outra pessoa por ele designada e, ainda, por representante sindical da sua categoria profissional.

Buscando inspiração na redação do art. 11-A da Lei n.º 10.593/2002 e considerando as peculiaridades do regime de teletrabalho, sustentamos que essas mesmas orientações gerais devem ser observadas quando da fiscalização por Auditores do Ministério do Trabalho na residência do teletrabalhador.

Outro aspecto concernente à privacidade do teletrabalhador refere-se à já mencionada utilização de programas ou aplicativos para acompanhamento da rotina de trabalho.

A ativação de sistemas dessa natureza somente será possível durante o período de prestação de serviços, não podendo ser prolongada pelo restante do dia e da noite, sob pena de configuração de vigiância abusiva da vida privada do trabalhador.

Ressalte-se que, nesse caso, não haverá maiores dificuldades em relação ao argumento da não submissão a controle de horário, uma vez que, consoante abordado anteriormente, o uso dos referidos sistemas revela a plena possibilidade de fiscalização da jornada do teletrabalhador, o qual estará submetido, portanto, às regras gerais de limitação da duração do labor, afastando-se a presunção instituída no art. 62, inciso III, da CLT.

Por fim, ainda que, em dada situação concreta, venha a incidir a presunção fixada no aludido dispositivo celetista, é indispensável a observância ao denominado direito à desconexão, ao direito ao não trabalho, com respeito aos períodos de repouso, necessários à recuperação biológica, à proteção da intimidade e da privacidade e à viabilização do pleno desenvolvimento da personalidade do trabalhador (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 24; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 7º, alínea “d”; Protocolo de San Salvador, art. 7º, alínea “g”; Constituição Federal de 1988, arts. 5º, X, e 7º, XIII e XV).

9. Considerações finais

O teletrabalho consiste em uma modalidade de trabalho a distância caracterizada pela prestação de serviços com intensa utilização de recursos de tecnologia da informação.

A Lei n.º 13.467/17 buscou regulamentar o tema no direito pátrio, mas, como visto, diversos são os questionamentos e as lacunas surgidos a partir da novel legislação.

Compete, agora, à doutrina e à jurisprudência o oferecimento dos seus melhores esforços para a construção de soluções seguras

para os desafios impostos pelos impactos da evolução tecnológica sobre o mundo do trabalho.

I0. Referências bibliográficas

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2015.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. **A Torre de Babel das novas adjetivações do dano**. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3477>.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Alessandro da. **Ato inseguro, culpabilização das vítimas e o papel do nexó de causalidade na responsabilidade por acidentes do trabalho** in *Direito Ambiental do Trabalho: Apontamentos para uma Teoria Geral*. Vol. II. 2 ed. Coordenação: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney; SEVERO, Valdete Souto. São Paulo: LTr, 2015.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 442-B, CLT, ACRESCIDO PELA LEI 13.467/2017: ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA

Thiago Fonseca Alves Paranhos

Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região. Assistente de Gabinete do Desembargador Evandro Pereira Valadão Lopes. Pós-graduação lato sensu “Direito Constitucional” pela Universidade Candido Mendes.

Elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem pela ONU, no ano de 1948, foram elencados alguns dos direitos e liberdades mais básicos do ser humano, independentemente de credo, raça, origem, gênero. Em seu preâmbulo, é estatuída a força cogente de princípios básicos e comuns à humanidade, sendo reconhecido que a não observação desta levou a história contemporânea ao nível de caos e destruição já conhecidos, *in verbis*: “Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade (...)”¹.

Humberto Ávila (ÁVILA, 2011, p. 78), em sua obra “Teoria dos Princípios” os conceitua como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes

1 http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf (acessado em 14/02/2018)

da conduta havida como necessária à sua promoção”². Prossegue o autor definindo-os como “normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização”³.

Vê-se, a partir dos conceitos trazidos, que os princípios possuem caráter finalista, representando um objetivo final a ser alcançado por meio de uma série de condutas correlatas às finalidades propostas. Ao mesmo tempo, entende-se que os princípios delimitam o raio de ação do sujeito, definindo seu campo e suas possibilidades de atuação.

Para o jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez (RODRIGUEZ, 2002a), “os princípios de direito cumprem tríplice missão: a) informadora - inspiram o legislador, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico; b) normativa - atuam como fonte supletiva, no caso de ausência de lei. São meios de integração de direito; e c) interpretativa - operam como critério orientador do juiz ou intérprete”⁴.

Neste mister, importa trazer a lume a definição de princípios proposta por José Afonso da Silva (SILVA, 2012a), no seu clássico manual “Curso de Direito Constitucional Positivo”: “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores e bens* constitucionais’. Mas, como disseram os mesmos autores, ‘os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-os em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”⁵ (grifos do autor).

2 Ávila, Humberto - Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 12ª edição, 2011, editora Malheiros, pág. 78.

3 Ávila, Humberto - Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 12ª edição, 2011, editora Malheiros, pág. 91.

4 Rodriguez, Américo Plá - Princípios de Direito do Trabalho, 3ª edição, 2002, LTR, pág. 44.

5 Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, 2012, editora Malheiros, pág. 92.

Divide o autor os princípios constitucionais em político-constitucionais e jurídico-fundamentais. Ao passo que o primeiro grupo engloba as decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, o segundo importa nos princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional.

No tocante ao segundo grupo, ainda, José Afonso da Silva (SILVA, 2012b) faz distinção entre princípios fundamentais e gerais. Para o ilustre constitucionalista, os princípios fundamentais “integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, ‘que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte’, normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional”, e os princípios gerais “formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional”⁶.

Prossegue o autor (SILVA, 2012c), quanto aos princípios fundamentais, informando que “os princípios essenciais, assim estabelecidos como os *summa genera* do direito constitucional, fórmulas básicas ou postos-chaves de interpretação e construção teórica do constitucionalismo”⁷. Assim sendo, é possível concluir que ao falar-se em direitos fundamentais do homem ou da humanidade, diz-se, na realidade, em “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”⁸ (SILVA, 2012d), (grifos do autor).

6 Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, 2012, editora Malheiros, pág. 95.

7 *Idem*

8 Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, 2012, editora Malheiros, pág. 178.

Possível, portanto, aferir que os chamados direitos fundamentais do homem constituem, na verdade, uma série de princípios básicos, fundamentais, sob os quais se funda o contemporâneo Estado democrático de direito. Importante dizer, ainda, que os princípios auxiliam o intérprete a extrair o máximo valor da norma a ser examinada, informando-o, atuando como efetiva fonte de direito e auxiliando-o em sua interpretação.

Na esteira de evolução dos chamados direitos humanos, é consensual entre os autores constitucionalistas e humanistas seu desenvolvimento em três ondas, níveis ou gerações. André Ramos Tavares (TAVARES, 2012a) prefere chamá-las de dimensões, pois para o autor, “a idéia de ‘gerações’ é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as ‘gerações’ ou ‘dimensões’ dos direitos humanos”⁹.

Neste sentido, é a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Ferreira Filho, 2000, p. 28): “Na visão contemporânea, as liberdades públicas, ou, como por muito tempo a elas se chamou no Brasil, os *direitos individuais*, constituem o núcleo dos direitos fundamentais. A eles - é certo - se agregam primeiro os direitos econômicos e sociais, depois os direitos de solidariedade, mas estes e outros direitos não renegam essas liberdades, visam antes a completá-las”¹⁰.

Assim, como bem elucidado pelo autor ora citado, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os surgidos com o Estado Liberal do século XVIII, englobando os chamados direitos individuais e políticos. Segundo o clássico lema revolucionário francês, “*liberté, égalité, fraternité*”, a primeira dimensão importaria nos direitos de liberdade, isto é, na não ingerência do Estado na vida particular dos indivíduos.

Nesta primeira dimensão, encontram-se a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, o se-

9 Tavares, André Ramos - Curso de Direito Constitucional, 10ª edição, 2012, editora Saraiva, pág. 500.

10 Ferreira Filho, Manoel Gonçalves - Direitos Humanos Fundamentais, 4ª edição, 2000, editora Saraiva, pág. 28.

gredo de correspondência, as liberdades de locomoção, de iniciativa, de atividade econômica, de exercício de profissão, disposição sobre a propriedade, além das liberdades de associação, de reunião, de opinião e acesso a cargos públicos.

Considerando o até aqui exposto e, principalmente, que as dimensões de direitos fundamentais se acrescem, e não se substituem, eis uma das brilhantes conclusões de José Afonso da Silva (SILVA, 2012e): “A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. Com isso, transita-se de uma democracia de conteúdo basicamente político formal para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante. Quanto mais precisos e eficazes se tornem os direitos econômicos, sociais e culturais, mais se inclina do liberalismo para o socialismo”¹¹.

Desta forma, surge a segunda dimensão dos direitos fundamentais, de caráter social, coletivo. Traçando o paralelo com o lema da Revolução francesa de 1789, fonte material do constitucionalismo moderno, é possível dizer que esta dimensão equivaleria aos direitos de *égalité*. Ainda banhando-nos das palavras de José Afonso da Silva (SILVA, 2012f), temos que “O certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas, como se esforça em fazê-lo, para compreender que eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem, e, com toda razão, ‘se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo

11 Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, 2012, editora Malheiros, pág. 185.

para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades' e sua proclamação supõe uma autêntica garantia para a democracia, ou seja: 'para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas'¹².

Para André Ramos Tavares (TAVARES, 2012b), "os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, que visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais. Também pertencem a essa categoria os denominados direitos econômicos, que pretendem propiciar os direitos sociais"¹³.

Em contraposição aos chamados direitos de primeira dimensão, que importavam em uma atuação negativa do Estado, isto é, um não agir, os direitos sociais, ou de segunda dimensão, pressupõe atuação positiva do ente estatal, que deve agir para satisfazer as pretensões que legitimamente lhe sejam exigíveis. Para José Afonso da Silva (SILVA, 2012g), "os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade"¹⁴.

Nas palavras de José Luiz Quadros de Magalhães (MAGALHÃES, 1992, p. 44): "Os direitos sociais são essenciais para os direitos políticos, pois será através da educação que se chegará à participação

12 Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, 2012, editora Malheiros, pág. 185.

13 Tavares, André Ramos - Curso de Direito Constitucional, 10ª edição, 2012, editora Saraiva, pág. 502.

14 Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, 2012, editora Malheiros, pág. 285.

consciente da população, o que implica também necessariamente no direito individual à livre formação da consciência e à liberdade de expressão e informação. Os direitos econômicos, da mesma forma colaboram para o desenvolvimento e efetivação de participação popular através de uma democracia econômica¹⁵. O que essa nova categoria de direitos, na verdade, propõe é assegurar as liberdades clássicas de primeira dimensão munindo o indivíduo das condições materiais necessárias a seu aproveitamento.

Neste sentido, é possível afirmar, com convicção, que os direitos sociais prestam-se como instrumento a propiciar o desfrute e pleno exercício de todos os direitos e liberdades. “Respeitados os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares”¹⁶.

Referendando tal entendimento, temos o professor Alexandre de Moraes (MOARES, 2015, p. 206), para quem “Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal”¹⁷.

A Constituição de 1988 reserva capítulo próprio aos direitos sociais, abrangidos entre os arts. 6º e 11, além de um título exclusivamente destinado à Ordem Social, a tratar da Saúde, Assistência e Previdência Sociais (Título VIII). Nesta dimensão encontram-se os direitos à saúde, à educação, à cultura, à segurança, à moradia, ao trabalho, e todos os demais que lhes sejam correlatos.

15 Magalhães, José Luiz Quadros de, Os Direitos Políticos, Revista de Informação Legislativa, ano 29, nº. 116, out./dez. 1992, pág. 44.

16 Tavares, André Ramos - Curso de Direito Constitucional, 10ª edição, 2012, editora Saraiva, pág. 503.

17 Moraes, Alexandre de - Direito Constitucional, 31ª edição, 2015, editora Atlas, pág. 206.

Observação que se faz necessária é no sentido de que os direitos elencados no referido art. 6º da Constituição não excluem outros, que venham a ser agregados ao ordenamento jurídico vigente (art. 9º, §2º, CF), seja por processo legislativo, na forma da seção VIII do título IV da Constituição, seja por incorporação dos termos internacionalmente celebrados, consoante o disposto no art. 5º, § 3º, também da Constituição.

Também impende compreender que a implementação deste grupo de direitos não se dá de uma única vez, mas sim de forma progressiva e gradual, atendendo-se ao chamado princípio da reserva do possível, observando-se as possibilidades e condições orçamentárias do Estado, bem como os critérios de direcionamento das políticas públicas.

Por fim, característica importante que deve ser observada, notadamente para os fins propostos por este trabalho é a irrenunciabilidade, mais destacada no tocante aos direitos dos trabalhadores. Apesar de controversa, tal característica implica no fato de que os direitos sociais, por serem normas cogentes, de ordem pública, não podem ser declinados por mera vontade das partes.

No específico caso do direito do trabalho, pressupõe-se que o trabalhador encontra-se em desvantagem econômica em relação ao seu empregador. Por tal razão, o ordenamento jurídico vigente, visando “corrigir” tal discrepância e efetivando a igualdade aristotélica, prevista no art. 5º, inciso I, da Constituição, assegura ao trabalhador uma série de garantias, dentre as quais, a irrenunciabilidade a seus direitos trabalhistas.

Convém registrar que direitos tão sensíveis e caros ao Estado e à Democracia republicana brasileiras gozam de proteção especial no próprio corpo da Constituição Federal. Tal proteção se faz necessária para assegurar o contínuo desenvolvimento social e econômico da nação, bem como para assegurar-lhe estabilidade institucional e democrática. Não é demais lembrar que a Constituição Republicana brasileira caracteriza-se como rígida, o que implica em maior dificuldade para sua modificação.

Além do rito e quórum mais específico, a Constituição impõe, ainda, algumas outras limitações ao poder de emenda constitucional como, por exemplo, a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual constitucionalmente previsto, como a forma federativa de Estado, a separação dos Poderes ou os direitos e garantias individuais, já tratados acima, na forma do art. 60, da Constituição. Tal conclusão é possível porque o constituinte incluiu a palavra “tendente” § 4º do já mencionado art. 60.

Por tais motivos, é que os direitos e garantias elencados no art. 60, § 4º, da Constituição passaram a ser designados por “cláusulas pétreas”, sendo um conjunto de preceitos constitucionais intangíveis, que não podem ser objeto de emenda constitucional que pretenda diminuir sua abrangência ou aboli-los. Convém observar que o referido dispositivo veda, tão somente, a pretensão à abolição, sendo plenamente possível sua expansão, inclusive, como explicitado no art. 5º, § 2º da própria Constituição.

No tocante aos “direitos e garantias individuais”, por todo o até aqui exposto entendemos que também estão incluídas nesta expressão os já mencionados direitos sociais. Conosco está André Ramos Tavares (TAVARES, 2012c) ao mencionar Ingo Wolfgang Sarlet e seus argumentos combativos à interpretação literal que se poderia realizar sobre este dispositivo¹⁸.

Em primeiro lugar, não se pode admitir, no ordenamento constitucional brasileiro, nenhuma primazia entre os direitos individuais clássicos (de primeira dimensão) sobre os de ordem social, como explicitamente já ilustrado acima, mediante citação de José Afonso da Silva, uma vez que em momento algum a interpretação do texto constitucional permite tal diferenciação. Em segundo lugar, a grande maioria dos direitos sociais são estruturalmente equiparáveis aos direitos individuais, notadamente os direitos relativos ao trabalho, sendo amplamente possível a individuação dos titulares de tais direitos, pois que, embora

18 Tavares, André Ramos - Curso de Direito Constitucional, 10ª edição, 2012, editora Saraiva, pág. 79.

de expressão coletiva, tais direitos revelam-se, primordialmente, de interesse individual

Também é necessário ter em mente que a interpretação restritiva da expressão “direitos e garantias individuais” poderia levar à exclusão de outros direitos, como os relativos à nacionalidade e os políticos, não expressamente incluídos na vedação constitucional. Neste sentido, temos o voto do Ministro Carlos Veloso, proferido no julgamento da ADIn 939-07 DF, *in verbis*: “É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõem a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos, apenas, em direitos individuais, assim direitos de primeira geração. Já falamos em direitos de primeira, de segunda, de terceira e até de quarta geração”¹⁹.

No mesmo julgamento, assim se pronunciou o Ministro Marco Aurélio: “Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do artigo 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura ‘direitos sociais’, no artigo 7º e, também, em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do § 2º do artigo 5º, segundo a qual ‘os direitos e as garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. Houve o agasalho, portanto, de direitos e garantias explícitos e de direitos e garantias implícitos”²⁰.

Ainda, segundo Alexandre de Moraes (MOARES, 2003, p. 934): “Os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais de 2ª geração, são cláusulas pétreas, à medida que refletem direitos e garantias indivi-

19 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590> - pág. 275 (acessado em 15/05/2018). Fazemos a nota de que o referido julgamento ocorreu no ano de 1993. Atualmente, já há doutrina elencando direitos de até 6ª dimensão.

20 Trecho do voto do Min. Marco Aurélio, Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal federal, *ementário* n°. 1730-10/STF.

duais do trabalhador, uma vez que a Constituição Federal determinou a imutabilidade aos direitos e garantias individuais, estejam ou não no rol exemplificativo do art. 5º (CF, art. 60, § 4º, IV), pois os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade, social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV²¹.

Deste modo, concluímos que ao proteger os “direitos e garantias individuais”, o legislador constituinte pretendeu, na realidade, proteger os chamados direitos fundamentais, assim entendidos os chamados direitos humanos, de matiz principiológica, os quais emanam seus efeitos ainda que não expressamente positivados, dentre os quais se encontram os direitos do trabalhador, os quais constituem expressão da ordem social e dos direitos humanos de segunda dimensão.

Arnaldo Süssekind (SÜSSEKIND, 2005a), afirma que o direito do trabalho “não é apenas o conjunto de leis, mas de normas jurídicas, entre as quais os contratos coletivos, e não regula somente as relações entre empregados e empregadores num contrato de trabalho; ele vai desde sua preparação, com a aprendizagem, até as consequências complementares, como, por exemplo, a organização profissional”²². Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014a), por sua vez, define o direito do trabalho como “complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas

21 MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 2ª edição, 2003, Editora Atlas - pág. 934.

22 Süssekind, Arnaldo - Instituições de Direito do Trabalho, 22º edição, 2005, LTR - pág. 100.

entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas”²³.

Já Vólia Bonfim Cassar (CASSAR, 2017a), conceitua o direito do trabalho como “um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados”²⁴.

Verifica-se, deste modo, que o direito do trabalho é o ramo jurídico que disciplina a relação existente entre empregado e empregador, bem como às figuras a eles equiparadas, não apenas durante a vigência do vínculo laboral, mas também a fase de preparação para o contrato e seu rompimento, além das relações coletivas de trabalho, assim entendidos os direitos de associação e representação sindical, e os processos de negociação envolvendo os entes sindicais e os órgãos patronais.

Dos conceitos apresentados e do texto da própria CLT, extrai-se que o direito do trabalho não contempla todas as relações trabalhistas possíveis. Com efeito, o texto consolidado exclui de sua abrangência os trabalhadores rurais, empregados domésticos e servidores públicos, que possuem corpo normativo próprio.

Neste mister, convém registrar que a CLT disciplina o trabalho urbano, assim considerada a prestação de serviços de um empregado ao seu empregador. Trata-se da relação de emprego.

23 Delgado, Maurício Godinho - Curso de Direito do Trabalho, 13ª edição, 2014, LTR - pág. 47.

24 Cassar, Vólia Bonfim - Direito do Trabalho, 14ª edição, 2017, Editora Método - pág. 3.

A CLT define a relação de emprego a partir da conceituação de empregador (art. 2º) e empregado (art. 3º). Nos termos celetistas, o empregador é “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”, sendo empregado aquele que “prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

A partir das definições legais, Arnaldo Süssekind (SÜSSEKIND, 2005b) traça algumas conclusões acerca da relação de emprego²⁵: a) o empregado é sempre pessoa física; b) os serviços contratados devem ser prestados de modo não eventual, isto é, que a utilização da força de trabalho, como fator de produção, deve corresponder às necessidades normais da atividade econômica em que é empregada; c) que a prestação de serviço não se dê sob forma autônoma, isto é, que não exerça o trabalhador, ele próprio, uma atividade econômica (grifos nossos); d) que a prestação de trabalho não se dê a título gratuito, porque o contrato de trabalho é um contrato oneroso. Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014b) e Vólia Bonfim Cassar (CASSAR, 2017b) trazem, ainda, a subordinação, como elemento caracterizador da relação de emprego, assim conceituando: “consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial, no modo de realização de sua prestação de serviços”²⁶ e “a subordinação nada mais é que o dever de obediência ou o estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato, à função, desde que legais e não abusivas”²⁷.

25 Süssekind, Arnaldo - Instituições de Direito do Trabalho, 22º edição, 2005, LTR - pág. 311.

26 Delgado, Maurício Godinho - Curso de Direito do Trabalho, 13ª edição, 2014, LTR - pág. 303.

27 Cassar, Vólia Bonfim - Direito do Trabalho, 14ª edição, 2017, Editora Método - pág. 253.

Tem-se, portanto, que a relação de emprego é composta por cinco elementos essenciais: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, não assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregado e subordinação. Guilherme Guimarães Feliciano (FELICIANO, 2017a), em sua “visão, compreensão e crítica” da reforma trabalhista, vai além e estatui que a relação de emprego, no ordenamento jurídico brasileiro, foi constitucionalizada: “apesar de o art. 7º da CF/88, em seu *caput* se referir à relação de trabalho, o certo é que tal dispositivo, em uma interpretação lógica e restritiva, refere-se à relação de emprego, passando a elencar os direitos constitucionais que decorrem deste fato”²⁸.

Observamos que a veracidade da afirmação transcrita acima é facilmente verificada uma vez que, sempre que há a intenção de estender os direitos previstos no art. 7º, CF a outras relações de trabalho que não a de emprego, há referência expressa, como no caso do empregado rural, citado no *caput* e inciso XXIX, do avulso, no inciso XXXIV e do doméstico, mencionado no parágrafo único.

Estabelecidas estas premissas, passemos à análise dos princípios trabalhistas.

Para Américo Plá Rodriguez (RODRIGUEZ, 2002b), primeiro doutrinador a enumerar e organizar os princípios aplicáveis às relações trabalhistas, o princípio protetivo é o primeiro e mais importante pilar a sustentar o Direito do Trabalho. Nas palavras do jurista: “O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes”²⁹.

28 Feliciano, Guilherme Guimarães - Reforma Trabalhista Visão, Compreensão e Crítica - 1ª edição, 2017, LTR - pág. 79.

29 Rodriguez, Américo Plá - Princípios de Direito do Trabalho, 3ª edição, 2002, LTR, pág. 83.

Para este jurista, este pilar principiológico principal desmembra-se em outros três: *in dubio, pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica. De acordo com o primeiro, “no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador”³⁰. Para o segundo, quando a uma mesma situação jurídica existirem diversas normas aplicáveis, deverá ser utilizada a mais favorável ao empregado. Por fim, o terceiro desdobramento do princípio da proteção aponta no sentido de que na existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, esta deverá ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a norma contemporaneamente aplicável.

Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014c) afirma que “o princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito”³¹.

Vólia Bonfim Cassar (CASSAR, 2017c) explicita que “o princípio da proteção ao trabalhador está caracterizado pela intensa intervenção estatal brasileira nas relações de trabalho entre empregado e empregador, o que limita, em muito, a autonomia da vontade das partes”³².

Por fim, Arnaldo Süssekind (SÜSSEKIND, 2005c) coroa que “o *princípio da proteção do trabalhador* resulta das normas imperativas, e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho - uma linha divisória entre a vontade do estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal. Daí decorre o *princípio da*

30 Rodriguez, Américo Plá - Princípios de Direito do Trabalho, 3ª edição, 2002, LTR, pág. 107.

31 Delgado, Maurício Godinho - Curso de Direito do Trabalho, 13ª edição, 2014, LTR - pág. 196.

32 Cassar, Vólia Bonfim - Direito do Trabalho, 14ª edição, 2017, Editora Método - pág. 169.

irrenunciabilidade, que vem sendo afetado pela tese da flexibilização, mas que não se confunde com a transação (...)"³³. E prossegue: "Os fundamentos jurídico-políticos e sociológicos do *princípio protetor* geram, sem dúvida, outros, que dele são filhos legítimos: a) *princípio 'in dubio pro operario'* (...); b) o *princípio da norma mais favorável* (...); c) o *princípio da condição mais benéfica* (...); d) o *princípio da primazia da realidade*, em razão do qual a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não correspondente à realidade; (...)"³⁴ (grifos do autor).

Percebe-se que se trata do mais importante pilar principiológico do direito do trabalho, desmembrando-se em outros três grandes suportes, a ancorar toda a estrutura do direito do trabalho. É a partir deste conjunto de princípios, o qual revela a grande desigualdade jurídica entre as partes envolvidas na relação material de emprego, que as normas trabalhistas retiram seu fundamento maior de validade e legitimidade.

Por outro lado, a irrenunciabilidade é entendida por Plá Rodríguez (RODRIGUEZ, 2002c) como "a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio"³⁵. Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014d) esclarece que "no tocante à Renúncia, o operador jurídico em geral até mesmo pode dispensar o exame de seus requisitos, uma vez que o Direito do Trabalho tende a repelir qualquer possibilidade de renúncia a direitos laborais por parte do empregado"³⁶.

33 Süssekind, Arnaldo - Instituições de Direito do Trabalho, 22ª edição, 2005, LTR - pág. 144.

34 Süssekind, Arnaldo - Instituições de Direito do Trabalho, 22ª edição, 2005, LTR - pág. 145.

35 Rodríguez, Américo Plá - Princípios de Direito do Trabalho, 3ª edição, 2002, LTR, pág. 142

36 Delgado, Maurício Godinho - Curso de Direito do Trabalho, 13ª edição, 2014, LTR - pág. 216.

Acrescenta, entretanto, que “apenas em raríssimas situações - inquestionavelmente autorizadas pela ordem jurídica heterônoma estatal - é que a renúncia será passível de validade”³⁷.

Vólia Bonfim Cassar (CASSAR, 2017d) explana, magistralmente, sobre as mais variadas correntes existentes sobre o tema, e se posiciona com Godinho, entendendo que somente é possível a renúncia a direitos trabalhistas quando expressamente autorizada pela lei.

Mais uma vez, o princípio da proteção também emana sua luz sobre este princípio, a desautorizar qualquer renúncia de seus direitos trabalhistas pelo empregado, ainda que deles plenamente consciente e de boa-fé. Protege-se o trabalho, o elo fraco na relação travada com o capital.

Por fim, o último dos princípios trabalhistas, objeto do presente artigo.

Plá Rodriguez (RODRIGUEZ, 2002d) dedica um longo capítulo de sua obra apenas a estudar este princípio. Segundo o autor, “o significado que atribuímos a este princípio é o da primazia dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as aparências. Isso significa que em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle”³⁸.

Ao tratar deste princípio, Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014e) afirma que “no Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica”³⁹. Prossegue atestando que “o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspon-

37 *Idem*

38 Rodriguez, Américo Plá - Princípios de Direito do Trabalho, 3ª edição, 2002, LTR, pág. 351-352

39 Delgado, Maurício Godinho - Curso de Direito do Trabalho, 13ª edição, 2014, LTR - pág. 206.

dente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação de serviços”⁴⁰.

Vólia Bonfim Cassar informa que “para o Direito do Trabalho, prevalecem os fatos reais sobre as formas. O que importa é o que realmente aconteceu e não o que está escrito”⁴¹. E complementa: “o princípio da primazia da realidade destina-se a proteger o trabalhador, já que seu empregador poderia, com relativa facilidade, obrigá-lo a assinar documentos contrários aos fatos e aos seus interesses. Ante o estado de sujeição permanente que o empregado se encontra durante o contrato de trabalho, algumas vezes submete-se às ordens do empregador, mesmo que contra sua vontade”⁴².

Também aqui, vemos o lastro do princípio da proteção. Ainda que de boa-fé, ou de modo consciente, o empregado concorde com os termos de dado contrato ou documento, será a realidade fática, o cotidiano da prática trabalhista que demonstrará o verdadeiro caráter da relação documentada.

A Lei 13.467/2017, conhecida como “Reforma Trabalhista” acrescentou o art. 442-B à CLT, o qual dispõe que “a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”.

Percebe-se, por meio da simples leitura do dispositivo acrescentado à consolidação trabalhista que, independentemente da realidade fática vivenciada no curso do contrato de trabalho, se a mera formalidade exigida para contratação de autônomo for observada, será afastado o vínculo de emprego e validada a prestação autônoma de serviços, a representar uma frontal ofensa ao princípio da primazia da realidade, o qual, como já visto, reverbera o caráter protetivo do direito do trabalho

40 *Idem*

41 Cassar, Vólia Bonfim - Direito do Trabalho, 14ª edição, 2017, Editora Método - pág. 186.

42 Cassar, Vólia Bonfim - Direito do Trabalho, 14ª edição, 2017, Editora Método - pág. 187.

e possui força normativa, não podendo ser ignorado ou excluído do ordenamento jurídico em vigor.

Neste sentido, antes da sanção presidencial ao então projeto de lei (PL 38/2017) diversos órgãos, em conjunto, ingressaram com pedido de veto ao Presidente da República em exercício. Foram eles: AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) em conjunto com a ANPT (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho), ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público), AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil), AMPDFT (Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios), AMAGIS-DF (Associação Nacional dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios) e ANMPM (Associação Nacional do Ministério Público Militar).

No tocante ao artigo ora abordado, o pedido de veto explica que “referido dispositivo viola frontalmente o artigo 7º da Constituição Federal, pois, ao mascarar a relação de emprego sob a forma de autônomo, que praticamente não possui direitos e que trabalha (*sic*) por conta própria e sob os próprios riscos, retira de trabalhadores diversos direitos que são garantidos unicamente àqueles que possuem contrato de emprego com registro em CTPS”⁴³. Ainda neste mister, avança o pedido de veto: “Além disso, o artigo 442-B, além de contrariar o princípio da primazia da realidade, que informa o direito do trabalho, atinge também o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que garante o acesso à justiça, pois obsta o reconhecimento da condição de empregado ao trabalhador contratado como autônomo, ainda que caracterizada, na realidade, a relação de emprego, nos termos do art. 3º da CLT”⁴⁴.

A Lei em comento foi sancionada no dia 13 de julho de 2017 e passou a vigorar no dia 11 de novembro do mesmo ano. Apesar

43 <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Pedido-de-Veto.pdf> - pág. 6 (visto em 14/05/2018).

44 <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Pedido-de-Veto.pdf> - pág. 7 (visto em 14/05/2018).

de toda a explanação oferecida pelos órgãos acima referidos e a clara afronta aos princípios constitucionais, o Presidente da República manteve os termos originais do Projeto de Lei 38/2017.

Vólia Bonfim Cassar (CASSAR, 2017e), ao analisar a redação do novel dispositivo consolidado, posiciona-se junto à corrente segundo a qual, presentes os requisitos da relação de emprego, “o contrato formalizado, por si só, não afasta o liame empregatício, porque este é direito indisponível do trabalhador e a norma legal é inafastável pela vontade das partes e por vontade coletiva, já que o inciso I do art. 611-B da CLT também proíbe que a negociação coletiva verse sobre a anotação da CTPS”⁴⁵.

Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014f), ao elaborar seus comentários sobre a Lei 13.467/2017, no tocante ao dispositivo ora sob análise, informa que “ou o obreiro é contratado como empregado, uma vez que exercerá seu trabalho com os elementos da relação de emprego ou pode ser contratado como autônomo, caso efetivamente exerça a sua prestação de serviços sem os elementos da relação de emprego. Se for contratado como autônomo, porém cumprir o contrato com os elementos da relação de emprego, será tido, evidentemente, do ponto de vista fático e jurídico, como real empregado”⁴⁶. E avança, elaborando que “a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 442-B da Consolidação das Leis do Trabalho, conduz, inegavelmente, ao seguinte resultado interpretativo: o que importa para o Direito do Trabalho é a presença (ou não) dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego, ao invés do simples envoltório formal conferido ao contrato entre as partes. Estando presentes os elementos da relação de emprego, estruturados, pacificamente, pelos art. 3º, *caput*, e 2º, *caput*, está-se perante essa importante relação sóciojurídica tipificada no Direito do Trabalho brasileiro; não estando presentes esses

45 Cassar, Vólia Bonfim - Direito do Trabalho, 14ª edição, 2017, Editora Método - pág. 284.

46 Delgado, Maurício Godinho - A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017, 1ª edição, 2017, LTR - pág. 152.

elementos fático-jurídicos - ou, pelo menos, faltando um deles -, não se considera existente a relação empregatícia entre as partes contratuais”⁴⁷.

Neste sentido, já é a jurisprudência trabalhista regionalizada nacional, fazendo-se a observação de que a existência de vínculo de emprego e seus elementos caracterizadores pressupõe a análise de fatos e provas, o que é vedado ao TST por força da súmula 126 de sua jurisprudência.

Mais uma vez, Guilherme Guimarães Feliciano (FELICIANO, 2017b), ao contextualizar o art 442-B, CLT no ordenamento constitucional vigente, elucida que “em consequência da constitucionalização da relação de trabalho existe proibição dirigida, inclusive ao legislador, de descaracterizá-la. Não pode a lei afirmar a sua inexistência quando, essencialmente, esteja configurada”⁴⁸. E vai além: “admitir o contrário, esvaziaria o conteúdo normativo da Constituição, na medida em que o legislador infraconstitucional poderia excluir do sistema de garantias determinado grupo de trabalhadores na condição de trabalho subordinado, não eventual e oneroso, seja pelo critério de segmento econômico, seja por qualquer outro critério material ou formal eleito”⁴⁹.

O autor ora mencionado informa, ainda, que não se pode extrair do art.442-B, da CLT uma espécie de derrogação do art. 3º, do mesmo diploma legal, posto que “imaginar deste modo é descurar da normatividade do art. 7º da CF, que restaria intacto, ainda que houvesse completa e expressa revogação do art. 3º da CLT”⁵⁰.

Referendando a tese ora proposta, muito recentemente, o Ministério Público do Trabalho publicou uma série de informativos sobre a reforma trabalhista, abordando, dentre outros temas, o tópico objeto do presente estudo. No que diz respeito à inconstitucionalidade

47 *Idem*

48 Feliciano, Guilherme Guimarães - Reforma Trabalhista Visão, Compreensão e Crítica - 1ª edição, 2017, LTR - pág. 80.

49 *Idem*

50 Feliciano, Guilherme Guimarães - Reforma Trabalhista Visão, Compreensão e Crítica - 1ª edição, 2017, LTR - pág. 86.

do referido art. 442-B, CLT, assim se manifesta a instituição: “A relação de emprego protegida, prevista expressamente no art. 7º, inc. I, da Constituição Federal, consiste em direito fundamental assentado no objetivo de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, CRFB/1988) e na própria finalidade da ordem econômica desenhada pelo constituinte, no sentido de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outro princípios, a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego (art. 170, caput, e incs. III, VII e VIII, CRFB/1988)⁵¹”.

Prossigue o Ministério Público do Trabalho afirmando que a proteção da relação de emprego encontra amparo no reconhecimento constitucional da desigualdade material entre as partes contratantes da relação de trabalho subordinado, com objetivo de afastar a plena liberdade de iniciativa que rege os contratos na esfera civil, para proteger direitos fundamentais do trabalhador, respeitando e efetivando, desta forma, sua dignidade. E conclui afirmando que “viola o conjunto de direitos fundamentais dos trabalhadores, amparados na relação de emprego, norma ordinária que afaste a configuração desse específico vínculo de proteção social (com direitos indisponíveis) em face de simples declarações de vontade das partes - próprias da órbita contratual civil, mas incompatíveis com a ontologia do Direito do Trabalho”⁵².

Percebe-se que o Ministério Público do Trabalho também entende pela natureza constitucional do princípio da proteção no direito do trabalho, bem como os da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, os quais são feridos de morte pelo art. 442-B, CLT.

Assim, visto que no ordenamento jurídico em vigor os princípios gerais de direito possuem norma cogente, gozando, inclusive, de proteção pétrea e que os princípios vigentes no direito do trabalho gozam de idêntica proteção, bem como que são plenamente utilizados, outra não pode ser a conclusão do presente estudo que não a absolu-

51 MPT, Manual de Apoio Inconstitucionalidades da Lei nº 13.467/2017, 2018, pág. 13.

52 MPT, Manual de Apoio Inconstitucionalidades da Lei nº 13.467/2017, 2018, pág. 14.

ta inconstitucionalidade do art. 442-B da CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017.

Tal dispositivo fere de morte o princípio da primazia da realidade, um desdobramento do princípio da proteção, e do qual o trabalhador não pode renunciar. Mais ainda, sendo um princípio de ordem trabalhista, enquadra-se dentro dos chamados direitos sociais, os quais, como anotado, são considerados direitos humanos fundamentais de segunda dimensão.

Guilherme Guimarães Feliciano (FELICIANO, 2017c), também conclui pela inconstitucionalidade do referido artigo indicando que “qualquer norma legal que busque, ficticiamente, descaracterizar *a priori* a relação de emprego entre o empregado e o empregador, conforme os ditames constitucionais, não poderá ter validade, pois tal norma legal estaria afetando o próprio pacto constitucional, que ao tempo que assegura o direito de propriedade e a livre iniciativa, como contrapartida assegura àqueles que não detêm os meios de produção um mínimo de garantias sociais e juslaborais”⁵³.

Convém registrar que, dando respaldo à conclusão deste trabalho, no dia 14 de novembro de 2017 foi editada a Medida Provisória 808/2017, a qual alterou drasticamente a redação do art. 442-B, sob análise. Sabiamente, foi incluído, dentre os demais, o parágrafo sexto, que determina que “Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício”.

Como se vê, o vício da inconstitucionalidade presente na redação original do dispositivo sob análise foi extirpado pela Medida Provisória referida, a qual, entretanto, perdeu validade no dia 23 de abril do corrente ano. Ainda assim, no dia 24 de maio deste ano, o Ministério do Trabalho fez publicar, no Diário Oficial da União, a portaria nº 349, a qual incluiu, em seu artigo 1º, o parágrafo quinto, cujo conteúdo possui o mesmo teor do parágrafo sexto [já caduco] do art. 442-B.

Importa revelar que portarias não possuem natureza legislativa, sendo atos normativos editados pelo Poder Executivo. Assim, não

53 Feliciano, Guilherme Guimarães - Reforma Trabalhista Visão, Compreensão e Crítica - 1ª edição, 2017, LTR - pág. 80.

há de se falar em modificação da lei, mas sim, em mera possibilidade de interpretação. Deste modo, é possível concluir, como aqui se faz, ante a larga exposição oferecida, pela inconstitucionalidade do referido artigo 442-B da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, por violar frontalmente os princípios constitucionais ora tratados.

Referências bibliográficas

Ávila, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12^a edição, 2011, editora Malheiros

Cassar, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 14^a edição, 2017, Editora Método

Delgado, Maurício Godinho. **A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 1^a edição, 2017, LTR

Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13^a edição, 2014, LTR

Feliciano, Guilherme Guimarães. **Reforma Trabalhista Visão, Compreensão e Crítica**. 1^a edição, 2017, LTR

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4^a edição, 2000, editora Saraiva

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>

<http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Pedido-de-Veto.pdf>

http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf

Magalhães, José Luiz Quadros de. **Os Direitos Políticos**, *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, nº 116, out./dez.

Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª edição, 2015, editora Atlas

MPT. **Manual de Apoio Inconstitucionalidades da Lei nº 13.467/2017**. 2018

Nader, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37ª edição, 2015, editora Forense

Rodriguez, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª edição, 2002, LTR

Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição, 2012, editora Malheiros

Süssekind, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª edição, 2005, LTR

Tavares, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição, 2012, editora Saraiva

4 ASPECTOS PRÁTICOS DA TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO DO TRABALHO

Cássia Barata de Moraes Santos

Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap).

I. Introdução

Até a vigência da Lei nº 13.467/17, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT apenas se referia ao termo “liminar” nos incisos IX e X do art. 659. Desse modo, quando o assunto é tutela provisória no Processo do Trabalho, aplica-se subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil – CPC, com adequação aos princípios especiais que regem o Direito Processual do Trabalho.

No que diz respeito à tutela provisória, de forma específica no Processo do Trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, por meio da Lei nº 13.467/2017, tratou expressamente, em seu texto, do instituto da tutela de urgência nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, assunto que será detalhado mais adiante.

Com base na matéria em análise, realizou-se pesquisa junto aos Assistentes dos magistrados das Varas do Trabalho do Recife para se verificar as matérias mais demandadas em sede de tutela provisória, bem como a aplicação prática de alguns princípios do Processo do Trabalho em face da temática.

De acordo com o resultado da pesquisa, as tutelas provisórias concedidas em maior quantidade no âmbito do Direito Processual do Trabalho, demandam simples fundamentação e análise simplificada da prova documental como é o caso dos pedidos de tutela para liberação de valores do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, na hipótese da dispensa sem justa causa comprovada, e certidão de habilitação no programa do Seguro Desemprego nas dispensas imotivadas devidamente comprovadas.

Não foram desconsiderados na análise do resultado da pesquisa os pedidos de tutela provisória mais pleiteados na Justiça do Trabalho da Capital Pernambucana e que demandam fundamentação mais elaborada na concessão, prova robusta e contraditório amplo, como por exemplo, pedidos de reintegração, estabilidades, suspensão de eleições sindicais, reenquadramento, restabelecimento de remuneração por perda de gratificação, restabelecimento de plano de saúde etc., conforme serão analisados mais adiante.

2. Princípios especiais do Processo do Trabalho

Os princípios que regem o Processo do Trabalho possuem algumas peculiaridades que diferenciam do procedimento especial do comum.

Na lição de Mauro Schiavi¹:

Embora o Processo do Trabalho esteja sujeito aos princípios constitucionais do processo e também acompanhe os princípios do Direito

1 SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo : LTr, 2018. p. 128.

Processual Civil, no nosso sentir, alguns princípios são típicos do Direito Processual do Trabalho, que lhe dão autonomia e razão de existência.

Importante lembrar que na origem do Direito Processual do Trabalho no Brasil, a resolução dos conflitos trabalhistas era realizada no âmbito do Poder Executivo, através de órgãos com natureza meramente administrativa. Somente com a Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário, tendo o rito processual regido por lei especial, a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT e com aplicação subsidiária do direito processual comum. Nesse contexto, o Direito Processual do Trabalho passou a ser reconhecido como ramo do direito autônomo.

Diante da origem do ramo processual especializado, da natureza do direito material tutelado e da sua autonomia, alguns princípios especiais foram consolidados, destacando-se no plano inter-nacional e nacional os seguintes princípios especiais: simplicidade, interpretação mais benéfica, celeridade, oralidade etc., tudo sem desconsiderar as formalidades legais básicas quanto à possibilidade do bem jurídico que se pretende tutelar, os requisitos/pressupostos legais, direito ao contraditório e o momento processual adequado.

Oportuno destacar as palavras dos doutrinadores Carolina Marzola Hirata Zedes e Leandro Zedes Lares Fernandes, na obra *Processo do Trabalho Comentado*²:

Como se percebe, sob o princípio da simplicidade reúnem-se diversas manifestações de outros princípios típicos do trabalho, os quais em conjunto dão a tônica de maior desburocratização e de agilidade ao procedimento, sem descuras das garantias processuais das partes.

2 ZEDES, Carolina Marzola Hirata. FERNANDES, Leandro Zedes Lares. **Processo do trabalho comentado**. São Paulo : LTr, 2017. p. 178.

Nesse diapasão, e com base na finalidade do presente trabalho, a tutela de urgência no Processo do Trabalho será abordada sob a ótica dos princípios especiais, destacando-se o princípio da simplicidade, sem desconsiderar na sua aplicação os demais princípios do processo.

3. Considerações gerais da tutela provisória no Processo do Trabalho

O artigo 769 da CLT estabelece que o Código de Processo Civil será utilizado de forma subsidiária ao Processo do Trabalho. No CPC de 2015, o art. 15 passou a dispor que, na ausência de normas que regulem o processo trabalhista, as disposições do CPC serão aplicadas de forma supletiva e subsidiária. Desse modo, as regras gerais da tutela provisória estabelecidas pelos artigos 294 a 311 do CPC são aplicáveis ao Processo do Trabalho por força do art. 769 da CLT e art. 15 do CPC.

Dado interessante e que merece destaque é que, até a publicação da Lei nº 13.467/2017, a CLT só havia previsão no art. 659, incisos IX e X, da CLT, do manuseio de medida liminar, nada mais dispondo a respeito de procedimentos e requisitos. Com reforma trabalhista, o termo tutela de urgência na espécie tutela de evidência passou a fazer parte da CLT, e de forma específica, no capítulo que regulamenta o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo do Trabalho.

De acordo com Fredie Didier³:

A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo (...).

3 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 2. p. 581.

Seguindo a mesma linha do Processo Civil, a tutela provisória no Processo do Trabalho é classificada em tutela de urgência ou de evidência. A tutela de urgência, cautelar ou incidental poderá ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Ambas as tutelas podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, conservando sua eficácia na pendência do processo. Deverá ser requerida ao juízo da causa ou ao juízo competente para conhecer o pedido principal. As disposições gerais da tutela provisória estão nos artigos 294 a 299 do CPC. A tutela de urgência é regida pelos artigos 300 a 310 do CPC e a tutela de evidência pelo artigo 311 do mesmo diploma legal.

De forma mais específica, a tutela de urgência deverá observar os requisitos da probabilidade do direito, perigo da demora e risco ao resultado útil do processo, não podendo ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Na hipótese da tutela de evidência, a concessão da medida independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: houver abuso de direito, manifesto propósito protelatório da parte; a prova do fato depender apenas de documentos ou quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Realizadas as considerações acima, passa-se a análise geral da aplicação prática do instituto da tutela provisória no Processo do Trabalho considerando as matérias corriqueiramente apreciadas.

4.A tutela provisória trabalhista

Para subsidiar melhor o presente trabalho, foi realizada pesquisa por meio de aplicação de questionário junto aos Assistentes de Gabinete dos Magistrados da Primeira Instância nas Varas do Trabalho do Recife, com 22 respostas válidas a respeito dos pedidos de tutela de urgência mais demandados no ano de 2017. Além da identificação das matérias mais demandadas em sede de tutela provisória, questões como quais tipos de tutela são requeridas com maior frequência, ur-

gência ou evidência, foram objeto da pesquisa. Por fim, a delimitação de assuntos que ensejam contraditório mais específico com o fim de analisar a aplicação prática do princípio da simplicidade nas questões relacionadas às tutelas provisórias no Processo do Trabalho também foram objeto de análise.

Importante registrar que os resultados foram analisados com base nos dados do dia a dia dos assistentes, pois o E-gestão ainda não permitia à época da pesquisa a identificação do quantitativo de tutelas provisórias analisadas por assunto.

Pois bem. Da análise dos dados, a tutela provisória no Processo do Trabalho requerida no ano de 2017, em maior quantidade pelos litigantes, foi expedição de alvará de liberação de valores de FGTS nos casos de dispensa sem justa causa comprovada de forma incontroversa, seguida em quantidade similar da expedição de certidão substitutiva das guias do programa do Seguro Desemprego.

Com base no princípio da simplicidade que rege o Processo do Trabalho, tais pedidos são analisados por meio da apresentação de simples documentos acompanhando a inicial, comprovando a dispensa sem justa causa. Em regra, não há necessidade de amplo contraditório quando a documentação é regularmente apresentada nos autos pela parte interessada, portanto, o contraditório praticamente não se torna necessário quando há prova nos autos da dispensa sem justa causa. O fundamento legal da concessão da medida é o inciso IV do art. 311 do CPC, tutela de evidência. Por não haver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, a não apresentação da documentação necessária enseja o indeferimento do pedido da tutela provisória com possibilidade de nova análise após a apresentação da defesa ou mediante justificativa fundamentada da parte interessada para nova apreciação, o que deverá ser analisado caso a caso com observância, se necessário, do contraditório. No entanto, com a informatização dos procedimentos para saque do FGTS e habilitação no programa do Seguro Desemprego pelo Poder Executivo, seguindo a atual regra do eSocial utilizada para os empregados domésticos, tais pedidos tendem a diminuir consideravelmente da forma que atualmente são requeridos.

A terceira matéria identificada com maior apreciação nos pedidos de tutela provisória é o requerimento de reintegração por estabilidade acidentária sem gozo do benefício de auxílio-doença acidentário. De acordo com o art. 118⁴ da Lei nº 8.213/91, a estabilidade provisória acidentária será reconhecida por um período de 12 meses após a cessação do gozo do auxílio-doença acidentário. Em regra, a análise desse pedido demanda análise probatória com contraditório mais amplo e necessário em razão da ausência preliminar do requisito probabilidade do direito, ausência do requisito legal gozo do auxílio-doença acidentário, exigido pelo art. 118 da Lei nº 8.213/91. A fundamentação legal processual para o deferimento ou rejeição, geralmente, ocorre com base no art. 300 do CPC, tutela de urgência. Tal dado reflete uma situação fática delicada na relação de emprego no Brasil e já identificada em outros momentos que é a resistência do empregador em reconhecer voluntariamente o acidente de trabalho, mas a análise mais aprofundada desse aspecto da relação de emprego não cabe no presente momento.

A quarta matéria mais demandada em sede de tutela provisória na Justiça Trabalhista das varas da capital do TRT6 é o pedido de reintegração por estabilidade acidentária com gozo comprovado do benefício de auxílio-doença acidentário. Tal matéria enquadra-se na hipótese de tutela de urgência, apreciada com fundamento no art. 300 do CPC. A reintegração, em regra, tende a ser concedida mediante observância do prazo de 12 meses da data de cessação do benefício, sem amplo contraditório em razão da prova apresentada pela parte tratar-se de documentos emitido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, órgão oficial com atribuição legal para reconhecer e conceder o benefício de natureza acidentária. No entanto, importante frisar que nas matérias que demandam estabilidades provisórias, somente diante do caso concreto é que o grau do contraditório poderá ser mensurado.

4 Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

A concessão ou rejeição da medida foi identificada como matéria que mais demanda a impetração de mandado de segurança pelas partes, conforme informação apresentada pelos participantes da pesquisa.

O quinto tema destacado no resultado da pesquisa trata-se de pedido de reconhecimento de estabilidade provisória de empregada gestante, art. 10, II, “b”, do ADCT. A análise do pedido demanda verificação da data provável da concepção, que a dispensa tenha ocorrido sem justo motivo por parte do empregador, que o prazo da reintegração ainda esteja em curso no momento da análise do pedido, caso contrário, a obrigação de reintegrar converte-se em obrigação de pagar indenização do período da estabilidade. O fundamento legal geralmente é o art. 300, *caput*, do CPC. A análise probatória é simples com necessidade de contraditório também simplificado.

Os outros assuntos que apareceram em menor número e na ordem crescente aqui apresentada foram: reintegração por motivo de doença comum incapacitante, bloqueio de crédito na fase de conhecimento, restabelecimento de perdas remuneratórias (estabilidade financeira), rescisão indireta, restabelecimento de plano de saúde, obrigações de fazer e não fazer nas ações civis públicas, reenquadramento, reintegrações outras (dispensa discriminatória, membro da CIPA, dirigente sindical, estabilidade convencional etc.), eleições sindicais, nomeação em concurso público, greve etc.

De acordo com Mauro Schiavi em sua obra Manual do direito processual do trabalho⁵:

Embora o procedimento seja de certa forma informal, isso não significa que certas formalidades não devam ser observadas, inclusive sobre a documentação do procedimento, que é uma garantia da seriedade do processo.

Da análise dos dados apresentados na pesquisa, observa-se que na apreciação da tutela provisória na Justiça do Trabalho, os

5 SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho : de acordo com a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo : LTr, 2018. p. 131.

requisitos do instituto são analisados com maior simplicidade quando comparados ao rito processual comum, em razão dos temas que mais demandam esse tipo de tutela exigirem simples análise de prova de natureza documental, sem desconsiderar os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e as peculiaridades da atuação jurisdicional que o caso concreto demandar.

5. A tutela de urgência no incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho

Um assunto que não é novo no Processo do Trabalho, pois já era utilizado de forma subsidiária o Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor, passou a ter regulamentação própria na CLT com a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Trata-se do incidente de desconsideração da personalidade jurídica⁶ no Processo do Trabalho. E de maneira inovadora, o texto legal tratou, de forma expressa, da possibilidade de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar no procedimento, art. 855-A, §2º, da CLT. Remetendo ao art. 301 do

6 Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação;

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

CPC a regulamentação subsidiária. Tal previsão normativa é de grande relevância em razão da natureza alimentar do crédito trabalhista, que prevalece sobre outros débitos, e com o fim de resguardar o resultado útil do processo. As medidas que podem ser manuseadas para a efetivação do direito estão previstas no art. 301 do CPC, arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Em relação aos procedimentos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica previstos na CLT, o princípio da simplicidade não parece ter prevalecido, restando o princípio da efetividade como fundamento para o manuseio e concretização da medida, aliados aos demais requisitos exigidos para a concessão das tutelas provisórias no Processo do Trabalho.

6. Considerações finais

Apesar do instituto da tutela provisória no Processo do Trabalho seguir os mesmos fundamentos do Processo Civil, os princípios especiais do Processo do Trabalho dão contornos diferenciados na aplicabilidade da medida processual, de forma que prevalece, em vários aspectos, o princípio da simplicidade, bastando prova documental simples incontroversa para que a medida seja concedida nas matérias relacionadas à liberação de alvará para saque do FGTS e certidão para fins de habilitação no programa do Seguro Desemprego. Em relação às demais matérias, o contraditório se faz presente e necessário, mas sempre prevalecendo a forma simples da prática do ato, tudo isso sem esquecer que, em ambos os ramos do processo a boa-fé processual, deve prevalecer sobre as formalidades legais com o fim de efetivar a justiça plena.

7. Referências Bibliográficas

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em 20 de dezembro de 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20 de dezembro de 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 18. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 1.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de direito processual do trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista .13ª ed.** São Paulo : LT, 2018.

ZEDES, Carolina Marzola Hirata. FERNANDES, Leandro Zedes Lares. **Processo do trabalho comentado.** São Paulo: LT, 2017.

5

AS DESPEDIDAS COLETIVAS NO BRASIL APÓS A REFORMA TRABALHISTA: ENTRE A PÓS-VERDADE DOGMÁTICA E A AFIRMAÇÃO DO TRABALHO DIGNO. UM ESTUDO A RESPEITO DO ATUAL ESTÁGIO NORMATIVO DA MATÉRIA E AS ALTERNATIVAS A SEREM TRILHADAS

Filipe Spenser Dowsley

Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco (FDR- UFPE). Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Federal de Pernambuco.

1. INTRODUÇÃO: CRISE ECONÔMICA E DESPEDIDAS COLETIVAS.

A existência histórica do Direito do Trabalho é justificada pela constatação social de que o império da ampla liberdade entre os homens, na relação econômica capital-trabalho, sujeitava os trabalhadores a condições indignas de sobrevivência. Assim, desde a sua gênese,

a preocupação do Direito do Trabalho não é outra senão a de conter os efeitos deletérios da plena liberdade perante aqueles que vendem a sua força de trabalho.

O ensinamento do religioso dominicano, [Henri Dominique Lacordaire](#), sintetiza bem a realidade: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o patrão e o operário, é a liberdade que oprime e a lei que liberta.”¹

O segmento jus trabalhista, por conseguinte, encontra-se, intrinsecamente, vinculado à dinâmica econômica com o dever de fornecer respostas aos diversos conflitos criados pelos sujeitos econômicos. Não há Direito do Trabalho alheio à realidade econômica.

Nesse cenário, é fácil conceber que são as condições econômicas as responsáveis por moldarem o perfil dos conflitos vivenciados na seara trabalhista, de modo que, em tempos de crise ou crescimento econômico, há uma tendência para que as lides apresentem um relativo padrão de semelhança; afinal, conflitos trabalhistas são, em última análise, conflitos econômicos (NASCIMENTO, 2009,).

A última grande crise mundial ocorreu no ano de 2009 e, como esperado, teve reflexos na economia brasileira. Naqueles tempos, desenvolveu-se no Brasil um processo de encerramento de várias empresas cujos principais mercados consumidores eram internacionais, de modo que inúmeros postos de trabalho foram perdidos e demissões em massa foram materializadas. Na seara jurídica laboral, talvez o caso mais emblemático dos efeitos da crise econômica tenha sido o da EMBRAER, cuja medida para o enfretamento da crise foi o despedimento massivo de 4.200 (quatro mil e duzentos) empregados no ano de 2009.

Conforme será analisado neste trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho, ao se debruçar sobre o despedimento coletivo ocorrido na EMBRAER (Processo tombado com o número. TST-RODC-30900-12.2009.5.15.0000), fixou a premissa, para os casos futuros, que toda despedida coletiva deveria ser precedida de negociação coletiva com a entidade sindical. Neste ponto, é significativo perceber

1 Abade Lacordaire foi um francês que viveu no século XIX, tendo sido religioso, acadêmico, professor e educador.

que, até a eclosão da crise econômica, a dispensa coletiva não recebia qualquer tratamento jurídico diferenciado pelo sistema jurídico pátrio.

Pois bem. Os anos subsequentes a 2009, no Brasil, foram marcados por um ciclo de crescimento econômico e o cenário de despedidas coletivas se mostrou menos frequente. Não obstante, a partir do ano de 2015, o referido ciclo esgotou-se. De acordo com os dados recentes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, a taxa de desocupação – indicador que mede o percentual de pessoas desocupadas em relação às pessoas na força de trabalho – no trimestre de abril a junho de 2016 foi estimada em 11,3%, o que significa um contingente de 11,6 milhões de pessoas desocupadas. Trata-se do mais alto nível de desocupação desde que a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD teve início em janeiro de 2012 (BRASIL, 2016a) Por outro lado, os dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) registraram, nos últimos doze meses, a redução de 1.765.024 postos de trabalho. (Brasil, 2016b)

Nessa contextura, não tem sido poucas as despedidas coletivas ocorridas no país. Em Pernambuco, apenas na primeira semana do mês junho de 2016, foram noticiados, nos grandes meios de comunicação, dois expressivos despedimentos de forma massiva. Primeiro, em Jaboatão dos Guararapes (PE), mais de 1.000 (mil) empregados de *call-center* da empresa de telefonia TIM foram desligados e, no município de Paulista (PE), mais de 430 trabalhadores da Santista, indústria têxtil, também foram despedidos (JORNAL DO COMÉRCIO, 2016).

Desta feita, com uma realidade marcada por despedidas coletivas, o foco do presente trabalho é estudar como a matéria é hoje tratada pelo sistema jurídico brasileiro, em especial no cenário pós-reforma trabalhista, bem como tentar identificar as suas limitações e traçar alternativas que permitam ao Direito do Trabalho cumprir a sua missão histórica de tutelar os interesses dos que vivem da venda da sua força de trabalho.

Para tanto, buscar-se-á, inicialmente, traçar um panorama dogmático e jurisprudencial das despedidas coletivas no Brasil e, a par-

tir do acúmulo histórico do Direito Internacional do Trabalho, apontar possíveis caminhos a serem trilhados.

I. I. DESPEDIDA COLETIVA: ASPECTOS CONCEITUAIS

De início, é crucial tentar estabelecer os elementos que caracterizam a despedida coletiva e, assim, tentar defini-la como fenômeno próprio e absolutamente diferenciado das despedidas individuais ainda que estas contemplem um grande quantitativo de trabalhadores.

Na doutrina juslaboral, atribui-se a Orlando Gomes o primeiro estudo, ainda na década 70, em que foram estabelecidos os contornos conceituais da despedida coletiva. Em verdadeira obra-prima, o mestre baiano assim trata de conceituá-la:

Dispensa coletiva é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados (...). Na dispensa coletiva é única e exclusiva a causa determinante. O empregador, compelido a dispensar certo número de empregados, não se propõe a despedir determinados trabalhadores, senão aqueles que não podem continuar no emprego. Tomando a medida de dispensar uma pluralidade de empregados não visa o empregador a pessoas concretas, mas a um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não pessoais, como a lotação em certa seção ou departamento da empresa, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço. A causa da dispensa é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa.

A finalidade do empregador ao cometer a dispensa coletiva não é abrir vagas ou

diminuir, por certo tempo, o número de empregados. Seu desígnio é, ao contrário, reduzir definitivamente o quadro de pessoal. Os empregados dispensados não são substituídos, ou porque se tornaram desnecessários ou porque não tem a empresa condição de conserva-los.” (GOMES,1974).

Como se vê, portanto, a dispensa coletiva encontra-se relacionada à redução da atividade empresarial. Há, nesta hipótese, uma diminuição na atuação produtiva da empresa, de tal sorte que se faz necessário eliminar os postos de trabalho responsáveis pela área subtraída. Evidencia-se, por esses aspectos, a índole objetiva da despedida coletiva em que são ignoradas as características subjetivas dos trabalhadores que forem eventualmente desligados.

Nesse contexto, na despedida individual plúrima, há o despedimento de um contingente de trabalhadores por razões diversas, em regra, relacionadas à subjetividade do empregado. O planejamento empresarial de materializar um despedimento plúrimo envolve, também, a contratação de mão-de-obra para suprir os trabalhadores desligados (MARTINEZ, 2014.).

A essa altura, parece importante salientar um traço distintivo da despedida coletiva por vezes não tão ressaltado pela doutrina juslaboral e, aparentemente, até mesmo ignorado pela jurisprudência, ao tratar da temática, conforme será visto na sequência (PANCONTTI, 2010)².

No plano das despedidas individuais ou plúrimas, na esteira do que propõe a própria Convenção 158 da OIT, costuma-se avaliar se o ato demissional seria arbitrário, ou não, pela existência de causas justificadas (SOARES, 2016). Todavia, no plano da despedida coletiva, como visto, há sempre uma motivação subjacente, de tal sorte que a

2 O autor, aparentemente, sugere que as dispensas coletivas devem estar lastreadas em motivações capazes de comprometer a existência da atividade empresarial. Existiria, assim, tal qual na despedida individual idealizada pela Organização Internacional do Trabalho, a necessidade de motivação do ato demissional.

utilização do paradigma próprio à despedida individual - relacionado à ausência de motivação válida - não se revela, na espécie, adequada. Com efeito, parece ser uma dificuldade recorrente e própria desse tempo de afirmação dos direitos coletivos: tratar os direitos de natureza meta-individual com a visão própria dos direitos individuais.

Deste modo, não se pretende asseverar que o ato demissional coletivo estaria isento de apreciação da sua legalidade; aliás, desconhece-se, inclusive, ato jurídico com tal isenção. Do ponto de vista dos impactos proporcionados, a despedida coletiva situa-se em um patamar muito superior, porquanto seus efeitos afetam não apenas os trabalhadores despedidos, mas todo o tecido social em que estão inseridos.

Ora, quando há materialização da despedida coletiva, há, também, a redução da atividade econômica de determinada localidade, de tal modo que, até que haja novo empreendimento, os postos de trabalho não serão recuperados. Nesta esteira, afigura-se lícito concluir que a preocupação em evitar a despedida coletiva não é lastreada, especificamente, apenas no princípio da continuidade do emprego, mas da própria função social da empresa – norma valorativa de proteção do capital produtivo; não especulativo, cabe registrar.

Como não bastasse a redução da atividade econômica, a despedida coletiva tem repercussão até mesmo em outras sociedades empresárias de diferentes ramos econômicos, porquanto a redução dos postos de trabalho importa, também, na redução do quantitativo de consumidores e, por conseguinte, na redução das expectativas de produção. O método capitalista de produção é estruturalmente dependente de um amplo mercado de consumo.

Por outro lado, é oportuno perceber que se tentássemos de quantificar os danos causados pela despedida coletiva, o dano coletivo proporcionado seria muito superior aos danos individuais proporcionados, ainda que todos fossem reunidos. O conjunto dos impactos individuais não corresponde ao impacto coletivo provocado. Não por outra razão, a doutrina trabalhista considera a despedida coletiva como uma matéria afeta ao Direito Coletivo do Trabalho e, deste modo, regrada

de acordo com as regras e princípios próprios deste ramo do Direito. (AGLIARINI e STEPHAN, 2012; TEODORO e SILVA, 2009).

I.2. REGRAMENTO DA DEMISSÃO COLETIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E O PRECEDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO NO *LEADING CASE* EMBRAER

De pronto, cabe explicitar uma peculiaridade marcante no tratamento da matéria da demissão coletiva no Brasil: há verdadeiro vácuo normativo na regulamentação da matéria. Neste sentido, inexistente qualquer dispositivo legal que discipline a despedida coletiva, quer a conceituando, quer estabelecendo um procedimento ou condições para o seu exercício.

É oportuno registrar, contudo, que o Ministério do Trabalho e Emprego, por intermédio das portarias de número 3.218/87 e 1/92, tentou estabelecer algum regramento. No primeiro instrumento, há a regulação do acompanhamento das demissões coletivas com a indicação de soluções alternativas, que deveriam ser assumidas, ao passo que a portaria da década de 90 prescreve sobre a fiscalização das empresas nos casos de dispensa em massa (AGLIARINI e STEPHAN, 2012). Não obstante, ambos os institutos carecem de qualquer efetividade, porquanto o primeiro é desprovido de qualquer sanção e o segundo é considerado inadequado para regulamentar matéria reservada à lei complementar, vide a previsão constitucional constante na Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso I (AGLIARINI e STEPHAN, 2012).

Em que pese a existência de vácuo normativo, o conflito econômico-trabalhista da despedida coletiva ocorre no mundo dos fatos e os trabalhadores, nessas oportunidades, recorrem à tutela do Poder Judiciário.

Até o ano de 2009, prevalecia na jurisprudência pátria o entendimento pela impossibilidade de se imiscuir na dinâmica despedida coletiva, ante a ausência de disposição infraconstitucional regulando a

matéria. Nessa linha, apregoava-se que o princípio da legalidade impossibilitaria que o Judiciário estabelecesse deveres aos cidadãos além daqueles já prescritos pelo legislador para as hipóteses de demissão sem justa causa (CARMO, 2009 e MARTINS, 2009).

A interpretação supra descrita peca por equiparar a despedida coletiva à individual, ignorando, ao assim proceder, a dimensão diferenciada dos impactos proporcionados pela despedida massiva. Ora, parece até mesmo ser redundante afirmar que a despedida coletiva é sem justa causa, ou, ainda, que se trata de uma modalidade de despedida motivada, porquanto, conceitualmente, a despedida coletiva já contempla essas características. Tais categorias de análise são próprias do Direito Individual do Trabalho, ao passo que o conflito emergido pela despedida coletiva é de índole coletiva e pelo Direito Coletivo do Trabalho deve ser enfrentado – porém, na perspectiva coletiva, não há qualquer normatização.

De outra banda, quando a Constituição Federal em seu art. 7º, I estabeleceu como o primeiro direito social dos trabalhadores a proteção contra a despedida sem justa causa ou arbitrária,³ forneceu suficiente densidade normativa para que o direito fundamental fosse tutelado. A postura cômoda de considerar que o Legislativo seria o único poder com legitimidade para regulamentar o exercício do direito fundamental parece ignorar que o problema da ausência de norma regulamentador é de Estado, não de um Poder. Na lição clássica, a repartição das competências estatais tem sua razão de ser no equilíbrio entre os diferentes poderes, todavia, a mora reiterada do Legislativo afeta o próprio equilíbrio social que o justifica.

Nesse raciocínio, em 2009, o Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da Seção de Dissídios Coletivos na sessão que julgou a dispensa coletiva de quatro mil e duzentos empregados pela EMBRAER (Proc. n. TST-RODC-30900-12.2009.5.15.0000), entendeu que a inércia

3 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

do legislador não poderia impedir a aplicação dos direitos constitucionalmente previstos, a exemplo da proteção contra a despedida arbitrária, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – esses dois últimos fundamentos da República. Ademais, a Constituição, ao reger a ordem econômica, erige a valorização do trabalho humano como elemento fundante e a busca do pleno emprego como princípio.

Naquela oportunidade, a Corte Superior Trabalhista entendeu, ainda, pela insuficiência da legislação referente às despedidas individuais e reconheceu a necessidade de tratar a despedida coletiva sob a ótica do Direito Coletivo do Trabalho, de modo que, pelo art. 8º, III e VI da Constituição Federal, seria a necessária participação do sindicato. Aplicou-se, assim, o princípio-regra da imprescindibilidade da intervenção sindical em toda e qualquer discussão respeitante à coletividade dos trabalhadores (DELGADO, 2010.).

Por conseguinte, fixou-se a premissa – restrita aos casos futuros (*prospective overruling*), cabe salientar - no sentido que toda e qualquer despedida coletiva deveria ser precedida de negociação coletiva com a entidade sindical, sob pena de restar caracterizada a abusividade do ato demissional coletivo.

Nessa esteira, a participação da entidade sindical não se trataria de mero elemento formal de validade procedimental, mas, ao contrário, de intervenção qualificada com o escopo de evitar a materialização da despedida coletiva. A finalidade última, portanto, é não permitir a perda dos postos de trabalho. Para tanto, os sujeitos coletivos – empresa e sindicato – devem construir alternativas para o enfrentamento da crise, desde programas de demissões voluntárias (PDV's) ou até mesmo medidas que reduzam temporariamente a proteção dos trabalhadores, a exemplo da suspensão dos contratos de trabalho. Se, por outro lado, a despedida configurar-se inevitável far-se-ia necessária a fixação de critérios de preferência social que atenuassem os danos.

É lícito conceber o acórdão ora analisado como o maior precedente do judiciário brasileiro a respeito das dispensas coletivas. Primeiro, por ter superado o entendimento anterior em que o Judiciário

não se imiscuía na análise da despedida coletivas. Ademais, tratou-se de uma decisão paradigmática que norteou todos os demais tribunais trabalhistas brasileiros, nos anos seguintes, em julgamentos referentes às demissões massivas.

Contudo, em que pese o avanço conquistado naquela oportunidade, é possível identificar algumas limitações ou lacunas na decisão colegiada do Tribunal Superior do Trabalho.

A esse respeito, faz-se necessário explicitar breves considerações sobre os elementos que compõem um precedente judicial, a saber: a *ratio decidendi e obtiter dictum*. Na lição de Fredie Didier Jr, a *ratio decidendi* consiste nos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão e passíveis de serem aplicados para os demais casos, ao passo que o *obter dictum* é o argumento jurídico exposto na motivação como um juízo normativo secundário que não possui influência substancial para a decisão (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015).

A árdua tarefa de identificar quais elementos das decisões judiciais seriam *ratio decidendi e obtiter dictum*, segundo o professor baiano, assim deve ser feita:

A idéia é que a ratio decidendi deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes que conduzem à conclusão. A consideração de um ou outro isoladamente não é a opção mais adequada. (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015)

Desta feita, entende-se que a *ratio* fixada pelo Tribunal Superior do Trabalho para os casos seguintes foi apenas uma: a obrigatoriedade de prévia negociação coletiva para a materialização da despedida coletiva. Da leitura do acórdão não se identifica a existência de outra norma geral passível de aplicação futura. Assim sendo, todas as considerações – pertinentes e oportunas, diga-se de passagem – referentes às alternativas que poderiam ser adotadas no curso da negociação coletiva, ou, ainda, dos critérios sociais no curso da despedida coletiva não

integraram os fatos controvertidos que assentaram a análise da causa. É indiscutível que o Tribunal manifestou seu juízo sobre tais aspectos, contudo, não o fez apreciando a sua legalidade para o caso concreto.

Neste sentido, da leitura do acórdão, não se pode inferir que a demissão coletiva precedida de negociação coletiva, em que se ajusta determinada indenização irrisória e sem a fixação prévia de PDV's ou suspensões coletivas do trabalho, seria lícita. Outrossim, não apreciou se a realização de despedida massiva, mediante prévia negociação coletiva, porém, sem a presença de critérios sociais de despedimento seria lícita. Em suma, a regulação materializada pelo Tribunal Superior do Trabalho encontrou-se restrita à necessidade de prévia negociação coletiva para que a despedida coletiva seja considerada lícita.

Por outro lado, percebe-se que o Tribunal Superior do Trabalho não manifestou qualquer juízo sobre o conteúdo da negociação coletiva a ser realizada. Evidentemente, uma negociação pressupõe, *per si*, a existência de oferta e concessões recíprocas entre as partes; negociar, por óbvio, não significa a mera formalidade de se reunir com a entidade sindical. A sociedade empresária deve, por conseguinte, oferecer algo para que os trabalhadores, por meio da sua entidade sindical, avaliem se a oferta é suficiente ou não para a formalização de um acordo.

Por fim, identifica-se também que o acórdão não tratou de especificar sobre quais as bases procedimentais devem ocorrer a dispensa coletiva. Em outras palavras, não tratou de especificar se existiria, dentre outros elementos: antecedência temporal de se avisar a entidade sindical; obrigatoriedade de fornecimento de documentos que comprovem a crise econômica vivida; prazo mínimo e máximo para a duração da negociação coletiva; quóruns específicos para a tomada de decisão pela entidade sindical.

Ante tais lacunas, inerentes a uma manifestação jurisprudencial concebida inicialmente para o julgamento de caso concreto, acredita-se que pode ser útil a normatização de tais aspectos relacionados à demissão coletiva, mormente em tempos de agravamento da crise-econômica e redução dos postos de trabalho.

2.A REGULAMENTAÇÃO REALIZADA PELA LEI 13.467/2017

O vácuo normativo referente à temática das despedidas coletivamente será superado com a vigência da Lei 13.467/2017, a famigerada reforma trabalhista. A mudança proposta pela nova legislação é mercada, inicialmente, por vícios formais relacionados à legitimidade do procedimento com o que foi desenvolvida. A despeito do seu conteúdo ter sido rejeitado pela maioria substancial da população⁴, ao ponto, inclusive, de ter sido alvo da maior greve geral da história brasileira em que todas as principais cidades e capitais do país tiveram suas atividades interrompidas, a reforma trabalhista teve seu texto, oriundo de uma emenda do Deputado Rogério Marinho (PSDB-RN), aprovado sem qualquer alteração.

No aspecto geral, a reforma trabalhista é marcada pela tentativa de precarização das relações de trabalho, incremento à flexibilização e a diminuição da proteção ao trabalhador. Nesse sentido, no plano estrutural, pode-se apontar como exemplos emblemáticos a autorização irrestrita à terceirização, inclusive para as atividades finalísticas; a permissão para que a negociação coletiva reduza a proteção alcançada pela legislação – o negócio sobre o legislado; a facilidade para a prorrogação das jornadas de trabalho, além, claro, do trabalho intermitente que transfere os riscos do empreendimento ao obreiro.

Pois bem. O texto da reforma trabalhista cuida de enfrentar a temática relativa às despedidas coletivas no novo artigo 477-A cuja redação foi assim disposta:

4 A pesquisa do Datafolha indicava uma rejeição superior a 70%, ao passo que a consulta pública do Senado Federal demonstrava uma rejeição Superior a 90%. Informações obtidas em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1880026-71-dos-brasileiros-sao-contrario-reforma-da-previdencia-mostra-datafolha.shtml> e http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/1c9d707f-9f23-4c0d-a687-987c4c6252be!ut/p/z0/jYzLDolwEEV_BRcsmxkqUliiMUQJUXfYjRkLaBXKqHx9-IPGJfn5twDEnKQhh76Qla3huqJjzl4eQn6m-UOQyTdC4wPXrbeJB5foYAtyN_CVN-C3vpcxSNUaW74s5E1nXRypJqcoHd10Q2lGcnGaHdNarTSNLnoqKgSKikUVnzNfYcEo-CAWLQqF8FfAFP5ffOh-vVXYB2ZG9Mm2qFvK_rt1dnt_PePYB8q6Q7Q!!/. Disponível em 16.10.2017.

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 texto aprovado é aprovado em explícito em seu propósito: evitar que seja conferido qualquer tratamento diferenciado às despedidas coletivas. Para tanto, há o cuidado, inclusive, de incorporar a distinção conceitual entre despedidas plúrimas e coletivas, de modo a evitar que eventuais interpretações possam reduzir o impacto perverso da intenção do legislador.

Com efeito, a inovação proposta consolida, no âmbito legal, o império da pós-verdade. Enquanto fenômeno da pós-modernidade, a pós-verdade se caracteriza, dentre outros aspectos, pela construção de verdades alternativas ao mundo factual, a partir do apelo às emoções e às crenças. Embora o próprio conceito de verdade objetiva seja controverso e a sua análise extrapole os limites do presente trabalho, parece forçoso constatar que há um esforço do legislador em negar aquilo que amplamente se considerava como verdadeiro.

Inegavelmente, trata-se de evento dessa natureza: a negativa de uma verdade construída e reconhecida por toda à sociedade. Afinal, é de sabença universal da doutrina, da jurisprudência e até mesmo de legislações internacionais que a despedida coletiva não se equipara à despedida individual, porquanto, como demonstrado, existem elementos formadores diversos e, por consequência, causas e consequência diversas. A afirmação categórica da legislação para a equiparação em todos os fins é um acinte à inteligência média de qualquer operador do direito, afinal presume que o jurista é um ser alienado para o qual

a abstração do legislador supera a concretude da realidade fática.⁵ É a aposta na hipocrisia.

Além do absurdo conceitual exposto, a reforma trabalhista consagra, ainda, a desnecessidade da realização de qualquer autorização prévia da entidade sindical, ou a celebração de acordo, ou convenção coletiva para que a despedida coletiva ocorra. Embora a intenção do legislador evidencie a tentativa de negar a jurisprudência predominante pela necessidade da negociação coletiva prévia, cabe destacar que o texto aprovado peca pela ausência da melhor técnica legisferante.

Em interpretação rigorosa, cumpre distinguir a necessidade de prévia negociação coletiva da necessidade de prévia autorização coletiva. Indubitavelmente, autorizar não se confunde com negociar e, nesse ponto, a jurisprudência dominante consagrava a necessidade da negociação e não da sua aceitação pela entidade sindical, a qual, talvez, jamais ocorresse, posto que, naturalmente, os trabalhadores não desejam que a despedida ocorra. Destarte, a partir de uma análise criteriosa, pode-se sustentar que a alteração legislativa mantém inalterado o entendimento jurisprudencial dominante.

Entretanto, tal interpretação se mostraria limitante, uma vez que consagraria o mesmo paradoxo existente com os servidores públicos estatutários, a saber: permite-se, formalmente, o exercício do direito de greve, de forma informal, a negociação coletiva é materializada pelos órgãos de cúpula do executivo e os dirigentes sindicais, contudo é negada a formalização de acordos ou convenção coletivas com base na previsão do artigo 169, caput, da CF. Desta feita, a imposição, pela via jurisprudencial, da obrigatoriedade da negociação coletiva desprovida, contudo, da obrigatoriedade da formalização de instrumentos coletivos proporcionaria um quadro de inocuidade, uma vez que o dever jurídico de negociar não estaria acompanhado do necessário dever jurídico de

5 Convém registrar, ainda, que o mesmo expediente é utilizado no novo artigo 611-B, parágrafo único cuja conteúdo preceitua que as regras sobre a duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde pública. Novamente, um acinte. A própria gênese histórica do direito do trabalho evidencia que foi justamente a preocupação com a saúde do trabalhador a responsável pela edição das primeiras leis trabalhistas, as quais, limitavam a jornada de trabalho a ser desenvolvida.

formalização da negociação. Em outras palavras, as partes são obrigadas apenas a rascunharem um acordo.

Nesse contexto, a melhor alternativa talvez resida na análise da compatibilidade material da inovação proposta com os princípios constitucionais consagrados, notadamente, o princípio da dignidade humana (Art. 1º, III), da função social da propriedade (Art. 170, III) e dos valores sociais do trabalho (Art. 1º, IV). Outrossim, revela-se oportuna a consolidação do controle de convencionalidade como instrumento de verificação da compatibilidade material da legislação infraconstitucional com os tratados internacionais ratificados. Aliás, a verificação da compatibilidade com os tratados internacionais assume uma importância ímpar no caso das despedidas coletivas, em especial quando se constata que o texto aprovado colide frontalmente com a orientação fixada no artigo 13 da Convenção 158 da OIT (SILVA, 2017).

3.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 477-A E DA DENÚNCIA UNILATERAL REALIZADA PELA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA QUANTO À CONVENÇÃO 158 DA OIT

Como já dito, a redação do novo artigo 477-A inviabiliza a jurisprudência até então consolidada pela necessidade de negociação coletiva para a materialização das despedidas coletivas. Consolida-se, portanto, a liberdade empresarial para realização de despedida coletivas o que caracteriza, evidentemente, o exercício arbitrário do direito potestativo.

A inconstitucionalidade da inovação legal pode ser identificada a partir da eficácia paralisante da previsão do artigo 7º, I, da CF. Conquanto não haja, até a presente data, norma que concretize a proteção em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, não se torna possível, por outro lado, a positivação de despedidas arbitrárias.

Nesse contexto, cabe ressaltar que, em última análise, a interpretação a ser dada à reforma trabalhista deve respeitar o compromisso internacional da República Federativa do Brasil com a aplicação progressiva dos direitos fundamentais e a vedação ao retrocesso social. Nesse sentido, é oportuno destacar que tanto o artigo 2.1 do Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), como o artigo 26 da Convenção Americana de Direito Humanos - Pacto de San Jose da Costa Rica, ambos diplomas já ratificados pelo Brasil, consagram o efeito cliquet dos direitos fundamentais. Outrossim, a vedação ao retrocesso social é lastreada, constitucionalmente, na previsão dos artigos 3º e 7º da Constituição Federal.

Destarte, não há permissa no ordenamento jurídico para que sejam implementadas mudanças legislativas cujo efeito prático represente uma redução na eficácia dos direitos fundamentais, devidamente contemplados pelo constituinte. Indiscutivelmente, a previsão do artigo 7º, I, da Constituição Federal consagra a proteção à despedida arbitrária o que, portanto, torna inconstitucional a mudança promovida.

Não obstante, a inconstitucionalidade da inovação legal pode ser constatada a partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal. Como é sabido, no ordenamento jurídico é permitida ao empregador a utilização de alguns expedientes que flexibilizam a incidência das normas trabalhistas justamente como o propósito de garantir uma finalidade maior, qual seja, a preservação dos postos de trabalho. Nesse sentido, é emblemática a previsão constitucional para a redução de salário (Artigo 7º, I, da CF); a utilização do banco de horas para enfrentamento da sazonalidade (Art. 59 da CLT); o uso de férias coletivas, sem a necessidade de aviso com 30 dias antecedência, como forma de redução de estoques (Art. 139 da CLT); a autorização para a conversão do contrato de carga integral de jornada para contrato a tempo parcial (Art. 58-A); a suspensão temporária dos contratos de trabalho, com a assunção pelo poder público de alguns custos, na expectativa de que haja a recuperação empresarial; a adoção calculada e negociada de planos de demissão voluntária (477-B), além, claro, das diversas modalidades de programa de proteção ao empregado na

legislação extravagante, a exemplo do Programa de Seguro Emprego (Lei 13.189/2015).

Ora, se é lícito ao empregador promover a despedida coletiva, sem qualquer procedimento prévio, sem qualquer tentativa de construção de soluções alternativas, a previsão de diversas medidas flexibilizantes escancara uma contradição. A esse respeito, é oportuno registrar a reflexão do magistrado Homero Batista Mateus da Silva que assim se manifesta:

A discussão reside precisamente em saber se esse microsistema de preservação dos postos de trabalho corresponde a uma mera liberalidade do empregado, ou, ao revés, ele detém a responsabilidade de adotar essas medidas, no todo ou em parte, ou, pelo menos, justificar seu desinteresse. Também será posto em questão se o empenho de recursos e energias das autoridades públicas e o sacrifício de parte da renda e do trabalho dos empregados são elementos consideráveis para a preservação dos empregos ou se são apenas movimentações secundárias, em caráter meramente persuasivo e não vinculantes da decisão tomadas pelo empregador (SILVA, 2017)

Nesse cenário, acredita-se que a solução mais adequada reside na interpretação que consagre os valores sociais do trabalho (Art. 1º, IV da CF), a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da CF), a função social da propriedade (Art. 170, III, da CF) e a proteção em face da despedida arbitrária (Art. 7º, I, da CF). Destarte, é forçoso concluir pela inconstitucionalidade material da reforma trabalhista no que tange à regulamentação das despedidas coletivas.

Por fim, além do controle de constitucionalidade da própria alteração legislativa, a essa altura, é oportuno destacar, também, a possibilidade e a necessidade da realização do controle de constitu-

lidade da denúncia unilateral promovida pelo presidente da república quanto à Convenção 158 da OIT.

A esse respeito, compete destacar que a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) ajuizaram uma Ação Direita de Inconstitucionalidade tombada sob o número 1625, sob a alegação de que a denúncia seria formalmente inconstitucional. Para tanto, sustenta-se, com absoluta razão, que um Decreto presidencial não poderia revogar o ato de recepção produzido pela Congresso Nacional equivalente a lei ordinária. Ora, trata-se do princípio básico do paralelismo das formas, bem como da preservação da boa-objetiva nas relações internacionais e nas relações entre os poderes.

De certo, não se afigura razoável que a vigência de um tratamento internacional necessite de um completo rito procedimento para que produza efeitos e, contraditoriamente, a sua denúncia possa ser realizada por uma mera denúncia unilateral do poder executivo. Se o legislativo participou e decidiu pela incorporação do tratado internacional ao ordenamento jurídico, é indispensável que também participe pela decisão da sua retirada. Do contrário, estar-se-á por considerar a possibilidade do exercício da soberania do poder legislativo seja revisto pelo executivo. Bem pensada as coisas, basta recorrer a uma figura análoga com o que ocorre com a medida provisória: é dado ao executivo, após a sua aprovação em lei, unilateralmente, decidir pela perda da vigência? A resposta é óbvia e categórica pela negativa.

Ademais, sob a ótica da boa-fé objetiva, a denúncia também possui vícios insanáveis, porquanto frustra a legítima expectativa dos demais estados que ratificaram à convenção internacional, da OIT, dos parlamentares que anuíram com a ratificação e, sobretudo, da sociedade que esperava uma elevação na proteção em face dos atos demissionais.

Na referida ADIN, o relator inicial, Ministro Maurício Correa, votou pela procedência parcial da Ação e foi seguido pelo ministro Ayres Brito; o Ministro Nelson Jobim proferiu voto pela improcedência total da ação. Em 2009, o Ministro Joaquim Barbosa apresentou voto-vista pela procedência total da Ação e, em 2015, a Ministra Rosa

Weber apresentou voto em que acompanha a dissidência aberta pelo ministro Joaquim Barbosa pela procedência da Ação. Na sequência, o ministro Dias Toffoli pediu vistas dos autos e, desde então, a referida ação não possuiu qualquer motivação relevante, de modo a indicar a baixa probabilidade de que, no cenário a curto, ou médio prazo, haja uma decisão definitiva. Ao revés, o Supremo Tribunal Federal, após mais de dez anos da interposição da ADI, permanece com uma decisão incompatível com a sua responsabilidade institucional: a omissão.

A postergação injustificável do julgamento por mais de 10 anos, impõe que os demais membros do poder judiciário, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, reconheçam a inconstitucionalidade da medida adotada pelo executivo. Aliás, talvez com um novo procedimento da magistratura de primeira instância, o Supremo Tribunal Federal seja compelido a, definitivamente, proferir uma decisão sobre a matéria.

Nesse cenário, com o reconhecimento da inconstitucionalidade da denúncia unilateral da Convenção 158 abre-se a possibilidade da sua utilização como parâmetro em sede de controle de convencionalidade.

3.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL COM A CONVENÇÃO 158 DA OIT

Historicamente, as normas internas do Estado deveriam guardar compatibilidade formal e material, com as normas superiores. É a estrutura piramidal do ordenamento jurídico em que a Constituição, em regra, ocupa o vértice maior do sistema. Não por outra razão, o controle de constitucionalidade desponta, nesse modelo, como o instrumento precípuo de análise da validade das normas infraconstitucionais, tal qual delineado no emblemático caso *Marbury v. Madison* (1803 – Suprema Corte Americana).

Entretanto, a Consolidação do Estado Democrático de Direito e o crescimento e o desenvolvimento do direito internacional público, sobretudo, após o horror do holocausto, proporcionaram mudanças significativas no paradigma clássico. Com efeito, a partir do pós-guerra, os estados iniciaram um processo de densificação das normas internacionais, em especial, no campo dos direitos humanos tanto âmbito internacional, como regional, de modo a permitir que um conjunto de direito fosse considerado cogente e, portanto, obrigatório nos estados, independentemente das oscilações governamentais.

Nesse contexto, há o desenvolvimento não apenas das normas, mas também dos instrumentos adequados para controlá-las. Para tanto, as organizações internacionais – sendo a União Europeia vanguardista neste particular – estruturaram a formação de cortes destinadas ao exercício da jurisdição sobre os tratados internacionais. No âmbito brasileiro, a Corte Interamericana de Direitos Humanos talvez seja o exemplo mais emblemático de um órgão destinado, exclusivamente, a apreciação das controvérsias relacionadas aos tratados internacionais.

A necessidade do estabelecimento de instrumentos de controle é lastreada em três premissas diversas. Primeiramente, os tratados internacionais formados devem ser cumpridos, é, afinal, o pacto sunt servanda; segundo, a densificação normativa internacional deve fornecer utilidade sobre para os Estados e, por fim, as questões de direito interno não são oponíveis para o descumprimento das normas internacionais, consoante previsão do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. (RUSSOWSKY, 2012.)

Assim, com fulcro nessas premissas, as cortes internacionais iniciam o processo jurisdicional referente às normas internacionais. Nesse cenário, as decisões judiciais, quase que experimentalmente, vão delineando os parâmetros do controle de normatividade à luz das normas internacionais, oportunidade em que o controle de convencion-

lidade passa a ser concebido e estruturado. Percebe-se, portanto, que o controle de convencionalidade consiste no exercício da jurisdição a respeito da validade de normas e condutas, tendo como parâmetros as normas internacionais, as quais, na feliz expressão, expressão doutrinária compõe o bloco de convencionalidade.

A essa altura, cabe registrar a doutrina de Valério Mazuolli. Segundo o referido doutrinador, o controle de convencionalidade se restringe aos tratados de direitos humanos cuja hierarquia fosse equivalente às normas constitucionais, ao passo que para os demais tratados o controle seria de mera supralegalidade. Em que pese a relevância do referido autor, cabe registrar que, majoritariamente, o controle de convencionalidade refere-se ao controle genérico e amplo dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil (GOMES, 2017).

Evidencia-se, portanto, que o controle de convencionalidade impõe que as normas e os fatos jurídicos passem por um exame de dupla compatibilidade vertical material. É dizer: não basta mais o respeito às normas internas, mas também às normas internacionais para as quais o Estado assumiu o compromisso de cumprir. Nesse ponto, é oportuno esclarecer que, a despeito da cizânia doutrinária, prevalece o entendimento que o Brasil adotou a teoria dualista moderada ao exigir que haja decreto de promulgação para que as normas internacionais tenham vigência. Excepcionalmente, contudo, o Supremo Tribunal Federal entende que para as normas internacionais de direitos humanos, por força do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, o Brasil seria monista, sem a necessidade de ato forma estatal. (RUSSOWSKY, 2012.)

Ao estruturarem o controle de convencionalidade, as cortes internacionais consagraram que a sua manifestação poderia ocorrer tanto no aspecto difuso, ou concentrado. O controle difuso seria realizado por todos os órgãos jurisdicionais de cada Estado, oportunidade em que os juízes atuariam na qualidade de órgãos internacionais. O controle concentrado, por sua vez, seria desempenhado pelo tribunal internacional, e, em tese, pode ocorrer, também, pelo próprio Supremo Tribunal Federal por meio ADI's caso tenha ocorrido a incorporação pelo rito especial próprio das emendas especiais, ou, ainda, por

meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Por consequência, as decisões proferidas, no controle concentrado, seriam vinculantes aos demais órgãos. Já no âmbito americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos, no seu artigo 8.1, consagra o direito de o cidadão ter a sua demanda apreciada pelas normas internacionais. (LEAL e ALVES, 2017).

Por outro lado, o controle de convencionalidade poderia ser utilizado tanto pelo poder legislativo ao restringir determinada proposição legal incompatível, como pelo poder judiciário. (LEAL e ALVES, 2017). Se assim o fizer, o órgão jurisdicional, até mesmo de ofício, pode concluir pela extirpação da norma pela sua incompatibilidade material, ou pela adoção de uma interpretação conforme o ordenamento internacional.

Na seara das relações de trabalho, o controle de convencionalidade desponta como instrumento de alta aplicabilidade. Como é sabido, a Organização Internacional do Trabalho, a OIT, desde o final da primeira guerra mundial existe e produz um acervo substancial de normas internacionais relacionadas às relações de trabalho. Além do Brasil ser signatário de diversos tratados, o simples fato de ser membro da organização já o obriga ao cumprimento das convenções tidas como princípios fundamentais, uma vez que representam um padrão universal de trabalho decente. Destarte, é cogente a observância das normas referentes à liberdade sindical e à negociação coletiva (Convenções 87 e 98); às piores formas de trabalho infantil e a idade mínima para o trabalho (Convenções 138 e 192); ao combate à discriminação e à igualdade na remuneração (Convenções 111 e 100) e à abolição do trabalho forçado e obrigatório (Convenções 29 e 105).

Como não bastasse, as convenções ratificadas gozam do status normativo de supralegalidade, uma vez que se referem às normas de direitos humanos. Trata-se da interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a previsão do artigo 5º, §2º da CF no julgamento do Recurso Extraordinário no 466.343/SP e do Habeas Corpus 87.585/TO. Destarte, independentemente da observância do procedimento especial das emendas constitucionais previsto no artigo 5º, §3º

da CF, as convenções da OIT já possuem a capacidade de orientar todo o ordenamento infraconstitucional. Por consequência, torna-se lícito e devido que a justiça do trabalho e todos os demais órgãos relacionados à proteção do trabalho observem as convenções da OIT.

No plano jurisprudencial, cumpre destacar que o controle de convencionalidade difuso, amparado nas convenções da OIT, estará limitado ao Tribunal Superior do Trabalho. Nesse ponto, insta salientar a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal exercê-lo, porquanto os tratados internacionais não podem ser equiparados às normas constitucionais e, assim, atuarem como parâmetro. Enquanto prevalecer a tese da supralegalidade – e não da constitucionalidade como defendido por Mazoulli e pelo ministro Celso de Melo – caberá ao Tribunal Superior do Trabalho a última palavra sobre o controle de convencionalidade. Ora, diante das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal já descritas acima, talvez o aprofundamento do controle de convencionalidade seja um instrumento interessante para tratar a reforma trabalhista.

Aliás, na jurisprudência do TST é possível identificar julgados que vedam à terceirização na atividade finalística, ainda que prevista em lei, como no caso do setor de telecomunicações, com base em normas internacionais. Na oportunidade, entendeu-se que terceirização equiparava o homem à mercadoria e, assim, seria contrária à Constituição da Filadélfia (BRASIL, 2014). Outrossim, a permissão à negociação coletiva no setor público com base no setor da Convenção 151 da OIT (OJ-5 da Seção de Dissídios Coletivos). Cabe registrar, ainda, a legalidade da greve ambiental com esteio na Convenção 155 da OIT defendida por doutrina de escol (MELO, 2011.)

Assim, com base no exercício do controle de convencionalidade, é possível encarar a regulamentação das despedidas coletivas e a sua contrariedade com a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. Ora, a referida convenção talvez seja o instrumento normativo de maior representatividade no trato das despedidas arbitrárias, haja vista, inclusive, ser a convenção da OIT mais adotada no mundo (ALVARES, 2009).

Destarte, com o reconhecimento da inconstitucionalidade da sua denúncia pelo Estado Brasileiro como já descrito acima, é possível concluir que as regras estabelecidas pela Convenção 158, em especial no artigo 13, para a materialização da despedida coletiva são contrárias à orientação fixada no artigo 477-A. Ora, se a Convenção 158 estabelece que o empregador: “oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores interessados” não há como vislumbrar a compatibilidade do texto legal que consagra a possibilidade da despedida coletiva ocorrer sem qualquer procedimento prévio e sem qualquer dever jurídico acessório.

Indiscutivelmente, a preocupação central da Convenção 158 é que, antes da materialização da despedida coletiva, seja oportunizado o conhecimento à entidade sindical dos trabalhadores, com vistas a permitir que o ente representativo, juntamente com empregador, construa soluções alternativas. Afirma-se, deste modo, a finalidade de evitar a dispensa massiva, razão pela qual a conviência e a tolerância da reforma trabalhista são claramente incompatíveis com o tratado internacional.

No mais, ainda que não se vislumbre a possibilidade de utilização da Convenção 158 como parâmetro de convencionalidade, é forçoso reconhecer a capacidade da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) serem utilizadas como parâmetro para o controle de convencionalidade. Por consequência, sendo certo que a proposta da reforma representa um retrocesso social ao retroceder na proteção às despedidas coletivas, há flagrante violação à progressividade dos direitos fundamentais.

3.3. CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL ENQUANTO FONTE SUBSIDIÁRIA DO DIREITO DO TRABALHO

É interessante perceber que diferentemente do que prescreve a Lei de Introdução às Normas Gerais do Direito Brasileiro, no segmento trabalhista, há previsão expressa para utilização do direito comparado como fonte do direito interno, nas hipóteses lacunosas. O ordenamento interno explicitamente autoriza que o direito externo tenha validade e eficácia em situações específicas, de modo que se entende ser plenamente justificável se valer da contribuição do direito comparado para definição dos parâmetros.

Destarte, com o reconhecimento da inconstitucionalidade, ou da inconveniência da alteração promovida pela reforma trabalhista, revela-se oportuno ao intérprete se socorrer da experiência internacional de outros países a respeito da temática.

Na esfera do Direito Internacional, é possível identificar, também, contribuição valorosa da Comunidade Europeia, cujos primeiros instrumentos normativos remontam à década de setenta. Desde então, foram editadas as Diretivas nº 75/129, de 17 de fevereiro de 1975; 92/56, de 24 de junho de 1992 e 98/59 de 20 de julho de 1988 – esta última não mais pelo Conselho das Comunidades, mas já pelo Conselho da União Europeia.

De acordo com Ana Carolina Zaina, as principais características das Diretivas são: a preocupação com a instalação de um procedimento prévio de consulta à representação dos trabalhadores para construção de alternativas, que mitiguem os danos sociais e a necessidade de que o procedimento de dispensa coletiva só seja implementado no prazo de 30 (trinta) dias após a notificação à autoridade pública sobre as negociações desenvolvidas. (ZAINA, 2010). Há a estipulação de um prazo para que o próprio Estado possa intervir e propor alternativas, ressaltando, deste modo, a noção de solidariedade social e a percepção dos impactos gerais proporcionados pela dispensa coletiva. Todavia, tal qual ocorre com a Convenção 158 da OIT, não há previsão de qualquer

penalidade por eventual descumprimento, sendo tal matéria alheia aos ordenamentos internos.

No plano dos ordenamentos nacionais europeus, é digno de nota a regulamentação existente na Espanha, mais precisamente no Real Decreto nº 23/95 da Espanha, (“Estatuto de los Trabajadores”) em seu art. 51, §§ 2º e 4º. Parte-se do princípio que a despedida coletiva é um instrumento necessário para a manutenção da viabilidade econômica da empresa, de modo que só será considerada dispensa coletiva aquela fundada em razões econômicas, técnicas, organizativas e de produção.

Nesse contexto, para que despedida coletiva possa ser materializada a sociedade empresária deve formular requerimento perante à administração estatal. Paralelamente, a empresa deve fazer a comprovação dos motivos alegados, bem como negociar previamente com a entidade sindical a construção de alternativas ou de medidas paliativas e, só então, poderá obter a autorização da autoridade estatal. Há, ainda, a obrigatoriedade que a negociação com a entidade sindical perdure, ao menos, trinta dias, tempo em que se terá pleno acesso à documentação comprobatória das alegações empresariais (EBERT, 2009). O eventual não cumprimento dos requisitos formais estabelecidos enseja a nulidade da dispensa e, por conseguinte, a readmissão dos trabalhadores (MARTINS, 2009).

Ainda na Península Ibérica, Portugal adota concepção semelhante à espanhola, porquanto também condiciona a despedida coletiva à existência do encerramento de uma ou várias estruturas empresariais, bem como de motivos mercadológicos, estruturais ou tecnológicos. O Código do Trabalho Português cuida de dedicar uma divisão específica para o despedimento coletivo, regulando-o nos artigos 359 a 366. Outrossim, para que a dispensa coletiva possa ocorrer, deve o empregador, inicialmente, informar por escrito à comissão dos trabalhadores, ou à comissão sindical representativa, ou, na ausência de qualquer comissão, os trabalhadores serão informados diretamente para que formem uma comissão (FELTRE, 2012).

Após a notificação, empregador e representantes dos trabalhadores iniciarão tratativas com o objetivo de evitar a adoção da despedimento coletivo, por intermédio de soluções legais existentes no ordenamento jurídico, ou, caso não essas não sejam possíveis, definir a extensão da despedida. Toda a negociação é acompanhada por um representante do Ministério do Trabalho, imbuído de assegurar a regularidade do processo negocial. Por fim, decorridos 15 dias do início da negociação, o empregador, independentemente da construção de um acordo, poderá comunicar aos trabalhadores a sua demissão, respeitados os respectivos períodos de aviso-prévio (FELTRE, 2012). Cabe registrar, ainda, que o ordenamento português, nos casos de despedida coletiva, prevê uma indenização complementar correspondentes a 12 dias de trabalho por cada ano completo de antiguidade.

Já na França, o Código do Trabalho estabelece procedimentos diferenciados a depender do número de trabalhadores envolvidos, sendo, todavia, comum a todos a necessidade de submissão prévia à entidade sindical de um processo negocial com a exposição dos fundamentos da despedida, a relação dos afetados, a ordem das dispensas e um cronograma para implementação das medidas econômicas planejadas. (EBERT, 2009) Por outro lado, particularmente para empresas com mais de cinquenta empregados, é necessária, ainda, a elaboração de um plano social em que se explicitam as medidas a serem adotadas para que as dispensas não ocorram, sendo tal plano objeto de responsabilização penal e civil em casos de insuficiência, ou até mesmo de reintegração dos trabalhadores, caso seja considerado nulo.

Por fim, é oportuno colacionar a contribuição do ordenamento jurídico italiano para a temática da despedida coletiva. Na Itália, a materialização do despedimento massivo deve perpassar três fases distintas: sindical, judicial e público (ROCHA e RUHAS, 2012). Assim, de início, ocorre a notificação da entidade sindical do projeto empresarial de dispensa e quais as razões técnicas, organizacionais ou produtivas que tornam inevitável o despedimento coletivo. A essa altura, ao sindicato deve ser fornecido, ainda, rol com a descrição do número de empregados e as respectivas funções que serão perdidas, até mesmo

para que seja respeitada a ordem legal de critérios de despedimento: responsabilidades familiares, antiguidades e requisitos técnico-organizacionais (FELTRE, 2012). A notificação tem por escopo evitar a consumação do desemprego, porquanto é possível que a entidade sindical, com base nas informações fornecidas pelo empregador, proponha alternativas que evitem a despedida coletiva.

Superada a fase sindical, sem a construção de um acordo que evite o despedimento, ter-se-á, na sequência, a fase administrativa. O órgão administrativo-estatal analisará o caso e formalizará uma nova proposta de acordo para as partes, ainda com o fito de evitar a consumação da despedida coletiva. Porém, revelando-se infrutífera a proposição estatal, o empregador poderá, finalmente, materializar o despedimento coletivo.

Não obstante, remanescerá para os trabalhadores ainda uma terceira fase em que se pode questionar perante o Poder Judiciário a validade do procedimento de dispensa coletiva. O eventual reconhecimento de alguma mácula no rito procedimental adotado importará a nulidade de todas as despedidas.

De resto, cabe registrar, ainda, que o Direito Italiano, tal qual o Direito Português, estabelece que todos os trabalhadores demitidos no procedimento de dispensa coletiva farão jus a uma indenização extraordinária pelo período de 12 meses, com a possibilidade de majoração para 24 ou 36 meses, caso os trabalhadores demitidos contem, respectivamente, com mais de quarenta ou cinquenta anos de idade.

4. REFLEXÕES FINAIS

Com o cuidado de não expressar um sentimento evolucionista, cabe ressaltar que o histórico do sistema jurídico brasileiro parecia indicar uma trajetória de amadurecimento no trato da problemática relacionada à efetividade do direito fundamental à proteção ao emprego em face da despedida arbitrária ou sem justa causa. De um posicionamento inicial que revelava quase uma indiferença à temática,

passou-se a uma postura jurisprudencial compromissada em oferecer alguma espécie de alternativa, ainda que marcada, como visto, por um conjunto de incompletudes.

Por outro lado, observa-se que a inovação proposta no texto aprovado da reforma trabalhista consagra uma inconstitucionalidade evidente no tocante à matéria. Com efeito, a proposta aprovada consolida o império da pós-verdade, ignora toda a construção jurídica a respeito do tema e contribuí para que não haja qualquer proteção efetiva aos trabalhadores. Desta feita, o reconhecimento da inconstitucionalidade, ou da inconvenção da alteração promovida são medidas urgentes e cruciais para que seja preservada a dignidade humana e os valores sociais do trabalho.

No entanto, para além da decretação de invalidade da reforma, é preciso amadurecer e refletir de forma mais profunda sobre a problemática das despedidas coletivas. Nesse contexto, torna-se oportuno refletir se não seria apropriado ao ordenamento jurídico pátrio se valer da vasta contribuição do direito internacional para a problemática das despedidas coletivas. Ora, no atual panorama brasileiro parece que não há a compreensão – como, acertadamente, há no Direito Internacional do Trabalho – da necessidade de regulamentar a despedida coletiva a partir de regras e princípios próprios e distintos da sistemática individual. A simples afirmação fornecida pelo esforço do Tribunal Superior do Trabalho de que a negociação coletiva prévia é imprescindível para a validade da despedida coletiva não é suficiente – mormente quando, no rigor sistemático, o entendimento não é vinculativo.

Não obstante, do sistema internacional exsurtem visíveis inúmeras possíveis contribuições que poderiam aperfeiçoar o sistema jurídico interno. Aponte-se, exemplificativamente, algumas possibilidades trazidas pelo Direito Internacional do Trabalho: obrigatoriedade de a negociação coletiva prévia tenha um período mínimo de duração, de modo a garantir que não haja reuniões pontuais e protocolares; obrigatoriedade da negociação coletiva ser acompanhada por órgão estatais que garantam a regularidade do procedimento; obrigatoriedade do Poder Público ser convidado a participar na construção de soluções

alternativas; a obrigatoriedade do respeito aos deveres acessórios à boa-fé no processo negocial e a estipulação de indenizações para os danos coletivos proporcionados pelas sociedades empresárias que materializam o despedimento massivo.

A previsão de um período mínimo para que a despedida coletiva seja realizada visa garantir que a coletividade – e não apenas os trabalhadores já contemplados, de algum modo, pelo aviso-prévio – possua um lapso temporal para se preparar para o referido ato. Reafirma-se, assim, a natureza própria e diversa da despedida coletiva que permite e recomenda a instituição de regras para tutelar a sociedade.

Outrossim, em um sistema sindical fragilizado como o brasileiro, imagina-se ser salutar a previsão de que órgãos públicos acompanhem o processo negocial que antecederá a despedida coletiva é extremamente pertinente para a construção de uma negociação coletiva com os polos adversos em condições semelhantes. Nesse cenário, a intervenção do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego no acompanhamento das negociações não evidenciaria qualquer prejuízo, mas, ao contrário, contribuiria, ainda, para garantir o respeito ao procedimento legal previsto.

Na sequência, destaque-se ser válida a experiência do Direito Internacional do Trabalho, em especial do Direito Comunitário Europeu, em incluir os órgãos governamentais como sujeitos a serem convocados para a construção de alternativas que evitem a despedida coletiva. Ora, sendo certo que o Estado sofrerá diretamente com a dispensa coletiva – seja na perda de receita com a redução da atividade econômica, seja na assunção de novas despesas com os novos desempregados – nada mais correto que o próprio Estado esteja envolvido no processo negocial.

Aliás, é de se imaginar que, no contexto ideal, existiria uma verdadeira estrutura estatal para evitar o despedimento. Desta feita, com a possibilidade do Estado estabelecer incentivos fiscais; compromissos com a redução de custos relacionados, como má-conservação de estradas; identificação de outros agentes econômicos que poderiam atuar para evitar o encerramento da atividade industrial.

De mais a mais, a previsão que a negociação prévia seja conduzida com a preocupação das partes atuarem de forma leal e transparente é verdadeira condição para a idoneidade do processo. A capacidade da entidade representativa dos trabalhadores e o Estado verificarem a verossimilhança das alegações deduzidas pela sociedade empresária é indispensável. Neste sentido, parece ser recomendável o acesso dos envolvidos aos dados contábeis e econômicos que forneçam a comprovação das afirmações patronais.

Por fim, acredita-se ser elemento indispensável para o reconhecimento da natureza própria da despedida coletiva a previsão de uma responsabilização específica para o despedimento massivo, a partir da ótica da coletividade. Deste modo, seria interessante a instituição de indenizações suplementares aos trabalhadores demitidos durante ao processo de despedida coletiva, bem como de eventuais indenizações destinadas a coletividade para determinados casos específicos em que a motivação apresentada para a resolução não se revelasse razoável com os imperativos da soberania nacional e da função social da propriedade.

Em suma, no segmento trabalhista, há de se ter a mente a lição do cantor e poeta Gonzaguinha para se evitar, em tudo quanto o possível, o desemprego, afinal: “Um homem se humilha se castram seu sonho, seu sonho é a sua vida e vida é trabalho. E sem o seu trabalho o homem não tem honra e sem honra se morre, se mata”.

A vida, a honra e, portanto, o trabalho há de prevalecer.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGLIARINI, Alexandre Coutinho; STEPHAN, Cláudia Coutinho. **A Interpretação Constitucional para as Despedidas Coletivas no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas, Pouso Alegre, v 27. 85-94. Jul/dez. 2012

BRASIL, IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – junho de 2016. IBGE, 2016. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra

[de_Domicilios_continua/Mensal/Comentarios/pnadc_201606_comentarios.pdf](#). Acesso em 30 de julho de 2016.

BRASIL, CAGED – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados. Síntese do Comportamento do Mercado de Trabalho Formal Brasil – junho de 2016. Disponível em: <ftp://ftp.mtps.gov.br/pdet/caged/2016/junho/nacionais/1-sinteseedoempregoformal.pdf>. Acesso em 30 de julho de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n. 30900-12.2009.5.15.0000. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Diário de Justiça Eletrônico, 4 set. 2009b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

CARMO, Júlio Bernardo do. **O Estado pode obstar a dispensa coletiva?** Disponível em: https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/96_estado_dispensa_coletiva.pdf. Acesso em: 08 de agosto de 2016

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr; 2010.

DELGADO, Maurício Godinho Delgado. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho, *in* Direito constitucional do trabalho : princípios e jurisdição constitucional do TST / Gabriela Neves Delgado...[et al.]. -- São Paulo : LTr, 2015

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil -Volume 2**. 10ª ed. Salvador: JusPodium, 2015.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O direito à negociação coletiva e as despedidas em massa. Revista Jus Navigandi, Teresina,

ano 14, n. 2177, 17 jun. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13005>. Acesso em: 08 de agosto de 2016

FELTRE, Andrezza Nazareth. Negociação Coletiva como pressuposto para a dispensa em massa. Dissertação de Mestrado. Disponível em: http://www.fumec.br/anexos/cursos/mestrado/dissertacoes/completa/andrezza_nazareth_feltre.pdf. Acesso em 7 de agosto de 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Ed. JusPodivm. 2015

GOMES, Orlando. **Dispensa coletiva na reestruturação da empresa aspectos jurídicos do desemprego tecnológico**. LTR: revista de legislação do trabalho, São Paulo, v. 38, n. 7, jul. 1974.

GOMES, Luiz Flávio. Controle de Convencionalidade: Valério Mazzuoli “versus” STF. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI87878,91041-Controle+de+Convencionalidade+Valerio+Mazzuoli+versus+STF> Acesso em 16 de outubro de 2017

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.48212. Idem.

JORNAL DO COMÉRCIO. TIM demite mais de mil trabalhadores em call center de Pernambuco. Disponível em: <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/economia/pernambuco/noticia/2016/07/08/tim-demite-mais-de-mil-trabalhadores-em-call-center-de-pernambuco-243558.php>. Acesso em 08 de agosto de 2016.

JORNAL DO COMÉRCIO. Indústria Têxtil demite 430 trabalhadores em Paulista. Disponível em: <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/economia/pernambuco/noticia/2016/07/08/industria-textil-demite-430-trabalhadores-em-paulista-243589.php> Acesso em 08 de agosto de 2016.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos. Revista Ltr. 73-01/7, São Paulo: Jan 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. [Convenção 158 da OIT](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 9, n. 475, 25 out. 2004](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5820>>. Acesso em: 7 ago. 2016

MARTINS, Sergio Pinto. **Despedida Coletiva**. Editora Magister: Porto Alegre. Data de inserção: 10/12/2009. Disponível em: www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=614. Acesso em: 7 ago. 2016

MELO, Raimundo Simão de Melo. **A Greve Ambiental no Direito Brasileiro**. 3º ed. São Paulo: Ltr, 2011.

PANCOTTI, Jose Antônio. **Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil**. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, v. 74, n. 5, maio, 2010.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Reflexões sobre a Dispensa Coletiva Brasileira**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.51, n.81, 2010, p.219-228.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; RUHAS, Tamara Camarano. **A dispensa individual e coletiva no Brasil e na Itália**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, v. 56, n. 86, p. 21-36, jul./dez. 2012.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **Controle de Convencionalidade de Leis: Uma análise na esfera internacional e interna** in: Revista do CAAP, Belo Horizonte, nº 2, v. XVIII, p. 61 a p.96, 2012.

SILVA, Antônio Álvares da. **Dispensa coletiva e seu controle pelo Poder Judiciário**. Revista LTr 73, n. 06.

SILVA, Antônio Álvares. Dispensa coletiva. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/93_dispensa_coletiva.pdf. Acesso em: 08 de agosto de 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. **Os limites da dispensa coletiva**. Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região. Nº 1. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 2009, p. 149-165.

ZAINA, Ana Carolina. **Crise Econômica de 2008 e Dispensa Coletiva de Trabalhadores: percalços do neoliberalismo globalizado e dimensionamento do Estado**. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp151658.pdf>. Acessado em 08 de agosto de 2016.

6 A REFORMA TRABALHISTA COMO NEGAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS DE SUCUMBÊNCIA

Ana Maria Aparecida de Freitas

Juíza Titular da 15ª Vara do Trabalho de Recife (PE), professora da ESMATRA6 e FAFIRE, doutoranda em direito laboral da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, especialista em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho e em Direito Previdenciário.

Carolina de Freitas e Silva

Advogada no Brasil e em Portugal especializada em direito do trabalho no escritório CLA, doutora em direitos sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, mestre em direito do trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

I. Introdução

Pelo menos desde 2014 a crise econômica, que já havia batido à porta dos Estados Unidos e da Europa, veio se instalar no Brasil. Nesse mesmo momento, suspeitas de corrupção e escândalos de variada natureza se adensavam e a contestação social e política subia de tom,

culminando numa crise política, no *impeachment* da Presidente da República e numa alteração não apenas do governo do país, mas das suas principais linhas político-ideológicas. Esta tripla crise, econômica, política e social que se abateu sobre o país acabou por conceder espaço a um discurso e prática política neoliberais que culpabilizavam o direito do trabalho, a Justiça do Trabalho e um alegado protecionismo social excessivo e obsoleto por todos os insucessos econômicos do país.

O Estado e as suas leis pretensamente “paternalistas” estariam roubando eficiência e competitividade ao sistema econômico e às empresas brasileiras, sendo que este discurso acabou por fundamentar profundas alterações legislativas com o objetivo de despromover direitos e diminuir a tutela do Estado. Uma das grandes e mais gravosas alterações é hoje identificada como a reforma trabalhista que motivou a alteração de inúmeros dispositivos da CLT trazendo profundas modificações no âmbito do processo do trabalho, principalmente com entaves bastante significativos ao amplo acesso à justiça.

A proposta legislativa de “modernização” do direito processual e da Justiça do Trabalho invocava, naturalmente, boas intenções, mas a entrada em vigor no dia 11 de novembro de 2017, da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, confirmou a suspeita de que o objetivo real, uma vez mais, foi apenas e só a redução de direitos sociais historicamente conquistados, bem como a instituição de barreiras ao acesso

à justiça. A extrema celeridade de tramitação da reforma parece denunciar também os propósitos pouco louváveis dos autores da mesma¹.

Com efeito, e sob o falso argumento de modernização da legislação trabalhista, o Projeto de Lei nº 6.787/2016, encaminhado pelo Poder Executivo por intermédio do então Ministro do Trabalho e Emprego Ronaldo Nogueira de Oliveira², e, posteriormente transformado na Lei nº 13.467/2017 objetivou, sem dúvidas, a diminuição do excesso de litigiosidade, conforme, inclusive, ressaltado no relatório final da Comissão Especial destinada para alterar a CLT, de relatoria do Deputado Federal Rogério Marinho (PSDB-RN) que sustenta que “não podemos desprezar [a existência de] uma grande quantidade [de processos] que decorr[em] do detalhamento acentuado das obrigações trabalhistas, em conjunto com regras processuais que estimulam o ingresso de ações e a interposição de infundáveis recursos, apesar dos esforços empreendidos

1 O Projeto de Lei 6.787/2016 foi encaminhado pelo Poder Executivo para a Câmara dos Deputados no dia 23 de dezembro de 2016, e, a partir de 3 de fevereiro de 2017, começou a tramitar por todas as comissões (Seguridade Social e Família; Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços; Trabalho; Administração e Serviço Público e Constituição, Justiça e Cidadania) e por todas as audiências públicas, com a apresentação do relatório final, em pouco mais de dois meses, no dia 12 de abril de 2017, pelo relator Deputado Rogério Marinho, que o encaminhou para o Senado Federal, no dia 28 de abril de 2017. No Senado Federal, esse projeto de lei recebeu o número PLC (Projeto de Lei da Câmara) nº 38/2017, sendo transformado na Lei nº 13.467, em 13 de julho de 2017, com alterações muito significativas em mais de cem dispositivos da CLT. A *vacatio legis* definida pelo legislador compreendeu um curtíssimo espaço de tempo, somente de 120 dias, com a lei em vigor no dia 11 de novembro de 2017. A título comparativo, note-se o que sucedeu com outros diplomas legais, igualmente importantes: o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor somente um ano após sua publicação, mas que começou a ser esboçado por uma comissão presidida pelo jurista Miguel Reale em 1969 e, bem assim, o Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com *vacatio legis* de um ano e que começou a ser gestado em 2009, seis anos antes, por ato do então presidente do Senado Federal José Sarney de nº 379.

2 Projeto de Lei nº 6.787/2016, disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FA816F79A75BFCA9B1BE7B5849F8892A.proposicoesWebExterno2?codteor=1520055&filename=Tramitacao-PL+6787/2016, acesso em 14.06.2018. No relatório encaminhado pelo Ministro do Trabalho e Emprego Ronaldo Nogueira é mencionado o elevado índice de judicialização das relações de trabalho, mas, reconhece que a grande maioria diz respeito à falta de pagamento das verbas rescisórias, p. 8

pelo TST para redução do tempo de tramitação”³. Complementando o mesmo parlamentar que a referida modernização almejada com a reforma trabalhista seria importante para “conter o avanço da excessiva busca do Judiciário para solução dos conflitos entre as partes, pautando não só o desestímulo ao ativismo judicial”, mas também na diminuição dos “riscos” aos demandantes, por intermédio do instituto da sucumbência recíproca⁴.

Contudo, não é possível atribuir a nenhum dispositivo alterado com a lei destacada mecanismo de celeridade ou de efetividade, principalmente quanto à execução trabalhista, onde os procedimentos tendem a ser mais morosos, em razão de os devedores não adimplirem suas dívidas trabalhistas, espontaneamente. Ao contrário, é muito comum serem utilizados vários recursos e medidas judiciais por esses devedores, travando a efetividade processual, na medida em que a dívida trabalhista deixa de ser paga.

Não se quer com isto dizer que as medidas processuais adotadas sejam todas protelatórias, mas, a verdade é que os números apontam para a existência de um grande gargalo no judiciário trabalhista, conforme demonstrado no relatório do Conselho Nacional de Justiça, que, por sua vez, indica que do acervo de 5 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2015, 42% estavam relacionados à fase de execução, com 69,9% de taxa de congestionamento na execução⁵.

A bem da verdade, as alterações legislativas implementadas na CLT parecem alterar o eixo do arcabouço protetivo do trabalhador para uma proteção maior do empregador, aproximando o direito do trabalho ao direito civil, trazendo premissas (falsas) de uma igualdade entre as partes – empregados e empregadores – e, ainda por cima,

3 Ver o relatório final da Comissão Especial destinada para alterar a CLT, de relatoria do Deputado Federal Rogério Marinho (PSDB-RN), p. 21-23

4 Idem, p. 24

5 Ver o Relatório CNJ – Justiça em Números 2016, referente ao ano 2015, p. 183-187.

tornando a Justiça do Trabalho mais frágil pelas amarras de uma lei flagrantemente protetiva, mas não dos trabalhadores.

Para além dos princípios constitucionais de valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana e os princípios da proteção, celeridade, efetividade que tradicionalmente estão na base de formação do processo do trabalho e que são violados por essa reforma trabalhista, existem violações até mesmo ao devido processo legal e princípios tutelados pelo processo civil, fonte supletiva e subsidiária do processo do trabalho (art. 15 do CPC), com a redução do papel e da autonomia da Justiça do Trabalho.

Neste artigo, porém, não se tratará da reforma como um todo, nem mesmo apenas dos elementos puramente processuais desta. Aqui, objetiva-se discorrer, tão-somente, sobre um segmento – muito importante – destas transformações: o foco estará especificamente no questionamento dos dispositivos legais relativos à gratuidade da justiça e aos honorários advocatícios e periciais, uma vez que há muitas e boas razões, como se verá, para duvidar da sua validade constitucional.

2. O antes e o depois da reforma no âmbito da gratuidade da justiça e das regras de sucumbência quanto aos honorários advocatícios e periciais

É bastante evidente que a reforma trabalhista, na parte que trata sobre o benefício da justiça gratuita e sobre os honorários advocatícios e periciais, pretende tornar mais difícil o acesso à justiça, na medida em que impõe barreiras processuais que tendem a dificultar ou inviabilizar a postulação judicial, violando princípios constitucionais e afrontando leis de mesma hierarquia que ainda estão em vigor.

Antes da reforma, nas hipóteses de concessão da gratuidade da justiça para o trabalhador, este estava dispensado do recolhimento das custas processuais e não havia sucumbência em honorários advocatícios, nem em honorários periciais.

Com relação às custas processuais, nas hipóteses de arquivamento da ação trabalhista ou de sucumbência total, ou seja, quando todos os pedidos eram julgados improcedentes, a gratuidade da justiça incluía a dispensa das custas processuais. Porém, nas situações em que o demandante não obtivesse o benefício da justiça gratuita, o sindicato assistente responderia solidariamente pelo pagamento das custas devidas, nos termos do § 1º do art. 790 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002, dispositivo esse cuja redação foi mantida com a reforma trabalhista.

De igual sorte, era facultado aos juízes de qualquer instância, a requerimento ou *ex officio*, a concessão do benefício da justiça gratuita aos trabalhadores, inclusive quanto a traslados e instrumentos, desde que recebessem um salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou declarassem, sob as penas da lei, não ter condições de pagar custas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família (art. 790, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 10.537, de 27 de agosto de 2002).

A condenação em honorários advocatícios em razão da sucumbência total ou parcial era possível apenas em relação ao empregador e quando, simultaneamente, se desse o caso de o trabalhador estar assistido pelo seu sindicato de classe, nos termos previstos na Lei nº 5.584/70 e nas súmulas de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho de nº 219 e 329. A atribuição do montante poderia variar entre o percentual mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor

da condenação ou sobre o valor arbitrado pelo juízo⁶. Não havia, portanto, condenação de trabalhador em honorários advocatícios, nem na sucumbência parcial e nem na sucumbência total.

Na sucumbência no objeto da perícia técnica ou médica, era aplicado o disposto no art. 790-B, com a redação anterior à reforma trabalhista, segundo o qual “a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária da justiça gratuita.” Assim, quando o trabalhador era sucumbente no objeto da perícia e beneficiário da justiça gratuita, os honorários periciais eram suportados pela União, por intermédio de uma rubrica específica dentro do orçamento público do tribunal

6 Súmula nº 219 do TST - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016 - I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I). II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90). V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º). VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

Súmula nº 329 do TST - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

respectivo, fixado pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho em até R\$1.000,00⁷.

A partir da promulgação da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a concessão do benefício da gratuidade da justiça passou a ser somente para aqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ou seja, para aqueles que, em 2018, auferiram no máximo R\$ 2.258,32 (R\$5.645,80 x 40%) a título de salário mensal, nos termos do art. 790, § 3º, ou que, alternativamente, comprovem a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo, consoante previsão do § 4º do mesmo dispositivo.

Significa dizer que, ao contrário do que acontecia antes, ao trabalhador agora não basta declarar não possuir condições financeiras para demandar sem prejuízo do seu próprio sustento ou da respectiva família. Com a nova lei, para que o trabalhador se beneficie da gratuidade da justiça deve satisfazer o critério objetivo de recebimento de salário mensal de até R\$2.258,32 ou comprovar insuficiência de recursos financeiros, pelo que o eventual argumento de que os custos da ação judicial prejudicariam o sustento do próprio e da família não parece ser, à primeira vista, equacionável.

Acontece que, mesmo nas situações em que seja concedido ao reclamante o benefício da gratuidade da justiça, o art. 844 da CLT, ao tratar sobre o arquivamento da reclamação trabalhista na hipótese de não-comparecimento do reclamante na sessão de audiência, estabeleceu, como penalidade, a condenação ao pagamento das custas processuais, calculadas nos termos do art. 789, ou seja, no percentual de 2% sobre o valor da causa ou o arbitrado pelo juízo, mesmo que seja

7 Resolução nº 66, de 16 de junho de 2010, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que regulamenta, no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau, a responsabilidade pelo pagamento e antecipação de honorários do perito, do tradutor e do intérprete, no caso de concessão à parte do benefício de justiça gratuita, no valor de R\$350,00 nas hipóteses de antecipação dos honorários (art. 2º, inciso II) e de R\$1.000,00 de honorários periciais de condenação (art. 3º), atendidos a complexidade da matéria (inciso I), o grau de zelo profissional (II), o lugar e o tempo exigidos para a prestação do serviço (III) e as peculiaridades regionais (IV).

beneficiário da justiça gratuita (§ 2º), determinando que o recolhimento das custas é condição para a propositura de nova demanda (§ 3º).

De acordo com a alteração legislativa imposta pela reforma trabalhista, somente se o reclamante comprovar, no prazo de quinze dias, que sua ausência decorreu de motivo legal e justificável (segunda parte do § 2º), é que as custas processuais podem ser dispensadas. É dizer: não basta apenas ser justificável a ausência do trabalhador, mas também estar prevista na lei a hipótese.

Ademais, nos termos do *caput* e do § 4º do art. 791-A da CLT, que foram incluídos pelo texto da reforma, o reclamante, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, será responsável pelos honorários de sucumbência entre 5% e 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, caso não seja possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa⁸, sendo certo que, em caso de procedência parcial, o juiz deverá arbitrar honorários de sucumbência recíproca, excluída a possibilidade de compensação entre honorários, nos termos do § 3º do art. 791-A da CLT.

Note-se que não se compreende a fixação de honorários em processo do trabalho em percentual mínimo de 5% e máximo de 15%, uma vez que os percentuais mínimo e máximo previstos no § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil são, respectivamente, de 10% e 20%. A impressão que se tem é que o legislador infraconstitucional resolveu diferenciar a classe dos advogados em duas castas, com perspectiva de melhor remuneração para o advogado da justiça comum, em detrimento do advogado militante da Justiça do Trabalho.

Quanto aos honorários periciais, de acordo com a nova redação do art. 790-B da CLT, o trabalhador, ainda que beneficiário da justiça gratuita, será penalizado quando for sucumbente no objeto da perícia técnica ou médica, com o pagamento dos honorários periciais, podendo ser deferido o parcelamento dos honorários periciais, de acor-

8 inclusive em causas contra a Fazenda Pública, em ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria (§ 1º do art. 791-A), nas reconvenções (§ 5º), devendo o juiz observar o grau de zelo do profissional (§ 2º, inciso I), o lugar de prestação do serviço (II), a natureza e a importância da causa (III), o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (IV).

do com o § 2º do art. 790-B da CLT. Somente no caso de o beneficiário da justiça gratuita não tiver conseguido obter em juízo créditos suficientes para suportar o pagamento dos honorários periciais, ainda que em outro processo, é que a União deverá responder pelo encargo, como dispõe o § 4º.

Poderá também o reclamante, consoante o disposto no § 4º do art. 791-A da CLT, ser executado quanto às obrigações decorrentes da sucumbência, nomeadamente custas judiciais, honorários advocatícios e periciais, desde que o credor demonstre que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade. A execução das obrigações da sucumbência poderá ser realizada durante o período de dois anos após o trânsito em julgado da decisão que as certificou, sendo certo que, após esse prazo, tais obrigações são extintas. Note-se que, para a análise da situação econômica do reclamante, podem ser consideradas as parcelas recebidas no processo em causa (caso em que se estará diante de uma sucumbência parcial ou recíproca), ou em outros processos em que o trabalhador figure como credor.

Significa dizer, somente a título ilustrativo, que se um trabalhador de vínculo de emprego dispensado sem justa causa e sem recebimento de seus haveres resilitórios vier a postular as parcelas da rescisão contratual, hipoteticamente, no valor de R\$5.000,00, e parcelas relacionadas com o excesso da jornada de trabalho, em R\$200.000,00, caso não comprove em juízo este último fato – excesso da jornada de trabalho –, poderá, no fim das contas, ter que pagar honorários advocatícios de sucumbência, mesmo que o magistrado fixe os honorários advocatícios no percentual mínimo de 5% e mesmo que ele seja beneficiário da justiça gratuita, uma vez que está satisfeita uma condição objetiva da lei: obteve o trabalhador créditos capazes de suportar a despesa, ainda que parcialmente. Levando, portanto, a regra às últimas consequências, o trabalhador, embora vencedor em relação ao pedido principal, não receberia qualquer crédito e permaneceria devedor da reclamada nesse mesmo processo. Como se isto não bastasse, o crédito restante da empresa reclamada poderá ser satisfeito por meio dos cré-

ditos obtidos no âmbito de outras ações judiciais, desde que o credor o exija em tempo hábil.

Na prática, o trabalhador, conquanto se apresente no processo via de regra na condição de desempregado que persegue primordialmente direitos de natureza alimentar, e ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, será compelido a arcar com as despesas do processo caso seja vencido, ainda que parcialmente, numa situação que se assemelha, pelo absurdo, à ficção kafkiana. Isto porque sendo o trabalhador forçado, por conta das circunstâncias, a mover ação judicial com vistas a satisfazer direitos absolutamente incontroversos de natureza alimentar, poderá, ainda que substancialmente apresente direito material que lhe assiste, vir a suportar o encargo do seu decaimento.

Observe-se que o direito não é uma ciência exata e aquilo que em termos de justiça fica claro fora dos tribunais, numa ação judicial pode ser perfeitamente suplantado em virtude de uma mera vicissitude processual. Nesse contexto, o pagamento das despesas processuais poderá advir da mera ausência do trabalhador na primeira sessão de audiência ou da sucumbência em razão da dificuldade na produção da prova. A título meramente ilustrativo, a jornada extraordinária, o assédio moral ou sexual, a justa causa por parte do empregador, todas essas situações são de difícil produção probatória, uma vez que as naturais testemunhas são igualmente trabalhadores que, para preservar o seu emprego, por vezes não contribuem para a apuração dos fatos reais, alterando completamente o resultado do processo.

A nova lei, portanto, onera ainda mais o trabalhador e assim o faz porque parte do equivocado pressuposto de que as partes são iguais, e de que, nessa medida, teriam que receber tratamento idêntico relativamente à sucumbência. Sucede que as partes não são iguais nem iguais são as suas armas sob o ponto de vista econômico, pelo que a lei acaba por ferir o princípio da igualdade que determina que os iguais sejam tratados de forma idêntica e os diferentes nessa conformidade e na medida das suas diferenças.

Essas alterações também fragilizam ainda mais a posição do trabalhador ao restringir o acesso ao benefício da justiça gratuita, e,

mesmo nas situações em que o benefício for concedido, ao determinar que o trabalhador seja responsabilizado em caso de sucumbência total ou parcial pelo pagamento de despesas que decorrem do processo. Ora, a imposição de uma tal regra afronta direta e literalmente o disposto no art. 5º, inciso LXXIV da Constituição da República, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, de modo que, ao ser concedido o benefício da gratuidade da justiça, esta deve ser integral e abranger todas as despesas processuais, como a exemplo as custas do processo. Não há como a lei impor o recolhimento das custas processuais para o beneficiário da justiça gratuita e muito menos estabelecer como condição para propositura de nova ação judicial, em razão do arquivamento da antecedente, o recolhimento de tais custas.

É evidente que a alteração legal que prevê a fixação de honorários sucumbenciais recíprocos constitui barreira de acesso à justiça, uma vez que o risco de não conseguir comprovar seu direito pode resultar em justificado receio de demandar.

E, com efeito, confirma-se essa suspeita na medida em que o número de ações judiciais propostas, neste ano de 2018, diminuiu, sensivelmente. Segundo os dados estatísticos apresentados pelo Tribunal Superior do Trabalho, de janeiro a maio de 2018, foram recebidos 1.260.891 ações trabalhistas; julgados 1.542.153, restando por julgar 2.124.344 ações trabalhistas⁹. Das ações trabalhistas propostas, em primeiro lugar no *ranking* dos assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho, encontra-se o aviso prévio (261.317 processos), seguido da multa prevista no art. 477 da CLT (232.053); da multa de 40% incidentes sobre o fundo de garantia por tempo de serviço – FGTS (223.711); da multa de 50% incidente sobre as verbas rescisórias, conforme o art.

9 Dados estatísticos divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho de janeiro a maio de 2018, disponível em <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>, acesso em 28.06.2018

467 da CLT (192.044); das férias proporcionais (172.178) e 13º salário proporcional (164.558)¹⁰

No tocante à aplicação da lei no tempo, com a Instrução Normativa nº 41/2018 do TST foi definido que, em geral, a eficácia da reforma trabalhista é imediata, a partir de 11 de novembro de 2017, sem atingir situações pretéritas já iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada (art. 1º). Nesse sentido, estabeleceu que a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais ocorrerá somente nas ações judiciais propostas a partir de 11 de novembro de 2017, e, naquelas demandas judiciais propostas anteriormente à vigência da reforma trabalhista, subsistem as diretrizes da Lei nº 5.584/1970 e o entendimento contido nas súmulas 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho.¹¹

De igual sorte, somente nas ações judiciais propostas a partir de 11 de novembro de 2017 é que os honorários periciais de sucumbência também serão devidos pelo beneficiário da justiça gratuita, conforme estabelecido no art. 790-B, *caput* e §§ 1º ao 4º da CLT, com a modulação contida na Instrução Normativa nº 41/2018, art. 5º.

Encerrada esta sucinta análise, importa questionar a bondade destas alterações legislativas à luz da ordem constitucional brasileira.

3. Um olhar constitucional sobre a discussão

Normalmente, o autor da ação judicial, na jurisdição trabalhista, é o trabalhador subordinado, é aquele que, no âmbito de um contrato bilateral com direitos e deveres mútuos, se apresenta como a parte mais frágil da relação jurídica, tanto do ponto de vista econômico, como do ponto de vista do poder exercido nos limites do contrato.

10 Dados estatísticos divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho de janeiro a maio de 2018, disponível em <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>, acesso em 28.06.2018

11 Instrução Normativa nº 41/2018, disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/RESOLUCAO+221+-+21-06-2018.pdf/4750fdff-8c09-e017-9890-96181164c950>, acesso em 28.06.2018

É por esse motivo, e não por excentricidade injustificada do legislador constituinte, que as normas que regem esse tipo de relações sob a perspectiva do direito material e processual são sensíveis à proteção da parte hipossuficiente.

De acordo com uma pesquisa publicada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2017, com base em dados recolhidos antes da reforma, ou seja, no ano de 2016¹², as ações judiciais promovidas no âmbito da Justiça do Trabalho apresentam, quanto aos temas de litígios, um padrão muito mais homogêneo quando comparadas com as ações promovidas na Justiça Estadual e Federal. Em outras palavras, os principais assuntos debatidos na esfera dos Tribunais Estaduais e Federais variam muito entre si, enquanto na Justiça do Trabalho, não obstante a ampliação material da competência para dirimir os conflitos envolvendo todos os tipos de relações de trabalho, os casos mais recorrentes são sempre os mesmos, ocupando o topo da lista aquelas ações que pretendem discutir a rescisão do contrato de trabalho com vistas à obtenção do seguro-desemprego ou o pagamento das verbas rescisórias. Aparecem também de forma recorrente, mas num patamar mais abaixo em termos de volume de processos, os temas da remuneração, das verbas indenizatórias, dos benefícios e diferenças salariais, da responsabilidade civil do empregador e da indenização por dano moral.

Portanto, os litígios na Justiça do Trabalho decorrem preponderantemente do não cumprimento das normas cogentes de direito do trabalho pelo empregador.

Na verdade, desde há muito se vinha notando o aumento da propositura das ações judiciais de natureza laboral e esta evidência, tomada numa acepção incompleta e demagógica, tem servido de mote para defender limites gravosos e inconstitucionais à atuação da Justiça do Trabalho.

É demagógico olhar para os números das demandas propostas e concluir que o problema do aumento da litigação é resolvido colocando barreiras para a intervenção judicial. Isto porque

12 Justiça em Números 2017, ano-base de 2016, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>, p. 168.

o aumento da litigação no âmbito trabalhista decorre do acesso à justiça, promovido por um sistema processual que é mais simplificado, mais informal, menos burocratizado e que, tradicionalmente, permite aos mais necessitados defenderem os seus direitos no Judiciário como qualquer cidadão com mais posses. Mas decorre também, a bem da verdade, e principalmente, do modelo de gestão adotado por muitas empresas à margem da lei e da Constituição e que empurra os trabalhadores para o Judiciário a fim de que lá exijam o pagamento de verbas decorrentes da cessação do vínculo de emprego, ou seja, verbas rescisórias de natureza incontroversa.

É por essa razão que o fenômeno da instrumentalização da Justiça para a judicialização de falsas controvérsias, a existir, é muito mais fruto dessa cultura empresarial difusa e genericamente admitida como estratégia administrativa do que fruto do mero capricho do trabalhador, de manobras oportunistas e abusivas ou de discussões de teses temerárias.

Ora, considerando que a ação trabalhista acaba por ser medida necessária para obviar as consequências nocivas de uma cultura empresarial que sistematicamente, e nos quatro pontos do país, não cumpre com os deveres mais básicos previstos na lei e na Constituição, o acesso à Justiça do Trabalho, sobretudo quanto ao seu principal aspecto que é o econômico, deve ser garantido.

Se um aumento de litigiosidade não significa que necessariamente estejamos perante um uso abusivo dos mecanismos judiciais por parte dos reclamantes, a redução da litigiosidade tampouco pode ou deve ser saudados como um sucesso, antes pelo contrário. Na verdade, a diminuição da litigiosidade após a reforma não pode significar que as razões objetivas e materiais para a pré-existência do conflito (o incumprimento de normas trabalhistas e o conflito social) tenham diminuído, mas apenas quer dizer que se criou um ambiente, na prática, intimidante para a vítima, ambiente esse que, em última análise, estimula o descumprimento das leis do trabalho por parte dos seus maiores violadores. Este ambiente é não apenas pernicioso para os trabalhadores e para a sociedade em geral que assim vê a legalidade desprezada, como

também é flagrantemente injusto para as empresas e empresários que, com dignidade e quase estoicismo, procuram respeitar as normas básicas de convivência social que a comunidade política democraticamente estabeleceu. E é injusto porque sujeita estes a uma concorrência desleal e insuportável por parte das empresas menos escrupulosas.

Portanto, é também para a defesa da integridade do sistema que hoje faz ainda mais sentido defender indefectivelmente, face a quaisquer medidas restritivas, a supremacia do direito fundamental à gratuidade da justiça, consubstanciada na assistência jurídica integral e gratuita prevista no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal e do direito fundamental do acesso à justiça, definido constitucionalmente no inciso XXXV da Constituição.

Poder-se-ia argumentar, ainda assim que, à luz da evidência de que muitas demandas trabalhistas são julgadas parcialmente procedentes, os direitos dos trabalhadores não seriam tão evidentes como se pretende fazer crer num primeiro momento, e, nessa linha de raciocínio, que as restrições ao acesso à justiça poderiam fazer sentido para desestimular as lides temerárias. Esse argumento é, todavia, refutável.

A ação trabalhista pode ser vista como o meio pelo qual o trabalhador dá a conhecer ao julgador todas as pontas soltas que, do seu ponto de vista, ficaram por atar relativamente à execução e cessação do seu contrato, e estas são conhecidas pelo juiz desde que não tenha havido prescrição ou caducidade. Naturalmente, as ações trabalhistas ao serem propostas no término da relação apresentam uma série de pedidos relativos à forma de prestar o trabalho e à maneira como o contrato foi cessado, e que nem sempre todos os pedidos serão acolhidos.

É importante ressaltar, desde já, que não se exige, nem é expectável, que o trabalhador tenha certeza *ab initio* sobre o sucesso completo da sua ação a fim de que a sua iniciativa seja considerada legítima. O direito fundamental de acesso à justiça, ou seja, acesso ao direito e aos tribunais, permite ao interessado submeter a controvérsia ao crivo do Estado, sendo certo que se não houvesse controvérsia, os diferendos entre as partes seriam resolvidos fora dos limites dos tribunais. As ações judiciais, nesse sentido, estão alicerçadas sobre a exposição de

uma pretensão fundada em direito subjetivo que está dependente da produção de provas e das vicissitudes processuais que, muitas vezes, ditam o resultado da demanda.

Note-se que o direito ao acesso à justiça é um direito a ter direitos, ou seja, é um direito instrumental para o real exercício ou gozo de qualquer outro direito. Quando, portanto, o acesso à justiça é fictício, quando as circunstâncias legais e fáticas contribuem para retirar-lhe efetividade, na verdade, todos os outros estão ameaçados na sua efetividade também.

Nesse sentido, veja-se o que defende o Ministro Edson Fachin em voto proferido recentemente no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766, ajuizada pelo então procurador-geral da República, Rodrigo Janot, contra dispositivos da chamada reforma trabalhista, que, em seu entendimento, impõem “restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho”:

Quando se está a tratar de restrições legislativas impostas a garantias fundamentais, como é o caso do benefício da gratuidade da justiça e, como consequência do próprio acesso à justiça, o risco de violação em cascata de direitos fundamentais é iminente e real, pois não se está a resguardar apenas o âmbito de proteção desses direitos fundamentais em si, mas de todo um sistema jurídico-constitucional de direitos fundamentais dele dependente¹³.

É por essa razão que a gratuidade da justiça está intimamente ligada também ao princípio constitucional da isonomia, ou seja, à necessidade de tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, de modo a que o direito, consciente das desigualdades reais e fáticas, se posicione de maneira a que seja efetivamente igual e coerente para todos. Só assim, note-se, poderá a sociedade brasileira

13 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>, acesso em 01.07.2018, pp. 9-10.

conformar-se no sentido de concretizar os objetivos traçados pela Constituição: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária onde a pobreza e marginalização sejam erradicadas e as desigualdades sociais efetivamente mitigadas, nos termos dos incisos I e III do art. 3º da Carta Fundamental.

Não adianta ter direitos consagrados solenemente em leis e na Constituição se não for dado ao cidadão com insuficiência de recursos o direito efetivo de dirigir ao Poder Judiciário um pedido concreto para realizar essas mesmas leis ou dispositivos constitucionais perante a oposição ou renitência de outros privados ou de outros órgãos estatais. Isso reduziria os direitos fundamentais a “poesia constitucional”, nas plásticas palavras de Robert Alexy.

A imputação de custos altos para o acesso à justiça a quem não tem condições financeiras para o fazer, e recorrendo mais uma vez às lições do Ministro Fachin, implica “um afastamento significativo das classes economicamente mais frágeis do acesso à Justiça institucionalizada”¹⁴. Num país que é caracterizado pelos seus altos níveis de desigualdade, e dos mais variados tipos, uma tal restrição inconstitucional apenas amplia o fosso da desigualdade, condenando os mais pobres aos infortúnios da sua própria condição.

4. Conclusão

Em jeito de conclusão, é importante assinalar que, analisando um pouco mais em detalhe as novas normas respeitantes aos honorários de sucumbência e ao benefício da justiça gratuita, bem como as suas consequências práticas e teóricas, a reforma, neste ponto como noutros, e contrariamente ao que os seus defensores proclamavam, não “modernizou” o Judiciário. Antes, recolocou o sistema jurídico brasileiro numa posição de preocupante retrocesso social, na medida em que, desprezando qualquer preocupação com a realidade material dos fatos, bem como os objetivos da isonomia e real igualdade entre os ci-

14 Ibidem, p. 7.

dados, restringiu tão radicalmente os direitos ao “acesso à justiça” e à “assistência jurídica integral e gratuita” (art. 5º, XXXV e LXXIV da CFRB) que se arriscou a substituir o moderno Estado Social e Democrático de Direito preconizado pela Constituição pelo Estado Liberal à imagem do século XIX. O Legislador democrático tem, claro, direito a seguir os seus próprios rumos, de determinar, segundo a sua ideologia, onde estão, quer os obstáculos, quer os caminhos para o progresso, mas tem que o fazer nos termos e segundo os trâmites da Constituição. Não pode trilhar qualquer caminho que lhe pareça útil, nem substituir os mandamentos, regras e princípios constitucionais pela sua própria ideologia pessoal.

5. Referências bibliográficas

Dados estatísticos divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho de janeiro a maio de 2018, disponível em <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>, acesso em 28.06.2018

Dados estatísticos divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho de janeiro a maio de 2018, disponível em <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>, acesso em 28.06.2018

<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>, acesso em 01.07.2018

Instrução Normativa nº 41/2018, disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/RESOLUCAO+221+-+21-06-2018.pdf/4750fdfb-8c09-e017-9890-96181164c950>, acesso em 28.06.2018

Justiça em Números 2017, ano-base de 2016, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>,

Projeto de Lei nº 6.787/2016, disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;sessioid=FA816F79A75BFCA9B1BE7B5849F8892A.proposicoesWebExterno2

[?codteor=1520055&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](#), acesso em 14.06.2018.

Relatório CNJ – Justiça em Números 2016, referente ao ano 2015

Relatório final da Comissão Especial destinada para alterar a CLT, de relatoria do Deputado Federal Rogério Marinho (PSDB-RN)

Resolução nº 66, de 16 de junho de 2010, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho

7 O ADVOGADO E O ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO

Eneida Melo Correia de Araújo

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Professora Doutora associada da Faculdade de Direito da UFPE.

I. Introdução

O direito, fato social fundamental, deve estar assentado na justiça, em harmonia com o sentido etimológico e, ainda, porque à sociedade repugna um direito que não busque realizar a justiça.

Sem pretender ingressar no árduo tema do que se poderia compreender como justiça, ou sobre o que, no âmbito processual, traduziria um processo justo, pode-se afirmar que os regimes democráticos assentados em documentos internacionais sobre direitos humanos oferecem ao legislador e ao hermenêuta um caminho para alcançar, razoavelmente, o objetivo de um direito e de um processo justos.

Diante dessa perspectiva, entende-se a mutabilidade do fenômeno jurídico no tempo e no espaço, e o papel do processo em uma sociedade democrática, fundada na liberdade, dignidade humana, cidadania, igualdade, solidariedade, valores sociais do trabalho, função social da propriedade e pluralismo político, este último a envolver também o pluralismo jurídico.

Nesse panorama, o processo revela o permanente conflito que pode surgir entre o texto da lei, elaborado pelo poder constituído competente e o direito. E nesse aparente dualismo, o direito brota da interpretação a ser atribuída ao texto, uma vez que não se esgota na obra do legislador.

Explica-se, portanto, porque o processo objetiva a atuação da lei, à realização do direito objetivo. A lei é movimentada por aquele que a faz incidir ao caso concreto, para criar a relação ou a situação jurídica.

A finalidade da relação jurídica processual é a aplicação da lei, do direito, esse entendido não apenas como o texto criado pelo legislador autorizado pelo sistema jurídico, mas, sobretudo, como fruto da interpretação. Interpretação que desafia a escolha pelo magistrado de um entre tantos sentidos, devendo posicionar-se próximo aos princípios constitucionais. Daí porque se diz que a interpretação não desconhece o pluralismo jurídico, ela não é fruto de uma ideia ou compreensão única sobre determinado texto de lei.

No campo do processo divisa-se na atividade estatal, inerente ao Poder Judiciário, um poder-dever dirigido a que os fatos da vida sujeitem-se à ordem jurídica, efetivando o acesso à justiça. E o direito nasce da hermenêutica atribuída ao texto jurídico pelo magistrado, quando instado a fazer incidir o preceito diante de um pleito judicial.

A relevância da função jurisdicional também é justificada perante a sociedade em face do valor social do processo que não é um elemento desvinculado do interesse público, sobretudo no ordenamento jurídico moderno que prima pela constitucionalização do processo.

O estudo sobre a presença e atuação do advogado, o direito aos honorários, bem como a definição do marco inicial de incidência temporal desse instituto no processo do trabalho e a definição do sujeito destinatário dos honorários, delinea-se em um quadro legislativo inovador para a Justiça do Trabalho, que deve atender ao princípio do acesso à justiça.

2. Acesso à justiça: direito humano e fundamental

Existe uma marca histórica, fruto de concepções filosóficas e políticas, no sentido de realizar-se um sentimento de justiça relacionado a um plano de razoável equilíbrio.

A extensão do acesso à justiça deve ser compreendida à luz da história dos homens, das sociedades, das modificações políticas e jurídicas. É que historicamente, a noção deste princípio vincula-se às situações e movimentos referentes à liberdade dos indivíduos e às revoluções que demarcaram seus espaços sociais como grupos emergentes na sociedade.

Importa realçar que, no plano histórico, a evolução extraordinária dos direitos fundamentais tem seu marco a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

E, no que diz respeito a um dos mais relevantes direitos fundamentais, precisamente o do acesso à justiça, constata-se também na Declaração Universal dos Direitos Humanos expressa salvaguarda. Nesse documento, nos artigos 8º e 10, afirma-se que todas as pessoas têm direito de receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Prosseguindo, também no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, no artigo 14 – 1 foi assegurado o direito de acesso à justiça, aludindo ao direito dos indivíduos de serem ouvidos publicamente, sobre causas de natureza civil ou penal, por um Tribunal independente e imparcial, atendidas as devidas garantias.

A rede de documentos internacionais garantidores do acesso à justiça evolui com a Convenção Européia de 1950. É que nela garante-se a todas as pessoas não somente o direito de terem sua pretensão de natureza civil ou penal examinada por um Tribunal independente e imparcial. Igualmente estabelece que o procedimento seja feito de forma equitativa, pública e em prazo razoável (artigo 6.1).

Também a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 assegura o direito de acesso à justiça. Como se sabe, trata-se de

documento de maior importância no sistema interamericano. É que ele reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similares àqueles previstos pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹.

Efetivamente, o Pacto de São José da Costa Rica, especificamente sobre o direito à proteção judicial, no artigo 8º dispõe que todas as pessoas têm direito a serem ouvidas, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um Juiz ou Tribunal competente, independente, imparcial sobre qualquer matéria de caráter civil, trabalhista, criminal, fiscal ou qualquer natureza.

O acesso à justiça revela-se como direito humano e fundamental, cobrindo-se com a nota da importância máxima conferida pela ordem jurídica, mas, igualmente relacionado a fatores políticos e institucionais, variáveis no tempo e espaço.

Ainda que não se possa afirmar que o acesso à justiça se trate de direito absoluto, seu exercício e balizas encontram-se nos demais direitos e princípios que norteiam o direito interno e no direito internacional dos direitos humanos.

O direito de acesso à justiça é estabelecido pelo ordenamento jurídico-institucional dos Estados democráticos de direito, pois diz respeito a um dos bens mais relevantes para o indivíduo e para a sociedade. E, como destaca Brasilino Santos Ramos, no Estado Constitucional e Democrático de Direito, compete ao Estado adotar uma atitude de vanguarda na realização dos direitos fundamentais, com eficácia, efetividade e tempestividade na prestação jurisdicional².

Dessa forma, ao se reconhecer que, efetivamente, o acesso à justiça relaciona-se às épocas políticas, aos movimentos sociais, à luta pelos direitos humanos, sua efetivação garante aos indivíduos o direito às prestações fundamentais de ordem substantiva e material, espalhadas pelo interior do sistema jurídico das nações.

1 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 223.

2 RAMOS, Brasilino Santos. *Razoável Duração do Processo e Efetividade da Tutela dos Direitos Fundamentais do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 2012, p.111.

3. O acesso à justiça no ordenamento jurídico constitucional brasileiro – breve retrospectiva

A mudança operada no plano internacional, acerca dos direitos dos homens e dos direitos fundamentais demonstra a expansão da garantia do acesso à justiça na ordem jurídica interna, a partir de sua inserção na Constituição Federal de 1934.

Em uma rápida retrospectiva sobre o acesso à justiça no constitucionalismo brasileiro, percebe-se que a Carta de 1934, em mais de um dispositivo, alude ao direito de os acusados gozarem de ampla defesa, com os meios e recursos essenciais, além de não admitir foro privilegiado, nem tribunais de exceção, a par de garantir que ninguém fosse processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato e na forma por ela prescrita (artigo 113, §§ 24, 25 e 26).

A Carta de 1937, também referia ao direito de acesso à justiça. Todavia, dotada de forte viés autoritário, permitia fossem excluídos da apreciação do Poder Judiciário crimes que atentassem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular, os quais seriam submetidos a processo e julgamento perante tribunal especial, na forma que a lei instituísse (artigo 122, § 17).

Na Constituição de 1946, no artigo 141, § 4º igualmente estava assegurado o acesso à justiça, ao afirmar que a lei não poderia excluir de apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Na Constituição de 1967, no artigo 150, § 4º também era garantido o acesso à justiça, declarando-se que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

A Emenda Constitucional de 1969 manteve a garantia de acesso à justiça. Constava dela, contudo, previsão no sentido de que o ingresso em juízo fosse condicionado à exaustão prévia de vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido (artigo 153, § 4º).

A Constituição da República de 1988 amplia, consideravelmente, o significado do acesso à justiça, ao afirmar que esse direito deve ter uma proteção especial dos órgãos públicos. Tal sucede porque acolhe como fundamentos duas ordens de direitos: os chamados direitos do homem e os direitos fundamentais.

A primeira ordem desses direitos, os do homem, alicerçados no próprio indivíduo (a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho e sua valoração social) são universais, inalteráveis. Decorrem de uma formulação histórica e cultural, fruto das conquistas dos indivíduos, e que desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e de outros documentos internacionais ingressaram na ordem interna dos países ocidentais.

Quanto aos direitos fundamentais, eles atendem a uma perspectiva razoavelmente universal. São, todavia, direitos do homem de ordem jurídico-institucional, garantidos de acordo com determinados aspectos políticos, limitados no tempo e no espaço. Eles dizem respeito aos bens mais relevantes para o indivíduo, ao obedecer à ótica do legislador democrático que os inseriu no sistema jurídico.

No Brasil, as mudanças essenciais sobre a ampliação do direito de acesso à justiça acham-se estampadas no título referente aos direitos e garantias fundamentais, englobando expressamente os individuais e os coletivos a par de inserir a ameaça ao direito. E mais: os princípios fundamentais que fundaram a nova República Federativa aludem à soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político (artigo 1º).

A ordem jurídica constitucional nascida em 1988 declara que se constituem em objetivos fundamentais da República do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º).

No artigo 5º da Constituição, no qual estão assegurados os direitos e deveres individuais e coletivos, dentro do Título de Direitos

e Garantias Fundamentais, estabelece o § 2º que os direitos e garantias ali contidos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Por outro lado, no § 3º do mesmo artigo da Lei Maior afirma-se que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Essa previsão constitucional significa que as normas dos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos foram incorporadas ao ordenamento interno brasileiro.

E, por fim, no § 4º, também da referida norma constitucional, está asseverado que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, a cuja criação tenha manifestado adesão.

Constata-se, assim, que a garantia de acesso à justiça, ao longo dos tempos, comportou vários matizes de adequação para que se efetivassem os direitos humanos. E mais precisamente, acompanhou todo o movimento evolutivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Daí porque, como adverte Carlos Henrique Bezerra Leite, mesmo que se queira entender o acesso à justiça no sentido restrito do termo, não se pode perder de vista o seu plano integral. É que este último assume caráter mais consentâneo com os direitos fundamentais e com os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo no Estado democrático de direito ³.

A concepção restrita do acesso à justiça corresponde à possibilidade de obter a tutela jurisdicional do Estado. Trata-se de garantia conferida a todos os homens no sentido de ajuizar ação perante o Poder Judiciário para afastar uma ameaça ao direito, repará-lo, alcançar uma tutela sobre determinado bem da vida, solucionar um litígio que surgiu nas relações sociais.

3 LEITE, Carlos Alberto Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2007, p.138-139.

No plano integral, o acesso à justiça diz respeito não somente ao direito de ajuizar uma ação, mas, igualmente, aos mecanismos alternativos preventivos: assistência judiciária, coletivização do processo, juizados especiais de pequenas causas, antecipação de tutela, termo de compromisso de ajuste de conduta, entre outros.

A Constituição da República do Brasil de 1988 contém as duas ordens de acesso à justiça, pois detém natureza de direito fundamental, de índole processual, ao atender a uma perspectiva razoavelmente universal do direito moderno.

À luz da Constituição Republicana é significativo ressaltar que o direito de acesso à justiça não se limita ao direito de obter o pronunciamento judicial, mas, igualmente, o de efetivamente alcançar a tutela do Poder Judiciário, o que exige o conhecimento e a atuação dos mecanismos processuais que a ordem jurídica coloca à disposição dos indivíduos.

Tendo em vista que o sistema jurídico positivo assegura o acesso ao Poder Judiciário como um dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, o Estado brasileiro deve não só realizar esse direito, mas também impedir que possam atentar contra a sua efetividade.

O acesso à justiça é direito humano, precisando, para ser efetivo, que o ordenamento jurídico estabeleça quais os meios de exercê-lo, os recursos e os mecanismos que estão postos à disposição do indivíduo, bem como o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável de duração.

Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que a atividade estatal de distribuição da justiça, no sentido clássico – tradicionalmente afetada ao Poder Judiciário – acha-se vinculada, de um lado, à garantia do acesso à justiça, atrelado aos “históricos de danos temidos ou sofridos (CF, art. 5º, XXXV), e de outro lado, ao entendimento de que a decisão judicial de mérito opera como a lei do caso concreto”⁴.

4 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A necessária eficácia expandida – objetiva e subjetiva – das decisões no âmbito da jurisdição coletiva: especialmente, o acórdão do TJSP na ADIn 0121480-62.2011.8.26.0000 (j. 01.10.2014), proposta em face da Lei Paulistana 15.374/2011, sobre o uso de sacolas plásticas. *In Revista de Processo RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 40, 241, março 2015, p.278.

Sendo assim, a presença do advogado no processo auxilia não somente o ingresso do cidadão às instâncias judiciárias e administrativas, mas a efetivação de um dos planos do acesso à justiça.

4. O advogado como auxiliar do cidadão para a efetivação do acesso à justiça

Na América Latina, como adverte Eros Roberto Grau, a lei, para a grande maioria dos homens, é algo distanciado da existência real, mera abstração, desconectada de suas necessidades, sem contribuir para modificar as condições sociais da vida dos mais humildes economicamente, nem a realização de suas perspectivas fundamentais⁵.

Igual impressão pode ser dirigida à justiça, quando ela corresponda apenas à manutenção da ordem e da segurança, sem cuidar do atendimento de outros planos da existência humana. Esses aspectos levaram Roberto Aguiar a afirmar que os oprimidos, nos dias atuais, não confiam na justiça⁶.

Não obstante essas válidas ponderações, o desenho de legalidade não pode ser desprezado. É que o Estado Democrático de Direito, mesmo revelando-se um arcabouço formal, constitui-se em garantia para o exercício básico de algumas expressões da cidadania. Entre elas acham-se: o direito à vida, à liberdade, à inviolabilidade; o

5 GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 123.

6 AGUIAR, Roberto A. R. *O que é Justiça? Uma Abordagem Dialética*. 4ª ed., São Paulo: Alfa-Omega, 1995, p. 18. Com propriedade, ressalta o autor que os menos favorecidos, econômica e socialmente desconfiam de uma expressão de justiça que os retire de suas terras ou não permita que nelas permaneçam; que não impeça o tratamento violento conferido pela polícia; que não interfira nos níveis de remuneração pagos à maioria dos trabalhadores ou, ainda, que nada faça para que os homens tenham trabalho. E mais: até mesmo os mais abastados economicamente também começam a não confiar nessa mesma justiça, ao se depararem com novos costumes dos oprimidos, decorrentes de suas necessidades econômicas e sociais. Assim, nomeadamente, a maior valoração que os oprimidos conferem a posse em desprezo à propriedade que as pessoas detêm sobre os bens.

de locomoção; o de não ser preso, salvo em circunstâncias previstas na lei; o de obter educação e saúde públicas; o direito de associação; o de ser julgado por juízes e tribunais constitucionalmente estabelecidos; a assistência judiciária, o acesso à justiça.

Conforme realça Alexandre Moraes, o princípio da legalidade é indispensável ao Estado de Direito. Daí porque o sistema jurídico deve propiciar a efetividade desse princípio sempre que houver violação de direito, mediante lesão ou ameaça, cabendo ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, aplicar a norma ao caso concreto ⁷.

Neste mesmo sentido é o pensamento de Daniel Sarmento quando afirma que, hoje, as diversas correntes filosóficas e ideológicas reconhecem que o Direito é peça fundamental para a convivência social com harmonia e justiça. E acrescenta que a Constituição do Brasil, plena de normas que consagram direitos fundamentais, calcada em valores e princípios de solidariedade e humanitários, dispõe de uma força normativa capaz de projetá-las para todos os setores da vida humana ⁸.

No Brasil, o acesso à justiça, nos aspectos restrito e integral, encontra-se previsto na Constituição da República e em normas de natureza infraconstitucional. Diversos mecanismos de tutela estão expressos na Carta Magna e na legislação processual infraconstitucional.

A ordem constitucional brasileira que objetiva realizar o Estado democrático de direito, trouxe o processo para o seu bojo, traçando princípios fundamentais e aplicáveis a todos os ramos processuais. É o que se extrai do capítulo referente aos direitos de garantias fundamentais, ao asseverar os direitos e deveres individuais e coletivos. Realce no artigo 5º, § XXXV, que assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de lesão; aos §§ LIV e LV, que garantem o devido processo legal e o contraditório e ao § LXXVIII, ao afirmar a duração razoável do processo, que deve ser justo.

7 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

8 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 76.

A natureza não absoluta, mas limitada, relativa dos direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição da República, como adverte Alexandre de Moraes, atende ao princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas ⁹.

O quadro evolutivo do acesso à justiça indica que com o advento da Constituição Republicana de 1988 esse princípio, agasalhado no artigo 5º, §§ XXXV e LV, precisava ser dotado de efetividade também nos domínios do processo do trabalho. É que a jurisdição passa a ocupar um lugar de destaque normativo no sistema pós-moderno de acesso à justiça.

Por sua vez, o princípio da rápida duração do processo, igualmente previsto no artigo 5º, § LXXVIII da Constituição de 1988, também cobrava presença real na esfera trabalhista.

Acrescente-se que a proteção jurídica, conforme lembra J. J. Canotilho, exige um processo de razoável duração. Daí afirmar o autor que: “ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil (“adequação temporal”, justiça temporalmente adequada”) obter uma sentença executória com força de caso julgado” ¹⁰.

A constitucionalização do processo busca a efetividade dos direitos assentados na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, na cidadania e no respeito à função social da propriedade privada, afirmando a atenção à rápida duração do processo, criando mecanismos para efetivar a jurisdição. O processo objetiva a realização do direito, tem por escopo tornar eficaz o direito objetivo, e não, somente, os direitos subjetivos. Por meio dele se realiza um dos planos de acesso à justiça.

A propósito da vinculação do acesso à justiça ao exame da causa em prazo razoável pelos órgãos jurisdicionais, destaco, seguindo a lição de Marcelo Veiga Franco, que a teoria do processo justo – deno-

9 *Cit.*, p. 32-33.

10 CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. Coimbra - Portugal: Almedina, 1993, p. 652.

minada na Itália de “*giusto processo*” e na *Common Law* de “*fair trial*” surgiu recentemente. O marco temporal foi o movimento pela constitucionalização do processo, após a Segunda Guerra Mundial, quando foi sentida a necessidade de superar a visão meramente formal do devido processo legal, substituindo-a por uma ótica material de processo justo ¹¹.

Com efeito, a partir da Convenção Européia de 1950 o acesso à justiça, no plano processual, fica vinculado a uma análise da demanda do indivíduo dentro de um prazo razoável. E este aspecto traduz a perspectiva de que o devido processo legal deve ser o processo justo, com o que a razoabilidade do tempo de transcurso da prestação jurisdicional atende à natureza de direito fundamental do processo.

Compreende-se que Rodolfo de Camargo Mancuso, indique seis atributos a serem atendidos pela resposta jurisdicional de qualidade: “justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível, com aptidão para promover a efetiva e concreta satisfação do direito ou bem da vida reconhecidos no julgado” ¹².

É porque, tal como ensina J.J. Canotilho, o acesso aos tribunais não se restringe a uma perspectiva meramente defensiva ou de garantia, ou seja, de defesa dos direitos por meio dos tribunais. O direito de acesso aos tribunais também tem natureza de prestação, na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados e assegurar apoio e patrocínio judiciário, dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparo. Essas medidas evitam a denegação da justiça por insuficiência de meios econômicos, haja vista

11 FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 247, ano 40, São Paulo: RT, 2015, p. 106.

12 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A necessária eficácia expandida – objetiva e subjetiva – das decisões no âmbito da jurisdição coletiva: especialmente, o acórdão do TJSP na ADIn 0121480-62.2011.8.26.0000 (j. 01.10.2014), proposta em face da Lei Paulistana 15.374/2011, sobre o uso de sacolas plásticas. *In Revista de Processo RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 40, 241, março 2015, p. 282.

que: “O acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades”¹³.

Destaque-se que a sociedade moderna apresenta-se repleta de exigências sociais de natureza material das mais diversas ordens, reivindicações de múltiplos sentidos, relações conflituosas, pretensões que são levadas ao Poder Judiciário para que ele defina a controvérsia, aplicando o direito.

Neste quadro, o direito constitucional de acesso à justiça, consagrado como princípio constitucional, na esfera processual pode não ser alcançado ou efetivado sem a presença do advogado.

Ademais, como destaca Marcelo Veiga Franco, ao processo se deve atribuir uma conotação ética. Tal significado exige a harmonia do conjunto das garantias processuais constitucionais, com base em fundamentos deontológicos próprios à natureza do processo¹⁴.

Luiz Guilherme Marinoni e Freddie Didier Jr., ao analisarem a segunda etapa da Reforma do CPC de 1973, afirmavam que o processo, livre nas mãos dos litigantes, tornaria inviável o alcance de seus escopos mínimos¹⁵. Essa assertiva também se aplica ao processo do trabalho, sobretudo tendo em consideração que um dos pólos da relação, geralmente é o trabalhador, hipossuficiente.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco asseveram, acerca do papel do advogado, que lhe cabe “... a tarefa de orientar e aconselhar seus clientes, bem como de defender os respectivos direitos e interesses, promovendo, assim, a observância da ordem jurídica e a atuação do direito”¹⁶.

13 CANOTILHO, J. J. *Cit.*, p. 654.

14 VEIGA, Marcelo Franco. *Cit.*, p. 109.

15 MARINONI, Luiz Guilherme e DIDIER JR. Freddie. *Reforma Processual Civil. Segunda etapa*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 406).

16 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 189.

Sendo o advogado pessoa indispensável à administração da justiça, cumpre-lhe o papel de aconselhar e agir em juízo em nome da parte, ao mesmo tempo em que colabora para a efetivação da jurisdição, atendendo aos princípios constitucionais de uma razoável duração do processo e da observância do contraditório e da ampla defesa.

5. Os honorários do advogado e sua razão de existência em face do princípio da dignidade humana.

Pontes de Miranda lembra que o legislador faz a lei, mas o direito é realizado não somente por aquele que a cria, mas, igualmente, pelos órgãos juriferantes, “... dentre os quais está o juiz, desde que não se apague a origem democrática da lei, princípio constitucional básico, nos países civilizados”. É que o processo tende a submeter os fatos da vida social à ordem jurídica ¹⁷.

Em sendo assim, quando alguém se sente ferido em seu direito, ou naquilo que entende como tal - aspecto referido por Pontes de Miranda como provido de natureza meramente psicológica -, o Estado obriga-se a conhecer sua “revolta”, colocando à disposição do indivíduo um mecanismo útil para ouvi-lo. E o Estado recebe o cidadão, não porque considere verdadeira ou legítima sua contrariedade, mas, porque é dever do Estado escutar a declaração de vontade do sujeito. O indivíduo está exercendo uma pretensão à tutela jurídica, na linguagem precisa desse autor ¹⁸.

José Carlos Barbosa Moreira alude à demanda como o ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação jurisdicional, sendo por

17 PONTES DE MIRANDA. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e Outras Decisões*. 3ª ed., Rio: Borsoi, 1957, p. 38.

18 *Cit.*, p. 38.

meio dela que começa a exercer o direito de ação, dando surgimento à formação do processo ¹⁹.

Por sua vez, a Constituição da República passa a conter normas processuais, e, nas disposições infraconstitucionais, em várias oportunidades consta expressa menção aos princípios constitucionais processuais.

A criação dos inúmeros instrumentos jurídicos, o aprimoramento dos institutos existentes no processo civil e que passaram a ser aplicados também ao processo do trabalho, identificou um sistema processual que impunha a todos, juízes, procuradores e advogados a interpretação da lei à luz da Constituição.

Acrescente-se que o rol de direitos trabalhistas previsto no ordenamento jurídico constitucional operou a mudança de visão daqueles que trabalhavam com o processo do trabalho.

Dentro dessa perspectiva, a legislação processual trabalhista precisava revestir a presença do advogado de maior magnitude, capaz de assegurar ao jurisdicionado o efetivo acesso à justiça, direito humano e fundamental expresso na Carta da República.

Na Justiça do Trabalho, até a vigência da Lei n. 13.467/2017, não era admissível a condenação da parte sucumbente em honorários advocatícios, salvo nas hipóteses previstas na Súmula 219 do TST.

“Súmula nº 219 do TST HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016 I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se

19 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 22ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9.

em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14, §1º, da Lei nº 5.584/1970) (ex-OJ nº. 305 da SBDI-I).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil”.

A falta de previsão infraconstitucional dos honorários de advogado no processo do trabalho, em situações que não fossem aquelas sustentadas na súmula referida, acha-se ligada à presença do *jus postulandi* conferido aos jurisdicionados.

A existência do instituto do *jus postulandi* trouxe como consequência, entre outros fatores, o de que sequer fosse juridicamente aceita a aplicação analógica das regras do processo civil quanto aos

honorários de advogado. E na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) consolidada na Súmula n. 219 foram postos os limites da sucumbência na esfera processual trabalhista.

O *jus postulandi* se traduz como a capacidade postulatória consistente na faculdade que o ordenamento jurídico concede a determinadas pessoas para que ingressem em juízo, independentemente de advogado. E, perante os tribunais elas podem apresentar alegações, requerer, produzir provas, contestar, impugnar despachos, recorrer de decisões. Para a doutrina e a jurisprudência, a compreensão prevalente era a de que a atuação do advogado seria dispensável no processo do trabalho.

Sua gênese parece repousar na ideia, até certo ponto adequada à época da criação da Justiça do Trabalho, da simplicidade e oralidade desse processo, que dispensaria o trabalho do advogado assistindo às partes.

Com a edição da Lei n. 13.467/2017 foi afastado o vazio no sistema infraconstitucional trabalhista, que em muito prejudicava as partes - quer no aspecto processual, quer no plano econômico - e que dificultava a realização de princípios fundamentais ao processo. E afastou a visão, contrária à Constituição da República (artigo 133), de que o advogado não seria necessário à administração da justiça na esfera trabalhista.

Diferentemente do processo do trabalho, no processo civil, o princípio da sucumbência acha-se há muito tempo adotado. Os honorários sucumbenciais decorrem do fato de que a parte que perde a demanda deve, geralmente, pagar honorários ao advogado do vencedor. Corresponde a uma conquista do Estado democrático e do direito moderno.

Por sua vez, os novos princípios contidos no processo civil, a partir da Lei nº. 13.105/2015 realçam o papel, não somente técnico do processo, mas a disciplina e interpretação conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Republicana.

Tal sucede porque o Código de Processo Civil de 2015 guia-se pela boa-fé, cooperação, direcionamento para uma rápida duração e,

sobretudo, para alcançar uma solução de mérito justa e efetiva. Acha-se alicerçado nas normas constitucionais processuais.

O CPC, que também se aplica supletiva e subsidiariamente ao processo trabalho – conforme dicção do art. 15 –, ao reafirmar e fortalecer o poder diretivo do juiz está a exigir a interlocução do advogado. O magistrado, ainda que pautado em princípios e regras que se assentam na legalidade, imparcialidade igualdade, contraditório, necessita que as partes estejam assistidas por profissional que, munido de conhecimentos jurídicos, auxilie-as na concretização da administração da justiça.

A trajetória que o processo traça, a fim de que os atos e procedimentos transcorram à luz da ética e da efetividade, cobra a atuação do advogado. Na ordem jurídica brasileira, o advogado cumpre missão constitucional.

A perspectiva constitucional de um processo justo, comporta uma abordagem valorativa que visa a consagrar de modo estável fundamentos éticos do processo. Esses fundamentos “... conferem legitimidade e relevância jurídica às escolhas de civilidade democrática destinadas a condicionar, no tempo, o máximo grau de aceitabilidade moral das formas de tutela judicial e das estruturas publicistas do processo e da jurisdição”²⁰.

É interessante lembrar a lição de José Frederico Marques ao discorrer sobre o tema alusivo à capacidade postulatória, na esfera do processo civil. Afirma que, ainda quando as partes tenham plena capacidade de estar em juízo, não podem, em regra, realizar pessoalmente os atos com que se instaura e se desenvolve a relação processual, nem, tampouco, expor suas próprias razões perante o juízo²¹. E realça que a razão de ser da capacidade postulatória residir na pes-

20 FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 247, ano 40, São Paulo: RT, 2015, p. 111.

21 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, p. 164.

soa do advogado decorre da complexidade técnica das questões abordadas em juízo e das dificuldades que se apresentam no processo ²².

De toda sorte, como anuncia Sérgio Pinto Martins, a parte pode preferir utilizar-se do *jus postulandi*, pois remanesce esse instituto na ordem jurídica processual brasileira. Ainda hoje a Consolidação das Leis do Trabalho permite que os empregados e empregadores possam reclamar pessoalmente na Justiça do Trabalho, acompanhando as ações até o final (artigo 791). Fazer-se acompanhar de advogado é uma faculdade, embora se deva entender que a assistência técnica confere maior segurança na postulação em juízo, em face da feição técnica do processo ²³.

6. Os honorários de advogado no Processo do Trabalho – marco temporal de incidência em face de sua natureza jurídica e do princípio da solidariedade

O processo embora busque simplicidade, também requer técnica, ética, participação efetiva, colaboração, respeito à dignidade das partes e atitudes cobertas de boa-fé. Tudo direcionado a uma decisão de mérito justa e rápida.

E um dos mecanismos para obter decisão de mérito justa e rápida, advém do compromisso comum entre as partes e o magistrado, no sentido de efetivarem o que se denomina de processo cooperativo. O princípio da cooperação se banha no princípio constitucional da solidariedade, o qual, no processo, tem como escopo tornar real o princípio da rápida solução da lide, ofertando-se às partes decisão de mérito justa e efetiva.

José Eduardo de Rezende Chaves Júnior ensina que o princípio do processo cooperativo, em uma concepção mitigada, exige do juiz

22 *Cit.*, 165.

23 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 40ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 551.

o dever de consulta às partes, não as surpreendendo, para que possam dialogar no processo, utilizando as provas e argumentos possíveis e razoáveis. Envolve o dever de cooperação das partes entre si; o dever de recíproca cooperação das partes com o processo e com o juiz e o dever de recíproca cooperação entre os órgãos judiciários. Vislumbra-se um contraditório interativo, um compromisso com a ética que deve reinar no processo²⁴. E o cumprimento deste princípio dificilmente pode ser realizado sem a participação do advogado.

Marcelo Veiga Franco também alude à cooperação processual reputando-a como expressão da deontologia do processo justo. E explica que essa ideia acha-se envolta por componentes éticos que objetivam assegurar a equidade substancial, seja na atuação processual das partes e do juiz, seja na obtenção de decisões justas. Todos os sujeitos processuais têm a gestão do processo, fruto do diálogo e da lealdade, na busca de um resultado substancialmente justo. E a função jurisdicional ocorre mediante a participação cooperativa entre as partes, em que se destacam a boa-fé objetiva e o aspecto ético na atuação processual²⁵.

A propósito, Piero Calamandrei, no capítulo I (Da fé nos Juízes, primeiro requisito do advogado) que compõe sua obra, alude à existência de um diálogo entre o advogado e o juiz, referindo a um binômio constituído por eles, uma relação de reciprocidade que se estabelece entre essas duas forças em cujo equilíbrio se resume todos os problemas, jurídicos e morais da administração da justiça²⁶.

Desta forma, pode-se afirmar, à luz da teoria geral do processo, que os princípios processuais constitucionais, os quais são rea-

24 CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Rezende. Cooperação Judiciária na Justiça do Trabalho. In *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, 92 – julh/dez 2015, p.112.

25 FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 247, ano 40, São Paulo: RT, 2015, p.113.

26 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.3-28.

firmados no Código de Processo Civil de 2015, são também aplicáveis ao processo do trabalho.

Mostra-se relevante lembrar a importância fundamental que deve ser atribuída aos princípios no Direito Constitucional contemporâneo, a partir de sua normatividade. Na lição de Daniel Sarmento, são interpretados como revestidos de inigualável valor jurídico, dotados de primazia axiológica e efeito irradiante, ao encarnarem, do ponto de vista jurídico, os ideais de justiça de uma comunidade ²⁷.

Este entendimento parece atender ao valor justiça, o qual não se contém nos limites das pesquisas filosóficas, pois é dotado de uma dimensão múltipla, caminhando no sentido de envolver todo o direito. Tal sucede porque é dever do aplicador da lei tentar, ao lado do legislador, inserir uma carga de justiça aos textos normativos, sem se afastar do plano fático, identificando onde residem as relações concretas que oprimem e escravizam os indivíduos.

Sempre é pertinente realçar a dicção de J.J. Canotilho, ao afirmar que os princípios que se encontram na Constituição detêm natureza de princípios fundamentais. Revelam-se, “(...) como princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional” ²⁸.

A Carta Republicana alude ao compromisso jurídico e político do Estado democrático de direito no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, reafirmando os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos. No art. 1º desse documento internacional acha-se afirmado que:

“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade”.

27 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.78-88.

28 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 171.

É oportuno lembrar que a ideia de fraternidade deve ser compreendida como união, aliança para a realização das mesmas causas. O que traduz solidariedade, no sentido de compromisso entre os indivíduos e as instituições, colaboração mútua, responsabilidade coletiva, dependência de uns para com os outros, identidade e correspondência de projetos e objetivos.

Nunca foi tão importante – como hoje – invocar o princípio da solidariedade em face de todas as esferas, quer as públicas, quer as privadas. A propósito, Maria Celina Bodin de Moraes assevera:

*“A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas, também, nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade”*²⁹.

No processo do trabalho, a partir da Reforma decorrente da Lei nº. 13.467/2017, os honorários de sucumbência passaram ter disposição legal expressa. A matéria está no artigo 791-A da CLT.

Como norma processual, o artigo 791-A tem incidência imediata. Todavia, não deixa de considerar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. É princípio indiscutível que a lei processual tem efeito imediato e geral, aplicando-se, portanto, aos processos pendentes, respeitados os princípios constitucionais referidos.

Sendo assim, a discussão da doutrina e as balizas da jurisprudência nacional observam aspecto fundamental para a incidência imediata das normas processuais. Ela diz respeito à natureza jurídica dos honorários advocatícios.

29 MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*, 2003, p. 138.

Importa, portanto, destacar que a análise sobre os honorários de advogado ultrapassa os limites do processo do trabalho. Ela tem referência serena e firme na teoria geral do direito processual, ponto de sua origem. Ademais, percorre a natureza do instituto, desdobrando-se no marco temporal de sua incidência e na definição da pessoa do destinatário.

O instituto dos honorários de advogado, assegurado em larga extensão mediante a Lei nº. 13.467/2017 no processo do trabalho, exige do aplicador do direito avaliar as consequências que traz às partes envolvidas no processo e, portanto, à sociedade. Ele deve observância aos princípios do acesso à justiça, da cooperação e da solidariedade.

Com efeito, embora o fundamento da pertinência da condenação da parte sucumbente em honorários de advogado seja de ordem pública, os seus efeitos, geralmente, são verificados na esfera privada dos indivíduos envolvidos no processo.

Destaco que, não obstante a escolha de um sentido possível a ser conferido ao texto jurídico represente um desafio da função desempenhada pelo Poder Judiciário, os princípios constitucionais – ainda que não absolutos – não podem ser ignorados.

Essa perspectiva repousa no fato de que a interpretação deve se revestir de índole democrática, tal qual anuncia a Constituição Republicana, que se guia por princípios consagrados universalmente pelas normas internacionais de direitos humanos.

No Direito Brasileiro, o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) dispõe que “... a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

A combinação do princípio da irretroatividade da norma jurídica com o princípio da aplicação imediata da lei resolve-se pela observância à própria norma constitucional brasileira.

Assim, a norma supramencionada deve ser interpretada em harmonia com os princípios constitucionais que asseguram que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, consagrando a não retroatividade da lei.

Tal discussão avulta no caso do processo do trabalho, em que sequer era autorizada por lei a condenação em honorários de advogado, de forma genérica. A matéria estava regulada, dentro de uma perspectiva restrita, por norma jurídica oriunda da jurisprudência uniforme da mais alta Corte Trabalhista, precisamente a Súmula nº. 219 do TST, que tinha limites rígidos para aplicação.

Por sua vez, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou e fixou o entendimento de que os honorários de advogado não configuram questão meramente processual, ainda que seja matéria inserida nas normas de processo. Esta compreensão atende, sobretudo, aos reflexos imediatos no direito substantivo da parte e do advogado.

Ressalta o Ministro Luis Felipe Salomão, em voto prolatado no Recurso Especial nº. 1.465.535-SP, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) segue a doutrina de Chiovenda ao debruçar-se sobre a natureza dos honorários de advogado e quanto ao marco de sua incidência. Para o STJ os honorários de advogado formam um capítulo de mérito da sentença, não obstante se trate de questão acessória e dependente, articulada no processo.

Ainda é da Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que, por tratar da adequada atribuição aos indivíduos de bens da vida cogita-se de um gênero híbrido, intermediário.

Quanto ao marco de tempo para a incidência dos honorários de advogado, foi ele anunciado pela jurisprudência consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça. E o fez, de acordo com a doutrina e os princípios gerais do direito, estampados na Constituição Republicana e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Sempre acompanhando Chiovenda, o STJ vislumbrou nos honorários um gênero que se posiciona entre duas categorias: a processual e a material, concluindo que os honorários estão situados entre o direito material e processual.

É possível compreender haver o STJ, em sucessivos julgamentos, realçado que, embora em regra se atribua ao direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental

material não incidem no processo em andamento, quer se trate de processo de conhecimento, quer se trate do processo de execução. E acrescenta que assim sucede porque essas regras jurídicas criam deveres patrimoniais para as partes. Atende-se, portanto, ao imperativo do ideal da segurança jurídica colimado pelo Direito. É precisamente a situação dos honorários de sucumbência.

Também reforça a jurisprudência do STJ o entendimento de que as normas processuais instrumentais materiais - como são as que regem os honorários - são as vigentes ao tempo do início do processo, não alcançando este instituto a lei nova subsequente. E sempre tem sido realçada a natureza híbrida do instituto dos honorários de advogado, notadamente em razão dos reflexos materiais que, inegavelmente, o permeia.

O Ministro Luis Felipe Salomão, citando Cândido Rangel Dinamarco, o Ministro Luis Felipe Salomão, Relator do Recurso Especial nº. 1.465.525 – SP (2011/0293641-3) já referido, realça em seu voto:

“O exagero que às vezes conduz a radicalizar a aplicação imediata da lei processual civil é, ao menos em parte, reflexo de uma outra postura igualmente exacerbada e consistente na obsessão em extrair todas as consequências imagináveis do correto postulado da autonomia da relação processual, da ação e do próprio direito processual como um todo. Não é lícito pôr em dúvida essa autonomia em face do direito substancial e de seus institutos, neste estágio avançadíssimo da cultura processualística – mas a moderna ciência processual tem também a consciência da relativização do binômio direito - processo e da relação de instrumentalidade do processo em face do direito substancial, responsáveis pela aproximação desses dois planos do ordenamento jurídico e pela consciência das recíprocas influências trocadas entre eles. Os institutos bifrontes, que se situam nas faixas de estrangulamento existentes entre os dois

planos do ordenamento jurídico e compõem o direito processual material, comportam um tratamento diferenciado em relação à disciplina intertemporal dos fenômenos de conotação puramente processual - formal (ou mesmo procedimental). Essa premissa metodológica deve conduzir ao repúdio de critérios que, com fundamento no dogma da autonomia do direito processual e seus institutos em relação à ordem jurídico-substancial, deixem de levar em conta a existência de categorias jurídicas que não pertencem exclusivamente àquele, mas compartilham de uma natureza dúplice [...]. A aplicação da lei nova que elimine ou restrinja insuportavelmente a efetividade de situações criadas por essas normas bifrontes transgrediria as garantias de preservação contidas na Constituição e na lei, porque seria capaz de comprometer fatalmente o direito de acesso à justiça em casos concretos - e, conseqüentemente, de cancelar direitos propriamente substanciais dos litigantes. Seria ilegítimo transgredir situações pré - processuais ou mesmo extraprocessuais [...], as quais configuram verdadeiros direitos adquiridos e, como tais, estão imunizadas à eficácia da lei nova por força da garantia constitucional da irretroatividade das leis. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol I, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 103 - 104)”.

Ainda sobre o tema, extraem-se os seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL.
PREVIDENCIÁRIO. CONDENAÇÃO DA
FAZENDA PÚBLICA EM HONORÁRIOS
ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE.

EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA INICIADA ANTES DO ADVENTO DA MP 2.180 - 35, DE 24/08/2001, QUE ACRESCENTOU O ARTIGO 1º - D À LEI 9.494/97. REGRA GERAL DO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC. PROVIMENTO NEGADO. 1. *A regra contida no artigo 20, § 4º, do estatuto processual civil foi excepcionada pelo artigo 1º - D da Lei 9.494/97, com a redação determinada pelo artigo 4º da Medida Provisória 2.180 - 35/2001, que dispõe: “Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”. 2. Como é sabido, as normas processuais têm aplicação imediata mesmo para os processos em curso. Entretanto, por se tratar de norma processual com reflexo material, não incide para retirar direito adquirido à percepção dos honorários advocatícios. 3. Verifica-se que a execução iniciou - se antes do advento da norma provisória, logo cabível a estipulação dos honorários de advogado. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 267.365/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2005, DJ 27/06/2005)*

RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 20, PARÁGRAFO 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180/2001. APLICABILIDADE. 1. *“Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa*

do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.” (artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil). 2. Embora se atribua, em regra, ao direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material, precisamente porque criam deveres patrimoniais para as partes, como a que se contém no artigo 20 do Código de Processo Civil, não incidem nos processos em andamento, quer se trate de processo de conhecimento, quer se trate de processo de execução, por evidente imperativo último do ideal de segurança também colimado pelo Direito. 3. As normas processuais instrumentais materiais, enquanto integram o estatuto legal do processo, são as vigentes ao tempo de seu início, não o alcançando a lei nova subsequente. 4. A mesma regência no tempo tem a disposição do artigo 4º da Medida Provisória nº 2.180 - 35, mormente porque atributiva de privilégio à Fazenda Pública, nada autorizando que se suprima à parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito. 5. Ajuizada a execução posteriormente à edição da Medida Provisória nº 2.180 - 35/2001 é de se reconhecer que “não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”. 6. Recurso especial conhecido, mas improvido. (REsp. 470.990/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2002, DJ 12/05/2003).

No campo do processo do trabalho ainda é fundamental a percepção no sentido de que aplicar o artigo 791-A da CLT aos pro-

cessos iniciados anteriormente à vigência da Lei nº. 13.467/2017 traria prejuízo insuportável à efetividade de situações processuais já criadas. Comprometeria o amplo acesso à justiça tão caro ao processo do trabalho, principalmente se considerada a situação de hipossuficiência do empregado. E, em muitas demandas, ambas as partes seriam surpreendidas com tratamento excessivamente oneroso e não anunciado no começo do processo. É que se trata de dívida de cunho econômico da parte vencida em face do advogado da parte vencedora, decorrente do arbitramento judicial.

Finalmente, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa n. 41, de 2018, sobre a aplicação das normas processuais em face da Reforma Trabalhista. Essa norma jurídica estabelece que os honorários de advogado decorrentes de sucumbência são aplicáveis às demandas ajuizadas após a vigência da Lei n. 13.467/2017.

Lembrar outra vez Cândido Dinamarco é aspecto fundamental para a matéria:

“A aplicação da lei nova que elimine ou restrinja insuportavelmente a efetividade de situações criadas por essas normas bifrontes transgrediria as garantias de preservação contidas na Constituição e na lei, porque seria capaz de comprometer fatalmente o direito de acesso à justiça em casos concretos – e, conseqüentemente, de cancelar direitos propriamente substanciais dos litigantes. Seria ilegítimo transgredir situações pré-processuais ou mesmo extraprocessuais [...], as quais configuram verdadeiros direitos adquiridos e, como tais, estão imunizadas à eficácia da lei nova por força da garantia constitucional da irretroatividade das leis”³⁰ (Instituições de direito processual civil. Vol I, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 103 - 104)”.

30 DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. Vol.I, 6ª ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 103-104.

A nova regra alusiva à sucumbência e aos honorários de advogado no processo do trabalho deve, a todo custo, respeito à vontade do legislador constituinte, haja vista que a nova norma jurídica ainda que fosse fruto de emenda constitucional, não poderia afastar os princípios consagrados pela Constituição Republicana.

Aliás, nem mesmo a emenda constitucional tem vontade revolucionária. É complementadora, retificadora, capaz de adequar a vontade do Poder Constituinte aos novos fatos sociais. Trata-se de uma vontade motivada, justificada, dotada de razoabilidade e não inovadora, pura e simplesmente. E assim também ocorre com a lei ordinária, criada pelo legislador derivado.

A hipótese que diz respeito aos honorários de advogado no processo do trabalho é precisamente a de instituição de um instituto, não existente antes, na ordem jurídica trabalhista na extensão agora traçada pelo legislador ordinário.

7. Destinatário dos honorários de advogado

Relembrando, a história revela que os honorários de advogado existem desde o Direito Romano. Trata-se de retribuição econômica que alguém concede ao advogado pelos serviços realizados em favor de seu cliente.

O Código Theodosiano e a legislação de Justiniano são referências históricas de regulamento sobre a figura do advogado. E foi o imperador Cláudio, governador do império romano de 41 DC até 54 DC, quem estabeleceu que fosse permitido ao advogado auferir ganhos econômicos pelos serviços prestados. O crescimento de Roma e a presença de muitas pessoas vindas de outras províncias intensificaram as atividades do advogado. De honraria, como eram vistos até então os trabalhos do advogado que assistia o vencedor da demanda judicial, passam a ser regulados como profissão a ser remunerada. Esses são

linhas históricos esclarecedores sobre a origem do instituto no direito romano, narradas por Antônio Álvares da Silva ³¹.

Os honorários constituem-se em direito autônomo daquele que defende a parte vencedora, tanto é assim que pode executar, nos próprios autos ou em ação distinta, os honorários de sucumbência. A natureza dos honorários decorre do reconhecimento de um direito material em juízo, consubstanciado no direito subjetivo de crédito do advogado.

A discussão na doutrina e a posição de parte da jurisprudência sobre o destinatário dos honorários de advogado reveladas na vigência do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 não mais remanescem. O CPC de 2015 expressamente, no artigo 85, § 14 afirma que os honorários constituem direito do advogado. De forma clara assegura que a verba honorária de condenação é destinada ao advogado da parte vencedora, a ser paga pela parte vencida na demanda.

O Código de Processo Civil de 2015, portanto, abraçou as disposições contidas no artigo 22 da Lei n. 8.906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Nele, ficou estabelecido que a prestação do serviço profissional, assegura aos inscritos naquela entidade o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Por sua vez, reportando à pessoa destinatária dos honorários, o STJ assevera que, no direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado. Tanto é assim que a natureza alimentar dos honorários acha-se consagrada na Súmula Vinculativa n. 47 do Supremo Tribunal Federal (STF).

E, a propósito da natureza alimentar que detém os honorários, Manoel Antonio Teixeira Filho assevera que mesmo que os honorários sejam pagos em favor da sociedade de advogados de que seja sócio o advogado, os honorários continuam a ter caráter alimentar ³².

31 SILVA, Antonio Álvares da. Honorários advocatícios obrigacionais. In *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, ano 74-01, jan/2010, São Paulo: LTr, p.30-42.

32 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017, p. 89.

Efetivamente, os honorários correspondem a instituto de direito processual material, pois, embora previstos em diploma processual, confere direito subjetivo de crédito a uma pessoa vencedora na demanda. Trata-se do advogado da parte vencedora no processo. O destinatário desse crédito, como se pode recolher do texto processual civil e da lei trabalhista, é o advogado.

É ainda extraído do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, no processo Recurso Especial nº. 1.465.535-SP, o seguinte pronunciamento:

“Os honorários advocatícios não interferem no modo como a tutela jurisdicional será prestada no processo. Trata-se, em verdade, de condenação imposta em face de situação diversa daquela discutida no mérito, com a respectiva formação do direito material pertencente ao advogado”.

No mesmo sentido é a lição de Manoel Antonio Teixeira Filho, ao afirmar que a redação do artigo 791-A, da CLT, autoriza a que se conclua que os honorários advocatícios integram a categoria de pedidos implícitos, tais como a correção monetária, juros de mora. E, sendo assim, completa o autor, podem ser concedidos *ex officio*, ou seja, mesmo que não pleiteados de modo expresso. E, com propriedade esclarece que essa interpretação também vem sendo conferida ao artigo 85 do CPC de 2015³³.

Ao analisar o artigo 791-A da CLT, Manoel Antonio Teixeira Filho afirma que três enunciados básicos devem ser considerados sobre o destinatário dos honorários de advogado. E o primeiro deles é o de que os honorários pertencem ao advogado, razão pela qual, entre outras, não pode ser alvo de transação sem que o advogado consinta. O segundo diz respeito a possuir os mesmos privilégios decorrentes da

33 *Cit.*, p; 85.

legislação trabalhista. E o terceiro seria o de que não podem ser compensados quando houver sucumbência parcial ³⁴.

Desta forma, afirma-se que os honorários pertencem ao advogado da parte vencedora da demanda judicial.

Sobre o tema dos honorários de advogado, em suas diversas expressões, sempre convergentes com a natureza do instituto, o marco temporal de incidência e com o destinatário do valor dessa condenação, acha-se ementa de decisão do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543 - C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº. 08/2008. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 530 DO CPC. DISCUSSÃO SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. 1. O art. 530 do CPC condiciona o cabimento dos embargos infringentes a que exista sentença de mérito reformada por acórdão não unânime, e não que o objeto da divergência seja o próprio mérito tratado na sentença reformada. 2. Se o dispositivo não restringiu o cabimento do recurso apenas à questão de fundo ou à matéria central da lide, não pode o aplicador do direito interpretar a norma a ponto de criar uma restrição nela não prevista. Precedentes. 3. Ademais, o arbitramento dos honorários não é questão meramente processual, porque tem reflexos imediatos no direito substantivo da parte e de seu advogado. Doutrina de CHIOVENDA. 4. Os honorários advocatícios, não obstante disciplinados pelo direito processual, decorrem de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente. 5. No direito

34 Cit., p. 88.

brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado. O contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos. Nesse sentido, a Corte Especial do STJ fez editar a Súmula 306, com o seguinte enunciado: “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”. Portanto, os honorários constituem direito autônomo do causídico, que inclusive poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta. 6. O capítulo da sentença que trata dos honorários, ao disciplinar uma relação autônoma, titularizada pelo causídico, é de mérito, embora dependente e acessório, de modo que poderá ser discutido por meio de embargos infringentes se a sentença vier a ser reformada, por maioria de votos, no julgamento da apelação. 7. Assim, seja porque o art. 530 do CPC não faz restrição quanto à natureza da matéria objeto dos embargos infringentes - apenas exige que a sentença de mérito tenha sido reformada em grau de apelação por maioria de votos - , seja porque o capítulo da sentença que trata dos honorários é de mérito, embora acessório e dependente, devem ser admitidos os embargos infringentes para discutir verba de sucumbência. 8. A ausência de interposição dos embargos infringentes na origem sobre a condenação em honorários advocatícios não veda a admissão do recurso especial, a menos que o apelo verse exclusivamente sobre a verba de sucumbência, caso em que não será conhecido por preclusão e falta de exaurimento de instância. 9. Recurso especial

provido. Acórdão sujeito ao art. 543 - C do CPC e à Resolução STJ nº. 08/2008. (REsp 1113175/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/05/2012, DJe 07/08/2012).

Estes elementos comprovam que os honorários advocatícios possuem efeito externo ao processo, repercutindo na vida do advogado e da parte sucumbente, enquadrando o instituto na esfera do direito processual material. Aos honorários se reconhece índole alimentar, ou seja, trata-se do pagamento ou remuneração pelos serviços prestados na defesa de seu cliente e na administração da justiça.

A propósito, dizem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“O que interessa para condenação em honorários é a derrota no processo. São devidos os honorários advocatícios ainda que o advogado funcione em causa própria. O art. 22, caput, Lei 8.906/1994 (EOAB) dispõe que “a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”, e o art. 23 assevera que “os honorários incluídos na condenação por arbitramento ou sucumbência pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”. Os honorários advocatícios, quer oriundos do negócio entre as partes, quer os da sucumbência, têm caráter alimentar (art. 85, § 14, CPC; STJ, 3ª Turma, REsp. 948.492/ES, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 01.12.2011. DJe 12.12.2011)” (Novo Código de Processo Civil Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2017, p. 243).

Ainda é relevante na análise do tema que se compreenda que a condenação em honorários está assentada em critério objetivo, fixado na lei processual. O magistrado, portanto, extrai da norma jurídica a valoração, considerando o trabalho desenvolvido e o tempo exigido para o serviço, o zelo do advogado, o lugar em que transcorreu a execução dos trabalhos do patrono, a natureza e a importância da causa. Como se vê, são parâmetros objetivos que o legislador define em razão da pessoa do advogado e das circunstâncias que dizem respeito à prestação dos trabalhos. Atendem a limites quantitativos e qualitativos avaliados pelo magistrado em cada caso concreto à luz da norma processual.

8. Considerações finais

Existe um liame indissolúvel entre direito e democracia. No plano processual, ambos asseguram aos cidadãos demandar em juízo, a fim de ter sua causa conhecida e examinada por um Juiz ou Tribunal independente, imparcial e competente. O Estado democrático de direito que é afirmado na Constituição da República, no campo do processo, exige que seja garantido aos indivíduos um processo justo, ideia que repousa em valores éticos e de boa-fé objetiva.

Por sua vez, a efetividade do acesso à justiça pressupõe que o indivíduo possa ingressar perante os Tribunais fazendo-se acompanhar de seu advogado, que o assiste e colabora para a obtenção de um resultado rápido e justo. Ao indivíduo é garantido ser ouvido, produzir provas, contestar os argumentos da parte contrária, trazer informações e elementos referentes à solução do processo.

Essa compreensão decorre do fato de que o processo constitucional democrático é colaborativo, dialético, assentado em valores de solidariedade e justiça. Esse novo modelo de processo, advindo no plano internacional da Convenção Européia de 1950 e afirmado na Carta Republicana de 1988 faz despontar o novo papel conferido ao advogado na jurisdição, inclusive no processo trabalhista.

Como é possível observar, o processo acompanha e compartilha diuturnamente da luta entre a segurança jurídica e a justiça. A primeira, inclinando-se pela manutenção do atual estado de coisas, pela tradição, pela conservação das antigas estruturas. A segunda, revelando-se sôfrega em modificar as relações jurídicas processuais, em conferir um novo significado aos conceitos, readaptar os institutos e imprimir à sociedade novas formas de configuração.

O direito processual traduz um incessante processo de organização que se mantém século após século, dotado de uma carga histórica, na medida em que é construído para o homem e pelo homem. E no Estado democrático de direito, um das expressões do direito de acesso à justiça é o exercício da cidadania. Esse direito, no processo judicial e administrativo, pode melhor ser exercitado com a presença do advogado, na medida em que se trata de inestimável auxiliar da administração da justiça.

O objetivo do processo, fundado na Constituição Republicana, seguindo, aliás, uma tendência moderna do direito comparado, é um compromisso com a liberdade, a igualdade, a dignidade humana. Ele busca intensificar valores fundamentais impressos no ordenamento jurídico, que atendem aos direitos humanos.

9. Referências bibliográficas

AGUIAR, Roberto A. R. *O que é Justiça?* Uma Abordagem Dialética. 4ª ed. Alfa-Omega. São Paulo. 1995.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. Coimbra - Portugal: Almedina, 1993.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Rezende. Cooperação Judiciária na Justiça do Trabalho, *In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n. 92 – julh/dez 2015, p. 107-130.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974.

DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. Vol I, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 247, ano 40, p. 105- 136, São Paulo: RT, set. 2015.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

LEITE, Carlos Alberto Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil*. 3ª ed. Volume I, S. Paulo: Freitas Bastos, 1960.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A necessária eficácia expandida – objetiva e subjetiva – das decisões no âmbito da jurisdição coletiva: especialmente, o acórdão do TJSP na ADIn 0121480-62.2011.8.26.0000 (j. 01.10.2014), proposta em face da Lei

Paulistana 15.374/2011, sobre o uso de sacolas plásticas. *In Revista de Processo RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 40, 241, março 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme e Didier Jr., Fredie. *Reforma Processual Civil. Segunda etapa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, Campinas: Millennium, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 24ª. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil*. 22ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1997.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e Outras Decisões*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, 3ª reimp., tomo VI, Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

RAMOS, Brasilino Santos. *Razoável Duração do Processo e Efetividade da Tutela dos Direitos Fundamentais do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SILVA, Antonio Álvares da. Honorários Advocatícios Obrigacionais. In *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, ano 74-01, jan/2010, São Paulo: LTr, p. 30-42.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.

8

A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO TRIPULANTE DE NAVIO DE CRUZEIRO: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA FORÇA DA GRAVIDADE

Ingrid Zanella Andrade Campos

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Adjunta da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Igor Zanella Andrade Campos

Especialista em Direito do Material e Processual do Trabalho. Membro da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo da OAB/PE. Especialista em Direito Marítimo e Portuário pela ESA/PE.

INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste trabalho é a problemática subjacente à definição da legislação trabalhista que deverá incidir sobre os tripulantes, trabalhadores marítimos, brasileiros quando prestam serviço a bordo de embarcação estrangeira de turismo, se haverá incidência da legislação brasileira ou da bandeira da embarcação.

Para tanto será abordado caso envolvendo tripulante brasileira que exercia o cargo de camareira, que foi julgado em 04/09/2013 pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST - ARR: 193009420065020441), com o Relator Aloysio Corrêa da Veiga, bem como demais jurisprudências relacionadas à temática objeto deste artigo.

Pretende-se, inicialmente e como objetivo específico, abordar questões iniciais quanto ao trabalhador marítimo, para demonstrar que o objeto desta pesquisa se relaciona com o estudo da aplicação da lei trabalhista no espaço, que envolverá a análise do princípio da força da gravidade e da lei do pavilhão.

Em seguida, a fim de compreender a referida problemática sob um viés histórico-normativo, desenvolve-se o conceito de tripulante, armador e comandante, relação de vínculo, documentos, relação de subordinação à bordo, através da análise de Lei nº 9537/1997, que que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional (LESTA), e se aplica às embarcações brasileiras, exceto as de guerra, os tripulantes, os profissionais não-tripulantes e os passageiros nelas embarcados, ainda que fora das águas sob jurisdição nacional, respeitada, em águas estrangeiras, a soberania do Estado costeiro.

Percorrido todo o caminho estabelecido pelos objetivos especiais, pretende-se demonstrar, como objetivo geral, que, conforme caso prático que será analisado, a aplicação do princípio do centro da gravidade, para se afastar a aplicação da lei da bandeira da embarcação, como forma de proteção aos direitos mínimos assegurados ao empregado, o qual deve, entretanto, ser interpretado com cautela para não representar uma afronta às normas internacionais.

O artigo foi elaborado seguindo o método dedutivo, partindo-se das premissas até a conclusão. A constatação da veracidade das premissas permite atestar, pelos encadeamentos lógicos realizados com argumentos condicionais, a verdade da conclusão.

APLICAÇÃO DA LEI DA BANDEIRA ÀS RELAÇÕES TRABALHISTAS MARÍTIMAS

Os trabalhadores marítimos constituem o conjunto de pessoas empregadas a serviço do navio e embarcadas mediante um contrato de trabalho. No Brasil de acordo com a Lei nº 9.537/97, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional (LESTA), tripulante é o aquaviário ou amador que exerce funções embarcado na operação da embarcação.

O tripulante deve ser contratado através de uma relação de emprego, conforme disciplina a LESTA, ao instituir que os aquaviários devem possuir o nível de habilitação estabelecido pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações, e que o embarque e desembarque do tripulante submete-se às regras do seu contrato de trabalho (art. 7º, parágrafo único). Quanto à relação de vínculo de emprego esta ocorre com o armador da embarcação, que é pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta¹.

No que concerne a incidência da legislação trabalhista, é sabido que, em regra, se aplica a lei trabalhista da bandeira do navio, ou seja, a lei do pavilhão, que sujeita os trabalhadores às leis do país em que o navio foi registrado, com base na Convenção de Direito Internacional Privado de Havana (Código de Bustamante), promulgada pelo Decreto nº 18.871/29, salvo situações específicas, como restará esclarecido².

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay (CNUDM), Jamaica, em 10 de dezembro de 1982, estabeleceu o princípio da unicidade de bandeira, bem como o dever de existir um elo substancial entre Estado e a embarcação.

1 CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. **Direito Marítimo Sistematizado**. Curitiba, Juruá, 2017. p. 281.

2 CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. **Direito Marítimo Sistematizado**. Curitiba, Juruá, 2017. p. 283.

O princípio da unicidade de bandeira, estabelecido pela CNUDM, determina que os navios devam navegar sob a bandeira de um só Estado, salvo nos casos excepcionais previstos expressamente em tratados internacionais ou própria Convenção, e devem se submeter, em alto mar, à jurisdição exclusiva desse Estado³.

O critério de definição da nacionalidade de um navio (bandeira) deve considerar a existência de um vínculo entre o navio e o Estado de registro. Logo, o Estado onde se processa o registro da embarcação é detentor da competência para estabelecer os requisitos para concessão de bandeira do país.

Como observa Arnaldo Sussekind, as embarcações constituem estabelecimentos móveis, cuja nacionalidade decorre da patente de navegação, comprovada pela respectiva certidão de registro.⁴

Determina a *Convenção Montego Bay* – CNUDM (Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995), que todo Estado deve estabelecer os requisitos necessários para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de avorar a sua bandeira.

O Brasil segue o princípio da unicidade de bandeira e adota o critério misto para concessão da nacionalidade brasileira do navio, desta forma, nas embarcações de bandeira brasileira serão necessariamente brasileiros o comandante, o chefe de máquinas e dois terços da tripulação⁵.

O Código Bustamante, estabelece que “também é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador” (artigo 198). Não há como se interpretar que isso implique

3 CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. **Direito Marítimo Sistematizado**. Curitiba, Juruá, 2017. p. 125.

4 SUSSEKIND, Arnaldo. **Conflitos de leis do trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. p. 52.

5 CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. **Direito Marítimo Sistematizado**. Curitiba, Juruá, 2017. p. 281.

em afirmar que deve haver a incidência da legislação a brasileira, mas sim, que os Estados devem assegurar condições dignas aos tripulantes, mesmo que não haja a incidência da lei brasileira. Nesses casos, mesmo quando não seja aplicada à CLT, a fiscalização é no sentido de analisar se há obediência aos percentuais de contratação de trabalhadores brasileiros.

Portanto, mesmo não havendo a incidência da legislação trabalhista brasileira, haverá a possibilidade de fiscalização das condições de trabalho, afetas à segurança e à saúde do trabalhador, por parte das autoridades brasileiras competentes, nas embarcações nacionais e estrangeiras que trafeguem em águas brasileiras e atraquem em portos e terminais brasileiros.

A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA APLICÁVEL AO TRIPULANTE DE NAVIO DE CRUZEIRO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CENTRO DA GRAVIDADE

No que tange à relação de trabalho, destaca-se a Resolução Normativa do Ministério do Trabalho nº 71, Conselho Nacional de Imigração – CNIg, de 05 de setembro de 2006, que disciplina a concessão de visto a marítimo estrangeiro empregado a bordo de embarcação de turismo estrangeira que opere em águas jurisdicionais brasileiras.

De acordo com a aludida Resolução o marítimo que trabalhar a bordo de embarcação de turismo estrangeira em operação em águas jurisdicionais brasileiras, sem vínculo empregatício no Brasil, estará sujeito às normas especificadas na Resolução nº 71/2006.

Além disso, só é exigido visto de entrada no país ao marítimo estrangeiro que não seja portador da Carteira de Identidade Internacional de Marítimo ou documento equivalente. E se equipara ao marítimo qualquer pessoa portadora da Carteira de Identidade Internacional de Marítimo que exerça atividade profissional a bordo de embarcação de turismo estrangeira.

A Resolução nº 71/2006 determina, da mesma forma, que aquele que não for portador da Carteira de Identidade Internacional de Marítimo válida ou documento equivalente deverá obter o visto de trabalho previsto no art. 13, inciso V, da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a partir de autorização do Ministério do Trabalho e Emprego.

A referida Resolução esclarece que depois de março de 2007, a embarcação de turismo estrangeira deverá contar com um mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) de brasileiros em funções técnicas e em atividades a serem definidas pelo armador ou pela empresa representante do mesmo, a partir do 31º (trigésimo primeiro) dia de operação em águas jurisdicionais brasileiras.

E com o intuito de sanar questões relacionadas à legislação trabalhista aplicável, a Resolução em comento determina que aqueles brasileiros recrutados apenas para trabalhar durante a temporada de cruzeiros no Brasil deverão ser contratados de acordo com a legislação trabalhista brasileira aplicável à espécie.

Da mesma forma determina a igualdade de remuneração, ao estabelecer que os brasileiros contratados sob a égide da lei brasileira serão remunerados nos mesmos valores ofertados aos demais tripulantes que exerçam função idêntica devendo ser indicadas, no caso da existência de gorjetas, sua forma isonômica de distribuição.

No que concerne aos camarotes e as instalações sanitárias a serem utilizadas pela tripulação, essas deverão estar dimensionados e separadas por gênero (com base nas Convenções nº 92 e 133 da OIT), podendo o empregador oferecer, mediante comprovação de união estável registrada em cartório, de certidão de casamento ou declaração formal dos interessados, a critério da empresa e conforme sua disponibilidade, camarote de casal, sendo proibido o fumo em cabines compartilhadas⁶.

Portanto, resta esclarecido que no caso do tripulante brasileiro em embarcação estrangeira poderá incidir a legislação brasileira ou da bandeira da embarcação, a depender da temporada de contrata-

6 CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. Direito Marítimo Sistematizado. Curitiba, Juruá, 2017. p. 285.

ção. Assim, sendo o tripulante contratado para toda a temporada marítima devem ser regidos pela lei do pavilhão (lei da bandeira da embarcação) e não a lei brasileira.

No que concerne ao Princípio do Centro da Gravidade, enquanto elemento de conexão do Direito Internacional, este foi utilizado pela Justiça do Trabalho brasileira para se afastar a aplicação da lei da bandeira a Reclamante, brasileira, como forma de proteção aos direitos assegurados ao empregado. Ressalta-se que o referido caso deve ser interpretado com cautela para não representar uma afronta às normas internacionais, posto que em regra ao trabalhador marítimo internacional se deve aplicar a lei do pavilhão / bandeira da embarcação.

Importante mencionar caso julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho envolvendo camareira brasileira que embarcou na Itália, possibilitando que a embarcação viesse até o Brasil, mas apenas permaneceu a bordo durante a temporada em águas brasileiras, não tendo chegado a concluir o percurso em águas internacionais.

O processo foi julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, qual seja: TST - ARR: 193009420065020441, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 04/09/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: 06/09/2013, com a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. TRABALHO MARÍTIMO. PRÉ-CONTRATAÇÃO E PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS NO BRASIL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DESPROVIMENTO . Diante da ausência de ofensa a dispositivos de lei e da Constituição Federal, bem como da inespecificidade dos arestos indicados para a divergência, não há como admitir o recurso de revista. Agravo de instrumento desprovido. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. REEMBOLSO DO VALOR DESCONTADO DAS GARRAFAS DE ÁGUA.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO. RECURSO DESFUNDAMENTADO. Ausente indicação de ofensa a dispositivo de lei e/ou da Constituição Federal, bem como de divergência jurisprudencial, não há como conhecer do recurso, porque desfundamentado. Recurso de revista não conhecido. MULTA DO ART. 477 DA CLT. RELAÇÃO DE EMPREGO CONTROVERTIDA. A multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT incide sempre que não houver pagamento das verbas rescisórias no prazo, independentemente da relação jurídica controvertida. Em razão deste entendimento, foi cancelada a Orientação Jurisprudencial nº 351 da SBDI-1 desta Corte. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. MULTA DO ART. 467 DA CLT. Não ofende o art. 467 da CLT decisão regional que, diante da inexistência de verbas incontroversas, exime o empregador da multa em exame. Recurso de revista não conhecido. (TST - ARR: 193009420065020441 19300-94.2006.5.02.0441, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 04/09/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013).

Trata-se de Reclamação Trabalhista em face da **COSTA CRUZEIRO AGÊNCIA MARÍTIMA E TURISMO**, interposta por tripulante brasileira que desempenhava a função de camareira. A camareira era uma estudante universitária brasileira que se candidatou a uma vaga de emprego no navio Costa Tropicale, do grupo Costa Cruzeiros. Ela foi admitida em 30 de novembro de 2003, para limpar e arrumar as cabines do navio, com salário de aproximadamente 1.685 euros (fixo mais gorjetas), algo em torno de R\$ 4.770,00.

Segundo consta no referido processo, as condições de trabalho não agradaram a tripulante. Desta forma, ela recorreu à justiça

alegando que tinha jornada de trabalho abusiva e desumana: das 7 às 24 horas, todos os dias da semana, com dois intervalos para descanso e refeição. Também disse que sofreu constrangimentos e humilhações pela chefia e foi demitida em 30 de janeiro de 2004, sem registro na carteira de trabalho e pagamentos de FGTS, horas extras, adicional noturno e descanso semanal remunerada.

No recurso de revista ao TST, a empresa reforçou a tese de que a trabalhadora foi contratada pela CSCS International, com sede nas Antilhas Holandesas, para prestar serviço em navio de bandeira italiana.

Por essas razões não se aplicaria a ela a lei brasileira, mas sim a italiana. Afirmou ainda que as embarcações são um prolongamento da bandeira que ostentam, e que os serviços foram prestados apenas em parte no Brasil. No mais, defendeu que o Direito Internacional consagrou a chamada lei do pavilhão ou da bandeira, que consiste na aplicação da legislação do país no qual está matriculada a embarcação.

O navio onde foi prestado o trabalho era um navio de bandeira italiana, tendo a Reclamante embarcado em Genova. A contratação ocorreu para oito meses, visto que embarcação permaneceria menos de 03 meses em águas brasileiras, sendo o restante do período laboral em águas internacionais.

Neste sentido, a sentença entendeu que:

As disposições legais apontadas pela reclamada em defesa não tem o condão de afastar a conclusão acima. Com efeito, a aplicação da lei do pavilhão (bandeira do navio) se dirige às embarcações que percorrem todo globo terrestre, a fim de evitar que eventuais lesões a direitos estejam desamparadas pela inexistência de leis, como por exemplo homicídio no interior do navio ocorrido no meio do Oceano Pacífico. No caso sob análise, incontroverso que a reclamante prestou serviços apenas em águas brasileiras, com a providencial

aplicação da legislação brasileira para regência do negócio jurídico.

Incontroverso nos autos que a pré-contratação da reclamante deu-se no território brasileiro (depoimento da testemunha da ré de fl. 254), bem como a prestação de serviços foi desenvolvida no navio Costa Tropicale, em águas brasileiras nos cruzeiros marítimos entre Santos e Rio de Janeiro.

Igualmente, o TST entendeu que:

A pré contratação da reclamante, no Brasil, por representante da reclamada, bem como fato de grande parte da prestação laboral ter ocorrido em águas territoriais brasileiras, conforme prova o quadro demonstrativo de fl. 134 da defesa (resumo do documento n° 10 do volume apartado), impõe-se seja mantida a r. sentença recorrida, afastando-se a aplicação da lei do pavilhão do navio à relação jurídica “sub judice”, que a r. sentença originária entendeu tratar-se de contrato de trabalho entre as partes. Observo que a alegada responsabilidade “ad causam” da reclamada diz respeito ao próprio mérito do vínculo empregatício e com ele será apreciado, no item seguinte do presente voto.

A inovação ainda maior na jurisprudência em glosa, trata-se de aplicação do *Princípio do Centro da Gravidade*, como forma de proteção aos direitos assegurados ao empregado, conforme, inclusive, já se manifestou o Superior Tribunal do Trabalho:

Ementa: TRABALHO EM NAVIO ESTRANGEIRO - EMPREGADO PRÉ-CONTRATADO NO BRASIL - CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. 1. O princípio do centro

de gravidade, ou, como chamado no direito norte-americano, most significant relationship, afirma que as regras de Direito Internacional Privado deixarão de ser aplicadas, excepcionalmente, quando, observadas as circunstâncias do caso, verifica-se que a causa tem uma ligação muito mais forte com outro direito. É o que se denomina “válvula de escape”, dando maior liberdade ao juiz para decidir que o direito aplicável ao caso concreto. 2. Na hipótese, em se tratando de empregada brasileira, pré-contratada no Brasil, para trabalho parcialmente exercido no Brasil, o princípio do centro de gravidade da relação jurídica atrai a aplicação da legislação brasileira. Processo: ED-RR - 12700-42.2006.5.02.0446 Data de Julgamento: 06/05/2009, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8a Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2009.

O princípio em glosa foi importante pois o Reclamado sustentou que deveria se aplicar à lei do pavilhão, já que a prestação de serviços teve início na Itália e o contrato de trabalho duraria oito (08) meses, visto que embarcação permaneceria menos de 03 meses em águas brasileiras, sendo o restante do período laboral em águas internacionais.

Assim deveria ser aplicável ao caso a “lei do pavilhão”, que sujeita os trabalhadores às leis do país em que o navio foi registrado, de acordo com o Decreto 18.871/29 que promulgou a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana (Código de Bustamante)

Entretanto, a jurisprudência aplicou a lei brasileira, consequentemente tendo afastado a lei do pavilhão em face de alguns fatores, como: por ter existido a dispensa sem justa causa, pois a tripulante permaneceu a bordo apenas durante a temporada em águas brasileiras, não tendo chegado a concluir o percurso em águas internacionais; por fim, por haver uma *distinção entre os personagens marítimos envolvidos, ou seja, restar caracterizada a Bandeira de Conveniência ou de Favor.*

No que concerne a bandeira de conveniência, a Federação Internacional dos Trabalhadores em Transportes (ITF) entende que se constitui bandeira de conveniência quando um navio não tem nenhum vínculo entre o armador, proprietário e o pavilhão da embarcação, ou seja, quando a propriedade beneficiária e o controle do navio estão sediados em país ou países diferentes ao da bandeira que o navio pertence⁷.

Eliane Octaviano Martins explica que os Registros Abertos de Bandeiras de Conveniência (BDC) se caracterizam por oferecerem facilidades para registro e incentivos de ordem fiscal. Igualmente que a não exigência de vínculo do Estado da Bandeira com o navio e a não observância de legislações e regulamentos severos concernentes à segurança da navegação e obrigação de fiscalizar dos Estados decorre do fato dos Estados que concedem bandeira de conveniência não serem signatários da CNUDM III e de outras convenções internacionais de extrema importância no cenário da navegação, como a MARPOL, SOLAS 1974, CLC/69, dentre outras⁸.

Oswaldo Agripino⁹, ao citar François Armand de Souza, aponta as seguintes características às bandeiras de conveniência:

o país autoriza cidadãos não residentes a serem armadores e/ou controlarem seus navios mercantes; b) o registro é fácil de obter, pois um navio pode se registrar no estrangeiro, não restando a transferência

7 Federação Internacional dos Trabalhadores em Transportes. **Bandeiras de Conveniência**. Disponível em: < <http://www.itfglobal.org/itf-america/flags-convenience.cfm/ViewIn/POR>>. Acesso em 21 dez. de 2013.

8 MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Propriedade de navios e a adoção de bandeira de conveniência**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6840>. Acesso em 21 dez. de 2013.

9 DE SOUZA, François Armand. **Noções de Economia dos transportes marítimos**, p. 79. *Apud* CASTRO JR., Oswaldo Agripino de. **Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência**. Disponível em http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo_seguranca_maritima_e_bandeiras_de_conveniencia_osvaldo_agripino_revisado.pdf. acesso em 07/04/2013. p. 04

sujeita a qualquer restrição; c) o rendimento obtido pela exploração dos navios não está sujeito a qualquer imposto ou sujeito a impostos insignificantes; os direitos por matrículas e uma taxa anual, calculada sobre a tonelagem do navio, são, em geral, os únicos encargos existentes; d) o país de matrícula é uma pequena potência que não tem, nem terá necessidade, em qualquer circunstância previsível, dos navios registrados; e) as receitas obtidas pelas taxas, embora pequenas, aplicada sobre uma tonelagem importante, tem uma influência valiosa na economia do país; f) é livremente permitida a contratação de tripulações estrangeiras; g) o país não tem poderes, nem estrutura administrativa, para fazer cumprir os regulamentos e convenções internacionais; h) o país não tem desejo, nem condições de controlar as companhias.

Constatou-se que, no caso em glosa, não havia uma ligação entre as partes, mas diversos personagens marítimos envolvidos, sem que houvesse um elo entre a bandeira da embarcação e o proprietário, podendo ser considerado como um registro de favor.

Assim, podem-se identificar os seguintes atores:

1. O proprietário-armador (CSCS International) possuía sede nas Antilhas Holandesas, para prestar serviço em navio de bandeira italiana.
2. O afretador não armador – era empresa brasileira.
3. A embarcação possuía bandeira italiana.

A utilização de bandeira de conveniência ou registros abertos vem sendo interpretada pela justiça do trabalho de maneira inovadora, como sendo fraude contra à legislação brasileira, razão pela qual poder-se-ia afastar à aplicação da lei do pavilhão quando se cons-

tatar que a bandeira não reflete a realidade de seu proprietário. Tal interpretação busca proteger o empregado determinando a norma mais próxima de sua realidade, posto que há uma pluralidade de Estados envolvidos.

A interpretação de que bandeira de conveniência se constitui como fraude contra à legislação brasileira trabalhista é uma inovação pautada nos princípios internacionais e nacionais, confira jurisprudência:

TRT-RO-01183-2004-481-01-00-4. A C Ó R D Ã O. 3ª T U R M A. *Trabalhador estrangeiro residente no país. Contratação por empresa estrangeira. Cessão a empresa brasileira. Grupo econômico. Trabalho embarcado. Plataforma continental. Regência. - Restringir a noção de grupo à literalidade do parágrafo segundo do artigo 2º da CLT não se justifica. O dinamismo das relações não permite que a configuração do grupo fique adstrita a que uma empresa exerça controle ou liderança sobre as demais. É de grupo econômico que se trata quando as empresas, embora dispostas em plano horizontal, interagem entre si, visando a objetivos comuns. O Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto probatório, deliberou que o reclamante prestou serviços em embarcação fora do território brasileiro. Todavia, rejeitou a aplicação da legislação dos países onde a embarcação foi matriculada (Panamá e Libéria), **porque constatou a ocorrência de FRAUDE, uma vez que nem a reclamada (Noble do Brasil Ltda.), nem a assistente (Noble International Limited) - empresas que exploram a referida embarcação - possuem alguma relação com esses países.***

Igualmente, o TRT 6º região compartilha esse exato entendimento no que concerne a bandeira de conveniência, *vide*:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. DIREITO INDIVIDUAL E PROCESSUAL DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA. Nos ternos do art. 651, §2º, da CLT, a competência dos órgãos jurisdicionais trabalhistas de primeiro grau estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário. Assim, ainda que o conflito ocorra no estrangeiro, sendo o empregado brasileiro e não havendo legislação internacional em sentido contrário, fica atraída a competência da Justiça do Trabalho Brasileira para apreciar a lide. (RECLAMAÇÃO TRABALHISTA Nº 0000303-55.2015.5.06.0144)

Observe-se que o caso não é de aplicação da lei do Pavilhão ou da Bandeira, prescrita no Código de Bustamante (Convenção de Direito Internacional Privado de Havana ratificada através do Decreto nº 18.871/1929) que dispõe que as relações de trabalho da tripulação de navios regem-se pelas leis do local da matrícula da embarcação, pois estamos diante do que a doutrina e a jurisprudência chamam de “bandeira de favor”, situações nas quais o país onde está matriculado o navio não guarda relação com o “armador”, isto é, aquele que explora a atividade econômica atrelada à embarcação. No caso, é incontroverso que a relação jurídica se estabeleceu entre o reclamante (brasileiro) e a segunda reclamada (empresa sediada

no Brasil, que explora roteiros de cruzeiros), não havendo cogitar de aplicação da lei da bandeira da embarcação. Atenção para o fato de que o recrutamento e a contratação se deram em território nacional e o contrato social das reclamadas evidencia serem integrantes de grupo econômico com sede no Brasil sendo indiscutível a regência do art. 651, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso a que se dá provimento. (1ª Turma deste Tribunal, em Acórdão cuja relatoria coube ao Desembargador Sérgio Torres Teixeira, reclamação trabalhista nº 0000303-55.2015.5.06.0144.).

Entretanto, adverte-se que no caso de tripulantes que sejam contratados para toda a temporada marítima, envolvendo a prestação de serviços em águas internacionais, mesmo que em parte em águas brasileiras, deverá haver um contrato de trabalho internacional, incidindo, portanto, a lei da bandeira da embarcação (do pavilhão), de acordo com os tratados e as convenções internacionais. Desta forma, o princípio do centro da gravidade deve ser interpretado com cautela, para não se estabelecer como uma regra demasiadamente aberta de conexão no âmbito do Direito Internacional.

CONCLUSÃO

Considerando que o objetivo central do artigo é a problemática subjacente à definição da legislação trabalhista que deverá incidir nos tripulantes, trabalhadores marítimos brasileiros, quando prestam serviço embarcados em embarcação estrangeira de turismo, inicialmente foi apresentado o conceito de tripulação ou equipagem, como o conjunto de pessoas empregadas a serviço do navio e embarcadas mediante um contrato de trabalho.

Destacou-se ainda que, no Brasil, de acordo com a Lei nº 9.537/97, tripulante é o aquaviário ou amador que exerce funções embarcado na operação da embarcação.

Ainda, que o vínculo de emprego se faz com o armador da embarcação, que é tripulante responsável pela operação e manutenção de embarcação, em condições de segurança.

Quanto a incidência da legislação trabalhista, destacou-se que, em regra, se aplica a lei trabalhista da bandeira do navio, ou seja, a lei do pavilhão, que sujeita os trabalhadores às leis do país em que o navio foi registrado, com base no Convenção de Direito Internacional Privado de Havana (Código de Bustamante), promulgada pelo Decreto nº 18.871/29.

Explicou-se que devido ao princípio da unicidade de bandeira, estabelecido pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, os navios devam navegar sob a bandeira de um só Estado, concedida através de um elo entre o Estado soberano e a embarcação. Ainda, que todo Estado deve estabelecer os requisitos necessários para a atribuição da sua nacionalidade aos navios. Desta forma, o Brasil segue o princípio da unicidade de bandeira e adota o critério misto para concessão da nacionalidade brasileira do navio, exigindo serem necessariamente brasileiros o comandante, o chefe de máquinas e dois terços da tripulação.

Enfatizou-se que a utilização de bandeira de conveniência ou registros abertos vem sendo interpretada pela justiça do trabalho de maneira inovadora, como sendo fraude contra à legislação brasileira, razão pela qual pode ser afastada à aplicação da lei do pavilhão quando se constata que a bandeira não reflete a realidade de seu proprietário.

Em seguida, analisou-se a possível aplicação do princípio do centro da gravidade, como forma de proteção aos direitos assegurados ao empregado, afastando a aplicação da lei do pavilhão à tripulante brasileira, quando existir distinção entre os personagens marítimos envolvidos, ou seja, no caso de bandeira de conveniência, por isso, seria pertinente a aplicação da norma mais próxima à realidade do empregado.

Entretanto, adverte-se que no caso de tripulantes que sejam contratados para toda a temporada marítima, envolvendo a prestação de serviços em águas internacionais, mesmo que em parte em águas brasileiras, deverá haver um contrato de trabalho internacional, devendo incidir a lei da bandeira da embarcação (do pavilhão), de acordo com os tratados e as convenções internacionais.

Portanto, conclui-se que o princípio do centro da gravidade deve ser interpretado com cautela nas relações de trabalho marítimo, considerando a regra basilar de aplicação da lei do pavilhão, para não se estabelecer como uma regra demasiadamente aberta de conexão no âmbito do Direito Internacional, enfraquecendo à segurança afeta às relações jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. **Direito Marítimo Sistematizado**. Curitiba, Juruá, 2017.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino; PASOLD, César Luiz. **Direito portuário, regulação e desenvolvimento**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DE SOUZA, François Armand. **Noções de Economia dos transportes marítimos**, p. 79. *Apud* CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência**. Disponível em http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo_seguranca_maritima_e_bandeiras_de_conveniencia_osvaldo_agripino_revisado.pdf. acesso em 07/04/2013. p. 04

Federação Internacional dos Trabalhadores em Transportes. Bandeiras de Conveniência. Disponível em: <<http://www.itfglobal.org/itf-america/flags-convenience.cfm/ViewIn/POR>>. Acesso em 21 dez. de 2013.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Propriedade de navios e a adoção de bandeira de conveniência.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6840>. Acesso em 21 dez. de 2013.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Conflitos de leis do trabalho.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

9 TÉCNICA DA TUTELA ESPECÍFICA DE PRESTAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO

Sergio Torres Teixeira

Desembargador do Trabalho (TRT 6). Doutor em Direito.
Professor Adjunto da FDR/UFPE e UNICAP. Diretor da ESMATRA
6. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Marista do
Recife. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e da
Academia Pernambucana de Direito do Trabalho.

I. INTRODUÇÃO

Ao lado do seu escopo magno de pacificar com justiça, o processo judicial tem como objetivo técnico a entrega de uma tutela jurisdicional adequada para aquele litigante cujo direito foi reconhecido em juízo, proporcionando a este dentro de um prazo razoável aquela proteção estatal apta a gerar a sua plena satisfação. Ou, ao menos, uma satisfação materialmente possível, alcançável pela atividade jurisdicional do Estado, considerando as dificuldades inerentes ao fenômeno processual, desde obstáculos intrínsecos como os relacionados à retração nos autos do quadro fático mais fiel possível à “verdade real”, até

os problemas extrínsecos ligados à passagem do tempo durante o curso da relação processual.

A efetividade do processo judicial, a sua eficiência na consecução das suas metas originalmente planejadas, é diretamente vinculada à sua capacidade de gerar tal satisfação do jurisdicionado cuja pretensão foi acolhida. A aferição do grau de efetividade do modelo processual pela sua aptidão em atender às expectativas dos “vencedores” da demanda judicial, aliás, tende a ser um dos critérios mais adequados para a análise crítica acerca das várias dimensões de acesso à justiça.

Dentro de tal contexto, entretanto, mesmo considerando o nível de satisfação dita “possível” (em contraponto à satisfação plena idealizada pela doutrina processual, contudo), nem sempre é fácil a obtenção de tal contentamento ao final de um processo judicial.

Especialmente quando a prestação jurisdicional a ser cumprida pelo litigante condenado a adimplir a respectiva obrigação consiste em uma conduta comissiva ou omissiva. Ou seja, quando se trata de uma prestação de fazer ou de não fazer a ser realizada por aquele sentenciado a cumprir a determinação judicial.

Vários são os obstáculos enfrentados pelo Estado-Juiz ao buscar impor ao devedor o cumprimento de tal espécie de prestação, desde as limitações relacionadas aos meios de coerção que podem ser utilizados para estimular o adimplemento da obrigação até a própria dependência na colaboração do jurisdicionado “derrotado” para se obter o cumprimento específico da prestação. Em virtude de tais empecilhos, o legislador pátrio tem oferecido aos usuários do sistema processual uma série de ferramentas destinadas exatamente a superar tais dificuldades e garantir a entrega de uma tutela jurisdicional satisfatória.

Tal disciplina legal diferenciada, se é bastante útil no âmbito das relações civis em geral, se revela absolutamente essencial no âmbito das relações de trabalho. As peculiaridades que marcam as relações empregatícias, dentre as quais a pessoalidade inerente ao respectivo contrato, tornam excepcionalmente complexa a atuação da Justiça do Trabalho na concretização da tutela de prestações de fazer e não fazer.

E o presente texto se destina exatamente a examinar os impactos gerados pelo Código de Processo Civil de 2015 sobre a tutela jurisdicional de prestações de fazer e não fazer no âmbito das relações de trabalho.

2. TUTELA ESPECÍFICA ENVOLVENDO PRESTAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

A tutela a ser promovida por provimentos judiciais geradores de efeitos que “acolhem” a pretensão do “vencedor” beneficiado pelo julgamento do Estado-Juiz deve preferencialmente ser a chamada tutela específica.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a tutela específica deve ser *entendida como conjunto de remédios e providências tendente a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação o preciso resultado prático que seria pelo adimplemento. Assim, o próprio conceito de tutela específica é praticamente coincidente com a ideia da efetividade do processo e da utilidade das decisões, pois nela, por definição, a atividade jurisdicional tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento. Essa coincidência leva a doutrina a proclamar a preferência de que goza a tutela específica sobre qualquer outra (1995, p. 1026).*

Noutras palavras, a tutela específica é exatamente aquela tutela jurisdicional adequada, conforme previsão em lei ou em contrato, para reparar o dano já causado (quando uma tutela reparatória) ou prevenir o dano que ameaçava se materializar (quando uma tutela preventiva).

A tutela específica, assim, ocorre quando o provimento jurisdicional proporcionar, na medida do possível na prática, exata e pre-

cisamente aquilo que, segundo o ordenamento jurídico, o vencedor da demanda deveria ter recebido desde o início (ou seja, caso tivesse surgido o conflito). Tal modalidade de tutela jurisdicional se harmoniza com a lição de Giuseppe Chiovenda (1998, p. 67), segundo o qual “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.

É este, inclusive, o pensamento enfatizado por Cândido Rangel Dinamarco:

O direito moderno vem progressivamente impondo a tutela específica, a partir da ideia de que na medida do que for possível na prática, o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa sapientíssima lição (Giuseppe Chiovenda), lançada no início do século, figura hoje como verdadeiro slogan da moderna escola do processo civil de resultados, que puna pela efetividade do processo como meio de acesso à justiça e proscreve toda imperfeição evitável (2001, p. 153).

A entrega da tutela específica, por conseguinte, representa o objetivo de qualquer modelo processual que almeja ser efetivo, pois é por seu intermédio que a atuação do Estado-Juiz resulta em efetivo acesso à justiça.

Usualmente, a tutela jurisdicional envolve qualquer uma das seguintes espécies de prestações: a) de pagar uma quantia em dinheiro; b) de fazer ou de não fazer; e c) de entregar coisa.

Em cada caso, a tutela específica corresponderá exatamente àquilo que o jurisdicionado “vencedor” da demanda deveria ter recebido antes mesmo da disputa judicial, seja o recebimento de um valor em pecúnia, seja a entrega de determinado bem de sua propriedade, ou mesmo a prática pelo jurisdicionado “derrotado” de um ato em favor do credor

ou a sua abstenção quanto a determinada conduta de forma a atender ao interesse deste mesmo litigante.

Quando a tutela específica corresponde a uma reparação pecuniária, por seu turno, as dificuldades enfrentadas pelo Estado-Juiz em proporcionar ao vencedor a sua proteção são usualmente de menor porte, pois para gerar a consequência almejada (o pagamento do valor devido ao vencedor da demanda), o Judiciário não depende da colaboração do devedor, podendo utilizar medidas executivas que resultem na apropriação judicial de uma quantia em dinheiro (como o gerado pelo bloqueio de uma conta bancária) ou na alienação judicial de um bem penhorado em hasta pública, com a subsequente transferência do numerário ao respectivo credor.

É evidente que a colaboração do devedor facilita tal procedimento, como ocorre quando ele voluntariamente cumpre a sentença ao pagar o dinheiro devido ao credor ou (ao menos) indica bens para penhora. Mas mesmo com a recusa do devedor em colaborar, o Estado-Juiz dispõe de ferramentas eficientes para proporcionar a tutela específica, encontrando dificuldades apenas quando o devedor consegue de alguma forma “esconder” o seu patrimônio, ou, então, quando revela um estado de insolvência que impede o cumprimento da prestação de pagar a quantia devida.

A colaboração do devedor, de qualquer modo, não se revela imprescindível à consecução da tutela específica quando esta envolver uma prestação de pagar uma quantia em pecúnia.

O mesmo ocorre, via de regra, com uma prestação envolvendo a entrega de uma coisa. Se o devedor não colaborar, o Estado-Juiz tem como usar medidas de constrição para obter a concretização da tutela específica independentemente da vontade deste, pois uma medida de busca e apreensão usualmente resolve qualquer obstáculo decorrente da falta de colaboração do devedor.

O mesmo não pode ser afirmado, por outro lado, em relação à tutela específica envolvendo prestações de fazer e de não fazer. A não ser quando fungíveis, tais prestações dependem diretamente da colaboração do respectivo devedor para o seu adequado cumprimento.

Quando a prestação jurisdicional de fazer ou de não fazer é infungível, apenas o próprio jurisdicionado “derrotado” na disputa judicial pode adimplir a respectiva obrigação mediante a sua conduta comissiva ou omissiva. Tão somente o próprio condenado, em tais casos, pode praticar o ato ou se abster de praticar determinado ato. O cumprimento da respectiva prestação, portanto, se encontra condicionado à colaboração do próprio litigante condenado.

E é tal quadro de dependência que leva o legislador a tratar de forma diferenciada a tutela específica envolvendo ações que tenham por objeto prestações de fazer e de não fazer.

3. PECULIARIDADES DAS PRESTAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Quando a prestação de fazer ou de não fazer é fungível, ou seja, pode ser cumprida por outra pessoa que não o devedor, a entrega da tutela específica normalmente se revela perfeitamente acessível ao Estado-Juiz exatamente por não exigir a colaboração do devedor.

A construção de um simples muro ou a conduta de abstenção relativa à não poluição de um rio, por exemplo, são prestações que, se não cumpridas pelo condenado, ainda assim o Judiciário pode alcançar a tutela específica sem grandes dificuldades, ao menos em tese. Um magistrado pode determinar que um terceiro construa o muro por conta do devedor, que depois deverá arcar com as despesas respectivas e, eventualmente, se sujeitar a medidas executivas aptas a gerar o dinheiro necessário para pagar tais despesas. Da mesma forma, se a prestação de não poluir um rio depender exclusivamente do ato de colocar um filtro em algum cano de esgoto ou de simplesmente redirecionar tal cano de esgoto para uma unidade de tratamento de água, o juiz pode determinar que outra pessoa realize tais atos para alcançar a prestação de “não poluir”.

O quadro muda quando a prestação de fazer ou de não fazer a ser cumprida se revela como material ou contratualmente infungível. A criação de uma obra de arte como a pintura de um quadro por um pintor famoso ou a abstenção de uma conduta abusiva como a de praticar agressões verbais a determinada pessoa, por exemplo, envolvem prestações evidentemente infungíveis. Ou seja, são prestações que somente podem ser cumpridas pelos próprios devedores, sendo inadmissível atribuir o cumprimento delas a um terceiro. Somente o pintor contratado para pintar um quadro pode cumprir a respectiva prestação de fazer de forma a proporcionar uma tutela específica na hipótese de uma condenação judicial com tal objeto. De igual forma, apenas o próprio condenado pode deixar de fazer as agressões verbais que anteriormente estava praticando.

No âmbito das relações de trabalho, por sua vez, são várias as espécies de prestações infungíveis envolvendo atos de fazer ou de não fazer, se não pelo aspecto material da respectiva conduta, então pelo aspecto contratual que vincula especificamente aquele empregado àquele empregador.

É certo que a prestação de fazer mais comum em demandas trabalhistas, a de efetuar anotações na Carteira de Trabalho do empregado, é uma prestação fungível, pois o respectivo registro pode ser feito pelo Diretor da Vara ou por outro servidor, por ordem do juiz do trabalho. Mas tal exceção não se sobrepõe à regra, uma vez que na maior parte dos casos de prestações de fazer ou de não fazer estas são essencialmente infungíveis. Por envolver condutas peculiares à figura da entidade patronal, hipóteses como a promoção do retorno de um empregado reintegrado ou a abstenção de transferir o empregado para outro local somente podem ser cumpridas pelo próprio empregador.

A reintegração no emprego, no tocante à parte da prestação envolvendo o retorno físico do empregado ao seu antigo posto empregatício após ser ilegalmente despojado do emprego, é uma prestação de fazer tanto material como contratualmente infungível. Como a principal prestação decorrente da reintegração no emprego é o retorno ao *status quo ante*, a volta do obreiro ao seu emprego com a restauração

plena da relação irregularmente rompida, apenas o próprio empregador que despediu o empregado pode o reintegrar no seu antigo posto.

Não há como imaginar um empregado sendo reintegrado em outro emprego diante de outro empregador. É da essência da reintegração a restauração do vínculo primitivo, ressuscitando o elo ilicitamente destruído. A única ressalva envolve uma situação realmente excepcionalíssima: quando uma empresa é sucedida por outra (como no caso de uma incorporação de empresas) e a sucedida é quem deve assumir a obrigação de reintegrar o obreiro.

Nos demais casos, não há como fugir à regra da infungibilidade da respectiva prestação, pois só o próprio empregador pode reintegrar o seu antigo empregado, restabelecendo o vínculo original, fazendo retornar o liame empregatício aos mesmos moldes de antes.

Prestações de não fazer, especialmente aquelas relacionadas a uma medida de inibição a uma conduta patronal ilícita, têm surgido com uma frequência cada vez maior em condenações na Justiça do Trabalho. Variando de vedações como as de não discriminar até proibições como as de não constranger o empregado ao praticar este ou aquele ato (como o de fiscalizar a atuação dos seus empregados ou praticar a revista íntima na saída do local de trabalho), tais prestações de abstenção hoje fazem parte do cotidiano das empresas do país, seja voluntariamente, seja em virtude de uma condenação judicial imputando tal prestação de não fazer.

E como são condutas impostas à própria entidade patronal, não há como fugir à infungibilidade que as caracteriza.

Uma prestação de não fazer na seara laboral que hoje em dia não tem revelado a mesma frequência de anos atrás, mas, ainda assim, continua a merecer uma atenção especial, é a representada pela vedação do empregador a promover uma transferência abusiva, deslocando o seu empregado em violação a algum dos dispositivos do art. 469 consolidado.

A infungibilidade de tal prestação de não fazer é patente, pois apenas o próprio empregador pode se abster de transferir abusivamente o seu empregado.

Como o Estado moderno assume uma contundente repulsa pelo uso de medidas de coerção física para impor o cumprimento de uma prestação de fazer ou de não fazer (como castigos físicos), e como as medidas de privação de liberdade para combater a inércia do devedor de tais prestações são igualmente recusadas, há uma evidente dependência da colaboração do devedor, mesmo que tal colaboração tenha que ser “incentivada” por medidas financeiras que possam atingir o bolso do devedor (TALAMINI, 2001).

E, como consequência, tanto em casos de prestações de fazer como de não fazer no âmbito das relações laborais, a regra é que os órgãos da Justiça do Trabalho dependem da vontade dos devedores para poder entregar a tutela específica no caso de uma condenação judicial.

4. DISCIPLINA DA CLT RELACIONADA À TUTELA ESPECÍFICA DE PRESTAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1^a de maio de 1943), usualmente omissa em normas processuais envolvendo a disciplina de tutelas jurisdicionais diferenciadas, curiosamente apresenta cinco dispositivos que tratam da tutela específica de prestações de fazer e não fazer. Dois são incisos do art. 659 consolidado (originalmente um artigo especificando a competência funcional privativa do magistrado no exercício da presidência de uma Junta de Conciliação e Julgamento), acrescentados ao texto original por leis posteriores, que preveem a possibilidade de concessão de medidas liminares satisfativas. Dois outros dispositivos da CLT que disciplinam a matéria, por sua vez, são artigos estipulando a admissibilidade de aplicação multas pecuniárias em casos de descumprimento da prestação de conceder férias ou da prestação de reintegrar um empregado, quando fixadas as respectivas obrigações judicialmente. E, por fim, há o art. 496 consolidado, que trata da possibilidade de converter em indenização

reparatória uma obrigação envolvendo prestação de fazer, quando o cumprimento desta se revelar desaconselhável.

O inciso IX do art. 659 da CLT, acrescido a tal dispositivo pela Lei n. 6.203, de 17 de abril de 1975, prevê a possibilidade de concessão liminar (ou seja, logo no início da demanda e sem ouvir a parte adversa, isto é, *initio litis e inaudita parte*), pelo juiz do trabalho, de um provimento de natureza antecipatória por meio do qual é proporcionado o adiantamento dos efeitos de uma tutela específica envolvendo uma prestação de não fazer:

IX – conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469 desta Consolidação;

A primeira norma da CLT a disciplinar a admissibilidade de uma antecipação de tutela (ou tutela provisória antecipada, na terminologia adotada pelo CPC de 2015), portanto, tem por objeto uma conduta de abstenção: não transferir um empregado enquanto não for decidida a demanda na qual se postula a decretar a nulidade da respectiva transferência promovida pelo empregador.

O inciso X do mesmo art. 659 consolidado, por sua vez, foi acrescentado pela Lei n. 9.270, de 17 de abril de 1996:

X – conceder liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.

A regra em tela, assim, autoriza o juiz a conceder uma medida, novamente de forma liminar, para proporcionar incidentalmente uma tutela específica, mas agora envolvendo uma prestação de fazer: reintegrar o empregado no emprego, quando se tratar de um portador da estabilidade sindical que foi irregularmente despojado do seu posto empregatício em virtude de qualquer uma de três hipóteses: a)

um afastamento, quando mantém o contrato intacto, mas não prossegue prestando serviços, ocorrendo uma interrupção contratual; b) uma suspensão, seja a decorrente da aplicação de uma pena disciplina, seja a suspensão preventiva que é facultado ao empregador que deseje manter fora do ambiente laboral um empregado para fins de propositura de um inquérito judicial; e c) uma dispensa, quando o contrato foi resilido por ato unilateral da entidade patronal.

Apesar de o texto legal restringir a respectiva tutela (provisória) antecipada a casos envolvendo o empregado protegido pela estabilidade prevista no art. 8^o, inciso VIII, da Constituição de 1988 (é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei), a jurisprudência consolidada sedimentou o entendimento da admissibilidade de tal ferramenta processual para proteger o portador de qualquer espécie de estabilidade no emprego, conforme cristalizado na Orientação Jurisprudencial n. 64 da Seção Especializada em Dissídios Individuais 2 do TST:

*MANDADO DE SEGURANÇA.
REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE
CONCEDIDA. Não fere direito líquido e
certo a concessão de tutela antecipada para
reintegração de empregado protegido por
estabilidade provisória decorrente de lei ou
norma coletiva.*

Não foi por acaso que esses dois dispositivos, os primeiros da CLT a tratar de hipóteses de antecipação de tutela (mediante medidas liminares de caráter satisfativo, ora tratado no CPC de 2015 como medidas de tutela provisória antecipada), têm por objeto tutelas específicas envolvendo prestações de fazer (no inciso X) e de não fazer (no inciso IX) e não estipularam maiores exigências para a concessão liminar dos respectivos provimentos.

Considerando as dificuldades enfrentadas pelos órgãos jurisdicionais para proporcionar a tutela específica em condenações ju-

diciais com tais espécies de prestações, a expressa previsão da admissibilidade de tais ferramentas processuais é uma evidente tentativa do legislador brasileiro de proporcionar ao juiz do trabalho instrumentos aptos a superar os obstáculos anteriormente enfatizados, admitindo a concessão liminar de medidas de natureza satisfativa por entender que a antecipação dos efeitos da tutela nesses casos pode representar uma diminuição dos riscos de ineficácia do provimento final almejado.

Nesse sentido, a Lei n. 8.952, de 13.12.1994, ao introduzir um novo texto ao art. 461 do CPC de 1973, destinado a disciplinar peculiaridades relacionadas às ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer, incluiu a seguinte norma no seu § 3º:

Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

A primeira frase de tal parágrafo, aliás, é praticamente uma repetição literal do texto do § 3º do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 1990), igualmente destinada às ações envolvendo o cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer, que estabelece que “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

Em ambos os dispositivos, sobressai a acessibilidade dos requisitos exigidos para concessão da antecipação de tutela específica da prestação de fazer ou de não fazer, sendo suficiente a satisfação de duas exigências de conteúdo genérico: a) relevante fundamento da demanda; e b) justificado receio de ineficácia do provimento final.

“Relevante fundamento da demanda”?

Toda demanda, de uma forma ou outra, não tem a sua relevância? Qual o critério para definir o grau de relevância? Valor econômico? Peso político? Alcance transindividual?

“Justificado receio de ineficácia do provimento final”?

Em que termos? Toda demora não representa um perigo para a eficácia da tutela jurisdicional final? Em que circunstâncias se considera fundado o respectivo temor?

Evidente a amplíssima dimensão dos contornos das respectivas exigências. Os conceitos são tão abstratos que, na prática, o legislador acabou proporcionando ao magistrado amplíssimo campo de interpretação para a definição da questão em cada caso concreto submetido à sua apreciação. Equivale, na realidade, a um “conceito vago” ou “conceito jurídico indeterminado”, que o juiz deverá preencher segundo o que determina a ordem jurídica naquele caso concreto. Envolve, pois, o exercício daquilo que parte da doutrina costuma denominar “discricionariedade judicial”.

E tal abstração foi delineada de forma proposital, pois o legislador almejou assegurar uma liberdade de atuação do magistrado na definição da forma mais adequada para se concretizar a tutela específica e assim materializar o acesso à justiça, cumprindo o seu dever estatal de prestar uma tutela jurisdicional efetiva.

As medidas liminares envolvendo a vedação à transferência e à reintegração do empregado, tipificadas nos incisos IX e X do art. 659 consolidado, por conseguinte, seguem essa mesma diretriz: são ferramentas processuais previstas pelo legislador sem maiores exigências formais para a sua concessão, sendo outorgado ao juiz do trabalho amplo poder decisório para a efetivação dos respectivos provimentos nos casos nos quais tais instrumentos se revelam úteis à materialização de tutelas específicas envolvendo essas espécies de prestação.

O § 2º do art. 137 da CLT, por outro lado, prevê uma outra ferramenta processual destinada a servir como instrumento para a obtenção da tutela específica envolvendo uma prestação de fazer: a multa pecuniária em caso de descumprimento da obrigação de conceder fé-

rias ao empregado, quando judicialmente fixado o respectivo período concessivo.

E mais: estipula ainda a necessidade de enviar à autoridade local do Ministério do Trabalho uma cópia da decisão judicial reconhecido o direito às férias para fins de aplicação de multa administrativa.

O texto do mencionado artigo, na íntegra:

Art. 137. Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração. (Redação dada pelo Decreto-lei n. 1.535, de 13.4.1977)

§ 1ª Vencido o mencionado prazo sem que o empregador tenha concedido as férias, o empregado poderá ajuizar reclamação pedindo a fixação, por sentença, da época de gozo das mesmas. (Redação dada pelo Decreto-lei n. 1.535, de 13.4.1977)

§ 2ª A sentença cominará pena diária de 5% (cinco por cento) do salário mínimo da região, devida ao empregado até que seja cumprida. (Redação dada pelo Decreto-lei n. 1.535, de 13.4.1977)

§ 3ª Cópia da decisão judicial transitada em julgado será remetida ao órgão local do Ministério do Trabalho, para fins de aplicação da multa de caráter administrativo. (Redação dada pelo Decreto-lei n. 1.535, de 13.4.1977)

O § 2ª não faculta ao magistrado a estipulação de *astreintes* na sentença condenatória, mas impõe imperativamente tal previsão ao estabelecer que “A sentença dominará pena diária”. Ao prever expressamente a imposição de tal sanção, destarte, o legislador dotou a decisão judicial de uma ferramenta destinada a persuadir o empregador devedor a cumprir a respectiva prestação de fazer (conceder férias) mediante a ameaça de uma punição pecuniária.

Idêntico caminho foi adotado pelo legislador em relação à tutela específica envolvendo a prestação de reintegrar um empregado

no emprego, quando objeto de uma sentença judicial transitada em julgado.

Nesse sentido, outro dispositivo da CLT que trata expressamente do cumprimento de uma prestação envolvendo conduta comissiva é o *caput* do art. 729 da CLT:

O empregador que deixar de cumprir decisão passada em julgado sobre a readmissão ou reintegração de empregado, além do pagamento dos salários deste, incorrerá na multa de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros) a Cr\$ 50,00 (cinquenta cruzeiros) por dia, até que seja cumprida a decisão.

O “estímulo forçado” decorrente da aplicação obrigatória de uma penalidade financeira em caso de mora no adimplemento da obrigação de conceder férias ou de reintegrar um empregado, portanto, constitui a fórmula prevista no ordenamento jurídico trabalhista para assegurar a obtenção da tutela específica em cada caso. Em virtude da inadmissibilidade de medidas como punições físicas ou privações de liberdade, o uso de *astreintes*, sanções pecuniárias correspondentes a multas diárias pelo atraso no cumprimento de prestações, nos casos envolvendo obrigações de fazer (ou de não fazer) acaba representando uma das opções mais adequadas para alcançar a tutela específica.

No âmbito da CLT, assim, as ameaças por meio da estipulação de penas pecuniárias representam a fórmula procedimental adotada para proporcionar a adequada satisfação do jurisdicionado vencedor da demanda.

O CPC de 1973, por meio da redação dada ao § 4º do art. 461 pela Lei n. 8.952, de 1994, por sua vez, igualmente segue tal diretriz normativa:

O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Importante notar que, além de prever a fixação de tal sanção pecuniária na sentença condenatória, tal parágrafo autoriza a fixação da *astreinte* em decisão interlocutória concessiva de uma tutela (provisória) antecipada, ao fazer referência expressa ao § 3º do art. 461, dispositivo este já examinado acima.

A Lei n. 10.444, de 2002, por seu turno, ainda acrescentou um § 6º ao mesmo art. 461 do CPC de 1973, outorgando ao magistrado poderes para revogar ou alterar a sanção pecuniária estabelecida, atendendo a provocação do interessado ou agindo *ex officio*, ao ditar que “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

Inequívoca, assim, a opção do legislador pelo caminho das sanções pecuniárias como um dos principais instrumentos destinados a proporcionar a tutela específica de prestações de fazer e de não fazer, seja no âmbito do Código de Processo Civil de 1973, seja na seara da legislação trabalhista consolidada.

Por fim, o art. 496 da CLT traduz uma regra acerca da conversão de uma prestação de fazer para uma prestação de pagar, quando o cumprimento da respectiva obrigação de fazer se revela desaconselhável no entender do magistrado.

O § 1º do art. 461 do CPC de 1973, na redação dada pela Lei n. 8.952, de 1994, ao abordar casos de conversão de prestações de fazer ou de não fazer em obrigações de pagar uma indenização a título de perdas e danos decorrentes do inadimplemento da respectiva obrigação original, estabelece que “A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

O surgimento de uma tutela ressarcitória em sentido estrito, pois, foi condicionado ao requerimento da parte interessada ou à constatação da impossibilidade de se proporcionar a tutela específica ou uma tutela de equivalência que produz um resultado prático equivalente ao do adimplemento.

O texto do art. 496 da CLT, conforme sua redação original, segue essa mesma diretriz geral, mas não prevê a preferência do credor como justificativa pela conversão:

Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

O respectivo dispositivo consolidado, assim, expressamente autoriza o magistrado a converter a obrigação de reintegrar em uma obrigação de pagar uma indenização compensatória de uma despedida ilegal, mas apenas quando o juízo entender que, em face da animosidade entre os litigantes, o retorno do empregado ao ambiente de trabalho não seria aconselhável.

Inexiste autorização legal para a conversão da respectiva obrigação de fazer numa obrigação de pagar, portanto, pela mera manifestação da vontade do empregado.

Esta opção entre a reintegração no emprego ou uma indenização reparatória, por outro lado, é prevista no art. 4º da Lei n. 9.029, de 1995:

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Enquanto no art. 496 consolidado o legislador prevê a possibilidade de conversão da obrigação de fazer (reintegrar) em uma obrigação de pagar (uma indenização reparatória), levando em consideração a interpretação do magistrado acerca da compatibilidade (ou não) entre os litigantes diante das repercussões que seriam geradas pelo retorno do empregado ao seu antigo posto empregatício, no art. 4º da Lei n. 9.029, de 1995, o legislador preferiu dar esta opção diretamente ao empregado.

O motivo de tal distinção de tratamento, contudo, é óbvio.

No caso de uma dispensa discriminatória, é evidente que o impacto de tal forma de despedida abusiva sobre o quadro emocional do empregado pode levá-lo a se sentir incapaz de sustentar um retorno ao ambiente laboral, considerando o constrangimento pelo que passou antes e ao ser desligado da empresa.

Nada mais lógico. É certo que, em princípio, a busca pela tutela específica nos leva a uma natural preferência pela reintegração do empregado ilegalmente despojado do seu emprego, mas não há como negar que é preferível um empregado física e mentalmente sadio, sem o seu antigo emprego mas com o dinheiro decorrente de uma indenização compensatória, em comparação com um empregado reintegrado na empresa mas vítima de hostilidades no ambiente de trabalho que, em alguns casos, podem gerar danos físicos e cicatrizes emocionais irreversíveis.

Tanto a sistemática adotada pela CLT já em 1943 com a preferência pela tutela específica mas a admissibilidade por uma tutela ressarcitória quando desaconselhável aquela no entender do magistrado, bem como a fórmula consagrada no art. 4º da Lei n. 9.029, de 1995, que proporciona tal opção alternativa ao próprio empregado, guardam plena harmonia com os postulados da dignidade da pessoa humana do trabalhador e do valor social do trabalho, consagrados no art. 1º da Constituição da República de 1988.

A regra da CLT, de qualquer forma, antecedeu a disciplina legal encontrada no CPC de 1973 ao estabelecer a admissibilidade da

conversão de prestação de fazer em uma prestação de pagar, evidenciando a posição precursora do modelo processual trabalhista, estabelecendo diretrizes posteriormente adotadas pelo CPC de 1973.

E no CPC de 2015, consagrado por meio da Lei n. 13.105, de 2015? Quais foram as fórmulas prestigiadas pelo legislador e seus impactos no âmbito das relações de trabalho?

5. DISCIPLINA DA TUTELA ESPECÍFICA DE PRESTAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER NA LEI N. 13.105, DE 2015 (CPC/2015), E SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DO MODELO PROCESSUAL TRABALHISTA

A Lei n. 13.105, de 2015, o atual Código de Processo Civil brasileiro, contém uma disciplina própria para a tutela específica de prestações de fazer e não fazer em três setores distintos do seu corpo, todas encontradas na Parte Especial do novo diploma.

Primeiro, a Seção IV (Do Julgamento das Ações Relativas às Prestações de Fazer, de Não Fazer e de Entregar Coisa) do Capítulo XIII (Da Sentença e da Coisa Julgada) do Título I (Do Procedimento Comum) do Livro I (Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença). Em seguida, a Seção I (Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer ou de Não Fazer) do Capítulo VI (Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer, de Não Fazer ou de Entregar Coisa) do Título II (Do Cumprimento da Sentença) do mesmo Livro I da Parte Especial. Por fim, as Seções I, II e III do Capítulo III (Da Execução das Obrigações de Fazer e de Não Fazer) do Título II (Das Diversas Espécies de Execução) do Livro II (Do Processo de Execução) da Parte Especial do CPC de 2015.

Formada pelos arts. 497 a 501, a Seção IV do Capítulo XIII do Título I do Livro I da Parte Especial do CPC de 2015 é adequadamente denominada de “Do Julgamento das Ações Relativas

às Prestações de Fazer, de Não Fazer e de Entregar Coisa” e apresenta na sua composição dispositivos em perfeita harmonia com os artigos da CLT examinados anteriormente e uma adequada sintonia com as demais regras e princípios que orientam o sistema processual trabalhista, deixando clara a satisfação da exigência de compatibilidade estabelecido no art. 769 consolidado como requisito para a admissibilidade da aplicação de institutos do processo comum no âmbito do processo laboral:

Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Tal admissibilidade, inclusive, foi reconhecido pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, ao editar, por meio da Resolução nº 203 de 15 de março de 2016, a sua Instrução Normativa nº 39. Publicada poucos dias antes da vigência do CPC de 2015, a IN 39 é composta de diretrizes orientadoras destinadas a publicizar o posicionamento do órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista e de “transmitir segurança aos jurisdicionados e órgãos da Justiça do Trabalho e prevenir nulidades” (expressões extraídas de alguns dos “considerandos” da Resolução). A Instrução Normativa nº 39, assim, ao elencar expressamente no seu artigo 3º quais os dispositivos do CPC de 2015 que, no entender dos integrantes do órgão plenário do TST, são admissíveis no âmbito processo do trabalho em virtude de omissão e compatibilidade com a CLT, apresenta no seu inciso XI a aplicabilidade ao modelo processual trabalhista dos “arts. 497 a 501 (tutela específica);”.

Reconhecida a admissibilidade ao modelo processual do trabalho dos dispositivos apontados, agora se torna oportuna a análise do conteúdo das respectivas normas processuais.

O art. 497 do CPC de 2015, no seu *caput*, segue a mesma diretriz antes adotada pelo *caput* dos arts. 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil de 1973 (com a redação dada pela Lei n. 8.952 de 1994), estabelecendo uma ordem hierárquica

preferencial quanto à espécie de tutela que o magistrado deve proporcionar ao jurisdicionado vencedor da demanda.

A similitude do texto literal dos respectivos dispositivos é quase absoluto:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Art. 84, caput, do CDC)

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Art. 461, caput, do CPC de 1973)

Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. (Art. 497 do CPC de 2015)

O legislador de 2015, assim, continuou no mesmo caminho já consagrado em 1990 com o Código de Defesa do Consumidor e ratificado no CPC de 1973 pela Lei n. 8.952, de 1994, conforme se deduz pela semelhança dos respectivos textos legais, deixando em clarividência que o órgão jurisdicional, ao julgar uma demanda na qual se reconhece o direito do jurisdicionado vencedor ao benefício de uma prestação de fazer ou de não fazer a ser cumprida pelo litigante vencido, deve procurar em primeiro lugar proporcionar ao vitorioso a tutela específica, isto é, exatamente aquela tutela jurisdicional adequada, conforme previsão em lei ou em contrato, para reparar o dano já causado (quando uma tutela reparatória) ou prevenir o dano que ameaçava se materializar (quando uma tutela preventiva).

Quando não for possível proporcionar a tutela específica, por outro lado, deve o magistrado proporcionar uma tutela de equivalência como segunda opção, gerando um resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação. Trata-se de uma tutela que, mesmo que não proporcionando exata e precisamente aquilo que, segundo o ordenamento jurídico, o vencedor da demanda deveria ter recebido desde o início (ou seja, caso tivesse surgido o conflito), proporciona um resultado final que, empiricamente, produz os mesmos efeitos do cumprimento da obrigação.

Exemplo típico de tal fórmula de preferência na tutela jurisdicional proporcionada ocorre, conforme anteriormente destacado, em casos como o de anotação da carteira profissional do empregado. Acolhida a respectiva pretensão em uma demanda judicial proposta pelo empregado, a primeira opção de tutela a ser concedida pelo órgão jurisdicional será, naturalmente, a tutela específica, com o próprio empregador efetuando os respectivos registros. Ao cumprir a respectiva prestação de fazer à qual foi condenado a adimplir, o empregador realizará o ato apto a proporcionar exatamente aquilo que o empregado tem direito a obter. Mas, em caso de impossibilidade do empregador de efetuar as anotações na CTPS (seja em face de uma recusa insuperável da entidade patronal, seja em virtude de hipóteses como o falecimento do empregador pessoa física ou o total desaparecimento de uma empresa que nem sequer deixou sócios responsáveis), a segunda opção será a de uma tutela de equivalência, que ocorrerá quando a anotação for efetuada pelo diretor da Vara ou um outro servidor, cumprindo a determinação do juiz. Nesta última hipótese, a tutela específica não foi alcançada, uma vez que a anotação não saiu das mãos do próprio empregador, mas foi feita pelo Diretor ou servidor, o que produz um resultado prático equivalente ao do adimplemento.

No caso de uma prestação de fazer como a reintegração no emprego, entretanto, tal alternativa secundária por uma tutela de equivalência será mais difícil de ser materializada, considerando a natureza infungível da respectiva prestação no plano material e no âmbito pessoal. Contudo, ainda assim será possível proporcionar uma tutela de

equivalência em alguns casos nos quais se torna impossível alcançar uma tutela específica, como na hipótese de uma empresa que despediu ilegalmente um empregado estável e posteriormente foi incorporado a uma outra empresa. A reintegração na antiga empregadora é impossível, pois esta não existe mais. No entanto, com a reintegração do empregado no quadro funcional da empresa sucessora, o resultado final produz efeitos práticos ao menos próximos do adimplemento pelo empregador original. Ou então, no caso de extinção do cargo primitivo do empregado a ser reintegrado, quando o setor no qual antes trabalhava o empregado ilegalmente despedido foi extinto e a sua reintegração tiver que ocorrer em um outro setor e em um novo posto empregatício. Em ambos os casos, a tutela específica não foi possível, mas a reintegração do empregado na empresa sucessora ou no novo cargo em outro setor representa algo que produz um efeito prático final correspondente ao do adimplemento da obrigação de reintegrar pelo empregador primitivo, constituindo uma verdadeira tutela de equivalência.

Em casos de prestações de não fazer infungíveis, por outro lado, a opção secundária pela tutela de equivalência é praticamente impossível. Em regra, apenas o próprio sujeito condenado a cumprir uma prestação de não fazer pode se abster de praticar a conduta indesejada. Somente o empregador pode deixar de praticar atos discriminatórios ou constrangedores contra seus empregados. Unicamente o empregado pode adotar uma conduta omissiva de forma a não praticar atos que geram danos ao seu empregador.

Apenas em casos excepcionalíssimos, quando a prestação de não fazer pressupõe uma prestação de fazer antecedente (e fungível) para alcançar o estado de abstenção, será possível imaginar uma tutela de equivalência. Algo como, numa hipótese de ser condenada a empresa a não poluir o ambiente de trabalho dos seus empregados, o inadimplemento da empresa quanto à prestação for suprida quando o magistrado determinar que um terceiro implante um filtro em um exaustor na empresa de forma a permitir um resultado prático equivalente ao do adimplemento da respectiva obrigação de não fazer.

Para garantir ao órgão jurisdicional maior facilidade na busca pelo cumprimento do dever estatal de, prioritariamente, proporcionar a tutela específica ao jurisdicionado vencedor em casos de tutela inibitória envolvendo prestação de fazer para evitar ilicitudes, o parágrafo único do art. 497 do CPC de 2015 deixou expressa a desnecessidade de evidenciar a materialização do dano ou a conduta culposa ou dolosa do respectivo destinatário da ordem mandamental de abstenção:

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Nesse sentido, quando a tutela específica a ser materializada envolve a abstenção de uma conduta de prosseguimento ou de repetição ou de efetiva prática de uma atividade ilícita, inexistente a necessidade de demonstrar que já ocorreu qualquer lesão nem a exigência de comprovar a intenção ou negligência/imprudência do agente cujo comportamento se almeja inibir. Suficiente é o receio de dano decorrente de um comportamento tipificado como ilícito para que o órgão jurisdicional conceda a tutela específica por meio da qual o destinatário da ordem terá que cumprir uma prestação de não fazer, ou seja, abster-se de praticar, prosseguir ou reiterar uma conduta tida como ilícita pelo juízo.

Tal simplicidade na fórmula procedimental para a concessão da tutela específica inibitória envolvendo prestação de fazer, por sua vez, evidentemente se destina a facilitar a atuação do magistrado na busca pela prevenção do dano.

Em havendo uma postulação judicial para que o empregador não prossiga em determinada atividade considerada como nociva à saúde dos seus empregados, destarte, para a concessão de uma tutela inibitória com o objetivo de prevenir a lesão mediante a imposição de uma conduta de abstenção envolvendo uma prestação de não fazer, não haverá necessidade de demonstrar a ocorrência de dano ou a existência de culpa ou dolo da entidade patronal. A simples constatação do

justificado receio de ocorrência de uma lesão já será suficiente para autorizar ao magistrado a concessão da respectiva tutela específica.

Nada mais adequado, pois, às necessidades de urgência e às peculiaridades próprias do ambiente no qual se desenvolvem as relações laborais.

O artigo subsequente do CPC de 2015, por seu turno, disciplina a tutela envolvendo prestação de entregar coisa:

Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

Mesmo fugindo ao objeto do presente trabalho, por não envolver imediatamente a tutela de prestações de fazer e de não fazer, é oportuno enfatizar a preocupação do legislador, mais uma vez, em estabelecer a prioridade pela concessão da tutela específica, almejando providências tendentes a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação o preciso resultado prático que seria pelo adimplemento.

O art. 499 do CPC de 2015, por outro lado, disciplina exatamente uma das questões essenciais à tutela específica das prestações de fazer e de não fazer, as condições para a conversão de tais prestações em prestações de pagar em pecúnia uma indenização por perdas e danos:

A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Seguindo a diretriz já adotada pela CLT no seu texto original de 1943, quanto ao art. 496 consolidado e repetido pela Lei n. 8.952,

de 1994, quando da alteração do texto do art. 461 do CPC de 1973, o legislador de 2015 estabeleceu a admissibilidade da conversão em perdas e danos (tutela ressarcitória *stricto sensu*) de uma obrigação de fazer ou de não fazer apenas quando não for possível proporcionar a tutela específica ou, secundariamente, uma tutela de equivalência.

No âmbito das relações de trabalho, portanto, persiste a mesma linha de raciocínio antes destacado: a conversão em uma indenização reparatória de uma obrigação de reintegrar o empregado no emprego somente pode ocorrer quando efetivamente desaconselhável o retorno do obreiro em virtude da incompatibilidade evidenciada entre as partes de um processo judicial, na interpretação de um juiz do trabalho, ou, no caso de uma dispensa discriminatória, pela opção assegurada pelo legislador ao próprio empregado vítima da discriminação nos moldes da Lei n. 9.029, de 1995.

Prossegue prevalecendo no modelo brasileiro de Processo do Trabalho, por conseguinte, a ordem hierárquica preferencial de tutelas na qual há a primazia da busca pela concessão da tutela específica, sendo a segunda opção do órgão jurisdicional a via substitutiva da tutela de equivalência, e, por fim, como terceira e última opção, a tutela ressarcitória em sentido estrito, admissível apenas quando o magistrado entender impossível proporcionar as duas primeiras, ou, no caso específico de uma despedida do empregado motivada por alguma forma de discriminação, quando tal opção for eleita pelo próprio empregado vítima da respectiva conduta abusiva.

O art. 500 do CPC de 2015, por outro lado, apresenta o seguinte texto:

A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação.

A respectiva norma, assim, ao admitir a possibilidade de cumulação da reparação por perdas e danos com uma multa cominatória para incentivar o devedor a cumprir a prestação de fazer ou de não fazer, prevê a possibilidade da estipulação de *astreintes*, nos moldes

já expressamente previstos no âmbito da CLT para estimular o empregador a cumprir as prestações de fazer ordenadas em decisões mandamentais estabelecendo o período de concessão de férias (art. 139, § 2º) ou a reintegração do empregado (art. 729), seguindo a diretriz antes adotada no CPC de 1973, no § 4º do seu art. 461.

O último dispositivo da Seção IV, o art. 501 do CPC de 2015, prevê que, com o trânsito em julgado da sentença que tenha por objeto um conteúdo meramente declaratório envolvendo a emissão de declaração de vontade, serão considerados como produzidos todos os efeitos da declaração não emitida, sendo desnecessária qualquer atividade executiva *a posteriori*:

Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

Os arts. 536 e 537 do CPC de 2015, por sua vez, formam o conteúdo da Seção I do Capítulo VI do Título II, tratando especificamente do tema objeto do seu título: Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer ou de Não Fazer.

Tais dispositivos, merece ser enfatizado, foram igualmente reconhecidos como aplicáveis ao processo do trabalho pelo TST, por meio da Instrução Normativa nº 39 de 2016. No inciso XII do seu artigo 3º, logo após reconhecer a aplicabilidade dos artigos 497 a 501 do CPC de 2015, a IN 39 estabelece como admissível ao modelo processo trabalhista os “arts. 536 a 538 (cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa);». Assumindo a sua função orientadora da atuação dos órgãos de primeiro e segundo grau da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho publicizou o entendimento dos ministros que integram o seu órgão plenário com o objetivo de servir de facilitar a condução da fase executiva de demandas trabalhistas envolvendo prestações de fazer e não fazer.

Reconhecida a sua aplicabilidade ao processo do trabalho, em virtude da omissão e compatibilidade com a legislação processual trabalhista, a respectiva sistemática de cumprimento de sentença prevista nos artigos 536 e 537 do CPC de 2015 apresenta um conteúdo normativo peculiar.

O *caput* do art. 536 disciplina um dos instrumentos processuais de maior relevância na busca pela consecução da tutela específica, as chamadas “medidas necessárias”:

No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

Correspondendo a uma verdadeira cláusula geral, por meio da qual o legislador assegura ao magistrado um poder discricionário de amplo alcance na definição de quais os provimentos adequados para atender às necessidades de concretização da tutela jurisdicional, “as medidas necessárias” podem ser decretadas *ex officio* ou em atendimento a requerimento da parte interessada. Tendo como objetivo final a satisfação do exequente, ou seja, apresentando como escopo oferecer uma tutela jurisdicional efetiva, tais medidas almejam proporcionar preferencialmente a tutela específica e, se esta não for possível, uma tutela de equivalência apta a produzir um resultado prático correspondente ao do adimplemento.

Os parágrafos do mesmo art. 536, por outro lado, apresentam uma disciplina destinada a assegurar o cumprimento de tal objetivo. O § 1º, por exemplo, apresenta uma relação meramente exemplificativa de provimentos que podem ser decretados como medidas necessárias:

Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a

remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Dentro de tal contexto, assim, para assegurar a reintegração no emprego do empregado, a decisão judicial pode fixar, além de uma multa diária em caso de mora no cumprimento da respectiva prestação de fazer, a previsão de uma reintegração *manu militari*, cumprida por oficiais de justiça com reforço policial. Esta última forma de coerção estatal, contudo, não tem tido boa receptividade na experiência brasileira, em virtude das evidentes e inevitáveis consequências negativas (PAMPLONA FILHO e SOUZA, 2013. p. 580).

A criatividade do magistrado na edição de outras medidas além dessas nominadas no § 1º, contudo, encontra limites apenas à luz dos critérios da legalidade e da necessidade de proporcionar uma tutela satisfativa, inexistindo impedimento a provimentos que, mesmo não usuais, conseguem proporcionar o cumprimento da prestação de fazer ou de não fazer sem ultrapassar as linhas da razoabilidade. Quem sabe, por exemplo, uma determinação vedando o funcionamento de um setor da entidade patronal ou proibindo a entrada de diretores nas suas salas na sede da empresa até que efetivada a reintegração do obreiro?

O alcance das “medidas necessárias” é, assim, de limites para além da imaginação ainda tímida de boa parte da magistratura nacional.

E mais: a inércia sem justificativa do devedor, recusando-se sem motivo a cumprir a prestação de fazer (como a de reintegrar o empregado) ou a de não fazer (como a de não transferir o obreiro para outro local de trabalho) pode até acabar com o empregador na cadeia!

Deve ser destacado, nesse sentido, que o § 3º do mesmo art. 536 estipula que o descumprimento injustificado da prestação de fazer ou de não fazer enseja, além da aplicação das sanções próprias da litigância de má-fé, a possível configuração do crime de desobediência, enfatizando a seriedade com a qual o legislador tratou a disciplina legal da matéria:

O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

A previsão explícita de tal possibilidade, antes não prevista no âmbito da CLT e tampouco no art. 461 do CPC de 1973 (em que pese o parágrafo único do seu art. 14, conforme redação da Lei n. 10.358, de 2001, ao tratar da sanção por ato atentatório ao exercício da jurisdição, utilizou a expressão “... sem prejuízo de sanções criminais ...”), é de grande valor simbólico. Representa, assim, um passo em direção à efetiva responsabilidade criminal processual, prevendo de modo expresso a possibilidade de criminalização do ato de descumprir sem justificativa de uma sentença judicial estipulando uma prestação de fazer ou de não fazer.

Os demais parágrafos do art. 536 do CPC de 2015, por sua vez, tratam de questões procedimentais secundárias (§§ 2^o e 4^o) e a aplicabilidade da disciplina do mencionado artigo, no que couber, às decisões que reconhecem deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional (§ 5^o):

§ 2^o O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1^o a 4^o, se houver necessidade de arrombamento.

§ 4^o No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5^o O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

O art. 537, por seu turno, apresenta a disciplina específica envolvendo a aplicação de multas pecuniárias, ou seja, as sanções *astreintes* em casos de prestações de fazer ou de não fazer:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I – se tornou insuficiente ou excessiva;

II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042.

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

O exame do respectivo conteúdo normativo, por conseguinte, demonstra a ampla liberdade do magistrado na aplicação de tais penas pecuniárias, seja em casos de tutela provisória ou de cumprimento

de sentença e mesmo em processos autônomos de execução, podendo fixar, alterar ou excluir tais sanções de ofício ou mediante provocação da parte interessada, sendo os respectivos valores devidos ao litigante prejudicado pelo descumprimento da respectiva prestação. O órgão jurisdicional também terá liberdade para fixar o *quantum*, o prazo e a periodicidade das sanções, mas sempre em harmonia com a obrigação que se almeja fazer cumprir.

Tal disciplina das *astreintes*, por sua vez, se revela em perfeita sintonia com a disciplina encontrada nos arts. 137 e 729 da CLT, anteriormente examinados, sendo admissível a sua aplicação supletiva para complementar o conteúdo normativo ainda abstrato do diploma trabalhista.

Os últimos dispositivos do CPC de 2015 a tratarem da tutela específica das prestações de fazer e de não fazer são os seus arts. 814 a 823, que formam as Seções I a III do Capítulo III do Título II do Livro III da Parte Especial, que apresentam a disciplina da execução das obrigações de fazer e de não fazer.

Como os arts. 536 e 537 do CPC de 2015, acima examinados, tratam do cumprimento de sentença que tenham por objeto prestações de fazer e de não fazer, os mesmos se dirigem a uma fase executiva endoprocessual, própria de um processo sincrético (LEITE, 2011, p. 988).

Os arts. 814 a 823 do CPC de 2015, por outro lado, se dirigem a processos autônomos de execução não precedidos por uma fase cognitiva de jurisdição. No modelo processual do trabalho, execuções de tal espécie são uma exceção, considerando que o art. 876 da CLT, na redação dada pela Lei n. 9.958, de 2000, limitou os títulos executivos extrajudiciais admissíveis no processo trabalhista aos termos de ajuste de conduta celebrado pelo Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação celebrado perante comissões de conciliação prévia. Eventualmente, para aqueles que admitem tal fórmula alternativa à jurisdição estatal para solucionar conflitos individuais trabalhistas, uma sentença arbitral, tendo por objeto uma prestação de fazer ou de não fazer, seria submetida à respectiva disciplina legal.

O art. 814 do CPC de 2015, no seu *caput* e parágrafo único, estabelece que, ao iniciar uma execução fundada em título executivo extrajudicial envolvendo obrigação de fazer ou de não fazer, o magistrado deverá fixar uma sanção pecuniária em caso de mora no adimplemento e definir a data a partir da qual a mesma será devida, podendo reduzir o valor da multa prevista no título na hipótese do respectivo montante ser excessivo:

Art. 814. Na execução de obrigação de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial, ao despachar a inicial, o juiz fixará multa por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título e for excessivo, o juiz poderá reduzi-lo.

Os arts. 815 a 821 do CPC de 2015, por outro lado, disciplinam peculiaridades procedimentais afetas à execução de título extrajudicial envolvendo prestação de fazer, inclusive a fórmulas de obter um resultado prático correspondente ao do adimplemento mediante a realização da obrigação por terceiro ou pelo próprio credor:

Art. 815. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o executado será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe designar, se outro não estiver determinado no título executivo.

Art. 816. Se o executado não satisfizer a obrigação no prazo designado, é lícito ao exequente, nos próprios autos do processo, requerer a satisfação da obrigação à custa do executado ou perdas e danos, hipótese em que se converterá em indenização.

Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa.

Art. 817. Se a obrigação puder ser satisfeita

por terceiro, é lícito ao juiz autorizar, a requerimento do exequente, que aquele a satisfaça à custa do executado.

Parágrafo único. O exequente adiantará as quantias previstas na proposta que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado.

Art. 818. Realizada a prestação, o juiz ouvirá as partes no prazo de 10 (dez) dias e, não havendo impugnação, considerará satisfeita a obrigação.

Parágrafo único. Caso haja impugnação, o juiz a decidirá.

Art. 819. Se o terceiro contratado não realizar a prestação no prazo ou se o fizer de modo incompleto ou defeituoso, poderá o exequente requerer ao juiz, no prazo de 15 (quinze) dias, que o autorize a concluí-la ou a repará-la à custa do contratante.

Parágrafo único. Ouvido o contratante no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz mandará avaliar o custo das despesas necessárias e o condenará a pagá-lo.

Art. 820. Se o exequente quiser executar ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e os trabalhos necessários à realização da prestação, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, em relação ao terceiro.

Parágrafo único. O direito de preferência deverá ser exercido no prazo de 5 (cinco) dias, após aprovada a proposta do terceiro.

Art. 821. Na obrigação de fazer, quando se convencionar que o executado a satisfaça pessoalmente, o exequente poderá requerer ao juiz que lhe assine prazo para cumpri-la.

Parágrafo único. Havendo recusa ou mora do executado, sua obrigação pessoal será convertida em perdas e danos, caso em que se observará o procedimento de execução por quantia certa.

E, por fim, os arts. 822 e 823 do CPC de 2015 disciplinam a execução de título executivo extrajudicial envolvendo obrigação de não fazer, prevendo a possibilidade de proceder ao desfazimento do ato ou à conversão em perdas e danos na hipótese de recusa ou mora do executado:

Art. 822. Se o executado praticou ato a cuja abstenção estava obrigado por lei ou por contrato, o exequente requererá ao juiz que assine prazo ao executado para desfazê-lo.

Art. 823. Havendo recusa ou mora do executado, o exequente requererá ao juiz que mande desfazer o ato à custa daquele, que responderá por perdas e danos.

Parágrafo único. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos, caso em que, após a liquidação, se observará o procedimento de execução por quantia certa.

Em que pese a excepcionalidade do processamento na Justiça do Trabalho de execuções autônomas envolvendo títulos executivos extrajudiciais cujos objetos sejam obrigações de fazer ou de não fazer, a aplicação das regras constantes dos arts. 814 a 823 do CPC de 2015 se revela plenamente admissível no âmbito do modelo processual do trabalho, em virtude da omissão da legislação especializada e da compatibilidade de tal disciplina com as normas que regem o sistema brasileiro de processo laboral.

6. CONCLUSÕES

O exame dos vários dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 que disciplinam a tutela específica de prestações de fazer e de não fazer, sejam aquelas normas próprias da fase cognitiva originária, sejam aquelas regras típicas da fase de cumprimento de sentença (efetivação endoprocessual ou fase executiva de uma relação processual

sincrética) ou de uma execução autônoma de título executivo extrajudicial, revela uma sintonia entre tais diretrizes normativas do processo comum e os (poucos) dispositivos da legislação processual trabalhista consolidada que tratam de idêntica matéria.

Os incisos IX e X do art. 659 da CLT, ao estipularem medidas liminares de cunho satisfativo envolvendo prestações de não fazer (não transferir um empregado) e de fazer (reintegrar um empregado). Os arts. 137 e 729 da CLT, ao estipularem multas *astreintes* como ferramentas para buscar a tutela específica em execuções trabalhistas envolvendo a concessão de férias ou a reintegração no emprego. E o art. 496 consolidado, que autoriza o magistrado a converter em perdas e danos a obrigação de reintegrar quando esta se revela desaconselhável. Todos os dispositivos encontrados na legislação processual trabalhista guardam harmonia com a disciplina consagrada na Lei n. 13.105, de 2015, quanto às fórmulas procedimentais previstas para assegurar a tutela específica das prestações de fazer e de não fazer.

Seja a ordem hierárquica preferencial das tutelas (primeiro a tutela específica, em seguida a tutela de equivalência e como última opção a tutela ressarcitória *stricto sensu*), seja no uso de ferramentas, como as multas diárias e as “medidas necessárias” para promover a entrega da tutela específica, as normas do CPC de 2015 integram o corpo normativo do modelo processual do trabalho, servindo como fonte subsidiária (preenchendo as lacunas decorrentes das omissões normativas, ontológicas e axiológicas) e fonte supletiva (complementando o sistema processual trabalhista mediante a maior densificação das normas incompletas de tal legislação especializada), de forma a permitir uma melhor atuação jurisdicional dos órgãos da Justiça do Trabalho.

E tal heterointegração, com o uso de institutos oriundos de uma disciplina processual própria das prestações de fazer e de não fazer, é absolutamente imprescindível à consecução da missão de promover, sempre que possível, uma tutela jurisdicional efetiva, entregando ao jurisdicionado vencedor exata e precisamente aquilo que lhe é devido mediante o adimplemento da obrigação correspondente.

Somente assim será possível alcançar o objetivo da plena satisfação do destinatário dos serviços judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer. *Revista LTr*. v. 59, n. 8. São Paulo, agosto/1995.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tércio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

10 O ACESSO À (IN)JUSTIÇA NA REFORMA TRABALHISTA

Clarice Cardim Pinheiro

Funcionária na área de Gestão de Pessoas. Bacharelanda em Direito pela Faculdade Imaculada Conceição do Recife (FICR).

I. Introdução

Frente às novas atualizações legislativas, fundamentadas na necessidade de modernizar a relação trabalhista, surgem debates acerca da aplicação de novos fundamentos trazidos com a reforma trabalhista; novos contornos se delineiam e trazem à tona a mitigação do acesso à justiça. O que já não era um acesso irrestrito e vivido em sua completude, se distancia ainda mais de seu propósito fundamental garantido constitucionalmente.

A justiça do trabalho, ainda que destinada para lides de natureza trabalhista e proteção ao trabalhador, é essencialmente utilizada por desempregados, sendo, por isso, bastante característico o acesso por pessoas desprovidas de renda ou outras formas de sustento (DELGADO, 2017). Isso porque, no modelo brasileiro de ausência de garantia de emprego, os empregados não estáveis tornam-se temerários quanto à

possibilidade de desligamento caso proponham uma demanda judicial durante a vigência do seu contrato de trabalho.

Neste sentido, o ramo do direito do trabalho possui uma particularidade que lhe é inerente: a proteção do trabalhador, este considerado parte hipossuficiente nas relações de emprego em que o patrão assume os riscos da atividade econômica e, por consequência, detém prerrogativas que o faz exercer poder sobre os seus subordinados. Tal relação é expressamente prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) quando, em seu artigo 2º define o empregador e no artigo 3º o empregado:

Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.

Diante deste quadro, o Estado possui função cogente de disciplinar como devem funcionar as relações trabalhistas a fim de evitar um desproporcional desequilíbrio de forças. Assim, por considerar que este poder interventivo deve estar alinhado à evolução das conquistas

dos direitos fundamentais, o constituinte de 1988 positivou elementos¹ – ao menos em tese – garantidores desta possível equiparação de forças dando aos trabalhadores direitos mínimos e fundamentais.

Tais direitos, previstos constitucionalmente, apoiam o direito do trabalho para fornecer maior segurança nas relações de trabalho tanto na relação formal quanto material.

Todavia, com o desenvolvimento das relações de emprego e surgimento de novas formas de trabalho, a aplicação da antiga CLT não condiz mais com a realidade, o que dificulta a geração e manutenção dos empregos. Ou seja, num mundo contemporâneo, subsidiar-se de leis e garantias criados em outro contexto foge à expectativa atual da manutenção da economia desequilibrando os lados da relação de trabalho, tornando caro e muito mais arriscado a contratação de empregados.

Em breve síntese sobre as particularidades do direito do trabalho, frisa-se que a construção do ideal de proteção ao trabalhador na história brasileira é marcada por aspectos eventualmente distintos dos Europeus. Enquanto na Europa a luta pelos direitos fundou-se em ideologias de luta efetiva e conscientização coletiva sobre os direitos

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença; § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. **Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

que estavam buscando (com até mesmo movimentos sangrentos); no Brasil houve ausência da consciência coletiva que justificasse a luta, pois o Estado se antecipou e entregou os direitos como se estivesse fazendo um favor e não entregando algo realmente de direito.

(...) o grande problema do direito do trabalho, no Brasil, foi a ausência de ideais de justiça ou, pelo menos, a ausência da difusão desses ideais perante a classe trabalhadora, que pudessem formar uma consciência de classe e de cidadania nos trabalhadores. Isso provocou, ou pelo menos levou a crer, por uma atitude puramente ideológica, que o direito brasileiro conquistado teria sido um direito concedido. (MAIOR. 2000.pg. 71)

Assim, o Estado brasileiro, antecipando-se em formalizar a justiça trabalhista, entregou direitos condizentes com as necessidades da época, versado na característica da massa trabalhadora, carente inclusive de ideais.

A ausência de esforços coletivos em torno de um objetivo comum, permitiu o engrandecimento regulatório do Estado antes mesmo que os movimentos trabalhistas tomassem forma. Graças a essa antecipação é que o Estado acaba propondo novos textos legais adequados aos interesses da classe que detém o poder e que pressiona o Estado para agir em favor da manutenção da hierarquia da classe econômica mais favorecida.

Neste sentido, consubstanciado no propósito de atender às demandas dos empregadores e de modernizar a CLT, em 2017, o Poder Legislativo editou a Lei 13.467 que trouxe à tona diversas questões, recebendo inúmeras críticas tanto por aspectos formais, como por ter surgido abruptamente e sem ter aberto diálogo com a sociedade, como também pelos aspectos materiais a respeito do conteúdo inserido ou alterado.

Tais críticas evidenciaram um posicionamento menos protetivo do Estado, distribuindo ao empregado mais riscos dos quais ele

não deveria suportar. Ou seja, a nova CLT passou a reduzir direitos e, conseqüentemente, a afastar-se de seu propósito de tratar como hipossuficientes os trabalhadores (DELGADO, 2017).

Assim, viu-se o direito ao acesso à justiça ser tolhido por meio da inserção dos artigos 790-B *caput* e §4º, 791-A, §4º, e 844, §2º. Nestes artigos torna-se claro a nova faceta do Estado em conduzir os desalentados – já desprovidos de sustento – a amargurar a carência de provimento estatal por não poder custear uma lide que verse sobre seus direitos violados, pelo simples temor de, ao buscar a solução jurisdicional, arriscarem-se a sair devendo.

Diante deste quadro, pertinentes questões e argumentos podem ser trazidos para tentar defender ou atacar a reforma trabalhista. No sentido favorável à reforma é lugar comum, em peças interpostas por *Amicus Curiae*³ na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766/DF, argumentar sobre a necessidade de modernização e impor

2 Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. [...] § 4 o Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. **Art. 791-A.** Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (...) e o máximo de 15% (...) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. § 4 o Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. **Art. 844.** § 2 o Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

3 Argumentam neste sentido: Central Brasileira do Setor de Serviços – CE-BRASSE (pedido indeferido como *Amicus Curiae*); Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP (pedido indeferido como *Amicus Curiae*); Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA (pedido deferido como *Amicus Curiae*); Confederação Nacional do Transporte – CNT (pedido deferido como *Amicus Curiae*).

freios ao acesso à justiça a fim de reequilibrar de forma responsável o número de demandas trabalhistas que vem encharcando e encarecendo o judiciário. Entendem também que o excesso de proteção ao trabalhador acaba desprotegendo-o, pois, ao onerar de forma sobremaneira o empregador, acaba impedindo que sejam criados postos de trabalho afetando, inclusive o direito social ao trabalho estampado na constituição. Sob esta ótica, dizem que não se pode confundir acesso a recorrer à justiça e litigiosidade irresponsável, sendo extremamente necessário a reforma a fim de impor medidas que tragam mais responsabilidade aos demandantes, minimizando demandas consideradas desarrazoadas, bizarras e incoerentes.

De outro lado, aos que atacam⁴ a reforma, é possível argumentar que o atual texto visa apregoar medo, empurrando o risco de demandar em juízo ser tornar algo caro. Pois, dando mais restrição ao acesso à justiça, por via da gratuidade judiciária, desequilibram-se as armas processuais dos litigantes já desabastados pela inerente condição de hipossuficiência. Assim, violam-se os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*), da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa (art. 5º, LV) e da assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV).

Tais abusos, conforme já foi referenciado acima, foram objeto da ADI 5766/DF⁵ proposta pela Procuradoria Geral da República, por meio do Procurador-Geral da República à época – Rodrigo Janot Monteiro de Barros –, e impugna as normas da reforma, por entender que elas inviabilizam ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista e lhe atribui o pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de

4 Neste sentido, a expressão maior da repercussão negativa da reforma trabalhista consubstancia-se na própria Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766/DF.

5 Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5766/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5250582>> Acesso em: 06 jun. 2018

créditos trabalhistas auferidos no processo, de natureza alimentar, em prejuízo do sustento próprio e do de sua família.

Torna-se, portanto, necessário aprofundar o debate, pois num cenário de desenvolvimento histórico, em que o acesso à justiça, foi cada vez mais tentado em ser mais vivido de fato, surgem movimentos contrários que remetem a conceitos superados.

Isso porque, projetam um acesso à justiça já nos moldes dos séculos 18 e 19, quando era visto como direito natural, e, por assim sê-lo, o Estado não era chamado a protegê-lo. Este, como os demais direitos eram tidos como anteriores ao Estado e, por isso, só era necessário preservar para que o direito não fosse infringido por outros, servindo como um escudo, porém não garantidor (CAPPELLETTI; GARTH, 1998).

Nesta obtusa relação entre o novo e o velho, a modernização e a manutenção da justiça com acesso igualitário, faz-se relevante aprofundar cada ponto de vista a fim de entender os novos contornos que serão dados na justiça trabalhista. Os trabalhadores voltarão a ficar marginalizados e desprovidos da jurisdição estatal? Quais elementos apaziguadores da reforma tendem a minimizar esses efeitos negativos e controversos?

Com a análise das reais mudanças e impactos trazidos pela reforma, será possível compreender quais novos obstáculos devem ser vencidos e como assegurar o uso do direito de fato ao acesso à justiça.

2. O acesso à justiça como direito fundamental garantido constitucionalmente

A partir do momento em que o Estado tomou para si o poder de aplicar e dizer o direito, afastou de seus jurisdicionados a possibilidade de resolução dos conflitos por meio da autotutela (ressalvadas algumas exceções) e, conseqüentemente, passou a deter uma obrigação de proporcionar o acesso à justiça de forma ampla e irrestrita a todos que busquem a tutela estatal.

Fundamentado na proteção que o Estado deve proporcionar e com o monopólio de aplicar o direito, tornou-se essencial dispor meios para que a sociedade pudesse gozar de forma efetiva de um sistema de justiça acessível e justo e que fosse independente da capacidade econômica do interessado.

Canotilho (2003) esclarece que o direito ao acesso aos tribunais é concretização do princípio estruturante do direito. De tamanha importância é tido como direito humano reconhecido por meio de diversos normativos internacionais⁶.

Em 1988 o Brasil adotou uma Constituição que acomoda explicitamente direitos e garantias fundamentais, reconhecendo-os e internalizando-os em nosso ordenamento jurídico, de tal forma que todo o conjunto legislativo infraconstitucional deve se coadunar com os princípios protetivos e garantidores da essência constitucional.

É possível visualizar, assim, que o texto constitucional adota o princípio da inafastabilidade jurisdicional exposto no artigo 5º, inciso XXXV, que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-

6 Artigos. 8 e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) de 1948. Artigo 8. Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. Artigo 10. Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra si. Artigo 14, item 1, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966. Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. Artigo 8, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969. Artigo 8. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Para aprimorar o acesso útil à justiça, assegura-se também constitucionalmente a gratuidade da justiça no artigo 5º, inciso LXXIV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Assim, ademais do princípio da inafastabilidade da jurisdição, por meio deste direito fundamental, permite-se ampliar as formas de garantir o acesso à justiça, o que deveria ser o suficiente para encerrar de uma vez todos os empecilhos que possam ser criados para que o cidadão tenha direito a prestação jurisdicional do Estado.

Com a previsão estampada na constituição observa-se a importância do Estado para a concretização desses direitos. Canotilho *apud* Marinoni (2015, p. 80), afirma que:

à medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos (...), resulta, de forma imediata, para os cidadãos: -o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos.

A Constituição Federal ainda prevê os princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV), e o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV)

que, aliados aos dois princípios supracitados, possibilitam a integração e incorporação do pleno acesso à justiça.

É importante observar que quando o Estado retira da população o direito de ela regular seus conflitos, passa a monopolizar o Direito, mas com a necessidade de ser provocado. Ou seja, há um risco de não haver a prestação da justiça para aqueles que sequer provoquem o Estado, tornando por sua própria característica estrutural, limitante sob este ponto de vista.

Essas limitações são de ordem social, cultural e econômica que acabam deixando parte da população sem o conhecimento de que podem buscar alento junto ao Estado, este que deve promover e reduzir os obstáculos ao acesso à justiça (GOMES; HOLANDA, 2007).

Neste sentido, em um país com inúmeras desigualdades sociais e econômicas, proporcionar acesso à justiça integralmente, representa um dos principais elementos para busca da igualdade.

Dentre as diversas alternativas para facilitar o acesso à justiça, a assistência jurídica prestada pelo Estado parece ser mais importante, mormente num país repleto de contradições como o Brasil: enquanto uns dispõem de todas as condições para ter uma existência digna, outro ficam completamente à margem das ações do Estado, muitas vezes passam todo o ciclo de vida sem existir formalmente. A desigualdade social não permite que a maioria da população tenha acesso à educação de qualidade, requisito essencial para desenvolver senso crítico e capacitar o indivíduo a identificar seus direitos. (GOMES; HOLANDA, 2007, p.139)

Embora a prestação jurisdicional esteja disposta constitucionalmente como direito fundamental, não significa que ela seja acessível a todos. Embora haja um aumento nas demandas judiciais, existem variáveis que diferenciam as pessoas que acionam a justiça. Pequenos grupos, mais favorecidos, social e economicamente, vem aumentando

a busca pelos serviços judiciais, constatando-se que uma minoria utiliza cada vez mais o judiciário, enquanto a maioria da população sequer conhece ou tem acesso efetivo a conhecer os serviços prestados pelo Estado (SADEK, 2001 *apud* GOMES; HOLANDA, 2007).

Desta forma, acaba-se reconhecendo que existe mais obstáculos para acessar a justiça pelos mais desprovidos:

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

Assim, verifica-se a necessidade de manter a busca pela efetiva concretização do acesso à justiça, posto que diante das situações fáticas, sabe-se que a busca da camada mais necessitada pelos seus direitos ainda pode ser bastante prejudicada acaso se dificulte mais o acesso aos mecanismos garantidores da justiça gratuita e do acesso à justiça propriamente dito.

Para garantir a efetividade do dispositivo constitucional, característica da incorporação dos direitos fundamentais no ordenamento brasileiro, faz-se necessário a aplicação de remédios que ao menos estimulem a busca pela justiça seja pelo caráter de viabilizar economicamente o pleito, seja pela conscientização dos direitos que a população possui.

3. Acesso à justiça e a isenção de despesas processuais como direito fundamental

Ainda que esteja previsto o direito de acionar a justiça, o seu uso por si só não é gratuito; há custos inerentes a própria atividade que são pagos por meio de custas e emolumentos e outros valores que

ingressam nos Tribunais, como multas, que servem de meio de subsistência para o funcionamento regular da justiça.

Obviamente, estes custos não representam por si só um óbice à busca da justiça, pois existem diversos meios de contornar a obrigatoriedade de pagamento acaso o postulante não tenha condições econômicas de fazê-lo, conforme disciplina o artigo 790, §§ 3º e 4º da CLT⁷. Este instrumento é essencial para dar efetividade ao acesso à justiça, promover a gratuidade quando o ônus do custo se torna um fator impeditivo na busca do seu direito.

Conforme supramencionado, o artigo 5º, inciso LXXIV garante a justiça gratuita àqueles que não possam custeá-la sem prejuízo ao seu próprio sustento e de sua família. Acontece que, com os dispositivos introduzidos com a Reforma Trabalhista, nos artigos 790 – B,

7 Art. 790 (...) § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. § 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. (grifo nosso)

caput, §4º, 791-A, §4º e 844, §2º⁸, a explícita possibilidade de o trabalhador pobre ter que arcar com custas processuais e honorários advocatícios, ainda que beneficiários da justiça gratuita, viola integralmente o direito fundamental do acesso à justiça garantido constitucionalmente.

Isto porque, quando existe uma obrigatoriedade ou receio de não ver atendido o pleito de gratuidade de justiça, há, de imediato, uma hesitação quanto a possibilidade de acionar a justiça, pelo simples temor de ter que pagar para ingressar com o pleito e ainda correr o risco de ter sua ação julgada improcedente, sendo obrigado a arcar com custas e honorários sucumbenciais à parte vencedora.

4. Acesso à justiça no processo trabalhista

A justiça trabalhista é uma área especializada voltada para tratar litígios provenientes das relações trabalhistas. A necessidade de sua existência corrobora a essência da sua razão ser: a proteção dos trabalhadores, parte hipossuficiente, nas relações de trabalho.

8 Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. [...] § 4º o Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (...) e o máximo de 15% (...) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (...) § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. Art. 844. (...) § 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

(...)ao contrário do que ocorre nas demais controvérsias, nas quais se presume a igualdade entre opositores, nos conflitos trabalhistas o confronto se dá, basicamente, entre litigantes desiguais: o trabalhador subordinado e seu empregador subordinante (GIGLIO; CORRÊA, 2007. pg.77).

Nesse sentido, explica GIGLIO e CORRÊA (2006) que para solucionar esse tipo de demanda fez-se necessário a aplicação de soluções novas, que abarcassem a singularidade das demandas trabalhistas.

Como característica fundamental, a justiça do trabalho é mais célere do que a justiça comum, pois trata de litígios que envolvem verbas alimentares, essenciais para subsistência do trabalhador e, para proteção da parte que é notadamente mais inferiorizada na relação avençada, oportuniza-se mecanismos ágeis de solução dos conflitos.

As questões trabalhistas não devem permitir delongas, não só pela urgência ditada pela necessidade de satisfação econômica de direitos, em grande parte de natureza alimentar, como também em decorrência de imperativos sociais e políticos: a estrutura social e a estabilidade das instituições políticas não resistiriam ao retardamento de meses ou anos – como acontece normalmente com as demandas de direito comum – para a solução das greves. (GIGLIO; CORRÊA, 2007. pg.91)

Um desses mecanismos é a própria possibilidade de acionar a justiça para provocar a resposta jurisdicional, tentando viabilizar o direito desrespeitado, manifestação do próprio direito de ação.

Visando minimizar os custos e maximizar a efetiva tutela jurisdicional, o sistema processual trabalhista, possui outras ferramentas que ampliam o acesso à justiça, como é o caso do *jus postulandi*, onde o interessado pode propor ação judicial sem a necessidade de contra-

tar um advogado, podendo exercer por si só, praticamente em todas as esferas, o direito de ação, consubstanciando o acesso à justiça.

É fora de dúvida que a intervenção de advogado é proveitosa para melhor ordenação e celeridade dos processos. A faculdade de requerer sem a intermediação de advogado, outorgada às partes, visou principalmente poupar-lhes os gastos com honorários, considerando, como regra, a insuficiência econômica do trabalhador. (GIGLIO; CORRÊA, 2007. pg.121)

Essa peculiaridade da justiça do trabalho já é posta para que os demandantes, trabalhadores e muitas vezes desconhecedores dos procedimentos judiciais possam antecipar e buscar de imediato a efetiva jurisdição estatal. Todavia, esse direito e o próprio direito ao acesso à justiça esbarra na capacidade de compreensão da dimensão dos direitos que os trabalhadores possuem.

Para que os trabalhadores – ainda que coletivamente considerados – pudessem negociar com patrões melhorias efetivas das condições de trabalho seria necessário, no caso brasileiro, a alteração de várias outras condições básicas, especialmente o ensino educacional, que pudesse dar aos trabalhadores a dimensão de sua cidadania. De qualquer modo, visualiza-se a dificuldade de concretização dessa ideia, pois o ensino acaba reproduzindo a ideologia dominante. (MAIOR. 2000. pg.190)

Ou seja, a efetividade do o acesso à justiça, por mais ampla que possa parecer, encontra óbice em questões culturais e sociais característica do próprio povo, limitando sua efetiva busca e luta por seus direitos. De forma que, a essência do processo trabalhista tenta ao máximo convidar os interessados para que ali possam ver a luta con-

gruente do estado em solucionar seus conflitos e buscar conjuntamente a efetivação do seu direito.

5. Gratuidade na Justiça do Trabalho e a questão da hipossuficiência da classe trabalhadora

É sabido que a relação trabalhista é marcada pela vulnerabilidade econômica do trabalhador que depende essencialmente do labor para seu sustento, impossibilitando-o de ser tratado com igualdade. Inclusive, por essa situação, a justiça trabalhista mostra-se tão essencial para resolver os litígios trabalhistas, pois tende a buscar o equilíbrio nas relações de emprego e consequentemente proteger a parte hipossuficiente que é o empregado.

Essa marca propõe uma valorização do princípio constitucional da isonomia consubstanciada no processo trabalhista. Assim, Didier (2015) observa que a constitucionalização do processo é característica do atual Direito sendo, inclusive, absorvida nos normativos processuais ocidentais regras pertinentes aos direitos fundamentais processuais. No sentido da instrumentalidade do processo, o processo vem para concretizar e efetivar o direito material, sendo, nesta vertente, papel dele a garantia efetiva do direito fundamental ao acesso à justiça.

6. Impactos da Reforma Trabalhista.

Há que se aclarar que os inúmeros impactos decorrentes da Reforma Trabalhista, trazidos com a Lei nº 13.467/2017 não podem ser explicitados integralmente aqui, primeiramente porque nem todos os contornos já foram expressivamente delineados e, em seguida, porque o que importa neste trabalho reflete exclusivamente ao acesso à justiça.

Com profunda crítica, Delgado (2017), denuncia o sentido contrário e regressivo dos basilares da Reforma, posto que se disso-

ciaram das ideias matrizes constitucionais previstas em nosso sistema jurídico, como exemplo:

a concepção de Estado Democrático de Direito, a principiologia humanística social constitucional, o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo justralhista e da compreensão constitucional do Direito como instrumento de civilização” (DELGADO. 2017. pg.41).

No tocante ao acesso à justiça, que afeta sobremaneira o campo do Direito Individual do Trabalho, Delgado (2017. pg.41) entende que “A Lei n ° 13.467/2017 busca romper com essa lógica civilizatória, democrática e inclusiva do Direito do Trabalho, por meio da desregulamentação ou flexibilização de suas regras imperativas incidentes sobre o contrato trabalhista”.

Essas teorias para flexibilização e desregulamentação são fruto da ideia de que “o direito do trabalho deixa de ser um meio de valorizar o trabalho e o homem, passando a ser examinado em conformidade com as contingências econômicas.” (MAIOR, 2000 pg.71).

Esta interpretação é o que tornou a Reforma Trabalhista viável dentro do ponto de vista econômico e serviu de mote para que se defendesse a necessidade de modernização da CLT. Embora, reconheça-se a inevitável necessidade de adequação e reformulação da CLT, ressalta-se que essas mudanças não deveriam divergir dos princípios basilares constitucionais e da própria justiça trabalhista.

Tratando-se de aspectos objetivos, já se mencionou que a mera possibilidade de arcar com custas processuais e honorários advocatícios à parte vencedora, ainda que beneficiários da justiça gratuita, torna no mínimo duvidosa a proteção do direito fundamental ao acesso à justiça.

Sob o ponto de vista subjetivo, ao instituir a mera possibilidade de custos que não havia, afeta-se o *animus* do indivíduo, que passa a se desmotivar por receios acerca de como será interpretado o seu direito.

Esta lógica converte-se no pensamento econômico inconsciente quando para duas escolhas, o sujeito vê-se diante de um *tradeoff*⁹ em que terá que avaliar “o custo de oportunidade”¹⁰ entre buscar o seu direito ou arriscar a pagar por ele. Mankiw (1999, pg.5) examina bem essa situação: “Como as pessoas enfrentam *tradeoffs*, a tomada de decisões exige a comparação dos custos e benefícios dos vários cursos de ação. Em muitos casos, contudo, o custo de alguma coisa não é tão óbvio como poderia parecer à primeira vista.”

Essa conexão subversiva torna-se incoerente com o modelo social e os princípios trabalhistas, posto que, conforme supracitado, a sociedade é carente para distinguir os elementos em que se fundam seus direitos e, portanto, não possuem dimensão completa sobre os impactos e consequências de suas decisões.

O reflexo sobre esse ponto subjetivo pode ser observado pelos dados obtidos pela própria justiça do trabalho, que verificou uma redução drástica de ações trabalhistas após a Reforma Trabalhista ter entrado em vigor.

Conforme matéria jornalística da revista digital Carta Capital¹¹ escrita por Marina Gama Cubas (2018), entre dezembro de 2017 e março de 2018, houve uma redução de 46% no ajuizamento das ações trabalhistas. Ainda que não se possa estabelecer com segurança que a redução é consequência absoluta da restrição da gratuidade da justiça, Guilherme Feliciano (2018 *apud* Cubas, 2018), presidente da ANA-MATRA, entende que a Reforma traz temeridade ao trabalhador, pelas restrições e novas condições, estimulando-o a não buscar a concretiza-

9 *Tradeoff* termo inglês que define uma situação que há conflito de escolha. Mankiw (1999, pg.5) diz que “reconhecer os *tradeoffs* da vida é importante porque as pessoas só tomam decisões acertadas se entenderem as opções disponíveis.”

10 O **custo de oportunidade** de um item é aquilo que se abre mão para obter aquele item. Ao tomar qualquer decisão, como quando se trata de frequentar uma universidade, os tomadores de decisão deveriam estar atentos aos custos de oportunidade que acompanham cada ação possível. (MANKIWI, 1999. pg. 6)

11 Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/Apos-reforma-numero-de-novos-processos-trabalhistas-caiu-pela-metade>> Acesso em: 18 out. 2018.

ção de seus direitos “Tudo aquilo que exige uma prova um pouco mais trabalhosa, como provas periciais, o trabalhador teme não conseguir realizar e ter que pagar a perícia e o advogado da empresa no valor correspondente aos honorários”.

Isso porque as alterações nos artigos 790-B e 791-A da CLT, referente a honorários periciais e advocatícios, respectivamente, trouxeram uma restrição ao instituto da justiça gratuita, uma vez que, caso seja sucumbente em sua pretensão, a parte deverá arcar com o pagamento dos honorários do perito e do advogado mesmo que seja beneficiário da justiça gratuita.

Ademais, ainda há a previsão, no §4º do artigo 790-B e no §4º do artigo 791-A, do beneficiário da justiça gratuita ter que arcar com os honorários (periciais e advocatícios) com os créditos auferidos em juízo no mesmo processo ou até mesmo em outro processo, fazendo com que o reclamante, que pleiteia por uma verba alimentar tenha o receio de que não compensa o risco ingressar na justiça, sob a ameaça de ver improdutivo todo o seu esforço e o seu ganho, impactando significativamente na redução das demandas trabalhistas.

De outro lado, a análise feita pelo atual presidente do Tribunal Superior do Trabalho – TST, Batista Brito Pereira, em entrevista a William Castanho (2018) para Folha de São Paulo¹², é que “A Justiça do Trabalho está em paz com a reforma trabalhista”, que “Não houve ruptura da legislação trabalhista” e que “A CLT continua viva”. Para Batista (2018) a queda nas ações trabalhistas deveu-se à expectativa de como a jurisprudência iria se formar. Passada a fase de contestações é possível afirmar que as ações voltarão a aumentar e que a CLT permaneceu protegendo os direitos trabalhistas, cabendo aos juízes, diante das situações fáticas da aplicação da nova legislação, julgar conforme sua percepção, afastando a aplicação caso entenda ser inconstitucional a nova regra.

12 Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/11/juizes-estao-em-paz-com-reforma-trabalhista-mas-volume-de-aco-es-vai-subir-diz-batista-brito-pereira.shtml>> Acesso em 04 nov. 2018.

7. Conclusão

Os direitos fundamentais foram positivados em nossa constituição não apenas para satisfazer os anseios dos movimentos sociais que buscavam o reconhecimento por parte do Estado dos direitos essenciais ao homem, mas representaram, sobretudo, a compreensão estatal de que os direitos humanos são os pilares para construção de uma sociedade mais justa e democrática.

Ainda que existam limitadores de ordem social e econômica, o Estado deve proporcionar uma ampla e efetiva concretização de direitos essenciais para os mais necessitados, seja por meio de criação de direito material, como do instrumento adequado para efetivá-lo.

Assim, não só o texto constitucional serve de parâmetro, como também os mecanismos processuais instados em normativos infraconstitucionais servem para efetivar o completo acesso à justiça, trazendo soluções pertinentes que foram instituídas considerando as necessidades das partes envolvidas para que elas possam, em sede judicial terem uma disputa com paridade de forças.

Para tornar factível o princípio da igualdade, dentro do campo econômico, o ordenamento brasileiro estipulou mecanismos garantidores do acesso à justiça, forneceu, portanto, a possibilidade daqueles que não pudessem arcar com os despesas judiciais sem prejuízo da própria subsistência, pudessem ter a isenção de despesas processuais como um estímulo à busca pelos seus direitos, concretizando assim o direito fundamental de gratuidade judiciária.

Quando a situação da disparidade de forças ingressa no ramo do direito processual do trabalho, existe o reconhecimento de que o trabalhador é a parte hipossuficiente da relação empregatícia e, portanto, devem ser oportunizados mecanismos facilitadores do acesso à justiça do trabalho, assim como existe no Processo Civil em questões que envolvem o Direito do Consumidor. Esses mecanismos processuais devem estimular a busca da efetividade do direito material trabalhista e não apenas gerar temor acaso venha a não ser reconhecido seu direito.

A gratuidade da justiça do trabalho à luz da reforma trabalhista trouxe contornos assombrosos, pois passou a permitir situações esdrúxulas em que o beneficiário da justiça gratuita deverá arcar com honorários periciais, advocatícios e custas caso seja sucumbente na lide processual.

Ora, se sequer consegue-se alcançar a plenitude de compreensão de direitos sociais que possuem, ainda querem punir com a possibilidade de gastos com a justiça para os que se aventurarem a buscar seus direitos, mesmo que beneficiários da justiça gratuita. Podendo inclusive existir um fator surpresa que torne o trabalhador mais pobre quando findar a lide processual trabalhista.

A reforma trabalhista ocasionou a queda no número de ações, sem, no entanto, resolver as lides. Ou seja, a diminuição das ações trabalhistas não é sinônimo da diminuição de controvérsias trabalhistas. O direito não está sendo aplicado, mas restringido.

Dado o exposto, a reforma trabalhista nasceu de uma aparente intenção de adequação à realidade laborativa dos dias atuais. Todavia o objetivo essencial – disfarçado na manutenção e modernização dos direitos – pode ser questionado acerca de suas reais intenções, pois são facilmente encontrados efeitos de interpretação textual que desmotivam o empregado a buscar alento na Justiça do Trabalho e ainda há o efeito concreto da redução de demandas trabalhistas. Esses efeitos podem sugerir uma mitigação da proteção estatal laborativa com a consequente extinção da Justiça do Trabalho.

É difícil a argumentação de que o viés da reforma serviu de estímulo à extinção da Justiça Trabalhista, pois o argumento central do legislativo nunca foi pronunciado neste sentido. Aliás, sempre foi defendido que a intenção legislativa fora de preservar os direitos trabalhistas e o trabalho. No entanto observa-se que os efeitos subjetivos temerários da reforma não condizem com esta realidade.

Os dados levantados das reduções das demandas não expressam apenas a espera da formatação da jurisprudência. Junto a esta plausível relação, denota claramente o receio dos trabalhadores verem à mingua seus direitos ou até mesmo de deixarem de lutar por eles, pela

questão econômica/matemática de não valer à pena os esforços para ter que, ao final, dividir suas verbas alimentares, essenciais à sua subsistência, com o Estado, que deveria protegê-lo de sua própria situação precária como preconiza a lei.

Portanto há uma agressão do Estado ao trabalhador e a própria Constituição, pois deixa de buscar garantir os direitos sociais para população, para colocá-lo em situação acentuada insegurança.

8. Referências Bibliográficas

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017

GIGLIO, Wagner D; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 16ª ed. rev., ampl., atual. e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007

MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **O Novo Processo Civil**. Editora RT, 2015

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª edição, Salvador: Editora Jus Podivm, 2015

GOMES NETO; José Mário Wanderley; HOLANDA, Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva. **Cidadania e acesso à justiça: o modelo de assistência jurídica oferecido pelo estado de Pernambuco, a partir da Constituição de 1988**. Recife: ESMAPE, 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**; tradução Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CUBAS, Marina Gama. Após reforma, número de novos processos trabalhistas caiu pela metade. **Carta Capital**, 01 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/Apos-reforma-numero-de-novos-processos-trabalhistas-caiu-pela-metade>> Acesso em: 18 out. 2018.

CASTANHO, Willian. “Juízes estão em paz com reforma trabalhista, mas volume de ações vai subir”, diz Batista Brito Pereira. **Folha de São Paulo**, 03 nov. 2018. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/11/juizes-estao-em-paz-com-reforma-trabalhista-mas-volume-de-acoes-vai-subir-diz-batista-brito-pereira.shtml>> Acesso em 04 nov. 2018.

Jurisprudência

Acórdãos

ACÓRDÃOS

. PROCESSO TRT nº 0000460-04.2017.5.06.0000 (IUJ)

Órgão Julgador : TRIBUNAL PLENO

RELATORA DES. MARIA DAS GRAÇAS DE ARRUDA FRANÇA.

SUSCITANTE : DESEMBARGADOR VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO.

SUSCITADOS : FELIPE DE SÁ ROCHA.

SER EDUCACIONAL S.A.

ADVOGADOS : MARIA DE FÁTIMA BEZERRA.

EDMILSON BOAVIAGEM ALBUQUERQUE MELO

JÚNIOR.

PROCEDÊNCIA: TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO.

EMENTA: INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº. 13.467/2017. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. Após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, foram revogados expressamente os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT, que dispunham acerca dos procedimentos dos Incidentes de Uniformização no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho. Logo, embora os atos já realizados permaneçam imunes à eficácia nova, aos que ainda não o foram, como é o caso, deve ser aplicada a nova Lei, não se cogitando em direito adquirido à observância de uma determinada norma processual anterior em matéria de Incidente de Uniformização. Por

corolário, não mais existindo em nosso sistema normativo jurídico o instituto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, não há como prosseguir com o julgamento do presente feito, diante da perda superveniente do interesse processual em instaurar o presente IUJ, por ausência de amparo legal.

VISTOS ETC

Trata-se de Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pelo Exmo. Desembargador Valdir José da Silva de Carvalho, Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, nos autos da reclamação trabalhista nº 0001188-74.2015.5.06.0013, em que figuram como partes **FELIPE DE SÁ ROCHA** e **SER EDUCACIONAL S.A.**, conforme disposto no art. 896, §§3º, 4º e 5º, da CLT.

Analisando os autos, constata-se que o Exmo. Desembargador Vice-Presidente do TRT da 6ª Região, ao proceder à análise do Recurso de Revista interposto pelo reclamante FELIPE DE SÁ ROCHA em face do acórdão proferido pela E. 3ª Turma deste Regional, verificou a existência de decisões conflitantes nas diversas Turmas que compõem este Sexto Regional no que se refere à aplicabilidade das “normas coletivas firmadas entre o Sindicato dos Professores no Estado de Pernambuco e o Sindicato dos Estabelecimentos de ensino no Estado de Pernambuco aos professores contratados pela Ser Educacional S.A. para ministrar aulas em cursos ligados ao PRONATEC - Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego” (ID b8de7c2 - Pág. 87), e suscitou o presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência, nos termos previstos no art. 104, do Regimento Interno desta Corte.

Determinado o despacho exarado sob o ID df739d5, quanto à expedição de edital a fim de que instituições parceiras do PRONATEC (Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego), tomassem conhecimento do conteúdo do referido Incidente e, se querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, requeressem a participação no feito, na qualidade de *amicus curie*, como regulado no art. 138 do CPC, o que foi cumprido no ID e1a2ecc, sem que tenha havido qualquer manifestação das entidades.

O Ministério Público do Trabalho da 6ª Região ofereceu parecer constante no ID 7594fbb, da lavra da Exma. Procuradora Chefe Adriana Freitas Evangelista Gondim, corroborando com o entendimento esposado pelas E. Primeira e Segunda Turmas, nos

acórdãos relativos aos processos nº 0001137-96.2015.5.06.0002 e nº 0001452-27.2015.5.06.0002, relatados pelos Desembargadores Sérgio Torres Teixeira e Eneida Melo Correia de Araújo, publicados no DEJT de 14.07.2016 e 08.03.2017, respectivamente.

É o relatório.

VOTO:

Como consignado no relatório, o Exmo. Desembargador Vice-Presidente do TRT da 6ª Região, ao proceder à análise do Recurso de Revista interposto pelo reclamante FELIPE DE SÁ ROCHA em face do acórdão proferido pela 3ª Turma deste Regional, constatou a existência de decisões conflitantes nas diversas Turmas que compõem este Regional no que se refere à aplicabilidade das “normas coletivas firmadas entre o Sindicato dos Professores no Estado de Pernambuco e o Sindicato dos Estabelecimentos de ensino no Estado de Pernambuco aos professores contratados pela Ser Educacional S.A. para ministrar aulas em cursos ligados ao PRONATEC - Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego” (ID b8de7c2 - Pág. 87), e suscitou o presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência, nos termos previstos no art. 104, do Regimento Interno desta Corte, de sua vez fundado nos §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT, conforme redação conferida pela Lei 13.015/2014.

Ocorre que, com o advento da Lei nº. 13.467/2017, em vigor desde 11/11/2017, foram introduzidas novas regras à Consolidação das Leis do Trabalho e, dentre elas, a revogação expressa dos §§ 3º a 6º do art. 896 da CLT, que dispunham acerca dos procedimentos dos Incidentes de Uniformização no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho.

E segundo estabelece o art. 14 do NCPC, subsidiariamente aplicado ao Processo do Trabalho, a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Assim sendo, embora os atos já realizados permaneçam imunes à eficácia nova, aos que ainda não o foram, como é o caso, deve ser aplicada a nova Lei, não se cogitando em direito adquirido à observância de uma determinada norma processual anterior em matéria de Incidente de Uniformização.

Por corolário, não mais existindo em nosso sistema normativo jurídico o instituto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, sobretudo cujo processamento tenha sido suscitado pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho ou pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho quando da admissibilidade do recurso de revista, não há como prosseguir com o julgamento do presente feito, diante da perda superveniente do interesse processual em instaurar o presente IUJ, por ausência de amparo legal.

Neste mesmo sentido decidiu recentemente este E. Regional, no julgamento do IUJ 0000615-41.2016.5.06.0000, ocorrido em 24/04/20187, de relatoria do Exmo. Desembargador Paulo Alcântara.

Com essas considerações, voto no sentido de extinguir o processo sem resolução do mérito, em conformidade com o art. 485, incisos I e IV, do NCPC. Não incidem custas (art. 976, § 5º do CPC).

ACORDAM os membros integrantes do Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, **por maioria, extinguir o processo sem resolução do mérito**, em conformidade com o art. 485, incisos I e IV, do NCPC; vencida a Excelentíssima Desembargadora Virgínia Malta Canavarro, que rejeitava a referida preliminar de extinção, com o conseqüente julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Não incidem custas (art. 976, § 5º do CPC).

Recife, 05 de junho de 2018.

MARIA DAS GRAÇAS DE ARRUDA FRANÇA
Desembargadora Relatora

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que, em sessão ordinária, realizada em **05 de junho de 2018**, na sala de sessão do Tribunal Pleno, sob a presidência do Excelentíssimo Desembargador Presidente IVAN DE SOUZA VALENÇA ALVES com a presença de Suas Excelências os Desembargadores Maria das Graças de Arruda França (Relatora), Eneida Melo Correia de Araújo, Virgínia Malta Canavarro, Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura, Sergio Torres Teixeira, Fábio André de Farias, Paulo Alcântara, José Luciano Alexo da Silva e Eduardo Pugliesi; as Juízas Convocadas Martha Cristina do Nascimento Cantalice, Mayard de França Saboya Albuquerque, Ana Maria Soares Ribeiro de Barros e Andréa Keust Bandeira de Melo; e a Excelentíssima Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região, Dra. Adriana Freitas Evangelista Gondim, **resolveu o Tribunal Pleno, por maioria, extinguir o processo sem resolução do mérito**, em conformidade com o art. 485, incisos I e IV, do NCP; vencida a Excelentíssima Desembargadora Virgínia Malta Canavarro, que rejeitava a referida preliminar de extinção, com o consequente julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Não incidem custas (art. 976, § 5º do CPC).

O Advogado Dr. Edmilson Bôaviagem Albuquerque Melo Júnior, OAB PE- 10.692-D, fez sustentação oral, na sessão plenária do dia 30.01.2018, em prol da SER EDUCACIONAL.

Ausências justificadas dos Excelentíssimos Desembargadores Vice-Presidente Valdir José Silva de Carvalho e Corregedora Dione Nunes Furtado Da Silva, por estarem participando do *“Curso de Formação Continuada em Administração Judiciária de Tribunais Regionais do Trabalho, realizado pela ENAMAT, em Brasília-DF”*.

Ausências justificadas do Excelentíssimo Desembargador André Genn de Assunção Barros, em virtude de compensação de férias; e das Excelentíssimas Desembargadoras Gisane Barbosa de Araújo e Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino, em razão de férias.

Ausência justificada da Excelentíssima Desembargadora Valéria Gondim Sampaio, por motivo de saúde.

Ausências justificadas das Excelentíssimas Desembargadoras Nise Pedroso Lins de Sousa e Maria do Socorro Silva Emerenciano, em virtude de licença médica.

KARINA DE POSSÍDIO MARQUES LUSTOSA
Secretária do Tribunal Pleno
VOTOS

Voto do(a) Des(a). IVAN DE SOUZA VALENCA ALVES

Acompanho os fundamentos do voto da desa. Relatora sintetizado na Ementa do acórdão, a qual transcrevo:

“EMENTA: INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº. 13.467/2017. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. Após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, foram revogados expressamente os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT, que dispunham acerca dos procedimentos dos Incidentes de Uniformização no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho. Logo, embora os atos já realizados permaneçam imunes à eficácia nova, aos que ainda não o foram, como é o caso, deve ser aplicada a nova Lei, não se cogitando em direito adquirido à observância de uma determinada norma processual anterior em matéria de Incidente de Uniformização. Por corolário, não mais existindo em nosso sistema normativo jurídico o instituto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, não há como prosseguir com o julgamento do presente feito, diante da perda superveniente do interesse processual em instaurar o presente IUJ, por ausência de amparo legal.”

Voto do(a) Des(a). ENEIDA MELO CORREIA DE ARAUJO

Voto no sentido da extinção deste Incidente de Uniformização de Jurisprudência.

Tal sucede porque o instituto de uniformização de jurisprudência que tinha regência no art. 896, §§ 3º, 4º, 5º e 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), fruto da Lei n. 13.015/2014 foi revogado pela Lei n. 13.467/2017.

De acordo com aquela norma jurídica (Lei n. 13.015/2014), os Tribunais Regionais do Trabalho teriam obrigação de promover à uniformização de sua jurisprudência. A regra jurídica afirmava, ainda que, esses tribunais aplicariam no que coubesse, o incidente de

uniformização de jurisprudência previsto pelos arts. 476 a 479 da Lei. 5.869/73, ou seja, no Código de Processo Civil em vigor à época.

Destaco que a força jurígena e a efetividade da Lei n. 13.015/2014 residia, sobretudo, no § 6º do art. 896 da CLT que dispunha como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista somente súmula ou tese jurídica prevalecente no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho.

Sendo assim, o incidente de uniformização de jurisprudência, fruto da Lei n. 13.015/2014, estava em harmonia com o CPC de 1973, que o regulava no Processo Civil.

Buscavam ambas as legislações processuais conferir relativa segurança jurídica aos jurisdicionados, propiciando-lhes conhecer o entendimento do tribunal sobre determinada questão de direito. Assim, antes de ajuizar a ação, o cidadão analisaria as possibilidades de vitória na demanda judicial, o que permitiria a prevenção de conflitos ou demandas judiciais. Visualizava-se, portanto, a previsibilidade objetiva das decisões judiciais.

Todavia, no Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC) não mais existe o normativo sobre esse instituto previsto no Código de Processo Civil anterior. Em outras palavras, desde a vigência do NCPC o instituto do incidente de uniformização de jurisprudência na esfera processual civil foi afastado. Em seu lugar, o legislador de 2015 fez opção clara pelo denominado incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), estabelecido nos arts. 976 a 987.

O IRDR foi considerado como a principal inovação do novo CPC e seus pressupostos permanecem sendo o da preservação da segurança jurídica e da isonomia. Também tomou como premissa a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. O caput do art. 796 do NCPC exige, para o cabimento do IRDR que esses dois requisitos estejam simultaneamente previstos. Não mais é necessário haver previamente decisões conflitantes para a instauração do procedimento. O cabimento impõe a mera existência de processos repetitivos que contenham controvérsia sobre matéria unicamente de direito e que ponha em risco à segurança jurídica e a isonomia (art. 976, I e II NCPC 2015).

Desta forma, quer à luz da nova legislação trabalhista (Lei n. 13.467/2017), quer de acordo com a sistemática do processo civil

atual (NCPD 2015) não mais existe, nos dois planos de processo, o instituto do incidente de uniformização de jurisprudência.

A norma contida no art. 1045 do NCPD e a Lei n. 13.467/2017, reforçam a compreensão pela obediência à normativa processual civil e trabalhista. Elas impõem a aplicação imediata da vontade expressa pelo legislador, no sentido de reconhecer que o instituto do incidente de uniformização de jurisprudência não mais está contemplado no ordenamento processual brasileiro.

Sendo assim, o fundamento de declaração da extinção do incidente é precisamente a aplicação imediata das leis processuais aos processos pendentes, ou seja, o art. 1.045 do CPC 2015, suas disposições sobre a uniformização de jurisprudência desde 2015 e a vigência da Lei n. 13.467/2017. Trata-se de um conjunto normativo, a ser interpretado de forma sistemática, de modo a atender à expressão de vontade do Poder Legislativo, órgão legitimado constitucionalmente para criar as leis.

Sempre é relevante afirmar a propósito, que as normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015 expressamente declaram estarem assentadas em princípios constitucionais, sendo ordenado, disciplinado e devendo ser interpretado conforme os valores e normas fundamentais da Carta Republicana. Essa diretriz deve ser seguida também no Processo do Trabalho, diante dos princípios fundamentais que a Carta Republicana consagra, tais como os valores sociais do trabalho, a dignidade humana, a cidadania, o pluralismo e a função social da propriedade privada.

Trata-se do reconhecimento da constitucionalização do direito em todos os seus ramos, inclusive o processual, a clamar pela compreensão do ordenamento jurídico em conformidade com os princípios, valores e regras constitucionais, especialmente em relação àquelas que tratam de direitos fundamentais, como é o caso do acesso à justiça.

Ademais, um dos princípios consagrados pelo NCPD é o de que ao ser aplicado o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência (art. 8º). E essa norma geral tem incidência em todos os ramos do processo. Os magistrados devem observar esses mandamentos em sua atividade cotidiana. Nela está inserido o princípio da solidariedade, tão caro ao

Estado democrático de direito.

Ao se aplicar as regras novas sobre a uniformização de jurisprudência, trazidas pela Lei n. 13.467/2017, o Poder Judiciário Trabalhista cumpre sua missão constitucional, proporcionando segurança jurídica às relações entre as partes e para a sociedade. Não há direito adquirido à observância de uma determinada lei processual anterior, em matéria de incidente de uniformização.

No caso em exame não se trata de aplicação retroativa da nova lei trabalhista, o que seria ilegítimo, salvo se dela não resultasse violação a direito adquirido, a ato jurídico perfeito ou a coisa julgada. A aplicação retroativa faz a norma nova incidir sobre suportes fáticos ocorridos no passado.

Decorre de mandamento constitucional que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI), princípio dirigido ao legislador infraconstitucional, o qual almeja norteá-lo na elaboração de normas jurídicas. E essas balizas traçadas pela Constituição da República dizem respeito à matéria de direito privado e também de direito público.

O Tribunal Regional defronta-se com a exigência de aplicação imediata da nova lei, fazendo-a valer sobre fatos e atos presentes, atuais, precisamente a decisão judicial sobre determinada questão, ainda que essa tenha nascido sob a égide de lei processual hoje revogada.

Com efeito, os atos já realizados são considerados praticados e, assim, imunes à eficácia nova, mantendo a independência com aqueles que não o foram. Todavia, os que ainda não se realizaram, como se trata o caso deste julgamento, que se sucedem aos atos anteriores, já realizados, a lei processual incide, os vinculando imediatamente. Trata-se do mandamento contido no art. 14 do NCPC:

“Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

Em suma, a lei nova deve respeitar a eficácia do ato processual já realizado. E, em atenção ao princípio *tempus regit actum*, as leis de natureza estritamente processual incidem de forma

imediate no processo, regendo cada ato processual que venha a ser praticado sob sua vigência.

O objetivo do sistema processual é precisamente o de, em nome da segurança jurídica que deve existir nas relações, a lei nova venha a disciplinar os atos processuais ainda não realizados na vigência da lei anterior.

Observe-se que, diante do quadro de ausência de dever de uniformizar a jurisprudência regional nos moldes traçados pelos §§ 3º a 6º do art. 896 da CLT, por expressa revogação, hoje, de norma jurídica que assim o previa, não existe, salvo melhor juízo, espaço jurídico para se manter em discussão matéria regulada na vigência da anterior legislação ao respectivo incidente de uniformização.

A ideia de preservação do instituto quer após o ordenamento processual trazido pelo NCPC de 2015, quer em face da nova regência fruto da Lei n 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), ainda que nobre, esbarra nos limites constitucionais da própria atividade do Poder Judiciário. E vai além, ao ser antagônico ao aspecto pragmático: o de que os Tribunais editariam mediante norma um entendimento que sequer importaria observância aos integrantes do órgão jurisdicional, em face de sua natureza não vinculativa, por força de definição do ordenamento jurídico brasileiro.

Neste ponto, nunca é demais lembrar Manoel Antonio Teixeira Filho que, ao analisar as alterações introduzidas no Processo do Trabalho pela Lei n. 13.467/2017 - no que toca à segurança jurídica aos jurisdicionados que poderia ser ofertada pelo incidente de uniformização de jurisprudência -, diz:

“Dá-se que a súmula oriunda dessa uniformização não possui, do ponto de vista legal, efeito vinculativo nem mesmo dos juízes que tenham, eventualmente, ficado vencidos na votação sobre o incidente. As únicas súmulas dotadas desse efeito são as previstas no art. 103-A, da Constituição Federal, cuja edição é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal” (In O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista, S. Paulo: LTr, 2017, p.218-219).

Ante o exposto, diante da ausência de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, acompanho o Relator e voto no sentido de extinguir sem resolução do mérito, este Incidente de Uniformização Jurisprudencial, em conformidade com o art. 485, I e IV, do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho (art.

769 da CLT). Não incidem custas (art. 976, § 5º do CPC).

Voto do(a) Des(a). JOSE LUCIANO ALEXO DA SILVA

Voto no sentido da extinção do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, considerando a revogação, pela Lei 13.467/2017 (a denominada reforma trabalhista), dos §§ 3º a 6º do artigo 896 da CLT, que tratavam da Uniformização de Jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, e continuam a seguinte redação:

“Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

(...)

§ 3o Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicação, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

§ 4o Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência.

§ 5o A providência a que se refere o § 4o deverá ser determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecorríveis.

§ 6o Após o julgamento do incidente a que se refere o § 3o, unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência”

Ressalto ter sido estabelecido pela Lei 13.467/2017 um novo regime jurídico, mais restritivo, quanto aos efeitos da jurisprudência nesta Justiça Especializada, como se verifica nos §§ 2º e 3º do artigo 8º da CLT e na alínea “f” do inciso I do artigo 702 do mesmo Diploma, que assim dispõem:

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

(...)

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

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

(...)

Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete

I - em única instância:

(...)

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial;”

Observo, ainda, que o CPC já havia revogado o incidente de uniformização de jurisprudência no âmbito do processo civil (substituindo-o pelo incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência).

Doutro vértice, impõe-se a incidência imediata das normas de caráter processual aos feitos em andamento, segundo o princípio *tempus regit actum* e a teoria do isolamento dos atos processuais. É o que dispõe o artigo 14 do CPC, *in verbis*:

“Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada” (destaquei)

Na mesma linha foi o voto do Des. Paulo Alcântara no IUJ 0000615-41.2016.5.06.0000, acompanhado pela ampla maioria desta Corte.

Assim, considerando que o Incidente de Uniformização de Jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho deixa de existir expressamente, extingo o presente feito sem resolução de mérito, na forma do artigo 485, VI, do CPC, por perda superveniente do objeto.

Voto do(a) Des(a). DIONE NUNES FURTADO DA SILVA

Quanto à matéria ora uniformizada, relativa à aplicabilidade das normas coletivas firmadas entre o Sindicato dos Professores no Estado de Pernambuco e o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de Pernambuco aos professores da “Ser Educacional S.A.” vinculados ao PRONATEC, acompanho o voto da Exma. Desembargadora Relatora.

Inicialmente, considerando o despacho exarado pelo Exmo. Desembargador Vice-Presidente no sentido de ampliar a discussão do presente incidente, para abarcar os casos envolvendo outras empresas, na análise de questão jurídica: *“São aplicáveis as normas coletivas firmadas entre o Sindicato dos Professores no Estado de Pernambuco e o Sindicato dos Estabelecimentos de ensino no Estado de Pernambuco aos professores contratados para ministrar aulas em cursos ligados ao PRONATEC - Programa*

Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego?”, entendo que deve ser mantido o contorno inicial dado ao incidente, com apreciação apenas em relação à reclamada Ser Educacional S.A., pois o Pronatec tem como instituições parceiras: os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia e as demais instituições da Rede Federal de EPCT; as instituições públicas das redes estaduais, distrital e municipais e fundações públicas precipuamente dedicadas à educação profissional e tecnológica; as instituições dos Serviços Nacionais de Aprendizagem (SENAC, SENAI, SENAR, SENAT); as Instituições de Ensino Superior - IES e escolas técnicas de nível médio privadas devidamente habilitadas pelo MEC. Assim, tendo em vista o enquadramento diversificado das entidades que prestam esse serviço, o que demanda a análise de cada caso concreto para se concluir, no mundo dos fatos, qual a atividade preponderante, entendo, s.m.j., que deve ser limitada a amplitude do julgamento do presente incidente, mantendo-se os limites inicialmente fixados.

A instituição alega, em síntese, ser a ela inaplicáveis as normas coletivas em questão, por se tratar de instituição de ensino superior, e a CCT invocada abranger a categoria profissional dos professores do ensino secundário e primário.

Pois bem.

O enquadramento sindical do empregado, em regra, é fixado pela atividade preponderante do empregador, exceção quando se trata de categoria profissional diferenciada, à qual a legislação laboral dispensa tratamento especial, consoante a diretriz do artigo 511, § 3.º da CLT.

No caso em análise, a instituição de nível superior firmou parceria com o Governo Federal com o intuito de ofertar cursos técnicos de formação profissional qualificada, ligados ao Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), sendo certo que os professores que trabalham ministrando aulas relacionadas ao Pronatec prestam seus serviços a estudantes de nível médio.

Todavia, embora seja de conhecimento público de que tal empresa diversifica seu campo de atuação, como inclusive se observa do estatuto social da “Ser Educacional”, o qual estabelece como seu objeto social, dentre outras atividades, “*o desenvolvimento e a administração de atividades e instituições nas áreas de educação básica, educação superior, educação profissional, educação*

corporativa, cursos para concursos e outras áreas associadas à educação” (destaquei - Id n.º ddb9c26 - pág. 01, artigo segundo, item “i”), também é senso comum que ela possui por atividade preponderante a “educação superior” (CNAE grupo 853), fato inclusive constatado no site da Receita Federal, razão pela qual sua representação sindical é feita pelo Sindicato das Instituições Particulares de Ensino Superior do Estado de Pernambuco (Siespe).

Tanto isso é verdade, que em consulta ao endereço eletrônico, é possível verificar a presença dessa empresa como associada ao mencionado sindicato.

Assim, não tendo celebrado, nem se encontrando representada pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de Pernambuco, mas sim pelo Sindicato das Instituições Particulares de Ensino Superior do Estado de Pernambuco, não podem ser aplicadas à instituição reclamada as normas coletivas em questão.

O fato de constar, nas mencionadas normas coletivas, cláusula prevendo que *“Aos professores de Cursos de Educação Profissional, de Educação Musical, Educação Artística e Educação Religiosa e aos professores de Língua Estrangeira e de Educação Física, serão assegurados os mesmos direitos, salários e vantagens auferidos pelos professores das demais disciplinas”* (cláusula 54.ª/52.ª), não altera esse panorama, pois é preciso interpretar essa regra de acordo com as normas legais que regem a matéria, ou seja, tal diretriz somente pode ser adotada se o empregador estiver devidamente representado ou tenha participado da negociação coletiva.

Ressalto, por fim, que, embora observe que o TRCT de Id n.º ed729a4 - pág. 23/24 tenha sido homologado pelo Sindicato dos Professores do Estado de Pernambuco - SINPRO, mesmo órgão indicado como entidade sindical laboral naquele documento, isso não é suficiente para reformar essa conclusão, vez que o que se está a discutir, na hipótese, é o enquadramento sindical da categoria econômica, ou seja, do empregador.

Voto, pois, no sentido da prevalência da tese jurídica de que não são aplicáveis aos professores da Ser Educacional S.A. vinculados ao PRONATEC, as normas coletivas celebradas entre o Sindicato dos Professores no Estado de Pernambuco e o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de Pernambuco.

**Voto do(a) Des(a). RUY SALATHIEL DE ALBUQUERQUE
E MELLO VENTURA**

A matéria discutida neste Incidente de Uniformização de Jurisprudência tem por objeto firmar tese jurídica acerca da “aplicabilidade das normas coletivas firmadas entre o Sindicato dos Professores no Estado de Pernambuco e o Sindicato dos Estabelecimentos de ensino no Estado de Pernambuco aos professores contratados pela Ser Educacional S.A. para ministrar aulas em cursos ligados ao PRONATEC - Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego”. E, assim como a Exma. Desembargadora Relatora, meu voto é pela extinção, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, I e IV do NCPC.

No caso, o presente incidente foi instaurado pelo Excelentíssimo Desembargador Vice-Presidente deste Egrégio Regional, VALDIR JOSE SILVA DE CARVALHO, em 14/07/2017, com arrimo nos §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT, com a redação conferida pela Lei 13.015/2014, e seguiu trâmite regular, sem, contudo, ser submetido a julgamento antes do advento da Lei n. 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista) circunstância que não deve ser ignorada.

Sendo certo que o artigo 6º da Lei n. 13.467/2017, sancionada em 13/07/2017, fixou a vigência em 120 (cento e vinte) dias após a data da publicação, passando a produzir seus efeitos em 11/11/2017; que o julgamento pelo Pleno desta Corte não se viabilizou antes desse marco; e que a obrigatoriedade da instauração do Incidente de Uniformização de Jurisprudência só existiu sob a égide da lei antiga, porquanto revogados todos os dispositivos do Diploma Consolidado que lhe servia de base, forçoso concluir pela ausência do pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, considerando o que dita o direito intertemporal (situação em que - regra geral - a atuação da lei se dá a partir da data de sua entrada em vigor no ordenamento jurídico).

Sendo assim, voto pela extinção do presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, I e IV do NCPC.

Voto do(a) Des(a). VIRGINIA MALTA CANAVARRO

Dirirjo, data vênia, do desembargador relator quanto à extinção do presente incidente de uniformização de jurisprudência.

Considerando que a sua instauração ocorreu antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, deve ele ser processado e julgado conforme Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, de acordo com a qual a lei processual não retroagirá, aplicando-se imediatamente aos processos em curso, mas respeitando os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas.

A instauração do incidente é uma situação jurídica consolidada, devendo seguir seu curso até a completa solução. Afinal de contas, a uniformização da jurisprudência é uma imposição legal (§ 3º do artigo 896 da CLT e artigo 926 do CPC), DEVENDO os tribunais trabalhistas continuar a pacificar sua jurisprudência, apesar da revogação dos §§ 3º, 4º, 5º e 6º da CLT, através das novas figuras disponíveis, como os incidentes de resolução demanda repetitiva (IRDR). O OBJETIVO CONTINUA O MESMO, MUDA APENAS O MANEJO.

Ante o exposto, voto pelo cabimento do presente IUJ.

Voto do(a) Des(a). EDUARDO PUGLIESI

De acordo com a Relatora.

Isso porque, com a publicação da Lei 13.467/2017, foram revogados os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896, da CLT, o que resultou na extinção do IUJ na forma ali prevista.

Por tal motivo, acompanho a relatora no sentido da extinção, sem resolução do mérito, do presente IUJ.

Voto do(a) Des(a). SERGIO TORRES TEIXEIRA

Cuida-se de INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, suscitado pelo Vice-Presidente deste Egrégio Sexto Regional do Trabalho, durante processamento de Recursos de Revista, em que constatada a existência de decisões conflitantes no âmbito deste Regional acerca das “normas coletivas firmadas entre o Sindicato dos Professores no Estado de Pernambuco e o Sindicato

dos Estabelecimentos de ensino no Estado de Pernambuco aos professores contratados pela Ser Educacional S.A. para ministrar aulas em cursos ligados ao PRONATEC - Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego.

O objetivo imediato de um Incidente de Uniformização de Jurisprudência - IUJ (instrumento originalmente previsto no CPC de 1973 e posteriormente disciplinado no art. 896, §§ 3º, 4º e 5º da CLT e resguardado na Instrução Normativa 40 do TST), é o de uniformizar a jurisprudência interna de um tribunal, para assegurar uma sintonia ente seus órgãos fracionários diante de um passado de divergências diante de uma mesma questão litigiosa.

Já o objetivo mediato de um IUJ, entretanto, mira o futuro: a definição de uma tese uniformizadora do entendimento jurisprudencial com a finalidade de servir de precedente para julgamentos de novas causas envolvendo a mesma matéria, de forma a assegurar igualdade diante da repetitividade de causas e de modo a proporcionar segurança jurídica aos jurisdicionados.

Ocorre que o CPC de 2015 não manteve o IUJ como ferramenta uniformizadora do entendimento jurisprudencial diante de causas repetitivas, mas, ao estabelecer as regras procedimentais de um novo instrumento com idêntico objetivo mediato, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR, disciplinado nos artigos 976 a 987 do atual álbum processual), deixa em clarividência que a proteção aos postulados da igualdade e da segurança permanecem como finalidade maior mesmo diante de uma nova técnica de uniformização jurisprudencial:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Não é demais lembrar que o C. TST, por intermédio do IN nº. 39, reconheceu a aplicabilidade desta regra ao processo do trabalho, em seu art. 8º (Art. 8º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas dos arts. 976 a 986 do CPC que regem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Por fim, destaque-se que a Lei nº 13.467/17, revogou de forma expressa os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT, de forma que não mais existe no ordenamento jurídico o instituto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência.

Destarte, diante da aplicabilidade imediata da lei processual, tenho que restou prejudicada a análise do presente incidente.

Diante dos fundamentos aqui apresentados, voto, com o Relator, no sentido extinguir o incidente de uniformização de jurisprudência sem resolução do mérito.

Voto do(a) Des(a). FABIO ANDRE DE FARIAS

Trata-se de Incidente de Uniformização de Jurisprudência com a finalidade de firmar tese jurídica quanto à aplicabilidade das normas coletivas firmadas entre o Sindicato dos Professores no Estado de Pernambuco e o Sindicato dos Estabelecimentos de ensino no Estado de Pernambuco aos professores contratados pelas empresas do grupo Ser Educacional S.A. para ministrar aulas em cursos técnicos ligados ao PRONATEC.

No processo abaixo votei com a Dra. Eneida Melo, manterei a posição seguindo a eminente Desembargadora.

PROCESSO Nº 0000702-76.2016.5.06.0006 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR : 2ª TURMA

RELATORA : DESEMBARGADORA ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO

RECORRENTE : FREDERICO JOSÉ DE LIMA IZIDRO GOMES E SER EDUCACIONAL S.A.

RECORRIDO : OS MESMOS

ADVOGADO : PAULO AZEVEDO DA SILVA ; EDMILSON BÔAVIAGEM ALBUQUERQUE MELO JÚNIOR

PROCEDÊNCIA : 6ª VARA DO TRABALHO DE RECIFE - PE

Voto do(a) Des(a). PAULO ALCANTARA

Voto no sentido da extinção deste Incidente de Uniformização de Jurisprudência, a exemplo do julgamento do IUJ 0000615-41.2016.5.06.0000, ocorrido na sessão ordinária realizada em 24 de abril de 2018, de minha relatoria, quando, por maioria, diante da ausência de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, decidiram os membros do Tribunal Pleno, extinguir sem resolução do mérito, o mencionado Incidente de Uniformização Jurisprudencial, em conformidade com o art. 485, incisos I e IV do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho (art. 769 da CLT); onde prevaleceu a tese defendida sob os seguintes fundamentos:

“Conforme alhures relatado o presente incidente foi suscitado pelo o Exmo. Sr. Corregedor no exercício da Vice-Presidência, constatando haver decisões conflitantes nas diversas Turmas deste Regional, quanto à questão jurídica com fundamento nos §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT, com redação conferida pela Lei 13.015/2014, que estabelecia que, reconhecida a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho, deveria o Presidente do Regional ou o Ministro Relator do TST, quando da apreciação da admissibilidade do recurso de revista, suscitar o procedimento de uniformização da jurisprudência.

O procedimento de uniformização de jurisprudência era tratado pela Legislação Trabalhista nos §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT. E, tal matéria referente à Uniformização da Jurisprudência deste Regional foi regulamentada nos artigos 104 e 104-A, posteriormente alterados pela Resolução Administrativa TRT - 15/2015, DEJT 14.09.2015.

Pois bem.

Conforme estabelece o art. 1, § 1 da lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, a obrigatoriedade da Lei brasileira começa a vigorar 45 dias depois de oficialmente publicada. Porquanto, os dois primeiros adiamentos do julgamento do presente incidente de uniformização relatados, ocorreram durante a *vacatio legis* da Lei 13.467/2017, pois nos termos do art. 8º da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, *in verbis*:

“Art. 8º A vigência da Lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua

publicação” para as leis de pequena repercussão.”

E, o art. 6º da Lei n. 13.467/2017 dispõe: “Art. 6º Esta Lei entra em vigor após decorridos cento e vinte dias de sua publicação oficial.”

Assim, publicada a Lei 13.467 em 13/07/2017, entrou em vigor no dia 11.11.2017 as alterações na legislação trabalhista dela advindas.

De fato, os adiamentos do julgamento do incidente de uniformização ocorridos até 26/09/2017, deram-se durante a *vacatio legis*, entretanto, os demais adiamentos ocorrem quando já em vigor a Lei 13.467/2017.

É de se aplicar o princípio *tempus regit actum*, tendo em vista que as regras de direito processual em sentido estrito devem ser aquelas vigentes ao tempo da prática de cada ato processual, considerados separadamente dos demais, objetivando determinar qual lei que o rege, de forma tal que a nova lei disciplina o processo a partir de sua vigência, respeitando a eficácia dos atos processuais já praticados, garantindo assim a segurança jurídica.

Diante desse contexto, ao incidente de uniformização que ora se cuida deve ser aplicada a nova Lei.

Portanto, no que se refere às normas procedimentais, por serem aplicadas de imediato, inclusive aos processos em trâmite, com a publicação da Lei 13.467/2017, foram revogados os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT, de maneira que não existe mais em nosso sistema normativo jurídico o instituto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, principalmente cujo processamento tenha sido suscitado pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho ou pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho quando da admissibilidade do recurso de revista.

Diante deste novo panorama jurídico, impossível prosseguir com o julgamento do presente incidente por ausência de sustentação legal que o ampare.

Outrossim, a Lei 13.467-2017 alterou o teor do art. 702, alínea f da CLT, estipulando como competência do Tribunal Pleno, o seguinte:

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de

jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas,

Resta nítida a posição adotada por outros Tribunais Regionais, o que vemos na decisão a seguir transcrita, publicada no Caderno Judiciário do TRT 1ª Região do dia 28/02/2018. Pág. 1155:

Decisão Monocrática

PROCESSO Nº IUJ-0101395-90.2017.5.01.0000

RELATOR: MARIO SERGIO MEDEIROS PINHEIRO

SUSCITANTE: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA PRIMEIRA REGIÃO

SUSCITADO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA PRIMEIRA REGIÃO

TERCEIRO INTERESSADO CATER SUPRIMENTO DE REFEIÇÕES LTDA.

ADVOGADO JOÃO FELIPE MARTUCCI COSTA(OAB: 287080/SP)

TERCEIRO INTERESSADO GOL LINHAS AÉREAS S.A.

ADVOGADO JORDANA GOMES DA CONCEIÇÃO (OAB: 178295-D/RJ)

TERCEIRO INTERESSADO LETICIA TORRES GRASSO

ADVOGADO PAULO RICARDO VIEGAS CALCADA(OAB: 51854-D/RJ)

TERCEIRO INTERESSADO GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S.A.

INTIMADO(S)/CITADO(S): - LETICIA TORRES GRASSO

(...)

Com a revogação dos §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT pela Lei nº 13.467/2017, que tratavam sobre o procedimento de uniformização de jurisprudência, inexistente substrato jurídico que ampare o prosseguimento dos Incidentes.

(...)

Isto posto, extingo o processo, sem resolução do mérito, em conformidade com o art. 485, incisos I e IV, do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho (art. 769 da CLT)”

Vale ainda destacar o aresto a seguir transcrito:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. OBRIGATORIEDADE DE INSTAURAÇÃO

REVOGADA. LEI N. 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA). TEMPUS REGIT ACTUM. É cediço que a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado, em estrita observância ao princípio tempus regit actum, de modo que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual lei que o rege. In casu, em relação às normas procedimentais, vigoram aquelas do Diploma atual (Lei n. 13.467/2017), que, por terem aplicação imediata, inclusive aos processos em curso, levam a concluir que não há mais interesse no prosseguimento do presente incidente de uniformização, não sendo tal procedimento mais útil nem necessário. Isso porque a Lei n. 13.467/2017, cujo marco inicial se deu no dia 11 de novembro de 2017, revogou expressamente o dispositivo celetista que obrigava os Tribunais Regionais do Trabalho instaurarem incidentes de uniformização de jurisprudência. Diante do exposto, revelando-se superveniente a perda do interesse processual em instaurar o presente incidente de uniformização, vota-se pela sua não admissão. TRT-23 - PROCESSO nº 0000134-70.2017.5.23.0000 (IUJ), Relator: EDSON BUENO, Data de Julgamento: 22/02/2018, TRIBUNAL PLENO), Publicação: 02/03/2018 - Pág. 4”

Diante todo o exposto, acompanho o Relator e voto no sentido de extinguir, sem resolução do mérito, este Incidente de Uniformização Jurisprudencial, em conformidade com o art. 485, I e IV, do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho (art. 769 da CLT). Não incidem custas (art. 976, § 5º do CPC).

. PROCESSO Nº TRT - 0000368-46.2016.5.06.0231 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA

RELATOR : DESEMBARGADOR JOSÉ LUCIANO ALEXO DA SILVA

RECORRENTE : DIEGO NAZARIO DOS SANTOS

RECORRIDA : SUMONT - MONTAGENS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS - EIRELI - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

ADVOGADOS : MARCOS ANTÔNIO INÁCIO DA SILVA E ÉRICA PINHEIRO DE SOUZA

PROCEDÊNCIA : 1ª VARA DO TRABALHO DE GOIANA - PE

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. HORAS IN ITINERE. TRANSPORTE ALTERNATIVO. A uniformização de jurisprudência

deste TRT, no IUJ nº 0000392-25.2015.5.06.0000, publicada em 19/04/2016, anteriormente à vigência da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista), que deu origem à Súmula 22, deste Regional, resolveu pela prevalência da tese jurídica de que “o serviço realizado pelas vans não pode ser considerado transporte público”. Desse modo, a existência de transporte alternativo no trajeto entre a residência do reclamante e o seu local de trabalho não tem o condão de elidir o direito obreiro ao recebimento das horas *in itinere*. **Recuso obreiro provido, no ponto.**

RELATÓRIO

Vistos etc.

Recurso ordinário interposto por **DIEGO NAZARIO DOS SANTOS** de decisão proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Goiana/PE que julgou *PROCEDENTES, EM PARTE*, os pedidos formulados na reclamação trabalhista ajuizada pelo recorrente em face da **SUMONT - MONTAGENS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS - EIRELI - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, nos termos da fundamentação da sentença de id 62a7bd7.

Em suas razões, id 2a80a18, o reclamante alega que indeferido o pleito de horas *in itinere*. Sustenta que o trajeto na região não era servido por transporte público e que vans e kombis são transportes alternativos.

Apesar de notificada, a reclamada não apresentou contrarrazões ao apelo.

Desnecessária a remessa dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho, porquanto não se vislumbra interesse público no presente litígio (art. 50, I, do Regimento Interno deste Sexto Regional).

É o relatório.

VOTO:

Admissibilidade

Em análise aos pressupostos de admissibilidade recursal, observa-se que o apelo foi interposto tempestivamente; subscrito por

profissional regularmente habilitado (id 4fc7248).

Conheço do recurso obreiro.

MÉRITO

Do direito intertemporal

Em consonância com o princípio da irretroatividade das leis, que impõe o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88, e art. 6º da LINDB), as inovações de direito material introduzidas no sistema jurídico pela “Lei da Reforma Trabalhista”, com vigência a partir de 11/11/2017, são inaplicáveis aos períodos contratuais anteriores ao referido marco temporal (art. 912 da CLT), assegurada a incidência imediata das normas de caráter processual aos feitos em andamento, observada a teoria do isolamento do ato processual (art. 14 do NCPC e art. 915 da CLT), e os princípios da proteção das legítimas expectativas dos litigantes e da vedação à decisão surpresa (art. 10 do NCPC).

Neste contexto, deverá ser preservada, excepcionalmente, a ultratividade da norma mais benéfica quando, dado o caráter híbrido de alguns institutos processuais, caracterizados por atos complexos, com efeitos diferidos e repercussões de aspecto material (tais como gratuidade da justiça, custas processuais e honorários advocatícios), as alterações no regramento do processo judicial impliquem ônus financeiros imprevisíveis no momento de avaliação dos custos e riscos da demanda.

No caso dos autos, a fim de evitar a propositura de eventuais embargos de declaração, importa notar que as disposições da Lei 13.467/2017 não alcançam a relação jurídica da qual resulta o litígio, sob o aspecto material ou processual, eis que o contrato de trabalho se extinguiu em 2014 (id. 750912d).

Das horas *in itinere*

Pretende o reclamante a condenação da reclamada ao pagamento de horas *in itinere*, alegando que o trajeto de ida e volta ao trabalho não era servido por transporte público.

Pois bem.

À luz do ordenamento jurídico vigente na época da prestação laborativa do reclamante, as horas de percurso que ensejavam sua integração à jornada laboral eram aquelas despendidas pelo trabalhador em transporte fornecido pelo empregador, quando o local de trabalho é de difícil acesso e/ou não servido por transporte público regular.

A legislação trabalhista adotara a teoria do tempo à disposição do empregador, qualquer que seja o local em que o empregado se encontre à disposição da empresa (CLT, art. 4º). Somado a isso, o § 2º, do art. 58, da CLT, com redação anterior à publicação da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), assim prescrevia:

“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”. (grifos acrescidos)

Acerca do tema, trago à baila o teor da Súmula nº. 90 do TST, que dispõe:

“HORAS “IN ITINERE”. TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas “in itinere”. (ex-OJ nº 50 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995)

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas “in itinere”. (ex-Súmula nº 324 - Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas “in itinere” remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte

público. (ex-Súmula nº 325 - Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)

V - Considerando que as horas “in itinere” são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)”.

No caso dos autos, incontroverso que a ré fornecia transporte para deslocamento do autor da residência dele até o local de prestação de serviços e para o seu retorno.

E o fato de a reclamada fornecer transporte aos trabalhadores gera a presunção de que o local da prestação de serviços é de difícil acesso e/ou não servido por transporte público comum e regular. Assim, o encargo de demonstrar a facilidade de acesso e a existência de transporte público comum e que atenda às necessidades do trabalhador é encargo do empregador, por se tratar de fato impeditivo do direito às horas de percurso postuladas (art. 818 da CLT c/c art. 373, II, do CPC).

Ocorre que, além de não haver a demandada produzido qualquer prova capaz de ratificar a sua tese de que o trajeto era servido por transporte público regular, a testemunha trazida a Juízo pelo demandante confirmou a assertiva obreira ao declarar que”... *durante a construção da fábrica, não havia ônibus circular...*”

Frise-se que a existência de transporte alternativo (feito através de vans e ônibus intermunicipal) não afasta o direito à percepção de horas *in itinere*, pois essa modalidade não se inseria na previsão legal (art. 58, § 2º, da CLT - com redação anterior à publicação da Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista).

Nesse sentido, o julgamento realizado no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0000392-25.2015.5.06.0000, o TRT da 6ª Região posicionou-se acerca da invalidade do transporte complementar do tipo “Vans” para fins de afastamento do direito às horas de percurso, *in verbis*:

“INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. TRANSPORTE ALTERNATIVO. HORAS IN ITINERE. TRANSPORTE ALTERNATIVO. CONFIGURAÇÃO. A existência de transporte alternativo ou complementar não afasta a caracterização das horas de percurso, na medida em que este tipo de condução não preenche os requisitos do art. 58, § 2º, da CLT e da Súmula nº. 90, do C. TST. Ausente transporte público municipal

no trecho Petrolina até a sede da EMBRAPA, e fornecendo a Empregadora veículos aos seus empregados (residência-trabalho-residência), reputam-se configuradas as horas de percurso. O serviço realizado pelas vans não pode ser considerado transporte público: não é aceito vale-transporte (contrariando o art. 5º da Lei 7.418/85) e passe estudantil, a passagem é de valor superior ao transporte público municipal, proíbe-se a circulação com passageiros em pé (art. 25 do Decreto Municipal 29/2006) e não há horário regulamentado pelo poder público. Ademais, não se submete aos parâmetros do contrato de concessão pública, não atende aos requisitos essenciais do serviço público e tampouco tem seus itinerários regulados pelo Poder Público Municipal. Ausente, ainda, estudo de viabilidade demonstrando que o número de veículos fornecidos, porte e limite de passageiros, nos seus respectivos horários de tráfego atende a população da região, revelando compatibilidade com os horários de trabalho dos empregados da EMBRAPA. Tais aspectos que demonstram que não há como se considerar o transporte alternativo ou complementar, por meio de Vans, como sucedâneo de transporte público”.

Aliás, referido julgado deu origem à Súmula 22, deste Regional, que assim dispõe:

“HORAS IN ITINERE. INEXISTÊNCIA DE TRANSPORTE PÚBLICO REGULAR. TRANSPORTE ALTERNATIVO E/OU COMPLEMENTAR. São devidas as horas *in itinere* quando inexistir transporte público urbano, ou intermunicipal e/ou interestadual com características semelhantes aos urbanos, no percurso para o trabalho, em horário compatível com o início e término da jornada, não servindo para suprir a carência a existência de transporte alternativo e/ou complementar disciplinado por legislação municipal”.

Nesse quadro, a inexistência de prova de que os locais de trabalho são servidos por transporte público autoriza o deferimento das horas de percurso postuladas.

Ressalte-se, ainda, que o fornecimento de condução para os locais de trabalho é de interesse da empregadora, pois visa a otimizar a prestação de serviços de seus empregados. Isso porque o transporte da massa trabalhadora representa alternativa que viabiliza a produção e o sucesso do empreendimento.

Nessa linha de raciocínio, a conduta patronal concernente em obrigar o trabalhador que eventualmente não possa utilizar o veículo fornecido pela empresa, a fazer uso de transporte de custo mais elevado em face da localização do empreendimento, representa,

em última análise, transferir indevidamente os riscos da atividade econômica para o empregado - o que afronta ao disposto no art. 2º da CLT.

A respeito do tempo gasto no deslocamento casa-trabalho-casa, na inicial, o reclamante aduz que despendia cerca 40 minutos no transporte, tanto na ida quanto na volta ao local da prestação laboral, enquanto que, na defesa, a recorrida admite dispêndio de tempo mais reduzido: cerca de 15 minutos.

Acontece que os 15 minutos estimados pela demandada estão embasados em premissa falsa de que “...o percurso da cidade de Goiana até a fábrica, é de apenas 15 minutos...”.

Contudo, o reclamante reside na cidade vizinha a Goiana, Itambé.

Diante desse contexto, considerando que a reclamada atribui 15 minutos o tempo de deslocamento entre Goiana até o local da prestação de serviços, reputo razoável o dispêndio de 20 minutos de Itambé até o local de trabalho e mais 20 no retorno.

Assim, **dou provimento parcial** ao apelo, para condenar a reclamada ao pagamento de 40 minutos de percurso por dia de efetivo labor (20 minutos na ida e 20 minutos na volta).

Por terem sido prestadas com habitualidade e dada a natureza salarial que encerram, as horas *in itinere* devem repercutir sobre o aviso prévio, os 13º salários, as férias + 1/3, as parcelas do seguro desemprego e o FGTS + 40%.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso obreiro, para reconhecer devidos 40 minutos, a título de horas *in itinere* por dia laborado, com reflexos sobre o aviso prévio, os 13º salários, as férias + 1/3, as parcelas do seguro desemprego e o FGTS + 40%. Em face do disposto no art. 832 da CLT, reconheço a natureza salarial das horas *in itinere* e de seus reflexos sobre os 13º salários e as férias (sem o 1/3). Ao acréscimo condenatório arbitro R\$ 5.000,00, com aumento de custas em R\$ 100,00.

ACORDAM os Membros integrantes da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso obreiro, para reconhecer devidos 40 minutos, a título de horas *in itinere* por dia laborado, com reflexos

sobre o aviso prévio, os 13º salários, as férias + 1/3, as parcelas do seguro desemprego e o FGTS + 40%. Em face do disposto no art. 832 da CLT, reconhecer a natureza salarial das horas *in itinere* e de seus reflexos sobre os 13º salários e as férias (sem o 1/3). Ao acréscimo condenatório arbitra-se R\$ 5.000,00, com aumento de custas em R\$ 100,00.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que, em sessão ordinária hoje realizada, sob a presidência da Exm^a. Sr^a. Desembargadora NISE PEDROSO LINS DE SOUSA, com a presença do Ministério Público do Trabalho da 6^a Região, representado pelo Exm^o. Sr. Procurador Waldir de Andrade Bitu Filho, do Exm^o. Sr. Desembargador José Luciano Alexo da Silva (Relator) e da Exm^a. Sr^a. Juíza Convocada Solange Moura de Andrade, foi julgado o processo em epígrafe nos termos do dispositivo supramencionado.

Certifico e dou fé.

Sala de Sessões, 26 de julho de 2018.

Lucia Aparecida Grimaldi
Secretária Substituta da 4^a Turma