

V. 23, N. 2 - Novembro de 2019



**REVISTA
DO TRT10**

-
- Artigos
 - Sessão Arte e Trabalhos
 - Acordãos e Sentenças
-



 **TRT-10ª REGIÃO**
Distrito Federal e Tocantins



Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região

v. 23 n. 2

Brasília

2019

ISSN 0104-7027

Rev. do Trib. Reg. Trab.10ª R.

Brasília

v. 23

n. 2

p. 1-255

2019



Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região
Endereço: SAS Quadra 1, Bloco “D” Praça dos Tribunais Superiores - Brasília/DF - CEP: 70097-900
Telefone: (61) 3348-1100 CNPJ:02.011.574/0001-90
<http://www.trt.jus.br>
Escola Judicial do TRT-10ª Região
SGAN 916, Lote A2 - Asa Norte - Brasília/DF
CEP: 70.790-160
(61) 3348-1870
<https://escolajudicial.trt10.jus.br/>
email: escola.judicial@trt10.jus.br
Catalogação na Fonte elaborada pela Seção de Pesquisa e Documentação
Márcia Basílio Lage – Bibliotecária – CRB 732

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.
v. 1, n. 1, 1982/1983- . – Brasília: TRT 10ª Região, 1982/83 – .
v.

Bienal: 1982/1987.

Anual: a partir de 1994.

Publicação interrompida durante o período de 2012 a 2014. Numeração reiniciada a partir do v. 20 de 2016.
ISSN 0104-7027

1. Direito do trabalho – periódicos. 2. Jurisprudência trabalhista.
CDD 342.6

Os textos doutrinários e de jurisprudência desta Revista são de estrita responsabilidade de seus autores.
Coordenação: Desembargadora Flávia Simões Falcão e Desembargador Alexandre Nery de Oliveira
Produção: Anastácia Freitas de Oliveira
Projeto gráfico e diagramação: Wesley Marques dos Santos
Colaboração: Seção de Pesquisa e Documentação

A Revista do TRT-10ª Região é indexada em:

JusLaboris - Biblioteca Digital do Tribunal Superior do Trabalho

Rede RVBI (formada pelas bibliotecas da Advocacia-Geral da União, Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa do Distrito Federal, Ministério da Justiça, Procuradoria-Geral da República, Senado Federal, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal de Contas do Distrito Federal, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios)

Rede REDIJT - Rede de informação da Justiça do Trabalho

Google Acadêmico

Portal Livre

Sumários.org

Composição

Tribunal Pleno

Desembargadores

Maria Regina Machado Guimarães - Presidente e Corregedora
Brasilino Santos Ramos - Vice- Presidente
João Amílcar Silva e Souza Pavan
Flávia Simões Falcão
Mário Macedo Fernandes Caron
Ricardo Alencar Machado
Elaine Machado Vasconcelos
André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno
Pedro Luís Vicentin Foltran
Alexandre Nery de Oliveira
José Ribamar Oliveira Lima Júnior
José Leone Cordeiro Leite
Dorival Borges de Souza Neto
Elke Doris Just
Cilene Ferreira Amaro Santos
Grijalbo Fernandes Coutinho
João Luís Rocha Sampaio

1ª Seção Especializada

Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães - Presidente
Desembargador Brasilino dos Santos Ramos- Vice- Presidente
Desembargador João Amílcar Silva e Souza Pavan
Desembargadora Elaine Machado Vasconcelos
Desembargador André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno
Desembargador Alexandre Nery Rodrigues de Oliveira
Desembargadora Elke Doris Just
Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos
Desembargador João Luís Rocha Sampaio

2ª Seção Especializada

Desembargador Maria Regina Machado Guimarães - Presidente
Desembargador Brasilino dos Santos Ramos- Vice- Presidente
Desembargadora Flávia Simões Falcão
Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron
Desembargador Ricardo Alencar Machado



Desembargador Pedro Luiz Vicentin Foltran
Desembargador José Ribamar Oliveira Lima Júnior
Desembargador José Leone Cordeiro Leite
Desembargador Dorival Borges de Souza Neto
Desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho

Primeira Turma

Desembargador André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno - Presidente
Desembargadora Flávia Simões Falcão
Desembargadora Elaine Machado Vasconcelos
Desembargador Dorival Borges de Souza Neto
Desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho

Segunda Turma

Desembargador Alexandre Nery Rodrigues de Oliveira - Presidente
Desembargador João Amílcar Silva e Souza Pavan
Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron
Desembargadora Elke Doris Jus
Desembargador João Luís Rocha Sampaio

Terceira Turma

Desembargador Ricardo Alencar Machado - Presidente
Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran
Desembargador José Ribamar Oliveira Lima Júnior
Desembargador José Leone Cordeiro Leite
Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos

Foros Trabalhistas

Brasília (DF)

SEPN 513, Bloco B, Lotes 2/3, CEP 70.760-522

01ª Vara do Trabalho - Titular: Juíza Martha Franco de Azevedo
02ª Vara do Trabalho - Titular: Juíza Larissa Lizita Lobo Siveira
03ª Vara do Trabalho - Titular: Juiz Francisco Luciano de Azevedo Frota
04ª Vara do Trabalho - Titular: Juíza Naiana Carapeba Nery de Oliveira
05ª Vara do Trabalho - Titular: Juíza Elisângela Smolareck
06ª Vara do Trabalho - Titular: Juiz Antonio Umberto de Souza Júnior
07ª Vara do Trabalho - Titular: Juíza Mônica Santos Emery
08ª Vara do Trabalho - Titular: Juiz Urgel Ribeiro Pereira Lopes

09ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Fernando Gabriele Bernardes
10ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Márcio Roberto Andrade Brito
11ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Rubens Curado Silveira - Diretor do Foro
12ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Carlos Alberto Oliveira Senna
13ª Vara do Trabalho -	Titular: Ana Beatriz Cid Ornelas - Vice - Diretora do Foro
14ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Idália Rosa da Silva
15ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Augusto C. A. de Souza Barreto
16ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Luiz Fausto Marinho de Medeiros
17ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Paulo Henrique Blair de Oliveira
18ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Jonathan Quintão Jacob
19ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Patrícia Soares Simões de Barros
20ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Júnia Marise Lana Martinelli
21ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Luiz Henrique Marques da Rocha
22ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Gilberto Augusto Leitão Martins

Taguatinga (DF)

QNC 4/5 Avenida Samdu Norte, CEP 72115-54

1ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Alexandre de Azevedo Silva - Diretor do Foro
2ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Rosarita Machado de Barros Caron
3ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Noemia Aparecida Garcia Porto
4ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Elaine Mary Rossi de Oliveira
5ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Luciana Maria do Rosário Pires - Vice- diretora do Foro

Gama (DF)

Praça 02 Lote 06, Setor Central - Gama-DF, CEP 72405-610

Titular: Juíza Tamara Gil Kemp

Palmas (TO)

Quadra 302 Norte, Conjunto QI 12, Alameda 2, Lote 1A, CEP 77700-000

1ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Reinaldo Martini
2ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Francisco Rodrigues de Barros

Araguaína (TO)

Av. Neief Murad, 1131, Bairro Jardim Goiás, CEP 77.824-022

1ª Vara do Trabalho -	Titular: Rubens de Azevedo Marques Corbo - Diretor do Foro
2ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Sandra Nara Bernardo Silva

Gurupi (TO)



Rua Antônio Lisboa da Cruz, 2031, Centro – Setor Central - CEP: 77.405-090

Titular: Juiz Denilson Bandeira Coêlho

Dianópolis (TO)

Avenida Wolney Filho, Qd. 69-A, Setor Novo Horizonte, CEP 77300-000

Titular: Juiz Oswaldo Florêncio Neme Júnior

Guaraí (TO)

Avenida Araguaia, Esquina com a Avenida Bernardo Sayão N° 1360, CEP 77700-000

Titular: Juiz Mauro Santos de Oliveira Goes

Juízes substitutos

Patrícia Germano Pacífico
Débora Heringer Megiorin
Rogério Neiva Pinheiro
Solyamar Dayse Neiva Soares
Érica de Oliveira Angoti
Patrícia Birchal Becattini
Rossifran Trindade Souza
Cristiano Siqueira de Abreu e Lima
José Gervásio Abrão Meireles
João Batista Cruz de Almeida
Thais Bernardes Camilo Rocha
Acélio Ricardo Vales Leite
Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes
Marcos Alberto dos Reis
Raquel Gonçalves Maynarde Oliveira
Osvani Soares Dias
Raul Gualberto F. Kasper de Amorim
Claudinei da Silva Campos
Audrey Choucair Vaz
Maurício Westin Costa
Rejane Maria Wagnitz
Daniel Izidoro Calabro Queiroga
Adriana Zveiter
Carlos Augusto de Lima Nobre
Laura Ramos Morais
Leador Machado
Vilmar Rego Oliveira

Vanessa Reis Brisolla
Natália Queiroz Cabral Rodrigues
Almiro Aldino de Sateles Júnior
Gustavo Carvalho Chehab
Larissa Leonia Bezerra de A. Albuquerque
Rafael de Souza Carneiro
Elysangela de Souza Castro Dickel
Alcir Kenupp Cunha
Renato Vieira de Faria
Edísio Bianchi Loureiro
Ricardo Machado Lourenço Filho
Francisca Brenna Vieira Nepomuceno
Roberta de Melo Carvalho
Angélica Gomes Rezende
Regina Célia Oliveira Serrano
Maximiliano Pereira de Carvalho
Fernando Gonçalves Fontes Lima
Marcos Ulhoa Dani
Jaeline Boso Portela de Santana Strobel
Margarete Dantas Pereira Duque
Wanessa Mendes de Araújo Amorim

Escola Judicial

Diretora
Desembargadora Flávia Simões Falcão

Vice-Diretor
Desembargador Alexandre Nery Rodrigues de Oliveira

Conselho Consultivo

Desembargadora Flávia Simões Falcão
Desembargador Alexandre Nery Rodrigues de Oliveira
Desembargador Dorival Borges Souza Neto
Juiz Cristiano Siqueira de Abreu e Lima
Juíza Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes
Servidor Rafael Simões Espírito Santo

Comissão da Revista e outras publicações

Desembargadora Flávia Simões Falcão (Diretora da Escola Judicial) - Presidente



Desembargador Alexandre Nery Rodrigues de Oliveira (Vice-Diretor da Escola Judicial) -
Vice-Presidente
Juíza Mônica Ramos Emery
Juiz Maurício Westin Costa
Servidora Anastácia Freitas de Oliveira

Escola Judicial do TRT 10ª Região

Secretaria Executiva da Escola Judicial - SEEJUD

Secretária Executiva: Rosana Oliveira de Aragão Sanjad
Seção de Formação Jurídica - SCFJU - João Batista Português Júnior
Seção de Formação Técnico-Administrativa e Gerencial - SCFTG - Flávia Naves David
Amorim Boaventura
Seção de Educação a Distância - SCEAD - Camone Cristiane Zanghelini
Seção de Pesquisa e Documentação - SCPED -
Seção Administrativa de Apoio a Eventos - SCAPE - Ricardo Bittencourt Ibraim

Sumário

Artigos



Da mutação constitucional do prazo prescricional do fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS)

12

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson



Breve estudo comparado sobre o teletrabalho na França e no Brasil

36

Rosane Gauriau



Comentários Sobre questões polêmicas do teletrabalho para os servidores públicos do Poder Judiciário

61

Tales Ronca



A prevalência da autonomia privada da vontade individual sobre a coletiva nas contratações de hipersuficientes

89

Gustavo Henrique Carvalho Vieira da Cunha



CEJUSC/JT: uma nova realidade, um novo caminho: análise dos avanços e perspectivas da política pública de conciliação em âmbito trabalhista

111

Roberta de Melo Carvalho



Honorários de sucumbência: a (in) constitucionalidade do art. 791 - a §4º da CLT

132

Lara Pontes Nogueira Vasconcelos, Vanessa Guimarães Caixeta Silva



Representação de trabalhadores na empresa: democracia ou peleguismo?

23

Nael Neri de Souza Júnior



Dano extrapatrimonial trabalhista: sistematização dos diferenciais moral e existencial à luz da lei nº 13.467/17

48

Fabiano Matos de Araújo



Grupo econômico e coisa julgada de questão prejudicial

72

Ben-Hur Silveira Claus



Uma visão sistêmica sobre o assédio moral no âmbito do trabalho

105

Nara Brito Barro



Prova, conhecimento e verdade: exigências e contribuições da história ao Direito

121

Ricardo Lourenço Filho



Eficácia diagonal dos Direitos Fundamentais nas relações de emprego: uma perspectiva à luz da Reforma Trabalhista

143

Melissa Restel de Carvalho Silva

Seção Arte e Trabalho



155

Acórdãos



158

Apresentação

Caros leitores,

É com imensa satisfação que oferecemos ao leitor doze artigos, dentre os quais cinco são de servidores e magistrados do próprio TRT 10. O número de artigos corrobora o papel da Revista como veículo de comunicação científica do Tribunal.

Atentos aos debates acadêmicos e políticos gerados em decorrência da Reforma Trabalhista, o oficial de justiça do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região Fabiano Matos de Araújo discorre sobre a sistematização dos diferenciais moral e existencial à luz da Lei nº 13.467/17. Já o advogado Gustavo Henrique Carvalho Vieira da Cunha pondera as mudanças na introdução da prevalência da autonomia privada da vontade individual sobre a coletiva nas contratações de hipersuficientes.

Ainda em virtude das mudanças trazidas com a Reforma Trabalhista, as advogadas Lara Pontes Nogueira Vasconcelos e Vanessa Guimarães Caixeta Silva criticam os honorários sucumbenciais. Por sua vez, o estudante de direito Nael Neri de Souza Júnior versa sobre a representação de trabalhadores e a nova CLT. A analista judiciária do TRT-10 Melissa Restel de Carvalho Silva propõe a aplicação da teoria da eficácia diagonal visando à máxima efetividade dos Direitos Fundamentais nas relações de emprego.

A juíza do Trabalho do TRT da 10ª Região Roberta de Melo Carvalho demonstra os avanços e perspectivas da Política Pública Nacional de Conciliação no âmbito trabalhista,

ressaltando a necessidade de formação específica. O também magistrado de nosso tribunal Ricardo Lourenço Filho debate, a partir da análise do filme “doze homens e uma sentença”, a maneira como o juiz lida com as provas processuais.

Dois autores estudaram o regime de teletrabalho: a jurista Rosane Gauriau faz um estudo comparado da legislação francesa e brasileira sobre o teletrabalho no setor privado e o analista judiciário do TRT-10 Tales Ronca comenta questões polêmicas do teletrabalho para os servidores públicos do Poder Judiciário.

A advogada Nara Brito Barro observa o assédio moral a partir de uma abordagem sistêmica incluindo os aspectos preventivos e repressivos. O professor Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson analisa, à luz do Recurso Extraordinário com agravo nº 709.212/DF, o prazo prescricional do fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS). O juiz Ben-Hur Silveira Claus estuda a juridicidade da aplicação de coisa julgada acerca da existência de grupo econômico reconhecida em processo anterior.

Além do conteúdo jurídico, trazemos na seção “arte e trabalho” as fotografias vencedoras do concurso de fotografias do TRT-10. Encerrando a edição, veiculamos onze acórdãos do Tribunal.

Desejamos uma ótima leitura!

Flávia Simões Falcão
Diretora da Escola Judicial do TRT-10ª Região





DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS) ¹

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson ²

RESUMO

O direito social fundamental referente ao fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS) adentra, mais uma vez, nas pautas de discussões atuais do direito em face da decisão do STF, no Recurso Extraordinário com agravo nº 709.212/

DF, o qual vem por alterar o prazo prescricional, já consolidado, do FGTS e conseqüentemente, dúvidas sobre o momento da aplicabilidade dessa nova normativa. A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem

¹ Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

² Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Autor do livro Curso de Direito Penal - Teoria Geral do Crime – Vol. I (1º ed., Curitiba: Juruá, art. 2016); Curso de Direito Penal - Teoria Geral da Pena – Vol. II (1º ed., Curitiba: Juruá, 2017). Articulista e poeta. E-mail: rocconelson@hotmail.com

por linha de fundo analisar a decisão do Superior Tribunal Federal, o qual entendeu pela inconstitucionalidade do prazo prescricional trintenária da Lei regulamentadora do FGTS (Lei nº 8.036/90), determinando a aplicação da regra prescricional constitucional, em matéria trabalhista, de 5 anos.

PALAVRAS-CHAVE: Fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS). Prescrição. Não recepção pela Constituição de 1988.

Das Considerações Iniciais

O FGTS foi institucionalizado por meio da Lei nº 5.107/66 e constituiu-se numa alternativa ao regime de estabilidade decenal previsto no art. 492 da CLT³.

Com a Constituição Federal de 1967, em seu art. 158, XIII⁴, houve a constitucionalização do regime fundiário.

Sobre a criação do FGTS, assim explicita o professor Maurício Godinho:

Criado pela Lei n. 5.107, de 1966, inicialmente como sistema alternativo ao indenizatório e estabilitário da CLT, o FGTS submetia-se a uma opção escrita por parte do trabalhador, no início do contrato laborativo. A nova lei facultava também a realização de opção retroativa ao longo do contrato ainda não inserido no sistema do Fundo de Garantia. (DELGADO, 2011, p. 1206)

Com o advento da Constituição cidadã, o regime do FGTS torna-se único, universalizando o sistema fundiário,⁵ tanto para trabalhadores urbanos e rurais, subsistindo, apenas, o direito adquirido a estabilidade decenal ao trabalhador que perfazia tal condição até da Constituição atual⁶.

Tal prescrição normativa encontra-se no enunciado redacional do art. 14 da Lei nº 8.036/90:

3 CLT. Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

4 Constituição Federal de 1967. Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: (...) XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;

5 CF/88. Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: (...) III - fundo de garantia do tempo de serviço;

6 “(...) Deverá, no entanto, ser respeitado o direito adquirido, na medida em que os empregados que na data da promulgação da Constituição Federal se submetiam às regras de estabilidade decenal não poderão ter substituído o regime para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. (...)”. (CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 562). “É evidente que as pessoas que tinham direito adquirido à estabilidade, pois já contavam com mais de 10 anos no emprego em 4-10-88, não irão perdê-la com o direito ao FGTS a partir de 5-10-88. O próprio art. 14 da Lei nº 8.036 ressalva essa questão”. (MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 454).

Art. 14. Fica ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores que, à data da promulgação da Constituição Federal de 1988, já tinham o direito à estabilidade no emprego nos termos do Capítulo V do Título IV da CLT. (BRASIL, 1990).

Em relação ao artigo supra, o professor Paulo Vilhena oferta crítica impecável:

O dispositivo referido atesta o que se pode qualificar de soberba, ao asseverar que “fica ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores...” etc., como se às suas costas e por sobre a sua cabeça não estivesse em vigor ou inexistisse na pirâmide normativa o art. 5º, XXXVI, da Constituição nem a outra regra de sobre-direito (überrecht) do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto n.º 4.657, de 4-9-42), que asseguram o direito adquirido e contra a própria lei. (VILHENA, 1992, p. 169-170.)

No que tange a sua natureza jurídica,⁷ a matéria encontra-se num certo limbo, no seio da doutrina, estando longe de uma unanimidade. Para fins desse ensaio, adotar-se-á a lapidar lição do professor Mauricio Godinho:

O FGTS é instituto de natureza multidimensional, complexa, com preponderante estrutura e fins justrabalhistas, os quais se combinam, porém, harmonicamente, a seu caráter

de fundo social de destinação variada, tipificada em lei. Por isso associa traços de mera figura trabalhista com traços de figura afeta às contribuições sociais, formando, porém, instituto unitário (DELGADO, 2011, p. 1213).

Na esteira de Vólia Bomfim Cassar, a natureza do FGTS seria múltipla:

Para o empregado o FGTS tem natureza jurídica de direito à contribuição que tem caráter salarial (salário diferido). Equipara-se a uma poupança forçada. Para o empregador é uma obrigação e para a sociedade a contribuição tem caráter social. Daí decorre sua natureza múltipla ou híbrida. (CASSAR, 2011)



7 STJ. Súmula 353. As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS. Pelo enunciado dessa súmula, afere-se que o STJ entende que o FGTS não tem natureza de tributo, de tal sorte, não se deve aplicar o regramento do Código Tributário Nacional, bem como as regras de execução fiscal. “Assim, entendemos que para o empregador o FGTS vem a ser uma contribuição social, espécie do gênero tributo. Não se trata de outro tipo de contribuição ou de contribuição previdenciária, pois para nós esta tem natureza tributária, de contribuição social (...).” (MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 459).

É fato que com a instituição do FGTS, nos idos da década de sessenta, a figura da estabilidade decenal tornara-se rara, tendo em vista a prática do empregador em só contratar se o empregado optasse pelo respectivo FGTS⁸ constituindo-se, assim, em uma das primeiras formas de

flexibilização da relação de trabalho⁹ implantado no Brasil¹⁰.

Nesses termos ensina o professor Paulo Vilhena:

Como toda a abordagem experimental, a implantação do regime do FGTS pela Lei n.º

8 “(...) porquanto o empregado deveria manifestar, quando da contratação, sua opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; mais do que uma opção, tornou-se condição de possibilidade da admissão, (...)”. (CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 562). “Segundo o art. 1º da Lei nº 5.107/66, visava o FGTS assegurar aos empregados uma garantia pelo tempo de serviço prestado às empresas, mediante opção do empregado. O referido sistema era compatível com a estabilidade decenal, porém o que ocorreu na prática é que nenhuma empresa admitia empregado se não fosse optante do FGTS, visando, assim, a que o empregado não adquirisse a estabilidade”. (MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 452).

9 “De fato, o ramo justralhista afirmou-se no período anterior como o mais clássico e abrangente instrumento de políticas sociais surgido no capitalismo, produzindo inquestionável intervenção normativa na economia, em favor, regra geral, de importante distribuição social dos ganhos do sistema econômico. Nesse contexto, a desregulamentação de suas regras ou, pelo menos, sua crescente flexibilização, tudo passou a compor foco destacado na matriz cultural que se generalizou no Ocidente no último quartel do século XX”. (DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 99). “A legislação trabalhista brasileira pode ser comparada a urna máquina ultrapassada, que foi criada para trabalhar, mas que parecia não ter nascido para semelhante fim. A CLT não tem mais a mesma finalidade que tinha quando de sua criação, necessitando ser revista. Urna das formas dessa revisão é verificar mecanismos de flexibilização, de forma a adaptar à realidade de fato à norma jurídica”. (MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 2). “A flexibilização tem sido voltada para o capital, para o aumento da produção. Visa maximizar lucros em decorrência da internacionalização das economias”. (MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7). “Os defensores da corrente neoliberalista, sob o argumento de que é o excesso de encargos trabalhistas que dificulta a gestão empresarial e o crescimento econômico, têm insistido na tese de que a negociação coletiva deve prevalecer sobre as correspondentes leis, vulnerando a hierarquia das fontes formais de direito e revogando, pela vontade coletiva dos sindicatos, os direitos arduamente conquistados e constitucionalmente garantidos”. (CASSAR, VÓLIA Bomfim. **Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 41). “A garantia de direitos mínimos ao trabalhador faz parte de um conjunto de valores humanos civilizatórios (mínimo existencial), que encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana previsto constitucionalmente como maior patrimônio da humanidade”. (CASSAR, VÓLIA Bomfim. **Direito do trabalho**. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 29).

10 (...), o sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, em substituição ao regime de estabilidade, é o ícone da flexibilização no Brasil, já que o contrato pode ser rompido pelo empregador ao seu bel-prazer, mediante o pagamento em pecúnia de valor, que, à época da instituição do novel regime, equivalia a 10% do saldo existente na conta vinculada do empregador. (...)”. (LOPES, Otavio Brito. Limites da flexibilização das normas legais trabalhistas. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen; PRADO, Ney; NUNES, Simone Lahorgue. **Direito e processo do trabalho em transformação**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2007, p. 187).

5.107/66, foi tosca, para não dizer grosseira, pois logo se viu que a opção, formalmente ato do empregado, era, na realidade, dirigida pelo empregador e que, se na admissão ou em até um ano da vigência da lei, o empregado não optasse, ele somente poderia fazê-lo, e até com efeito retroativo, com o consentimento do empregador (VILHENA, 1992, p. 164).

Tendo em vista a controvérsia sobre a natureza jurídica dos depósitos fundiários, tem-se o entendimento preambular de que o mesmo teria natureza previdenciária, o que de tal sorte acarretaria o prazo prescricional de 30 anos, referente a exigibilidade dos depósitos não concretizados.

Fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa e utilizando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, buscar-se-á fazer uma apreciação da construção normativa, no sistema jurídico brasileiro, sobre a mutação na jurisprudência do STF, referente ao prazo prescricional referente a cobrança das contribuições ao FGTS não depositadas em tempo hábil pelos empregadores.

Da inconstitucionalidade da disposição do §5º do art. 23 da Lei nº 8.036/90

Com a Lei nº 5.107/66, que cria o FGTS, tendo em vista o disposto do art. 20, tem-se a prescrição da regra de que a cobrança judicial e administrativa dos valores devidos ao FGTS deveria ocorrer de modo análogo à cobrança das contribuições

previdenciárias e com os mesmos privilégios,¹¹ vem o Tribunal Superior do Trabalho (TST) posicionar-se pelo entendimento da natureza previdenciária dos depósitos fundiários, sendo a este aplicável o prazo de 30 anos para a cobrança de contribuições previdenciárias, como determinada o art. 144 da Lei nº 3.807/60, que instituía a lei orgânica da previdência social.¹²

O entendimento do TST veio, inicialmente, esculpido no verbete sumular nº 95:

Súmula nº 95 do TST

PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. FGTS (cancelada) - Res. 121-2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (BRASIL, 2003).

Após a Constituição de 1988, por meio da Lei nº 8.036/90, o FGTS ganha um novo disciplinamento, vindo a consolidar o entendimento do TST sobre o prazo prescricional de 30 anos, no §5º do seu art. 23:

Art. 23. (...)

§ 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária (BRASIL, 1990).

Por meio da resolução nº 121/03, o TST, através

11 Lei nº 5.107/66. Art. 20. Competirá a Previdência Social, por seus órgãos próprios a verificação de cumprimento do disposto nos artigos 2º e 6º desta lei, procedendo, em nome do Banco Nacional de Habitação, ao levantamento dos débitos porventura existentes e às respectivas cobranças administrativas e judicial, pela mesma forma e com os mesmos privilégios das contribuições devidas à Previdência Social.

12 Lei nº 3.807/60. Art. 144. O direito de receber ou cobrar as importâncias que lhes sejam devidas, prescreverá, para as instituições de previdência social, em trinta anos.

da súmula nº 362, reafirmar o entendimento do prazo trintenário para cobrar o não recolhimento do FGTS. Eis o teor da respectiva súmula:

para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho (BRASIL, 2015).

Súmula nº 362 FGTS – Prescrição
É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição

Destarte, fica bem evidenciado a consolidação do entendimento em relação ao prazo prescricional do FGTS, constituindo-se um dos prazos

13 Código Civil. Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventúrios judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo;

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º Em três anos:

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

prescricionais mais longos do ordenamento jurídico brasileiro, após o Código Civil de 2002¹³.

Entretanto, por meio de Recurso Extraordinário, o Banco do Brasil, veio por questionar a constitucionalidade da redação do art. 23, §5º da Lei nº 8.036/90, tendo em vista que o FGTS, na Constituição Federal de 1988, foi alçado a direito social fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais, no art., 7º, III, o que, de tal sorte, o torna direito trabalhista obediente a regra do art. 7º, XXIX da Constituição que determina o prazo prescricional de 5 anos:

Art. 7º. (...)
XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;(BRASIL, 1988).

O professor Sergio Pinto Martins a muito já concebia esse entendimento. Segue a lapidar lição do doutrinador:

Como o FGTS é um direito do trabalhador (art. 7º, III, da CF), o prazo de prescrição para sua cobrança também deve obedecer aos prazos normais do inciso XXIX do art. 7º da Constituição. Assim, os

trabalhadores urbanos e rural têm dois anos para ingressar com a ação, a constar do término do contrato de trabalho, podendo reclamar os últimos cinco anos, inclusive o FGTS (MARTINS, 2005, p. 471).

Como apontado pelo ministro Gilmar Mendes, em seu voto, há contradição no entendimento do TST na normativa veiculado na súmula nº 362, pois adota-se o prazo de 30 anos, todavia, o prazo prescricional para adentrar com ação é o de 2 anos, conforme o regramento constitucional.

“Todavia, constata-se, também, uma contradição na jurisprudência do STF, pois a suprema corte reconhecia que o FGTS não tinha natureza tributária e nem previdenciária, mas sim trabalhista e social (...)”

Em outras palavras, a Corte Trabalhista entendeu ser aplicável apenas a parte do dispositivo constitucional que prevê o prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, olvidando-se do disposto na primeira parte do dispositivo (o direito de reclamar o depósito do FGTS somente alcançaria os últimos cinco anos). (BRASIL, 2014)¹⁴

Todavia, constata-se, também, uma contradição na jurisprudência do STF, pois a suprema corte reconhecia que o FGTS não tinha natureza tributária e nem previdenciária, mas sim trabalhista e social, entretanto, concebia, mesmo após a Constituição de 1988, o prazo prescricional trintenário.

FGTS – CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E

14 Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário com agravo nº 709.212/DF, p. 08.

TRABALHISTAS – ARTS. 1º E 2º DA LEI COMPLEMENTAR 110/01 - NATUREZA JURÍDICA NÃO TRIBUTÁRIA – EXCLUSÃO DA MULTA, NOS TERMOS DO ART. 138 DO CTN – REMESSA OFICIAL PROVIDA – RECURSO DA IMPETRANTE IMPROVIDO – RECURSO DA UNIÃO PREJUDICADO.

(...)

3. Inaplicável, às contribuições instituídas pelos arts. 1º e 2º da LC 110/2001, a hipótese de exclusão da multa prevista no parágrafo único art. 138 do CTN, porquanto restou **sedimentado, pelo Excelso Pretório, o entendimento jurisprudencial no sentido de que as contribuições sociais ao FGTS não se revestem de natureza tributária** (BRASIL, 2012)¹⁵ (grifo nosso)

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENÁRIO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ART 144.

A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249 - RTJ 136/681.

Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto a prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL, 2017)¹⁶ (grifo nosso)

Certo que com a presente composição do STF, não deve prevalecer a engenharia

hermenêutica de que o dispositivo do art. 7º, XXIX estabelecia, apenas, um prazo prescricional mínimo de 5 anos, nada obstando a sua ampliação quando em favor do trabalhador.

Lembra-se que o princípio da proteção ao trabalhador não pode ser interpretado em um isolacionismo, devendo o mesmo dialogar com as demais normas constitucionais, no bojo de uma interpretação sistemática.

Dos efeitos do Recurso Extraordinário com agravo nº 709.212/DF

Em decorrência de mais de 20 anos de jurisprudência consolidada, após Constituição Federal de 1988, o STF não se poderia determinar a aplicabilidade retroativa do prazo prescricional de 5 anos, o que comprometeria, severamente a segurança jurídica, vindo a determinar a eficácia prospectiva de sua decisão, em modulação de efeitos, face a mutação constitucional devido a evolução jurisprudencial.

Nesses termos pronunciou-se o ministro Gilmar Mendes:

Com essas considerações, diante da mudança que se opera, neste momento, em antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e com base em razões de segurança jurídica, entendo que os efeitos desta decisão devam ser modulados no tempo, a fim de que se

15 STF, 2º Turma, Agravo de Instrumento nº 738064/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/04/2012, publicado no DJE em 04/05/2012.

16 STF, 1º Turma, Agravo de Instrumento nº 738064/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 02/02/1993, publicado no DJE em 19/02/1993.

17 Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário com agravo nº 709.212/DF, p. 22

concedam apenas efeitos prospectivos à decisão e à mudança de orientação que ora se propõe (BRASIL, 2017)¹⁷

De tal sorte, conferiu-se efeitos *ex nunc* ao presente recurso extraordinário de forma que o termo inicial da prescrição que ocorrer após a data do julgamento do recurso, supra, seja aplicada o prazo prescricional de 5 anos, e nos casos dos termos prescricionais já em curso, aplicar-se-ia o que ocorrer primeiro: os 30 anos contados do termo inicial, ou os 5 anos, contados da decisão em questão.

Assim explicitou o ministro Gilmar Mendes, em seu voto:

Assim se, na presente data, já tenham transcorrido 27 anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 anos para que se opere a prescrição, com base na jurisprudência desta Corte até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, ao caso se aplicará o novo prazo de 5 anos, a contar da data do presente julgamento (BRASIL, 2017)¹⁸

Em decorrência do Recurso Extraordinário com agravo nº 709.212/DF, ora apreciado, no presente ano (2015), o Tribunal Superior do Trabalho, reviu a sua súmula nº 362, através da resolução nº 198/2015, adequando-a segundo o entendimento posto pelo STF.

Assim fica disposto a nova redação do verbete nº 362 do TST:

Súmula nº 362 do TST

FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015

I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF)(BRASIL, 2015)

“(...) não há dúvidas de que o FGTS se constitui em um dos direitos fundamentais do trabalhador, assim consagrado na Constituição Federal de 1988, no art. 7º, III..”

Considerações Finais

No bojo do conteúdo apresentado, não há dúvidas de que o FGTS se constitui em um dos direitos fundamentais do trabalhador, assim consagrado na Constituição Federal de 1988, no art. 7º, III.

De tal sorte, assiste com razão a melhor interpretação perfilhada pelo Superior Tribunal Federal ao adequar o prazo prescricional

¹⁸ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário com agravo nº 709.212/DF, ps. 23-24.

referente a cobrança das contribuições ao FGTS não depositadas aos ditames da regra constitucional prescrito no art. 7º, XXIX, em uma clara interpretação sistemática.

Assim, evidencia-se uma verdadeira mutação na jurisprudência consolidada, tanto no âmbito do TST como do STF, alterando-se o prazo prescricional trintenária para o prazo geral constitucional-laboral de cinco anos.

Com o fito que garantir a segurança jurídica, compreendeu-se por bem modular os efeitos da decisão do STF onde a noval normativa seja aplicada a partir da corrente decisão da corte constitucional e para os prazos em curso, aplicar-se-ia o prazo que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014.

Por fim, destaca-se que a superior corte trabalhista não demorou e já reformulou o verbete da súmula nº 362 adequando-se ao conteúdo do Recurso Extraordinário com agravo nº 709.212/DF.

Referências

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 1206.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo

de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 14 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm. Acesso em: 20 de março de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 de março de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em agravo de instrumento 738.064 São Paulo. 2012. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=2291621>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com agravo 709.212 Distrito Federal. 2014. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 522.897 Rio Grande do Norte. 2017. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312810089&ext=.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 95. 2003. **Índice de Súmulas do TST**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-95. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 362. 2015. **Índice de Súmulas do TST**. Disponível http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-362 Acesso em: 13 set. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSAR, VÓLIA Bomfim. **Direito do trabalho**. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

CASSAR, VÓLIA Bomfim. **Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

LOPES, Otavio Brito. Limites da flexibilização das normas legais trabalhistas. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen; PRADO, Ney; NUNES, Simone Lahorgue. **Direito e processo do trabalho em transformação**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das Condições de trabalho**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 471.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. O novo FGTS. Percussões constitucionais. **Revista de informação legislativa**. Brasília: v. 29, n. 116, out./dez., 1992.



REPRESENTAÇÃO DE TRABALHADORES NA EMPRESA: DEMOCRACIA OU PELEGUISMO?

Nael Neri de Souza Júnior¹

RESUMO

Este artigo tem como objeto de estudo a representação de trabalhadores na empresa. O interesse por esse objeto justifica-se sobretudo por conta da nova regulamentação empreendida no âmbito da CLT, na qual foi inserido novo título: o IV-A. O objetivo, portanto, é dissertar sobre o instituto a partir da aproximação com a teoria do pluralismo jurídico de caráter comunitário-participativo. Divide-se em três partes. Na primeira, objetiva-se especificamente definir o instituto. Posteriormente, consultam-se os pareceres da teoria do direito do trabalho sobre a representação operária na empresa. Na última parte, será realizada a análise da figura à luz da teoria do pluralismo jurídico de caráter

comunitário-participativo a fim de identificar se esse modelo de representatividade tem potencial para fomentar a maior participação democrática do trabalhador na relação de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Representação de trabalhadores na empresa. Pluralismo jurídico comunitário-participativo; Democracia.

Introdução

Este artigo tem como objeto de estudo a representação de trabalhadores na empresa. O interesse por esse objeto justifica-se sobretudo por conta da nova regulamentação empreendida no âmbito da CLT, na qual foi inserido novo título: o IV-A. Os novos dispositivos são o 510-A, 510-B, 510-C e 510-D. E após as alterações, já há discussões na

¹ Estudante de Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA) e estagiário do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região entre 2018 e 2019. Endereço eletrônico: nael.junior@hotmail.com.

teoria do direito do trabalho a respeito do instituto.

O objetivo, portanto, é dissertar sobre o instituto a partir da aproximação com a teoria do pluralismo jurídico de caráter comunitário-participativo, capitaneada por Wolkmer (2001), sob a hipótese de que trata-se de uma nova expressão do pluralismo jurídico “de novo tipo” no âmbito do direito do trabalho.

Divide-se em três partes. Na primeira, objetiva-se especificamente definir de forma mais precisa o instituto. Para isso, são utilizadas definições normativas e teóricas. Após, a atenção se dirige às impressões da teoria do direito do trabalho no que se refere à representação operária na empresa. Por fim, no último tópico, será realizada propriamente a análise da figura à luz da teoria do pluralismo jurídico de caráter comunitário-participativo a fim de identificar se esse modelo de representatividade tem potencial para fomentar a maior participação democrática do trabalhador na relação de trabalho.

A representação de trabalhadores na empresa

Neste tópico, apresentam-se as definições relativas à representação de trabalhadores na empresa. Entretanto, antes de ir diretamente às definições positivas, é preciso definir o que está fora do objeto. Essa preocupação se faz ainda mais necessária por causa da locução “representação de trabalhadores”, que é demasiadamente imprecisa.

O termo “representação” tem diversas significações. Em direito coletivo trabalho, a representação de trabalhadores pode se dar tanto pelo sistema confederativo, composto por

sindicatos, federações e confederações, quanto pelas centrais sindicais.

Em relação às primeiras entidades, a representação é restrita às categorias profissionais, nos termos do artigo 8º da Constituição. E, no que se refere às centrais sindicais, a representação é mais genérica, compreendendo todos os trabalhadores, na forma do artigo 1º da lei 11.648/2008.

A representação dos trabalhadores na empresa, entretanto, como o próprio nome já acusa, consiste na representação de todos os trabalhadores no âmbito da empresa. Não há que se falar, desse modo, na restrição por categoria, como no sistema confederativo, mas também não podemos estender a representação a todos os trabalhadores em geral, justamente porque a representação, por excelência, ocorre nos limites de empresa.

Portanto, quando se fala, neste artigo, de representação de trabalhadores em empresa, não se deve cogitar a figura dos sindicatos, das federações, das confederações e nem mesmo das centrais sindicais, salvo de forma tangencial, quando necessário para aprofundar as discussões sobre o instituto. Estabelecidas essas exclusões, passa-se agora às definições propriamente ditas. Destacam-se, inicialmente, as normativas.

Nos termos da convenção n. 135 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), denominada oficialmente como “Convenção Relativa aos Representantes dos Trabalhadores, de 1971”, temos a seguinte definição:

Artigo 3: Para fins da presente Convenção, os termos ‘representantes dos trabalhadores’

designam pessoas reconhecidas como tais pela legislação ou a prática nacionais, quer sejam²:

[...]

b) ou representantes eleitos, a saber, representantes livremente eleitos pelos trabalhadores da empresa, conforme as disposições da legislação nacional ou de convenções coletivas, e cujas funções não se estendam a atividades que sejam reconhecidas, nos países interessados, como dependendo das prerrogativas exclusivas dos sindicatos (OIT, 1971).

A referida definição contém três elementos essenciais para configuração do instituto. O primeiro diz respeito à legitimidade dos representantes, que, nos moldes da convenção, se materializa por meio de eleições, na qual os trabalhadores escolhem os seus representantes.

O segundo elemento é de restrição do âmbito espacial da representação, que é o da empresa. Ora, se são os trabalhadores da empresa que exercem o direito de voto, evidentemente os representantes escolhidos se restringem ao meio empresarial.

Por fim, o terceiro elemento essencial trata-se de outra norma de restrição, porém, no âmbito da finalidade. Nos ditames do mesmo enunciado, há a garantia da reserva sindical. A prescrição é a de que as funções exclusivas do sindicato não devem ser usurpadas pela representação de trabalhadores na empresa.

Seguindo essa definição convencional,

podemos definir o instituto, em outras palavras, como a representação no âmbito da empresa, cuja legitimidade é adquirida mediante eleições com participação de todos os trabalhadores. Por fim, esse modelo de representação deve observar as reservas sindicais.

No ordenamento jurídico interno propriamente dito³, temos previsão da representação dos trabalhadores na empresa já na Constituição da República de 1988, no artigo 11: “Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores” (BRASIL, 1988).

Os elementos da definição constitucional são praticamente os mesmos contidos no texto da convenção n. 135 da OIT, porém, com uma significativa restrição, que é o requisito da quantidade mínima de empregados: duzentos.

Em que pese essa diferença, observe-se que, assim como no texto convencional, há o elemento de legitimidade, consistente no caráter eletivo do representante; da restrição espacial, qual seja o limite empresarial; bem como o elemento funcional. No entanto, no que se refere a este último, saliente-se que os constituintes preferiram utilizar outra locução: “[...] com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”. A redação, neste aspecto, é bastante imprecisa se comparada com o texto da convenção⁴.

Recentemente, com a aprovação da Lei 13.467/2017, houve regulamentação do

2 No mesmo documento, a OIT se preocupa em estabelecer a distinção entre os representantes de empresa e os representantes sindicais. Isso fica evidente quando são confrontados as alíneas “a” e “b” do artigo 3º.

3 “Propriamente dito” porque as convenções da OIT também fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro.

4 Em que pese essa relativa imprecisão, maior desenvolvimento dessa reflexão foge ao escopo deste artigo.

instituto em nível infraconstitucional, com a inserção de título específico (IV-A) na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). As disposições específicas estão contidas entre os artigos 510-A e 510-D.

O caput do artigo 510-A é praticamente a transcrição literal do artigo 11 da Constituição Federal. As diferenças substanciais consistem na supressão do termo “exclusiva” e na substituição do termo “um representante” pelo termo “comissão”⁵. Isso indica de forma expressa que a intenção foi, de fato, a de regular de forma mais

detalhada essa modalidade de representação.

A diferença textual, em um primeiro momento, pode trazer a impressão de que houve uma ampliação, possivelmente inconstitucional⁶ e inconveniente⁷, das funções dos representantes dos trabalhadores na empresa. Todavia, o problema é resolvido pelas disposições do artigo 510-B⁸, que definem as atribuições da comissão de representantes, que atuará de forma independente (artigo 510-B, § 2º). Da leitura, é possível perceber que estão protegidas as prerrogativas sindicais⁹. Veja-se, p. ex.,

5 “Art. 510-A. Nas empresas com mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

6 É possível que se argumente que os constituintes, quando da restrição expressa no texto constitucional, tinham a intenção de proteger as prerrogativas da representação por categoria, exercida, por excelência, pelos sindicatos, impedindo, assim, houvesse a ampliação das funções da representação por empresa. Dessa maneira, se a norma infraconstitucional retira a expressão limitadora, poderíamos estar diante de uma violação do artigo 8º, inciso III, da CF.

7 O argumento pela inconveniência pode ser orientado no mesmo sentido do argumento pela inconstitucionalidade: de usurpação das prerrogativas sindicais, uma vez que a convenção n. 135 da OIT, no artigo 3º, inciso II, parte final, estabelece os limites da representação dos trabalhadores em empresa como sendo as atribuições reservadas aos sindicatos, nos termos da legislação interna.

8 Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições:

I – representar os empregados perante a administração da empresa;

II – aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;

III – promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;

IV – buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais;

V – assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical;

VI – encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;

VII – acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

9 Essa leitura é semelhante à de Maurício Godinho Delgado e de Gabriela Neves Delgado: “Entre as atribuições [das comissões], contudo, não existe a de celebrar negociação coletiva trabalhista, a qual constitui prerrogativa **exclusiva** dos sindicatos [...]. De toda forma, tais comissões obreiras internas poderão acompanhar e exigir o cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho celebrados, conforme visto (art. 510-B, VII, CLT) [...]. As Comissões de Representação dos Empregados igualmente não poderão fomentar qualquer medida de flexibilização nos contratos individuais de trabalho. É que, em harmonia com a Constituição de 1988, no caso brasileiro, a flexibilização trabalhista pode ocorrer essencialmente pelo caminho da Lei e da negociação coletiva trabalhista” (2017, p. 238).

que a negociação coletiva e a direção dos procedimentos de greve estão fora do referido rol.

Portanto, do ponto de vista normativo, define-se o instituto de representação dos trabalhadores na empresa como sendo aquele previsto, em nível de convenção internacional, no artigo 3º, alínea b, da convenção n. 135 da OIT; em nível constitucional, aquele previsto no artigo 11 da Constituição da República de 1988 e, por fim; em nível infraconstitucional, aquele instituto regulado no título IV-A da CLT, entre os artigos 510-A e 510-D.

Situado o instituto no direito positivo, é possível defini-lo, ainda, de acordo com a teoria do direito do trabalho. Para além do aspecto normativo, que é parafraseado pelos autores, podemos aprofundar as definições.

Distinguindo a representação sindical da representação de trabalhadores na empresa, Nascimento (2013) constrói uma exposição que vai além das definições estritamente legalistas, buscando distingui-los conforme o ânimo de atuação. Destaca-se o seguinte trecho:

Os órgãos não sindicais de trabalhadores na empresa podem conduzir suas ações segundo uma ideologia de harmonia e colaboração com o empregador [...]. Já o sindicato sofre uma natural tendência para agir de acordo com uma ideologia dos conflitos, de oposição e de luta permanente por meio de seguidas confrontações com a empresa (NASCIMENTO, 2013, p. 486).

Diante disso, para ele, diferentemente do

que se dá nas lutas sindicais, a representação de trabalhadores na empresa não se efetiva com base no conflito, mas na pretensão de harmonização dos interesses. Entretanto, como observa o próprio autor, essa é apenas uma “tendência natural”.

Quanto a razão de ser do instituto, Nascimento (2013) verifica que ela está lastreada no princípio da liberdade sindical e que visa a sanar uma suposta crise de representação:



Pensamos que o seu fundamento está no princípio da liberdade sindical e sua consequência é dar maior consistência à **representatividade**, capaz de superar a crise de representação do sindicato externo, porque quanto mais próximo estiver o representante das suas bases maior será a sua identificação com as mesmas (NASCIMENTO, 2013, p. 488).

Barroso (2010) também estabelece uma distinção entre a representação de trabalhadores na empresa e a representação sindical, categorizando que o primeiro instituto está compreendido no gênero mais amplo, o direito coletivo do trabalho. *Mutatis mutandis*,

é possível inferir do mesmo raciocínio que as entidades sindicais se inserem tanto no mesmo gênero, quanto no gênero específico denominado direito sindical.

O autor, admitindo também a tendência à harmonização pela representação dos trabalhadores na empresa, assim como o fez Nascimento (2013) de forma explícita, entende que o instituto funciona como uma espécie de mediação entre os interesses antagônicos:

Deverá [o representante] no seu mister tratar do dia a dia das relações de trabalho, tentando evitar o confronto de interesses imediatos entre o empregador e os empregados. Uma espécie de mediador dos interesses contrapostos no próprio ambiente de trabalho (NASCIMENTO, 2013, p. 164).

De fato, essa interpretação é a que mais parece adequada ao mandamento constitucional do artigo 11, quando prescreve que o representante eleito deverá buscar o entendimento direto com o empregador.

Araújo (2017) não se distancia dessa perspectiva e reverencia a regulamentação do instituto, em seus termos, significou um avanço:

Nesse sentido, a regulamentação do texto constitucional [artigo 11] se revelou um avanço na luta trabalhista, por introduzir a obrigatoriedade de um canal de diálogo entre empregado e empregador na estrutura empresária, em se tratando de empresas com mais de 200 empregados (ARAÚJO, 2017, p.159).

A autora enfatiza que a obrigatoriedade do diálogo promovida pelo ordenamento jurídico será benéfica em vários segmentos da relação de trabalho:

Nesse sentido, a mobilização dos trabalhadores, por meio da figura criada pela nova Lei, permite a construção de relação de diálogo entre chefias, gerências e os trabalhadores; a democratização das relações de trabalho; a capacitação dos trabalhadores para atuação do local de trabalho, inclusive no âmbito negocial, tal como o desenvolvimento de novas lideranças e a socialização da política sindical (ARAÚJO, 2017, p. 164).

Dessa forma, considerando tanto as prescrições normativas quanto a perspectiva teórica, pode-se construir uma definição mais analítica do instituto para posteriormente avançar na discussão: a representação de trabalhadores na empresa é instituto distinto da representação sindical. Visa, mediante diálogo entre os interlocutores da relação de trabalho, à harmonização direta entre os interesses obreiros e patronais. Sua atuação deverá ocorrer independente de forças externas e não pode usurpar prerrogativas exclusivas das entidades sindicais.

A perspectiva da teoria do Direito do Trabalho

Na teoria do direito do trabalho brasileira, aparentemente não há ainda uma discussão crítica madura a respeito da representação de trabalhadores na empresa. As críticas se apresentam geralmente de forma tangencial no enfoque de um outro objeto. Ainda assim, é possível salientar alguns posicionamentos.

Neste particular, destacam-se novamente as impressões de Nascimento (2013). Em evidente apologia ao instituto, ele verifica que podem ocorrer diversos benefícios a partir da implementação da representação de trabalhadores na empresa. Esses benefícios, segundo o autor não se restringem à classe trabalhadora, mas podem se estender ao empregador e até mesmo ao Estado. Elenca da seguinte maneira:

A representação dos trabalhadores na empresa pode projetar efeitos de várias ordens, e que são enumerados em seguida:

- a) sobre a Justiça do Trabalho, reduzindo o número de processos judiciais, uma vez que permite a solução de questões na própria empresa;
- b) sobre os conflitos coletivos, atuando como forma de diálogo na empresa para impedir a repercussão do conflito na vida da sociedade;
- c) sobre a estrutura da empresa, tornando-a democrática e social;
- d) sobre a fiscalização trabalhista pela Delegacia Regional do Trabalho, uma vez que os órgãos de representação na empresa mantêm-se atentos contra o

descumprimento da lei;

e) sobre os contratos individuais de trabalho, podendo cumprir importante função normativa e disciplinadora de direitos e deveres recíprocos dos seus sujeitos;

f) sobre o sindicato, revelando a experiência europeia que o meio principal de que se valeu o sindicato para penetrar na empresa foi a representação dos trabalhadores, com o que ficou valorizada a liberdade sindical e foram criados mecanismos jurídicos de sua defesa contra os comportamentos considerados antissindicais, especialmente na Itália;

g) sobre o ambiente de trabalho, uma vez que a representação dos trabalhadores vela melhor pela vida, integridade física, saúde dos trabalhadores e prevenção contra acidentes de trabalho;

h) sobre as condições salariais, porque os problemas de salários são melhor resolvidos quando as partes levam em consideração, mediante negociação direta, as peculiaridades de cada empresa e sua suficiência econômica (ps. 490/491).

Apesar de o autor ter optado por salientar o caráter democrático do instituto em um único item, o “c”, observe-se que em todos os outros efeitos pode haver expressão de democracia, uma vez que sempre há a participação direta de trabalhadores. E não poderia ser diferente já que sempre é fomentado o diálogo em todas as atribuições dos representantes.

Em perspectiva ainda mais crítica, Araújo (2017) - partindo do pressuposto de que o instituto tende a democratizar o ambiente de trabalho - concebe a representação de trabalhadores na empresa aparentemente



como uma garantia da “luta trabalhista” em face da ingerência empresarial, na medida em que o ordenamento jurídico impõe a implementação das comissões quando atendida a condição constitucional:

Nesse sentido, a regulamentação do texto constitucional [artigo 11] se revelou um avanço na luta trabalhista, por introduzir a obrigatoriedade de um canal de diálogo entre empregado e empregador na estrutura empresária, em se tratando de empresas com mais de 200 empregados (ARAÚJO, 2017, p.159).

E com lastro na perspectiva histórica, Araújo (2017) tece ainda as seguintes considerações:

Ao revés, a organização no ambiente de trabalho, como historicamente já demonstrado, sempre concorreu para maior mobilização coletiva e, por conseguinte, para o próprio advento da legislação trabalhista. É no chão da fábrica onde se revelam as tensões primeiras entre capital e trabalho e são despertados os laços de solidariedade entre os trabalhadores (ARAÚJO, 2017, p. 163).

Esse posicionamento é mais um da teoria do direito do trabalho a reverenciar a representação de trabalhadores na empresa. Entretanto, adiante-se que não há unanimidade. No intermédio entre a exaltação e o repúdio, emergem as reflexões de Brito Filho (2009), alerta para os possíveis riscos inerentes ao instituto:

Neste caso, embora ainda entendamos a existência das comissões de empresa

como experiência válida, não acreditamos que, na maioria dos casos, ela possa ser fator relevante para a efetiva representação dos trabalhadores na empresa, pois mantido o modelo atual, ou ela é criação da empresa, à margem do sindicato, o que pode conduzi-la ao enfraquecimento, com sua submissão ao empregador, retirando-lhe qualquer condição de, efetivamente, representar os trabalhadores, ou braço direito do sindicato único brasileiro, só sendo forte quando este o for e sofrendo de todas as vicissitudes de seu criador, ou seja, sendo mais um órgão em modelo superado e que, somente como exceção, pode lograr algum êxito (BRITO FILHO, 2009, p. 364).

Sem desprestigiar a essência da representação obreira no meio empresarial, o autor chama a atenção para uma possível cooptação seja por parte dos empregadores seja por parte dos sindicatos. Entretanto, para Brito Filho (2009), o problema é de forma, que pode servir tanto à representatividade quanto ao desvirtuamento.

Porém, não exalta tanto a figura como os autores supracitados. Ele reconhece a importância, mas enxerga na figura da pluralidade sindical o instrumento realmente efetivo de representatividade de trabalhadores:

A comissão de empresa é apenas um aspecto, em relação ao que precisa ser alterado e, se formos ver, muito embora creditemos a ela espaço importante dentro das formas de coordenação e defesa dos interesses dos trabalhadores, um pequeno aspecto, pois o que efetivamente deve

interessar aos trabalhadores brasileiros é sair deste modelo que pouco contribui para a satisfação de suas necessidades, com a implantação, no Brasil, da irrestrita liberdade sindical (BRITO FILHO, 2009, p. 372).

E no polo de irresignação, há a ótica de Rodrigues (2017), que, ao analisar o contexto de modificações normativas promovidas pela lei 13.467/2017, concebe o instituto da representação de trabalhadores na empresa como um mecanismo de fragilização da consciência de classe:

Nesse contexto é que nos deparamos com a Lei n. 13.467/2017, que promove o peleguismo sindical e a fragmentação das instâncias de formação de

consciência de classe e de representação de categoria, na medida em que: a) cria representação direta de trabalhadores por empresa, desguarnecida de institucionalidade sindical, mas com *munus* concorrente ao dos próprios sindicatos (art. 510-A e seguintes da CLT) [...] (RODRIGUES, 2017, p. 230).

Além disso, o autor apresenta alguns questionamentos a respeito da efetividade prática da representação de trabalhadores na empresa:

Indaga-se qual a expectativa de êxito de uma comissão de representantes de empregados,

em sua atribuição concorrencial ao do sindicato de **representar empregados, prevenir conflitos, encaminhar reivindicações e acompanhar cumprimento das leis trabalhistas** (atribuições previstas no art. 510-B da CLT). Como esperar a atuação independente de um empregado desguarnecido de uma retaguarda institucional? Com que recursos financeiros o mesmo poderá contar para exercer suas atribuições? Como suportará custos de processos judiciais que possam

decorrer do exercício de sua atividade, ou mesmo custos com comunicação social essencial à sua função de representação? E mais: quais as garantias desse empregado? De alguma forma mostra-se subsistente uma mera garantia

de emprego contra **despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro** (§ 3º do art. 510-D da CLT). O que seria motivo **técnico, econômico ou financeiro** para a demissão arbitrária de um representante de empregados? (RODRIGUES, 2017, p. 240).

Diante disso, é possível perceber que a representação de trabalhadores no âmbito empresarial, apesar de encontrar previsão em convenção da OIT e na ordem interna, sobretudo na Constituição, ainda é objeto de

“(...) é possível perceber que a representação de trabalhadores no âmbito empresarial, apesar de encontrar previsão em convenção da OIT e na ordem interna, sobretudo na Constituição, ainda é objeto de controvérsia.”

controvérsia. Essa disputa teórica certamente será mais acentuada nos próximos anos por conta da previsão em sede infraconstitucional.

A representação obreira nas empresas à luz do pluralismo jurídico de caráter comunitário-participativo

É nesse contexto de discussão que se insere esta crítica. Sem a pretensão de desenvolver uma análise normativa propriamente dita, este trabalho busca aplicar outra ótica de análise do instituto, aproximando a teoria do pluralismo jurídico de caráter comunitário-participativo, encabeçada por Wolkmer (2001), da representação operária nas empresas.



O autor classifica os fundamentos do pluralismo jurídico de “novo tipo” em “fundamentos de efetividade material” e “fundamentos de efetividade formal”. Nos primeiros fundamentos, ele identifica a emergência dos “novos sujeitos coletivos”, que se legitimam por satisfazerem às “necessidades humanas fundamentais”.

Os fundamentos de ordem formal, entretanto, se referem ao desenvolvimento da “ética concreta da alteridade” e à

mudança de sentido de racionalidade, que passaria a ser uma racionalidade de caráter “emancipador”, que seriam conseqüências da estratégia de “reordenação política do espaço público”, pautada na “descentralização”, na “participação” e no “controle comunitário”. Destaca-se o seguinte trecho:

Ademais, torna-se imperativo que o pluralismo como novo referencial do político e do jurídico esteja necessariamente comprometido com a atuação de novos sujeitos coletivos (legitimidade dos atores), com a satisfação das necessidades humanas essenciais (“fundamentos materiais”) e com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário (estratégias). Soma-se ainda a inserção do pluralismo jurídico com certos “fundamentos formais” como materialização de uma “ética concreta da alteridade” e a construção de processos atinentes a uma “racionalidade emancipatória”, ambas capazes de traduzir a diversidade e a diferença das formas de vida cotidianas, a identidade, informalidade e autonomia dos agentes legitimadores (WOLKMER, 2001, p. 233-234).

No primeiro fundamento da efetividade material, os “novos sujeitos coletivos”, o próprio autor inclui a representação dos trabalhadores na empresa, porém, com a outra denominação: “comunidade” ou “comitê” de “fábrica”. Ilustra-se com o seguinte excerto:

Assim, a nosso ver, o “antigo sujeito histórico” individualista, abstrato e universal, que na tradição da periferia latino-americana vinha sendo representado, dentre tantos, por oligarquias agrárias, setores médios da burguesia nacional, por elites empresariais e por burocracias militares, deve dar lugar a um tipo de coletividade política constituída tanto por agentes coletivos organizados quanto por movimentos sociais de natureza rural (camponeses sem-terra), urbano (sem-teto), étnica (minorias), religiosa (comunidades eclesiais de base), estudantil, bem como **comunidades de mulheres, de negros, de índios, de bairros, de fábrica**, de corporações profissionais e demais corpos sociais intermediários semi-autônomos classistas e interclassistas (WOLKMER, 2001, p. 238-239, grifo nosso).

Isso fica ainda mais explícito na seguinte passagem:

Na medida em que se amplia politicamente a pluralidade de esferas sociais, **o espaço político unificado e homogêneo das formas de representação tradicional (partidos políticos e sindicatos)** cede lugar a uma proliferação de práticas coletivas canalizadas agora pelos movimentos sociais, associações voluntárias em geral, corpos intermediários, **comitês de fábricas**, conselhos comunitários e municipais, juntas distritais, comunidades religiosas de base, órgãos colegiados e instituições culturais etc. É nessa nova forma de se fazer política que se institui a cidadania coletiva. **Uma cidadania que nasce com a participação democrática dos diversos**

setores da sociedade na tomada de decisões e na solução dos problemas pela descentralização de competências, recursos e riquezas e pela criação de mecanismos de controle sobre o Estado, assegurados pela real efetividade de um pluralismo político e jurídico, firmado em novas bases de legitimação (WOLKMER, 2001, p. 254-255, grifo nosso).

A partir dessas considerações, é possível perceber que a representação de trabalhadores na empresa, sem entrar no mérito de eventual cooptação da figura pela empresa ou pelos sindicatos, tem o potencial de ser um efetivo novo sujeito coletivo, legitimado pelas demandas internas, que não são alcançadas nem pela estrutura sindical e tampouco pelo Estado.

Em relação aos sindicatos, por possuírem âmbito de legitimação mais amplo, a categoria, existem algumas necessidades que não são próprias de suas atribuições. E no que se refere ao Estado, a regulação é ainda mais genérica. Apesar de haver regulamentação específica em relação ao ordenamento jurídico como um todo, como é o caso das normas heterônomas de direito do trabalho, o poder público evidentemente não alcança o âmbito das empresas com igual efetividade.

Existem demandas que são tão peculiares que não entram, por excelência, no rol de atribuições mais genéricos. E foi partindo dessa premissa que a OIT, mais cedo, e os constituintes, na década de 80, reservaram a garantia específica da representação dos trabalhadores no âmbito de trabalho, que agora é complementada pelas disposições infraconstitucionais.

E essa descentralização fomentada pelo ordenamento jurídico internacional e doméstico certamente está inserida no fundamento denominado por Wolkmer (2001) como reordenação do espaço público, visto que as normas garantem maior participação dos trabalhadores no local de trabalho cotidiano.

Evidentemente que a figura está sujeita a desvirtuamentos, como todos os outros institutos do direito brasileiro. Porém, se houver a legitimidade (pautada na satisfação das necessidades fundamentais) para representação, haverá fundamento material, e estaremos diante de uma expressão do pluralismo jurídico democrático, de caráter comunitário-participativo.

Analisando algumas das atribuições da comissão de representantes de trabalhadores na empresa, positivadas no artigo 510-B da CLT, pode-se identificar abstratamente essa maior participação. Destacam-se, por exemplo, os incisos VI e VII:

Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições:

[...]

VI - encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;

VII - acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho (BRASIL, 2017).

Essas duas atribuições exemplificam o fomento à participação direta dos operários, seja na atribuição reivindicatória seja na

função fiscalizadora. Além disso, apesar de o artigo 510-B arrolar somente 7 atribuições, não se deve entender que elas são exaustivas. A única reserva que se faz à atuação da comissão de obreiros na empresa é o respeito às atribuições exclusivas do sindicato, nos termos da Convenção n. 135 da OIT e da Constituição.

A norma do artigo 11 da Constituição da República é direito do trabalhador e, *mutatis mutandis*, uma obrigação do empregador quando obedecida a condição constitucional de 200 empregados. Portanto, ao contrário do que se pensa, não se trata de “promover o peleguismo”, mas de fomento à participação democrática do trabalhador, que será incluído não só nas discussões genéricas dos trabalhadores, pelo Estado, nem somente nas disputas de sua categoria, que se dá mediante os sindicatos, mas também será inserido nas tomadas de decisões específicas de seu empregador no âmbito da empresa.

Considerações Finais

Portanto, diante da pesquisa desenvolvida, consigna-se a conclusão de que a representação na empresa é uma figura voltada ao fomento da participação democrática dos trabalhadores na relação de emprego. Através do instituto, os obreiros podem participar de maneira mais direta no âmbito do liame laboral. E dessa participação podem surgir novas normas, diferentes das heterônomas, mais adequadas ao contexto específico da empresa, fundamentadas na crescente necessidade de autodeterminação.

Evidentemente que na prática pode haver o desvirtuamento do instituto, com a

cooptação pelos sindicatos ou mesmo pela própria empresa, caracterizando o tolhimento da liberdade de atuação. Entretanto, essa possibilidade abstrata não retira o caráter precipuamente democrático da representação interna de trabalhadores. Diferentemente do que se pensa, não há promoção do peleguismo, mas a regulamentação de um direito trabalhista, previsto no artigo 11 da Constituição. Em outras palavras, consiste numa expressão do Estado Democrático de Direito.

Referências

- ARAÚJO, W. M. A representação dos trabalhadores na empresa e suas imbricações no âmbito da luta coletiva. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Edição especial. Belo Horizonte, novembro de 2017, p. 153-167.
- BARROSO, Fábio Túlio. **Manual de direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto n.º 135, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a Proteção de Representantes de Trabalhadores. 22 de maio de 1991. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 maio. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0131.htm. Acesso em: 24 set. 2019.
- BRASIL. Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 24 set. 2019.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direito sindical**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- RODRIGUES, Bruno Alves. Indução à ruptura da consciência de classe por meio da lei 13.467/2017. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. v. 63, n. 96, p. 227-243, jul./dez. 2017.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.



BREVE ESTUDO COMPARADO SOBRE O TELETRABALHO NA FRANÇA E NO BRASIL

Rosane Gauriau¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo abordar, de modo conciso, o estudo comparado sobre o teletrabalho, no setor privado, a partir da exegese da legislação trabalhista francesa e brasileira. Para tanto, serão examinadas as noções fundamentais e o regime jurídico aplicável: conteúdo, formalidades necessárias para a implementação e término do teletrabalho na França e no Brasil. Por fim, considerando o que foi apresentado no artigo, propor uma breve reflexão sobre as contribuições deste estudo comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho. Direito comparado. Direito do Trabalho. França. Brasil. Noção. Regime Jurídico.

Introdução

O objetivo deste artigo é o de propor um breve estudo comparado sobre o teletrabalho, no setor privado, a partir da exegese da legislação trabalhista francesa e brasileira.

Segundo o relatório da Organização Internacional do Trabalho (ILO), “Working anytime, anywhere: the effects on the world of work”, o teletrabalho, também denominado home office, remote work ou telework, trabalho remoto ou trabalho à distância, favorece a redução do

1 Jurista. Pesquisadora. Doutora em Direito pela Université Paris 1- Sorbonne. Membre associée do Centre Jean Bodin, Université d’Angers, França. Participante do Institut de Psychodynamique du travail, Paris, França. Membro do Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, Paris, França.

tempo de transporte, oferece maior autonomia e flexibilidade em termos de organização do tempo de trabalho, maior produtividade e melhor equilíbrio entre trabalho e vida privada. Efetuado de modo permanente, alternado ou ocasional, no domicílio do empregado ou em outro local, o teletrabalho traduz a ideia de organização do trabalho flexível e sem fronteiras (RAY, 2018).

No Brasil, a Lei nº 13.467/2017, denominada de “Reforma Trabalhista”, promoveu diversas modificações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dentre elas, regulamentou o teletrabalho por meio dos artigos 75-A a 75-E.

Na verdade, o legislador consolidou uma prática adotada por várias empresas e profissionais, com fundamento na Lei nº 12.551/2011, que alterou o artigo 6º da CLT e introduziu o trabalho realizado à distância no ordenamento jurídico brasileiro. O dispositivo não fez distinção entre o trabalho realizado nas dependências da empresa e aquele executado no domicílio do empregado, desde que presentes os pressupostos da relação de emprego (BASSO; BARRETO JÚNIOR 2018). Embora o referido artigo não fizesse expressa menção ao teletrabalho, ele era utilizado para tal fim até o advento da Lei nº 13.467/2017.

Na Europa, o teletrabalho foi inicialmente tratado pelos atores sociais e regulamentado

pelo Acordo-Europeu de 16 de julho de 2002, o qual proclama que o teletrabalho só pode ser implementado de forma voluntária. Dispõe, ainda, sobre as condições de trabalho do teletrabalhador (igualdade de direitos em relação ao trabalho presencial²), respeito à vida privada, equipamento necessário para o exercício do teletrabalho, proteção da saúde ocupacional, organização do tempo de trabalho, treinamento/formação dos teletrabalhadores e direitos coletivos dos teletrabalhadores.

Na França³, sob a influência do referido Acordo-Europeu de 2002, o teletrabalho foi incorporado ao direito interno francês, no setor privado, inicialmente, pelo Acordo Nacional Interprofissional (ANI) de 19/07/2005⁴ e pela Lei nº 2012-387 de 22/03/2012 («Loi Warsman»⁵), que



2 Sobre as noções de empregado/trabalhador presencial e teletrabalhador, v. infra.

3 Toda a legislação francesa mencionada está disponível no site: <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

4 Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005(ANI). Esse acordo, inspirado do Acordo-Europeu de 2002 é fruto do diálogo social entre confederações sindicais dos empregados (CFDT, CFE-CGC, CFCT, CGT e CGT-FO) e empregadores (le MEDEF, la CGPME et l'UPA). Foi o primeiro acordo a regulamentar o teletrabalho no território francês, a nível nacional e interprofissional.

5 Loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, loi dite «Warsman».

introduziu os artigos L1222-9 à L1222-11 no Código do Trabalho francês.

Posteriormente, em 22/09/2017, um outro texto modificou o artigo L1222-9 (“*Ordonnance relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail*”). Diversos acordos coletivos (“*accords de branche ou d’entreprise*”) sobre teletrabalho foram celebrados com base nesses dispositivos.

No setor público, o teletrabalho foi disciplinado pela Lei nº 2012-347 de 12/03/2012 («*Loi Sauvadet*»⁶).

No Brasil e na França, o teletrabalho é uma forma de organização do trabalho a distância (fora da estrutura de produção) e traduz a ideia de trabalho do futuro, sem fronteiras, em razão do uso de tecnologias da informação e comunicação (RAY, 2018).

De fato, o teletrabalho apresenta muitas vantagens. Para a empresa, menos custos (energia, água, aquecimento, refeição, mobiliário, telefone, computador, dentre outros) e maior produtividade. Para o trabalhador, menos tempo de transporte e, portanto, menos poluição, maior autonomia e, conseqüentemente, melhor qualidade de vida.

Todavia, se o trabalho a distância é o trabalho do futuro, ele é confrontado a diversos problemas como, o aumento do risco de informalidade; tratamento diferenciado entre trabalhador presencial e trabalhador remoto; demanda crescente do aumento de produtividade e redução de custos; dificuldade de prevenção e eliminação dos riscos físicos e psicossociais; trabalho contínuo e direito à

desconexão (LAFARGUE; VERKINDT 2013); equilíbrio entre a vida profissional e vida familiar, dentre outros (PROBST, 2018).

Feitas estas considerações, passa-se ao estudo dos requisitos essenciais para a implementação do teletrabalho, confrontando os pontos em comum e de divergência, assim como as particularidades da legislação francesa e brasileira, a partir do exame das noções para a implementação do teletrabalho (I), bem como do regime aplicável (II):

Noções

1. Teletrabalho

Da leitura dos artigos L1222-9 a L1222-11 do Código do Trabalho francês, conclui-se que o teletrabalho é uma forma de organização do trabalho, que pode ser realizado pelo empregado dentro ou fora das dependências do empregador, usando tecnologias de informação e comunicação. O voluntariado é o elemento essencial do teletrabalho, tanto para o empregado quanto para o empregador.

A definição é suficientemente ampla para abranger diferentes formas e locais de trabalho, a saber:

- Teletrabalho sedentário: o empregado trabalha exclusivamente em seu domicílio, usando o equipamento disponibilizado pelo empregador;
- Teletrabalho alternado: o empregado alterna períodos de trabalho em seu domicílio e na empresa;
- Teletrabalho móvel: o empregado ocupa

⁶ Loi nº 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

um espaço físico no local de trabalho, mas também pode trabalhar em qualquer outro lugar, utilizando tecnologia da informação e comunicação.

A frequência do teletrabalho também pode variar. Pode ser regular ou ocasional, conforme as necessidades do empregador ou em circunstâncias especiais (cf.infra).

No Brasil, segundo o artigo 75-B da CLT, o teletrabalho é a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação. A natureza do serviço prestado não deve configurar o trabalho externo.



Assim, o teletrabalho caracteriza-se quando presentes os seguintes requisitos: atividade laboral realizada preponderantemente fora das dependências do empregador; utilização de meios de informação e de comunicação; não configuração de trabalho externo (LOPES, 2012), (PORTO, 2017).

Ressalte-se que o teletrabalhador poderá comparecer nas dependências do seu empregador para a realização de atividades

específicas, sem que isso descaracterize o regime de trabalho.

Aliás, o contato do teletrabalhador com os demais empregados, ainda que eventual, é recomendável a fim de evitar o isolamento, estimular o convívio entre colegas e o sentimento de pertencimento à equipe de trabalho (DEJOURS; MOLINIER, 1994), (DEJOURS; GERNET, 2012).

2. Teletrabalhador: Para fins deste artigo e conforme o direito francês e brasileiro, considera-se teletrabalhador, o empregado que desempenha suas atividades fora das dependências (estrutura de produção) do empregador, mediante a utilização de meios telemáticos, em seu domicílio ou em outro local.

3. Empregado/trabalhador presencial: Empregado que trabalha fisicamente nas dependências (local, estrutura de produção) do empregador.

II. Regime

Neste tópico, serão analisados, primeiramente, o conteúdo e as formalidades indispensáveis para a implementação - início do teletrabalho (A) e, em seguida, o término-fim do regime de teletrabalho (B):

A- Conteúdo e formalidades

Para tanto, examina-se, inicialmente, o instrumento para a implementação do teletrabalho: norma coletiva, documento elaborado pelo empregador, contrato de trabalho ou qualquer outro meio (1); as cláusulas essenciais (2) e, enfim, os direitos do teletrabalhador e deveres do empregador (3):

(1) Instrumento: norma coletiva, documento elaborado pelo empregador, contrato de trabalho ou por qualquer meio:

Segundo o artigo L1222-9, I do Código do Trabalho francês, o teletrabalho pode ser implementado por meio de acordo coletivo⁷ ou, na sua falta, por documento elaborado pelo empregador após consulta ao Comitê Econômico e Social⁸, se existir. Na ausência desses, o teletrabalho pode ser formalizado por qualquer meio, como por exemplo, o contrato individual de trabalho⁹.

Na França, diversos acordos coletivos tratam da questão do teletrabalho. Sob a influência da ANI 2005, os acordos ressaltam que o teletrabalho é um ato voluntário do empregado, cujo objetivo é o de favorecer exemplo, definição de teletrabalho, partes, organização do trabalho, horários de trabalho, equipamento, indenizações diversas, dias de presença, mobilidade, formação e treinamento profissional, etc.¹⁰

Tal como ocorre no direito francês, no Brasil, a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho pode estar prevista em convenção coletiva ou acordo coletivo, e/ou contrato individual de trabalho.

Deverá haver expressa menção ao regime de teletrabalho, quando ele for ajustado no contrato individual de trabalho, bem como a especificação das atividades que serão realizadas pelo empregado (artigos 75-C e 611-A da CLT).

Na França, a alteração do contrato de trabalho presencial para a modalidade de teletrabalho, ou vice-versa, ocorre por meio de aditivo contratual escrito. Trata-se de um ato voluntário e consensual (artigo L1222-9, I do Código do Trabalho).

No Brasil, conclui-se da leitura dos artigos 75-C da CLT e parágrafos e 75-E da CLT que não há impedimento para a alteração do regime de trabalho presencial para o regime de teletrabalho, desde que haja mútuo acordo entre as partes e que seja registrado em aditivo contratual. O empregador pode alterar o regime de teletrabalho para o regime presencial, garantido o prazo de transição mínimo de 15 dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Na França, no tema, a lei não fez menção a um prazo mínimo de transição.

(2) Cláusulas essenciais:

7 Accord collectif de branche, entreprise, établissement, groupe

8 Instância representativa do pessoal: não possui equivalência no Brasil.

9 Assim sendo, é possível que o teletrabalho seja pactuado durante o processo de recrutamento e seleção do empregado.

10 Cf.: Accord Air France du 13 juill. 2010; Accord Axa France du 19 févr. 2013; Accord Canal+ du 12 sept. 2012; Accord Capgemini du 20 juill. 2011; Accord Dassault systèmes du 27 avr. 2007; Accord Dell du 19 juill. 2012; Accord France Télécom-Orange du 17 mai 2013; Accord Hewlett-Packard du 6 juillet 2010; Accord Michelin du 12 mai 2009 ; etc.

Segundo o Código do Trabalho francês, além das cláusulas essenciais à formação do todo o contrato de trabalho¹¹, o acordo coletivo ou o documento elaborado pelo empregador a fim de organizar o teletrabalho, deve prever:

- As condições para passagem da modalidade de trabalho presencial para o teletrabalho, no caso de um episódio de poluição mencionado no artigo L223-1 do Código do Meio Ambiente, bem como as condições para o retorno ao trabalho presencial;

- As formas de aceitação, pelo empregado, das condições para a implementação do teletrabalho;

- Os métodos de controle da jornada de trabalho ou de regulação da carga de trabalho;

- A determinação dos períodos durante a jornada de trabalho nos quais o empregador pode entrar em contato com o empregado;

- As modalidades para o acesso de trabalhadores com deficiência ao regime de teletrabalho.

Na prática, a convenção coletiva ou o documento elaborado pelo empregador, se existir, estabelecem, em princípio, os critérios de seleção objetivos para o teletrabalho, como por exemplo: prioridade ao empregado que tem uma certa antiguidade/tempo de serviço na empresa, excluindo-se os estagiários, aprendizes, trabalhador em contrato a prazo determinado; trabalhador em missão; ao empregado que possui acomodações compatíveis com o trabalho a ser realizado; que tem filhos menores de idade; que cuida de pessoa idosa ou deficiente na família.

No Brasil, como na França, além das cláusulas essenciais à formação do todo o contrato, extrai-se dos artigos 75-C, 75-D e 75-E da CLT, que o contrato de trabalho deverá especificar as atividades que serão realizadas pelo empregado; a possibilidade de alteração entre o regime de trabalho presencial e de teletrabalho e vice-versa; as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado; e, enfim, instruções expressas a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Direitos do teletrabalhor e deveres do empregador

Direitos do teletrabalhador

Na França, o teletrabalhador possui os mesmos direitos individuais e coletivos do empregado presencial. Isso significa que o empregado em regime de teletrabalho tem direito ao mesmo tratamento – **igualdade de tratamento** - que os demais trabalhadores presenciais.

No Brasil, embora o legislador não o tenha afirmado expressamente, uma interpretação sistêmica, sobretudo tendo em vista os artigos 7 e 8 da Constituição Federal, permite inferir que teletrabalhador possui, em regra, os mesmos direitos individuais e coletivos do empregado presencial.

11 Partes, objeto, prazo, jornada de trabalho, remuneração, deveres, obrigações, direitos, penalidades, dentre outros.

Embora a igualdade seja assegurada ao teletrabalhador, regras específicas são previstas no Código do Trabalho francês (artigos L1222-9 a L1222-10), dentre elas, destaque-se:

Recusa motivada da demanda de teletrabalho

O empregador pode recusar a demanda de teletrabalho do empregado que preenche os requisitos previstos no acordo coletivo ou, na falta deste, no documento da empresa. Deverá, porém, fundamentar junto ao empregado as razões de sua recusa.

Ressalte-se que a ausência de acordo coletivo ou de documento da empresa, autoriza o empregador, em teoria, a recusar o pedido de alteração em teletrabalho sem ter que justificar sua recusa.

“A recusa do empregado em aceitar proposta de teletrabalho não é motivo para rescisão do contrato de trabalho.”

A recusa do empregado em aceitar proposta de teletrabalho não é motivo para rescisão do contrato de trabalho.

No Brasil, não há previsão legal no mesmo sentido. O tema poderá ser objeto de negociação coletiva ou expressa previsão no contrato de trabalho.

Jornada de trabalho, controle da jornada de trabalho, disponibilidade e regulação da carga de trabalho

O Código do Trabalho francês afirma que os

períodos, durante a jornada de trabalho, nos quais o teletrabalhador pode ser contatado, devem ser fixados em acordo coletivo ou, na falta deste, no documento da empresa. Assevera, ainda, que o teletrabalhador tem o direito ao controle do tempo de trabalho ou da regulação de sua carga de trabalho.

Importante ressaltar que na França, contrariamente ao Brasil, a jornada de trabalho do teletrabalhador é controlada. Cuida-se de uma obrigação do empregador e um direito do trabalhador. Como o teletrabalhador é regido pela legislação trabalhista e, em particular, pelas regras aplicáveis à jornada de trabalho,

o empregador deve respeitar a jornada de trabalho e os intervalos de descanso (inter e entre jornadas) como o faz para o trabalhador presencial.

A esse respeito, a convenção coletiva que trata do teletrabalho ou, na sua falta, o documento

redigido pelo empregador deverá definir:

- As modalidades de controle do tempo de trabalho do teletrabalhador. Se o empregado estiver sujeito a um horário de trabalho, deverá existir um meio que permita a contagem das horas trabalhadas. Como por exemplo, uma declaração do empregado ou o registro do tempo de trabalho no computador (“*login/log off*”), etc.;

- Os métodos de verificação da carga de trabalho do empregado (artigo L1222-9);

- Os períodos durante a jornada de trabalho nos quais o empregador pode entrar em contato com o teletrabalhador (artigo L1222-9).

No Brasil, o artigo 62, III da CLT excluiu expressamente o teletrabalhador do controle da jornada de trabalho. Se não há o controle da jornada de trabalho, não há controle e possibilidade de pagamento de horas extras¹². Certamente, a legalidade do dispositivo será objeto de exame pela Instância competente.

Deveres do empregador

Dever de informação

Nesse tema, o Código do Trabalho francês assevera que o empregador, além das obrigações previstas em lei, deve informar o teletrabalhador acerca das restrições quanto ao uso de equipamentos, ferramentas de computador, serviços de comunicação eletrônica e as sanções, em caso de não cumprimento de tais restrições. Afirma, ainda, ser assegurado ao teletrabalhador a prioridade para ocupar ou retornar ao posto de trabalho na modalidade presencial, que corresponda às suas qualificações e habilidades profissionais. Enfim, explicita que o empregador deve organizar, anualmente, uma entrevista sobre suas condições de trabalho do empregado e carga de trabalho.

Regras sobre a regulamentação da carga de trabalho podem ser previstas no acordo coletivo que trata do teletrabalho ou no documento redigido pelo empregador sobre o teletrabalho.

No Brasil, não há previsão legal no mesmo sentido. Negociação coletiva ou expressa previsão no contrato de trabalho

poderá suprir a lacuna, se as partes considerarem necessário.

Entrevista anual

Nos termos, do artigo L1222-10 do Código do Trabalho francês, o empregador tem a obrigação de organizar, anualmente, uma entrevista, para tratar de assuntos diversos, mas principalmente sobre as condições laborais e a carga de trabalho do teletrabalhador.

A entrevista anual é feita para avaliar as condições de trabalho do teletrabalhador. Trata-se de uma oportunidade para abordar as possíveis dificuldades encontradas na organização do tempo de trabalho, para avaliar as medidas de prevenção de riscos profissionais, físicos e mentais, os métodos de gestão do trabalho, ou, ainda, questões diversas como o respeito à vida privada do teletrabalhador, a necessidade de treinamento/formação específica, etc.

Neste tema, como no precedente, não há previsão legal.

Saúde ocupacional e meio ambiente do trabalho

Na França e no Brasil, o empregador deve garantir a proteção da saúde e segurança, bem como um meio ambiente saudável e seguro a todo trabalhador.

Na França, essa obrigação, "*obligation de sécurité de résultat*" (GAURIAU, 2017), de proteger a segurança e a saúde física e

12 Tal questão extrapola o tema aqui proposto, razão pela qual não irei, a presente, aprofundar sobre a questão.

mental do trabalhador exige que empregador envide todo esforço necessário para proteger a saúde física e mental do trabalhador (e do teletrabalhador), garantir a segurança dos locais e equipamentos de trabalho, prevenir os riscos (físicos e psicossociais) associados à atividade profissional, bem como garantir-lhe condições de trabalho respeitadas das normas de higiene, saúde e segurança (DEVERNAY, 2017).

No Brasil, é direito do teletrabalhador a instrução expressa e ostensiva sobre precauções a tomar, a fim de evitar doenças profissionais e acidentes de trabalho. O empregado deverá assinar o termo de responsabilidade e se comprometer a observar as instruções fornecidas pelo empregador (artigo 75-E).

Embora o dispositivo não detalhe quais “precauções” devem ser tomadas, pode-se concluir que ao teletrabalhador se aplicam todas as normas de proteção e segurança previstas na CLT, principalmente, os artigos 154 a 201, bem como a proteção de direitos fundamentais da pessoa humana inscritos no artigo 5º da Constituição Federal (CF) (tais como direito à vida, segurança, saúde, integridade), sem olvidar o disposto no inciso XXII, do artigo 7º da CF que assegura o direito social de todo trabalhador rural ou urbano (inclusive ao teletrabalhador), a redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio das normas de saúde, higiene e segurança.

Proteção em caso de acidente de trabalho. Relativamente ao acidente de trabalho, na França (artigo L1222-9, III),

presume-se que o acidente ocorrido durante o período de teletrabalho é um acidente de trabalho, na forma do artigo L411-1 do Código de Seguridade Social e será tratado como um acidente de trabalho ocorrido nas dependências da empresa.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho é omissa, no tema. Negociação coletiva ou expressa previsão no contrato de trabalho seria recomendável para suprir a lacuna.

Questão interessante diz **respeito à responsabilidade pelos custos, material e equipamento**. O Código do Trabalho francês não prevê quem deve arcar com os custos decorrentes do teletrabalho. Na prática, porém, o acordo coletivo, o documento redigido pelo empregador ou o contrato de trabalho preveem quem deve arcar com os custos.

A jurisprudência da *Cour de Cassation*¹³ francesa, no tema, afirma que o empregador não está isento do reembolso dos custos associados ao teletrabalho, quando se tratar de despesas profissionais (*Cass. soc.*, 19 sept. 2013, nº 12-15.137). Assim, por exemplo, se o empregado concordar, a pedido do empregador, em trabalhar em seu domicílio e ali instalar arquivos e ferramentas de trabalho, ele deverá ser indenizado dos custos incorridos pela ocupação de seu domicílio para fins profissionais (*Cass. soc.*, 7 avr. 2010, nº 08-44.865). Isso ocorrerá, mesmo se o empregado for beneficiário de uma cláusula contratual de compensação financeira, a título

13 Instância extraordinária cuja missão é unificar a jurisprudência francesa. A Cour de Cassation não é uma terceira instância.

de despesas profissionais (*Cass. soc.*, 27 mars 2019, no 17-21.014). A contrario, quando tais instalações são disponibilizadas a pedido do teletrabalhador, no seu domicílio, ele não pode reivindicar nenhuma forma de indenização (*Cass. soc.*, 4 déc. 2013, nº 12-19.667).

No Brasil, conforme o artigo 75-D da CLT, as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária à prestação do trabalho remoto, assim como o reembolso de despesas arcadas pelo empregado, são previstas em contrato escrito.

Finalmente, vale salientar uma hipótese interessante contida no Código do Trabalho francês e cuja reflexão seria aconselhável, no Brasil: em algumas **situações excepcionais**, o teletrabalho é considerado necessário ou recomendável como um modo de organização de trabalho que permite a continuidade da atividade empresarial e garante a proteção da saúde e segurança do empregado.

O legislador francês enumerou algumas hipóteses (não se trata de *numerus clausus*), como por exemplo, ameaça de epidemia ou em caso de força maior (artigo L1222-11 do Código do Trabalho), episódio de poluição (nos termos do artigo L223-1 do Código do Meio Ambiente; artigo L1222-9 do Código do Trabalho). Outras hipóteses podem ser concebidas, eg, greve no transporte público, gripe H1N, ameaça de ataque terrorista ou uma degradação significativa das condições climáticas.

Nesses casos, ao que parece, o

trabalhador não pode exercer seu direito de recusa.

Na prática, porém, cabe ao juiz francês determinar, dependendo das circunstâncias, se a situação justifica ou não a transição para o teletrabalho sem que o trabalhador possa exercer seu direito de recusa.

B- Término: fim do teletrabalho

Nos dois países, tanto o acordo coletivo, documento elaborado pelo empregador, quanto o contrato de trabalho ou o termo aditivo ao contrato de trabalho, devem especificar as condições para o retorno do teletrabalho ao trabalho presencial, nas dependências da empresa.

O Código do Trabalho francês assevera que as condições para o retorno ao trabalho presencial devem estar previstas no acordo coletivo ou no documento elaborado pelo empregador. Afirma ainda que, quando o teletrabalhador solicita o retorno ao trabalho nas dependências da empresa, o empregador deve dar prioridade a que ele volte a ocupar seu (antigo) cargo (antes do teletrabalho), ou um outro que corresponda à sua qualificação e habilidades atuais (artigos L1222-9 e L1222-10).

No Brasil, a alteração do regime de teletrabalho, por determinação do empregador, para o regime presencial deverá constar no contrato de trabalho ou no termo aditivo ao contrato de trabalho, sendo garantido ao teletrabalhador o prazo de transição mínimo de 15 dias (artigo 75-C, § 2º da CLT).

Considerações finais

Na França e no Brasil, o teletrabalho é considerado uma evolução positiva, no que diz respeito à redução de custos para as empresas, redução do tempo de transporte para o trabalhador e, conseqüentemente, da poluição, “aumento da criação de trabalho em áreas de difícil acesso, maior mobilidade de empregado permitindo a inserção no mercado de trabalho aos deficientes físicos e mulher” (BASSO; BARRETO JÚNIOR 2018), enfim, melhor qualidade de vida para os empregados.

Nos dois países, a legislação sobre o teletrabalho apresenta as mesmas lacunas sobre o direito à desconexão; o justo equilíbrio entre carga de trabalho e produtividade; o isolamento social, a importância do coletivo e da cooperação no trabalho; ingerência/limites e conciliação entre vida profissional e vida privada.

Eis aqui, o que parece ser a principal contribuição deste estudo comparado, estimular a reflexão entre os atores sociais, juristas e magistrados sobre o teletrabalho, a fim de preservar o respeito à vida privada e profissional do teletrabalhador, o direito à desconexão, a questão da carga de trabalho e meios para evitar o isolamento.

Manter vínculos e reforçar o sentimento de pertencimento à equipe é indispensável à saúde do empregado. A preservação do vínculo social é um elemento-chave do bem-estar no trabalho e na prevenção de riscos psicossociais (DEJOURS; MOLINIER 1994), (DEJOURS; GERNET, 2012).

Regras específicas podem ser

negociadas em instrumento coletivo, como por exemplo, a impossibilidade de acesso à rede da empresa a partir de determinado horário, nos fins de semana, e nos períodos de repouso inter e entre jornadas; a impossibilidade de envio de e-mails corporativos e/ou ligações noturnas em fins de semana no celular profissional; um dia fixo de trabalho presencial; rituais de comunicação remota, como reuniões telefônicas semanais, grupo de *chat*, reuniões em videoconferência, participação nas atividades sociais da empresa etc.

O desafio do teletrabalho reside na capacidade da organização do trabalho de encontrar o justo equilíbrio entre a flexibilidade do trabalho, a segurança e saúde dos teletrabalhadores, o gerenciamento dos riscos e o trabalho em equipe.

Referências

ACORDO-EUROPUEU DE 16 DE JULHO DE 2002. **Teleworking**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:c10131&from=FR>. Acesso em: 09 set. 2019.

BASSO, Danielle de Mello. BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. O teletrabalho e a supressão de seus direitos na reforma trabalhista. **Rev. do Dir. do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 59-76, jan/jun. 2018.

DEJOURS, Christophe; MOLINIER, Pascale. Le travail comme énigme. In: **Sociologie du travail**, 36^a année, Hors-série, 1994, Les énigmes du travail. p. 35-44. Disponível em: www.persee.fr/doc/sotra_0038-0296_1994_hos_36_1_2147. Acesso em: 09 set. 2019.



DEJOURS, Christophe; GERNET Isabelle. Travail, subjectivité et confiance. **Nouvelle revue de psychosociologie**, n. 13, p. 75-91, 2012/1. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-nouvelle-revue-de-psychosociologie-2012-1-page-75.htm>. Acesso em: 15 set.2019.

DEVERNAY, Nathalie. MOURIQUAND, Caroline. La flexibilité de l'organisation du travail Tour d'horizon des pratiques innovantes, en France et ailleurs . **SSL** 2017, n. 1175.

GAURIAU, Rosane. Contribuição ao estudo do assédio moral: estudo comparado franco-brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 2, p. 223-258, abr./jun. 2017.

LAFARGUE, Yves ; VERKINDT Pierre-Yves. Loi sur le télétravail: une avancée? **RDT** 2013. 9

LOPES, Mônica Sette. O tempo e o art. 62 da CLT: impressões do cotidiano. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 76, n. 1, p. 72-79, jan. 2012.

MELO, Geraldo Magela. **O teletrabalho na nova CLT**. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>. Acesso em: 08 set. 2019.

PROBST, Audrey. Télétravail : ultimes modifications par la loi du 29 mars 2018. **Dr. soc.** 2018, 516.

PORTO, Noemia. Duração do trabalho e a Lei n. 13.467/2017: desafios reais da sociedade do presente na contramão da “reforma

trabalhista”. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 287-315, out./dez. 2017.

RAY, Jean-Emmanuel. De la question sociale du XXI^e siècle au télétravail. **Dr. Soc.** 2018, 52.



DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA: SISTEMATIZAÇÃO DOS DIFERENCIAIS MORAL E EXISTENCIAL À LUZ DA LEI nº13.467/17

Fabiano Matos de Araújo¹

RESUMO

A Consolidação das Leis do Trabalho foi criada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, portanto, a mais de 70 anos. Naquela época sequer se cogitava sobre a reparação dos danos extrapatrimoniais. A Lei nº 13.467/2017 promoveu a inserção na CLT do regramento específico do dano extrapatrimonial trabalhista. A Reforma Trabalhista sistematizou os arts. 233-A a 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho, promovendo neste particular uma específica configuração dos danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho. Assim, a anacrônica visão

patrimonialista do direito foi abandonada, de forma a deslocar-se a centralidade da proteção jurídica para a promoção da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Extrapatrimonial. Dano moral. Dano existencial. Lei nº 13.467/17. Reforma Trabalhista.

Introdução

A responsabilidade civil constitui-se como categoria jurídica em constante mutação, plasmada na imprevisível dinâmica social de uma sociedade civil caracterizada por uma

1 Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pelo Centro Universitário CESMAC. Oficial de Justiça Avaliador Federal no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. E-mail: fabiano.araujo@trt10.jus.br.

velocidade na transmissão de informações, incorporações de valores, superação de paradigmas e modelos sociais, com intensa renovação estrutural. Encontra seu fundamento no princípio do *neminem laedere*, fórmula romana, que nos recomenda agir de forma a não lesar os direitos de outrem. Ocorrendo o dano, seja sua natureza moral, material, estética ou existencial, dispara-se o mecanismo da responsabilidade civil, perseguindo-se a recomposição do equilíbrio perdido, na obrigação de indenizar um dano injustamente causado. Portanto, a responsabilidade civil se funda no dever de indenizar, no qual a ideia de reparação é muito mais ampla do que a de ato ilícito, uma vez que há casos de indenização em que se não cogita da ilicitude da conduta do agente.

O dano é o elemento nuclear da responsabilidade civil. Mostra-se perfeitamente factível se cogitar de reparação do dano sem a constatação do ato ilícito, da culpa, ou mesmo em casos extremos, do nexos causal. Todavia, o dano é elemento que dispara o mecanismo ressarcitório. Neste sentido, inexistente responsabilidade civil sem dano, ainda que ele possa assumir formas diferenciadas, como o dano reflexo ou a perda de uma chance. O Código Civil brasileiro não conceitua o dano, nem tampouco delimita quais seriam as lesões tuteladas pelo ordenamento jurídico. Em verdade, optou por um sistema aberto, em que prevalece uma cláusula geral de reparação de danos. Portanto, dano pode ser conceituado como a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual. O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem

em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 95).

O Direito do Trabalho do mundo contemporâneo não é nem poderia ser o mesmo Direito do Trabalho que emergiu da Primeira Revolução Industrial. Nessa perspectiva, a Teoria dos Danos experimentou constantes mutações, em função de sua notável característica de plasticidade, moldando-se às novas formas de interação econômica-sociais da coletividade, resultando deste processo os novos danos. Nesse sentido, a evolução do Direito do Trabalho reflete as transformações graduais em sua teia principiológica, que desafia novas releituras à luz dos paradigmas e dos desafios da sociedade pós-industrial. A Lei nº 13.467/17 da reforma trabalhista promoveu a inserção de um novo título na CLT (Título II-A - Do Dano Extrapatrimonial), realizando modificações controversas na Consolidação das Leis do Trabalho, criando um disciplinamento específico para o tema dos danos extrapatrimoniais na seara trabalhista. Desta forma, trouxe a inovação terminológica do dano extrapatrimonial, abrangendo todos os tipos de danos sem expressão econômica, mas passíveis de reparação, independentemente da ofensa ter se materializado na esfera moral ou existencial da vítima.

Evolução histórica do dano moral

Registra a História que o Código de Hamurabi já disciplinava regras sobre a reparação do dano. Por exemplo, a Lei nº 233 rezava que o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem

deficientes teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las às suas próprias expensas. O Código de Hamurabi estabelecia uma ordem social fundada nos direitos do indivíduo e aplicada na autoridade das divindades babilônicas, consistindo a reparação do dano numa espécie de vingança privada, não se admitindo as reparações em pecúnia dos danos, nos termos do célebre adágio: “olho por olho, dente por dente”. Não obstante o método de reparação utilizado, nota-se que naquela época já havia uma preocupação da sociedade em reparar os prejuízos de ordem material.

Na Índia, no século XIII a. C, o sagrado código de Manu previa multa e punição, além de ressarcimento dos danos, àqueles que adulterassem gêneros (Lei nº 697) ou entregassem coisa de espécie inferior àquela acertada, ou vendessem bens de igual natureza por preços diferentes (Lei nº 698). O Código de Manu demonstrou significativo avanço em relação ao de Hamurabi, visto que tratava a reparabilidade do dano em pecúnia, muito diferente deste, que ainda trazia a lesão reparada por outra lesão de igual proporção (FILOMENO, 2001, p. 23).

Na Grécia também havia leis sobre a reparação dos danos. Homero na Odisseia, rapsódia oitava, versos de 266 a 367, refere-se a uma assembleia de deuses pagãos, na qual se decidia sobre a reparação de dano moral, decorrente do adultério, cometido por Afrodite em flagrante com Ares, que fora condenado a reparar aquele (FILOMENO, 2001, p. 571).

Na Bíblia sagrada, no Antigo Testamento, encontra-se uma interessante passagem

sobre a reparação do dano moral, contida no Livro Deuteronômio, Capítulo 22, versículos 13 a 20: “Se um homem casar-se e, depois de deitar-se com a mulher, rejeitá-la e falar mal dela e difamá-la, dizendo: ‘Casei-me com esta mulher, mas, quando me cheguei a ela, descobri que não era virgem’, o pai e a mãe da moça trarão aos líderes da cidade, junto à porta, a prova da sua virgindade. Então o pai da moça dirá aos líderes: ‘Dei a minha filha em casamento a este homem, mas ele a rejeita. Ele também a difamou e disse: “Descobri que a sua filha não era virgem”. Mas aqui está a prova da virgindade da minha filha’. Então os pais dela apresentarão a prova aos líderes da cidade, e eles castigarão o homem. Aplicarão a ele a multa de cem peças de prata, que serão dadas ao pai da moça, pois aquele homem prejudicou a reputação de uma virgem israelita. E ele não poderá divorciar-se dela enquanto viver. Se, contudo, a acusação for verdadeira e não se encontrar prova de virgindade da moça, ela será levada à porta da casa do seu pai e ali os homens da sua cidade a apedrejarão até a morte”. No mesmo capítulo, versículos 28 a 29: “se um homem se



encontrar com uma moça sem compromisso de casamento e a violentar, e eles forem descobertos, ele pagará ao pai da moça cinquenta peças de prata e terá que casar-se com a moça, pois a violentou. Jamais poderá divorciar-se dela” (SCHIAVI, 2011, p. 57).

Em Roma, a Lei das XII Tábuas surgiu sob a égide de Terentio Arsa, o tribuno do povo, após uma árdua luta de dez anos, tendo sido redigida entre os anos 303 e 304, constando ter sido gravada em bronze de boa têmpera e afixada no Capitólio. Diz um de seus dispositivos: “Se alguém causa um dano premeditadamente, que o repare”. Os romanos, vítimas de injúria, poderiam fazer uso da ação pretoriana denominada *injuriarum aestimatoria*, pleiteando a reparação em dinheiro, que era arbitrada pelo juiz, o qual deveria sopesar todas as circunstâncias dos fatos e fixar indenização moderada (FILOMENO, 2001, p. 570).

Atualmente, praticamente todas as legislações admitem a reparação pelo dano moral, que existe por si só, independentemente da existência do dano material. A consagração da reparação do dano moral é decorrência da própria evolução da sociedade, do reconhecimento dos valores intrínsecos do ser humano e efetiva proteção da dignidade da pessoa humana. No Direito brasileiro, os pedidos relacionados com a indenização por dano moral no campo das relações trabalhistas devem ser analisados em três momentos: antes da Constituição de 1988, depois da sua promulgação em 5.10.1988 e com o Código Civil de 2002 que teve sua vigência a partir de 12.1.2003.

Antes da Constituição de 1988 o

ordenamento jurídico brasileiro não previa o reconhecimento da possibilidade de a pessoa lesada postular a indenização por dano moral, tanto que encontramos decisões da nossa suprema corte dispondo que “Dano Moral: Não é indenizável ante o nosso direito positivo” (STF, 2ª T. – RE n. 29447, Rel. Min. Afrânio Costa, julg. 25.11.1958) (BRASIL, 1958). Outras decisões acompanhavam o mesmo posicionamento da Suprema Corte permeando-se com outras decisões que timidamente reconheciam tal direito, com fundamento em dispositivos do Código Civil relacionados com atos ilícitos a exigir a sua reparação. Depois da Constituição de 1988 o Instituto da indenização por dano moral ganhou status de direito fundamental ao ser albergado pela Carta Magna nos incisos V e X do art. 5º, que dispõem:

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: [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

Outros dispositivos constitucionais também contribuíram para o fortalecimento de tais direitos, como o disposto nos incisos III e IV do art. 1º, que tratam da dignidade da pessoa

humana e dos valores sociais do trabalho, este último com mais aplicação no campo das relações trabalhistas. Referenciando a Constituição Federal, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, consagrou a competência da Justiça do Trabalho para a apreciação das ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho, nos exatos termos do inciso IV, do art. 114:

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

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. (BRASIL, 1988).

O Código Civil de 2002 estabeleceu em três dos seus dispositivos, as diretrizes necessárias para o cumprimento da previsão textual constitucional. O art. 186 diz que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Este dispositivo passa a prever especificamente a possibilidade de um a pessoa causar exclusivamente dano moral a outra, o que não era previsto anteriormente. O art. 187 prescreve que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. E finalmente, o art. 927 dispõe que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, e o parágrafo único deste artigo complementa dizendo: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco

para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

Considerando os fatos expostos, pode-se concluir que o dano moral propriamente dito sempre existiu, mas a possibilidade de sua indenização foi conquista oriunda do progresso da civilização. Havia certo embaraço ou mesmo constrangimento em aceitar a compensação de sofrimentos, dores ou angústias por valores monetários, chegando-se até a dizer, paradoxalmente, que era imoral postular a indenização por dano moral. Contudo, não se pode mais ignorar o abalo moral provocado pelo ato ilícito, que, em muitas ocasiões, tem maior relevo ou repercussão do que o prejuízo material. (OLIVEIRA, 2019, p. 260). De forma geral, pode-se afirmar que o dano moral compromete o equilíbrio emocional (angústia, desconforto, desânimo, tristeza, humilhação etc.), identificando-se o prejuízo, principalmente, por sentimentos na esfera íntima, afetando de imediato e de forma transitória as sensações de bem-estar, desenvolvendo um incômodo sentimento dolorido circunscrito por revolta e abatimento pelo dano injusto sofrido. Nessa perspectiva, dano moral pode ser conceituado como “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado (CAHALI, 1998, p. 20).

A nomenclatura dano moral está de tal forma consolidada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a criação da figura do dano extrapatrimonial no campo juslaboral pela Lei da Reforma Trabalhista não uma nova tipificação ou categoria de danos, e sim o gênero pelo qual são seus diferenciais, o dano moral *stricto sensu* e o dano existencial.

Portanto, pode-se naturalmente compreender o dano extrapatrimonial como o dano moral *lato sensu*, denominações sinônimas que expressam o mesmo fenômeno jurídico. A alteração terminológica não tem o condão de modificar a essência do conteúdo que demarca as características científicas e define o instituto do dano moral, nos termos do sábio brocardo *verba non mutant substantiam rei* (as palavras não mudam a substância da coisa).

Do dano extrapatrimonial trabalhista

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, aprovada para implantar a denominada “Reforma Trabalhista”, trouxe uma série de modificações à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e outras leis trabalhistas (Leis 6.019, de 1974, 8.036, de 1990, e 8.212, de 1991), com a suposta finalidade, conforme sua ementa, de “adaptar a legislação às novas relações de trabalho”. Alguns dispositivos da nova lei, de fato, buscam disciplinar fenômenos mais recentes nas relações laborais, como o regime de teletrabalho. Contudo, diversamente do que aponta em sua ementa, o que se observa na maioria das mudanças perpetradas por essa lei é a supressão ou modificação de diversos direitos sem qualquer relação com as “novas relações de trabalho”, gerando aumento do desequilíbrio nas já assimétricas relações entre empregados e empregadores, onde a preponderância econômica do empregador é patente. Nesse contexto, ocorreu a inserção na CLT do novo título II-A, com a pretensão de disciplinar o dano extrapatrimonial trabalhista na esfera trabalhista, deslocando o eixo de proteção do trabalhador para o empregador ao conferir uma suposta “segurança jurídica”



a apenas uma das partes, qual seja, o empregador porquanto o trabalhador é, via de regra, a vítima do dano extrapatrimonial no exercício do labor.

O artigo 223-B demarcou o conceito de dano extrapatrimonial:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação (BRASIL, 2017).

Pelo conceito legal, ocorre o dano extrapatrimonial quando a ação ou omissão do autor ofende a esfera moral ou existencial da vítima, que tanto pode ser o trabalhador quanto o empregador. Na situação mais frequente em que o prestador de serviços figura como vítima, ocorre o dano extrapatrimonial quando o tomador dos serviços ou seus prepostos, por ação ou omissão, ofender à esfera moral ou existencial do trabalhador. O legislador em 2017 optou

por utilizar a expressão mais ampla do dano extrapatrimonial como gênero para abrigar todas as espécies de danos não patrimoniais, dentre eles, o dano moral e o dano existencial. Desse modo, o conceito legal do dano extrapatrimonial abriga as diversas lesões aos interesses morais ou existenciais da vítima, que pode receber denominações diferentes de acordo com a ofensa a cada bem juridicamente tutelado.

Nos artigos 223-C e 223-D foram listados, de forma pretensamente exaustiva, os bens juridicamente tutelados, cuja ofensa gera o direito à reparação dos danos de natureza extrapatrimonial:

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

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica. (BRASIL, 2017).

Observa-se numa leitura atenta do art. 223-B, que o legislador optou por priorizar a configuração objetiva do dano moral ou existencial como ofensa aos bens jurídicos tutelados, independentemente das sensações ou manifestações psíquicas que a lesão provoca, em harmonia com a

mais recente doutrina dos danos. Há uma pretensão de elaborar uma lista exaustiva, e bem limitada dos bens jurídicos passíveis de reparação. Pela leitura estrita do art. 223-C não seriam indenizáveis, por exemplo, a lesão à vida, à integridade psíquica, ao nome do trabalhador, à integridade funcional, ao sigilo de correspondência, sem contar o direito de o trabalhador não ser discriminado por fatores como a idade, a etnia, a cor, a descendência, o gênero etc., o que fere a lógica do conceito amplo de dano extrapatrimonial e a doutrina dos direitos da personalidade.

“Desse modo, o conceito legal do dano extrapatrimonial abriga as diversas lesões aos interesses morais ou existenciais da vítima, que pode receber denominações diferentes de acordo com a ofensa a cada bem juridicamente tutelado”

Além disso, não pode passar despercebido que a reparação pelo dano moral por motivo de origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade, entre outras, é assegurada expressamente pela Lei nº 9.029/1995 que não foi revogada pela reforma trabalhista. Diante do exposto, é imperioso concluir que a interpretação mais consentânea e lógica indica que as listas dos artigos 223-C e 223-D são apenas exemplificativas, pelo que seria recomendável que houvesse a ressalva expressa do legislador indicando “dentre outros”. Contudo, mesmo ausente tal ressalva, essa é a leitura que se impõe, especialmente porque a Lei nº 9.029/1995, acima mencionada, quando relaciona, no artigo 1º, os motivos das práticas discriminatórias, acrescenta a expressão “entre outros”. Em reforço dessa conclusão, pode ser mencionada

também a Convenção nº 111 da OIT, devidamente ratificada pelo Brasil, que tem *status* normativo superior à lei ordinária, quando explicita no art. 1º a compreensão do termo “discriminação”. Portanto, qualquer lesão injusta dos bens jurídicos tutelados, no amplo feixe de direitos da personalidade, pode produzir danos morais e existenciais e ensejar o deferimento da indenização compensatória (OLIVEIRA, 2019, p. 292-293).

Dano existencial: evolução histórica

A nova figura jurídica do dano existencial não foi instituída de improviso. Tendo como berço original a Itália, seu reconhecimento demandou longo percurso de aceitação no direito comparado, com etapas sucessivas de compreensão e enriquecimento até divisar esta espécie singular de prejuízo que integra o amplo gênero dos danos extrapatrimoniais. Enquanto prevalecia a visão patrimonialista na seara da responsabilidade civil, não havia percepção suficiente para vislumbrar os danos de natureza imaterial que, a rigor, sempre ocorriam, mas ficavam sem nenhuma reparação. Contudo desde a segunda metade do século XX a centralidade da proteção jurídica está em franco processo de deslocamento para valorizar a dignidade da pessoa humana. Desse modo, novos direitos e, conseqüentemente, novos danos passaram a ser identificados, ao lado dos já bem conhecidos danos patrimoniais, nas suas diversas espécies. Esse movimento expansionista da reparação integral em favor da vítima ensejou a ampliação da pesquisa no território dos danos mais sutis, a categoria que se apresenta com diversas denominações: dano imaterial, dano extrapatrimonial ou não patrimonial, dano moral ou dano à pessoa.

E na amplitude desta categoria os juristas foram identificando várias espécies de danos, como ramificações singulares dos danos extrapatrimoniais, tais como: dano biológico, dano à saúde, dano à vida de relação, dano sexual, dano estético, dano à intimidade, dano à imagem, dano psíquico ou psicológico, dano à profissionalidade, dano ao projeto de vida etc. (OLIVEIRA, 2019, p. 316).

Na Itália, as pretensões reparatórias fundadas nesses novos danos esbarravam na limitação imposta pelo art. 2059 do Código Civil de 1942 que restringia o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais somente aos casos previstos em lei. Para contornar este impedimento, em sintonia com o movimento de valorização da dignidade da pessoa humana, a jurisprudência italiana buscou amparo no direito à saúde previsto no art. 32 da Constituição e passou a deferir a indenização a título de dano biológico, entendimento este que mais tarde acabou sendo confirmado pela Corte de Cassação na sentença nº 184 de 14 de julho de 1986 (MOLINA, 2017, p. 253).

Após o reconhecimento do cabimento da reparação do dano biológico ou dano à saúde, a questão firmou-se no sentido de se determinar a extensão e as condutas que poderiam ser enquadradas como lesivas. Várias decisões judiciais apontavam para diversas direções sobre o dano biológico, de forma que se observava uma nítida tendência ampliadora das hipóteses que autorizariam a reparação dos danos extrapatrimoniais. Neste particular, sedimentou-se a compreensão de que a lesão injusta pode causar danos à integridade psicofísica da vítima (dano biológico), gerar repercussões emocionais subjetivas de sofrimento e dor (dano moral),

mas pode igualmente provocar uma alteração inesperada na rotina, no planejamento e na qualidade de vida da vítima, com uma piora inevitável no seu particular modo de viver (dano existencial).

O professor italiano Paolo Cendon, citado por Amaro de Almeida Neto, narra em registro visceral o nascimento do dano existencial na Itália:

vítimas de queixas até então desconhecidas, de repente passaram a bater às portas dos tribunais: cada vez mais então, a jurisprudência primeiro, a doutrina depois, passaram a se questionar sobre os limites da tutela a certas situações as quais, além do prejuízo à integridade psicofísica, conturbavam, por causa do ilícito, mais ou menos definitivamente, a cotidianidade imediata da vítima (...) vem se afirmando assim a leitura de um novo tipo, tendente a conduzir aquelas várias figuras no âmbito de uma categoria inédita intitulada ‘dano existencial’: de entender-se em particular, como um *tertium genus* no âmbito da responsabilidade civil, distinto do tronco do dano patrimonial e do dano moral; uma realidade centrada no ‘fazer não remunerado’ da pessoa (...) (CENDON *apud* ALMEIDA NETO, 2012, p. 26-28).

Avançando no tempo, chegou-se ao

momento fundamental, quando a Corte de Cassação Italiana proferiu a sentença 7.713, de 07.06.2000, reconhecendo expressamente o direito ao ressarcimento do dano existencial. Tratava-se de ação em que o pai foi condenado a pagar indenização pelo dano existencial causado ao filho, em razão da conduta omissiva do genitor, que resistiu inflexivelmente ao adimplemento das prestações de alimentos, somente vindo a efetuar o pagamento anos depois do nascimento do filho e em razão de determinação judicial, conduta que ofendeu o direito do autor de ser tratado com a necessária dignidade e comprometeu seu desenvolvimento. (ALMEIDA NETO, 2012, p. 26-28).

“A Reforma Trabalhista de 2017 promovida pela Lei nº 13.467/2017 acrescentou um novo Título na CLT para disciplinar o “dano extrapatrimonial” decorrente da relação de trabalho”

Dano existencial trabalhista

A Reforma Trabalhista de 2017 promovida pela Lei nº 13.467/2017 acrescentou um novo Título na CLT para disciplinar o “dano

extrapatrimonial” decorrente da relação de trabalho. Esta figura inédita passou a compor o ordenamento jurídico nacional, conforme redação expressa do art. 223-B introduzido na CLT, com o seguinte teor: “Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação” (BRASIL, 2017).

Nos últimos anos o dano existencial já era objeto de estudos acadêmicos e debates doutrinários com repercussões esparsas na jurisprudência trabalhista. Com a entrada em

vigor da Lei nº 13.467/2017, a reparação do dano existencial foi incluída no rol dos direitos trabalhistas, reforçando o princípio da proteção à dignidade do trabalhador. Portanto, a partir da sua positivação no ordenamento jurídico, o dano existencial não mais se limita à uma simples cogitação doutrinária ou pretensão formulada sem respaldo legal, apoiada apenas em estudos de direito comparado. A indicação legal dessa nova espécie de dano tende a impulsionar o movimento doutrinário para captar a extensão do seu real conteúdo e delimitar seu campo de abrangência, uma vez que o seu conceito normativo não fixou apropriadamente sua efetiva dimensão e alcance.

Por dano existencial compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital (BEBBER, 2009, p. 28).

A constatação do dano existencial pode ser assim sintetizado: a) Um não mais poder fazer – a pessoa por força da conduta lesiva da qual foi vítima não tem mais condições de praticar algo que tinha o hábito de fazer na vida pessoal ou profissional. b) Um ter que fazer diferente – Após o ato danoso a vítima terá que passar por um processo de readaptação ou reabilitação para continuar sua atividade, normalmente com redução da produtividade, além das implicações inevitáveis na sua rotina extralaboral. c) Um ter que fazer que não necessitava fazer antes – Em decorrência do dano injusto a vítima terá que mudar

sua rotina, incorporando compulsoriamente outras atividades que demandam tempo, esforço ou incômodo tais como fisioterapia, consultas, assistência para deslocamento e outros procedimentos. d) Uma necessidade de auxílio para poder fazer – O ato danoso pode determinar a necessidade permanente ou temporária de auxílio de outra pessoa para realização das atividades pessoais ou profissionais que fazem parte do cotidiano da vítima. Pelo roteiro indicado, constata-se o dano existencial quando a vítima não pode mais fazer o que antes fazia; terá que fazer agora o que não queria; fará diferente o que habitualmente fazia; fará doravante o que antes nunca fazia ou será auxiliada para fazer o que sozinha faria. Se for identificada uma



ou algumas dessas situações decorrentes da lesão injusta, estará caracterizado o dano existencial e será cabível o deferimento da respectiva indenização (SOARES, 2017, p. 126-127).

Conclusão

No Brasil, o conceito de dano patrimonial ou material, mostra-se suficientemente sistematizado, com a parametrização reparatória demarcada no princípio do *restitutio in integrum* (reparação integral), seja pelos seus limites ou a extensão do ressarcimento cabível. Já na seara das lesões extrapatrimoniais, doutrina e jurisprudência estão vislumbrando novos danos ou prejuízos, ampliando as possibilidades de reparação para assegurar a parte lesada maior completude da indenização. A tendência atual é de expansão das possibilidades reparatórias, para alcançar diversas espécies de danos de natureza extrapatrimonial, tais como: dano existencial, o biológico, dano psicológico, danos à saúde, dano sexual, dano à vida de relação etc. Essa tendência de ampliar os danos indenizáveis busca inspiração na legislação dos países da União Europeia, especialmente no direito italiano, que já consagrou o cabimento da indenização por dano biológico e existencial. (OLIVEIRA, 2019, p. 334).

Esse movimento adquiriu visibilidade em razão do fortalecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como pela falta de previsão legal do que seja o dano propriamente dito. A opção pelo legislador pelo sistema aberto permite agasalhar as novas condutas que a ciência jurídica venha a apontar como lesivas aos direitos da pessoa

humana, nas suas diversas dimensões. Aliás, o Código Civil de 2002 expressamente abriu espaço para novas reparações, sem nominá-las, quando indicou no art. 948 a indenização “sem excluir outras reparações” e quando incluiu no art. 949 a reparação de “algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Entretanto, se a textura aberta do sistema de danos promove a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, ao revés, recrudescer o risco da desnaturação das indenizações pelo excesso de adjetivações ou especificações de modalidades de danos reparáveis de natureza extrapatrimonial.

A crítica doutrinária ao surgimento dos chamados “novos danos” baliza-se nesta perspectiva. Anderson Schreiber menciona o temor antevisto por Stefano Rodotà de que a multiplicidade de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência. (SCHREIBER, 2013, p. 96). No bojo de qualquer demanda de responsabilidade civil em território nacional, a alegação de uma possível prática de um dano existencial, biológico ou a saúde, ou mesmo a afirmação de uma dano à vida em relação ou a um projeto de vida, não poderão significar nada a mais que figuras de linguagem capazes de persuadir o magistrado no sentido da demonstração de uma real afetação de um interesse existencial merecedor de tutela. Quer dizer, não se despreza a possibilidade de enriquecimento da argumentação jurídica em tudo que diga respeito a demonstração de um dano injusto a uma das incontáveis manifestações da personalidade humana. Mas, todas essas nomenclaturas significam apenas uma mesmíssima coisa: dano moral”. (FARIAS, 2018, p. 310).

Apesar da robusta argumentação da doutrina em desfavor do reconhecimento dos novos danos, deve-se atentar que a introdução dos arts. 223-C e 223-D na CLT, pela reforma trabalhista de 2017, teve o propósito de indicar e limitar os bens jurídicos tuteláveis, longe de ser exaustiva, esgotando o espectro dos danos. No contexto contemporâneo do surgimento dos novos danos, a frase cunhada nos anos 40 pelo jurista francês Georges Ripert, célebre professor e reitor da Faculdade de Direito de Paris, mostra-se mais atual do que nunca: “Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o direito”. Se vivemos numa época de enorme progresso, certamente novos modos de produção originarão novas lesões, mesmo que mais sutis, mas, ainda assim, aptas a ferirem e comprometerem a existência digna, de forma que inevitavelmente novas formas de reparação deverão ser perseguidas, até que se atinja um grau adequado e necessário de sensibilidade de todos os atores sociais que certamente culminará na ultrapassagem da visão casuística indenizatória ou reparatória, onde a questão do acidente de trabalho e da doença ocupacional, e, portanto, do trabalhador serão tratados com o respeito e a dignidade merecida e as teorias da responsabilidade careceram de aplicação.

Referências

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial :a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo: v. 12, n. 80, 2012.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais: estético, biológico e

existencial: breves considerações. **Revista LTr**. São Paulo: v. 73, n. 1. p. 28, jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 29447 Distrito Federal. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=130249>. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 15 jul. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2018.

FILOMENO, Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOLINA, André Araújo. **Os direitos fundamentais na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2019.

SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.



COMENTÁRIOS SOBRE QUESTÕES POLÊMICAS DO TELETRABALHO PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS DO PODER JUDICIÁRIO

Tales Ronca¹

RESUMO

O texto apresenta alguns comentários sobre questões polêmicas da regulamentação do teletrabalho aos servidores públicos do Poder Judiciário, com a legislação vigente do Conselho Nacional de Justiça, Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região e Supremo Tribunal Federal, nesta ordem, em razão da cronologia da edição das normas.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho. Homeoffice. Servidor público. Poder Judiciário. Regulamentação. Resolução n.º 227/2016 do Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 151/2015 e 207/2017 do Conselho Superior da

Justiça do Trabalho. Portaria PRE-DIGER n.º 31/2018 do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Resolução n.º 621/2018 do Supremo Tribunal Federal.

A Lei n.º 12.551, de 15 de dezembro de 2011 alterou o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e equiparou os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados aos da exercida por meios pessoais e diretos, a saber:

Art. 1º O art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio

¹ Analista Judiciário - Área Judiciária no Tribunal Regional do trabalho da 10ª Região. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (BRASIL, 2011).

A reforma trabalhista, realizada pela Lei n.º 13.467/2017, criou o Art. 75-B da CLT, que define o conceito de teletrabalho, também conhecido como *home office* (BRASIL, 2017).

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho 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 (BRASIL, 2017).

Observa-se, também, que o Art. 62, inciso III da CLT dispõe sobre a não aplicação do capítulo referente à duração do trabalho (arts. 57 a 75 da CLT) aos empregados em regime de teletrabalho.

Há quem faça a distinção entre o *homeoffice* e o teletrabalho, justificando que o segundo conceito é mais abrangente, pois o trabalhador pode trabalhar em outros locais, que não a sua própria casa. É o que defende Maurício Godinho Delgado, que diferencia três conceitos, a saber:

Dentro da situação-tipo aventada pelo art. 62, I, da CLT (labor externo

insuscetível de controle de jornada) podem-se inserir três outras possibilidades importantes, do ponto de vista do mundo laborativo: a) o tradicional **trabalho no domicílio**, há tempos existente na vida social, sendo comum a certos segmentos profissionais, como as costureiras, as cerzideiras, os trabalhadores no setor de calçados, as doceiras, etc.; b) o **novo** trabalho no domicílio, chamado *home-office*, à base da informática, dos novos meios de comunicação e de equipamentos convergentes; c) o **teletrabalho**, que pode se jungir ao *home-office*, mas pode também se concretizar em distintos locais de utilização dos equipamentos eletrônicos hoje consagrados (informática, internet, telefonia celular, etc.) (DELGADO, 2013, p.905).

Nota-se, como será visto abaixo, que a regulamentação do regime de teletrabalho foi definida primeiramente no serviço público, para depois ser incluída na Consolidação das Leis do Trabalho.

Observa-se, ainda, que a Lei n.º 8.112/1990 dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais (BRASIL, 1990).

No presente contexto, este texto passa a analisar algumas questões polêmicas que foram regulamentadas para o teletrabalho dos servidores públicos do Poder Judiciário.

A Resolução n.º 227/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentou o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário,

considerando, entre outros aspectos, além da equiparação acima relatada, a importância do princípio da eficiência para a Administração Pública, conforme o art. 37 da Constituição Federal; o fato de que o aprimoramento da gestão de pessoas é um dos macrodesafios do Poder Judiciário, a teor da Resolução CNJ 198/2014, o que compreende a necessidade de motivar e comprometer as pessoas, bem como o objetivo de buscar a melhoria do clima organizacional e da qualidade de vida dos servidores; e que o avanço tecnológico possibilita o trabalho remoto ou a distância.

Art. 1º As atividades dos servidores dos órgãos do Poder Judiciário podem ser executadas fora de suas dependências, de forma remota, sob a denominação de teletrabalho, observadas as diretrizes, os termos e as condições estabelecidos nesta Resolução.

Parágrafo único. Não se enquadram no conceito de teletrabalho as atividades que, em razão da natureza do cargo ou das atribuições da unidade de lotação, são desempenhadas externamente às dependências do órgão.

Art.2º Para os fins de que trata esta Resolução, define-se:

I – teletrabalho: modalidade de trabalho realizada de forma remota, com a utilização de recursos tecnológicos;[...] (BRASIL, 2016 a).

Observa-se que o Conselho Nacional definiu na Resolução o conceito de teletrabalho. Ao decidir sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5938 (BRASIL, 2019), o Supremo Tribunal Federal enfatizou que o meio ambiente do trabalho saudável é direito fundamental garantido pela Constituição

Federal, revestido de indisponibilidade absoluta. Dessa forma, observa-se a importância dada ao conceito “saudável”, que até então era pouco apresentado nos estudos sobre meio ambiente do trabalho.

Considerando o novo instituto do teletrabalho, é justo que o domicílio do servidor público seja considerado também um meio ambiente de trabalho saudável.

Art.3º São objetivos do teletrabalho:

I – aumentar a produtividade e a qualidade de trabalho dos servidores; [...]

VII – promover a cultura orientada a resultados, com foco no incremento da eficiência e da efetividade dos serviços prestados à sociedade;

[...]

Art. 6º § 2º A meta de desempenho estipulada aos servidores em regime de teletrabalho será superior à dos servidores que executam mesma atividade nas dependências do órgão (BRASIL, 2016).

De certa forma, os incisos I e VII do Art. 3º da Resolução n.º 227/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contrapõem-se ao próprio preâmbulo da norma, que considera o aprimoramento da gestão de pessoas um dos macrodesafios do Poder Judiciário, a teor da Resolução n.º 198/2014 do mesmo Conselho.

Não seria razoável considerar como objetivo do teletrabalho o aumento da produtividade do servidor público e que esse resultado contribuiria, necessariamente, para o aprimoramento da gestão de pessoas. Não é pelo fato de que a pessoa está trabalhando em casa ou em outro local, que não seja a repartição pública, que isso seria um bônus,

a ser compensado com um ônus de aumento da produtividade de trabalho.

Nesse sentido, também se apresenta como incongruente o disposto no Art. 6º§2º que prevê meta de desempenho superior ao servidor que fizer o teletrabalho. Novamente a meta diferenciada ao teletrabalhador é considerada pela norma como um ônus às suas atividades.

Art. 5º Compete ao gestor da unidade indicar, entre os servidores interessados, aqueles que atuarão em regime de teletrabalho, observadas as seguintes diretrizes:

I – a realização de teletrabalho é vedada aos servidores que:

a) estejam em estágio probatório; [...]

III – a quantidade de servidores em teletrabalho, por unidade, está limitada a 30% de sua lotação, admitida excepcionalmente a majoração para 50%, a critério da Presidência do órgão; [...] (BRASIL, 2016).

Em 24 de maio de 2019 o Conselho Superior de Justiça do Trabalho (CSJT) apresentou em seu site comunicado informando que o provimento de cargos efetivos no 1º e no 2º graus está momentaneamente comprometido em razão da indisponibilidade orçamentária de recursos. O Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Portaria n.º 671/2017, também determinou a suspensão da realização de provimentos de cargos efetivos vagos, no âmbito da Justiça Eleitoral, a partir de 1º de novembro de 2017 (BRASIL, 2017b).

Dessa forma, considerando que, a curto e médio prazo não há previsão de nomeações



para a Justiça do Trabalho, bem como para a Justiça Eleitoral, provavelmente a alínea “a” do inciso I do Art. 5º da Resolução supramencionada deverá ser revista. Há servidores ainda no estágio probatório que poderiam já exercer o teletrabalho mesmo durante esse período. A Resolução já prevê, em seu artigo 16, o cancelamento do teletrabalho por parte do gestor: Art. 16. O gestor da unidade pode, a qualquer tempo, cancelar o regime de teletrabalho para um ou mais servidores, justificadamente (BRASIL, 2016).

Apenas como observação a esse artigo, há a necessidade de observância do contraditório e ampla defesa dado ao servidor público, conforme disposição no inciso LV do Art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

“Art. 13. O servidor é responsável por providenciar e manter estruturas física e tecnológica necessárias e adequadas à realização do teletrabalho”. (BRASIL, 2016) O dispositivo mencionado também pode ser objeto de questionamento. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevê no Art. 75-D o reembolso de despesas arcadas pelo

empregado quanto à aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto além da previsão contratual da responsabilidade, podendo ser do empregado ou empregador. Portanto, se aos empregados celetistas existe a previsão de reembolso dos gastos relacionados ao teletrabalho, não existe razão para que no serviço público, essa responsabilidade seja exclusiva do servidor (BRASIL, 2017).

Mais ponderável ainda deve ser a orientação e preparação do órgão público quanto ao combate à doenças e acidentes de trabalho durante o exercício do teletrabalho. O ideal seria que a unidade de gestão de pessoas, em conjunto com a área de tecnologia da informação, verificasse, previamente, o local das atividades do servidor, ainda que essa conferência fosse realizada por meios digitais, como por meio de chamada de vídeo. E, também, seria prudente que o controle para a manutenção um meio-ambiente de trabalho remoto saudável fosse realizado periodicamente.

Considerando que um dos objetivos da Resolução é valorizar o meio de ambiente de trabalho adequado, os órgãos públicos deveriam exercer uma análise prévia sobre o meio ambiente de trabalho do servidor durante o exercício do teletrabalho, sob pena de certa omissão em eventuais problemas futuros. O Art. 75-E da CLT já prevê que o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho (BRASIL, 2017). Portanto, novamente, a regra deve ser aplicada por analogia aos servidores públicos do Poder

Judiciário e, devido à sua importância, deveria ser replicada nas Resoluções criadas pelos órgãos públicos.

Para a Justiça do Trabalho, no ano de 2015 o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) editou a Resolução n.º 151, que incorpora a modalidade de teletrabalho às práticas institucionais dos órgãos da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau, de forma facultativa, observada a legislação vigente. A norma foi alterada pela Resolução n.º 207/CSJT, de 29 de setembro de 2017 (BRASIL, 2017).

Em muitos artigos da Resolução n.º 151 há repetição dos dispositivos previstos na Resolução nº 227/2016 do CNJ.

A norma considerou, em seu preâmbulo, o princípio da eficiência, a otimização do tempo de trabalho e a melhoria da qualidade de vida de seus servidores para regulamentar o tema.

Orientou-se, ainda, a experiência exitosa da Resolução CSJT n.º 109/2012, que instituiu em caráter experimental a realização de teletrabalho no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau (BRASIL, 2012).

Art. 2º Para os fins de que trata esta Resolução define-se:

I – Teletrabalho: modalidade de trabalho realizado fora das dependências dos Órgãos da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau, com a utilização de recursos tecnológicos.

Parágrafo único. Não se enquadram no conceito de teletrabalho as atividades que, em razão da natureza do cargo ou das atribuições da unidade de lotação,

são desempenhadas externamente às dependências do Órgão.

Art. 4º O teletrabalho objetiva aumentar, em termos quantitativos e sem prejuízo da qualidade, a produtividade dos trabalhos realizados, e ainda:

[...]

II – o limite máximo de servidores em teletrabalho, por unidade, é de 30% da respectiva lotação, arredondando-se as frações para o primeiro número inteiro imediatamente superior, excluindo-se desse percentual os Assistentes de Juízes Titulares de Vara do Trabalho ou Substitutos e os gabinetes de Desembargadores;

[...]

§ 6º O limite estabelecido no inciso II do caput deste artigo poderá ser aumentado para até 50% por decisão do Presidente do Tribunal, mediante solicitação fundamentada da unidade interessada (BRASIL, 2015).

Como observado acima, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho repetiu as mesmas regras do Conselho Nacional de Justiça quanto à definição do conceito de teletrabalho e do aumento da produtividade do servidor durante a sua realização.

O Art. 4.º inciso II e §6º da Resolução n.º 109/2012 do CSJT definiu os limites máximos de servidores que podem realizar o teletrabalho, de 30% a 50%, desde que haja autorização pelo Presidente do Tribunal.

Nota-se que foram excluídos desse percentual os Assistentes de Juízes Titulares de Vara do Trabalho ou Substitutos e os gabinetes de Desembargadores, o não

demonstra padronização entre as unidades e regras entre os servidores públicos, de modo geral.

Art. 6º A realização de teletrabalho é vedada aos servidores que: (Redação dada pela Resolução n. 207/CSJT, de 29 de setembro de 2017)

I - estejam em estágio probatório;

§ 2º A meta de desempenho estipulada aos servidores em regime de teletrabalho será superior à dos servidores que executam mesma atividade nas dependências do órgão. (Incluído pela Resolução n. 207/CSJT, de 29 de setembro de 2017) Art. 9º O alcance da meta de desempenho estipulada ao servidor em regime de teletrabalho equivale ao cumprimento da respectiva jornada de trabalho. (Redação dada pela Resolução n. 207/CSJT, de 29 de setembro de 2017)

§ 1º Não caberá pagamento de adicional por prestação de serviço extraordinário para o alcance das metas previamente estipuladas. (Incluído pela Resolução n. 207/CSJT, de 29 de setembro de 2017)

Art. 21. Em razão da natureza do teletrabalho, os servidores autorizados a exercer o trabalho remoto não terão direito à compensação de jornada, tampouco ao pagamento de horas extraordinárias (BRASIL, 2017c).

Em relação aos artigos acima o CSJT também repete as regras deliberadas pelo CNJ quanto à proibição do teletrabalho durante o período de estágio probatório, da prestação de serviço extraordinário para o alcance de metas previamente estipuladas, da compensação de jornada e do pagamento de horas extras.

A jurista Alice Monteiro de Barros explica sobre as hipóteses de controle de jornada durante o teletrabalho, a saber:

É possível, entretanto, aplicar ao teletrabalhador as normas sobre jornada de trabalho, quando estiver em conexão permanente com a empresa que lhe controla a atividade e o tempo de trabalho mediante a utilização de um programa informático, capaz de armazenar na memória a duração real da atividade, dos intervalos, ou o horário definido pela exigência dos clientes do empregador, sem que o teletrabalhador tenha liberdade para escolher as horas que pretende trabalhar no dia. Não há incompatibilidade entre o teletrabalho e a jornada extraordinária e, conseqüentemente, é possível também fixar o salário por unidade de tempo. Poderá acontecer ainda de o teletrabalhador ter que exercer as atividades nos finais de semana e também à noite, pois nesses dias e horários o computador é menos solicitado. Se ele trabalha nessas condições, para atender a prazos de entrega, impostos pelo empregador, em períodos de grande demanda, fará jus à paga correspondente (repouso em dobro e adicional noturno). Se essa escolha é do empregado, não há como impor ao empregador esses ônus. (BARROS, 2011, p. 268).

“(...) em relação ao teletrabalho realizado pelo trabalhador celetista, mostra-se razoável considerar que também há como controlar, em certas situações, a jornada de trabalho do servidor público”

Portanto, considerando as explicações acima em relação ao teletrabalho realizado pelo trabalhador celetista, mostra-se razoável considerar que também há como controlar, em certas situações, a jornada de trabalho do servidor público. Além disso, dependendo do setor no qual ele trabalha, poderá haver necessidade de trabalhos urgentes, noturnos e durante o fim de semana, o que mostra ser razoável que haja, no mínimo, compensação de horário para o servidor que for demandado, ao contrário do que dispõe os artigos acima.

Em 2018, o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região promulgou a Portaria PRE-DIGER nº 31/2018, que estabelece procedimentos para autorização e acompanhamento do teletrabalho, no âmbito do Tribunal, de que tratam as Resoluções nºs 207/2017 do CSJT e 227/2016 do CNJ (BRASIL, 2018).

Além das normas nacionais vigentes, o referido Tribunal considerou, para regulamentação da matéria, os benefícios diretos e indiretos do teletrabalho.

Art. 3.º A autorização para a realização do teletrabalho constitui faculdade da Administração do Tribunal e ficará restrita às atribuições em que seja possível mensurar objetivamente o desempenho do servidor. Parágrafo único. Observadas as disposições do caput, a possibilidade de teletrabalho alcança todas as tarefas que possam ser realizadas remotamente,

na seara judiciária ou administrativa, tais como elaboração de minutas de votos e de despachos, pareceres, relatórios, planilhas de cálculos, construção normativa e prestação de informações oficiais em processos.

§ 3.º Ao realizar o requerimento, o gestor deverá informar a meta de desempenho da unidade e estipular a meta de desempenho do teletrabalhador, que deverá ser superior à daqueles que executam a mesma atividade nas dependências físicas da unidade (BRASIL, 2018).

A crítica, como nas Resoluções analisadas anteriormente, refere-se, também, à necessidade de desempenho do servidor teletrabalhador ser maior do que aquele que executa a mesma atividade na dependência física da unidade. Novamente, ressalta-se, que o teletrabalho não deve ser visto como um ônus, a ser compensado com o ônus de uma produtividade maior.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal editou em 29 de outubro de 2018, a Resolução n.º 621, que regulamenta o trabalho remoto no âmbito da Corte.



Para a efetivação de tal medida considerou-se a disponibilização de funcionalidades de tecnologia da informação que facilitam a realização de trabalho à distância pelos servidores por meio da implantação do processo eletrônico judicial e administrativo, além das vantagens e benefícios diretos e indiretos resultantes do trabalho remoto para a Administração, para o servidor e para a sociedade.

Art. 2º Considera-se trabalho remoto a atividade laboral executada, em parte ou em sua totalidade, em local diverso daquele estabelecido para a realização do trabalho presencial, mediante a utilização de tecnologias de informação e de comunicação.

Art. 3º São objetivos do trabalho remoto:
I – aumentar a produtividade do trabalho;
II – promover a cultura orientada a resultados, com foco no incremento da eficiência e da efetividade dos serviços prestados à sociedade; [...] (BRASIL, 2018b).

A par da crítica que já foi feita em relação à Resolução n.º 227/2016 do CNJ, importante discutir sobre a cultura orientada a resultados. Os resultados são objetivos de qualquer trabalho e não devem ser considerados como um objetivo do teletrabalho, somente. O servidor não deve ser autorizado a realizar o teletrabalho apenas se comprometer-se a aumentar a sua produtividade e apresentar maiores resultados.

Art. 4º (...) § 2º O limite máximo de servidores em regime de trabalho remoto no Tribunal será de quarenta por cento.

§ 3º Não estão incluídos no percentual

definido no § 2º os servidores lotados nos gabinetes dos Ministros e os que estiverem no trabalho remoto em razão de licença para acompanhamento de cônjuge ou companheiro (art. 84 da Lei nº 8.112/1990).

Art. 6º É vedado o trabalho remoto por servidor: I – em estágio probatório;

Art. 17. As metas deverão ser estabelecidas com base nas atividades constantes do plano de trabalho e poderão ser descritas em termos de um ou mais parâmetros a seguir:

I – número absoluto; II – número relativo; III – ponderação matemática; IV – série histórica;

V – outro método matemático.

§ 1º As metas deverão ser, no mínimo, 15% superiores àquelas previstas para os servidores não participantes que executem as mesmas atividades. (BRASIL, 2018b).

Além da crítica quanto à proibição do trabalho remoto pelo servidor em estágio probatório, já realizada anteriormente, destaca-se que o STF utiliza-se como parâmetro para medir as metas números (quantidade) ou métodos matemáticos, que deverá ser superior em 15% aos dos servidores que executem as mesmas atividades no ambiente físico do Tribunal. Quantifica-se, assim, o trabalho que em muitas ocasiões, é técnico-jurídico, de conhecimento com impossibilidade de cálculo, contrariando, portanto, o tipo de atividade objeto do teletrabalho.

Art. 18. São deveres do servidor em regime de trabalho remoto: [...]

III – prover, às suas custas, as estruturas física e tecnológica necessárias, mediante

a utilização de equipamentos e mobiliários adequados e ergonômicos, para realização do trabalho remoto; (BRASIL, 2018b).

Novamente um Tribunal responsabiliza apenas o servidor teletrabalhador nos gastos com estrutura física e tecnológica para a sua atividade.

Art. 21. O trabalho realizado por meio remoto não admite banco de horas nem a prestação de serviço extraordinário.

Art. 22. O servidor no regime de trabalho remoto não faz jus ao benefício do auxílio transporte.

Art. 24. Cabe à STI divulgar os requisitos tecnológicos mínimos para acesso ao trabalho remoto e viabilizar esse acesso aos sistemas do Tribunal.

Parágrafo único. Os servidores poderão utilizar o serviço de suporte ao usuário, observado o horário de expediente do Tribunal. (BRASIL, 2018b).

Neste ponto, renova-se as críticas anteriores sobre a ausência de banco de horas, além da retirada do benefício do auxílio-transporte. Muitas vezes esse auxílio apenas complementa a remuneração do servidor, que se considerasse apenas esse valor, não pagaria o combustível dos demais dias de trabalho na repartição pública. Existem órgãos públicos no qual esse auxílio representa parcela considerável da remuneração. Ao retirá-la do servidor, este também estará sendo prejudicado, de alguma forma, retirando o incentivo ao teletrabalho.

Por fim, o Art. 24, em seu parágrafo único,

contraria o próprio Art. 21, tendo em vista que limita o serviço de suporte ao usuário durante o expediente do Tribunal, delimitando o horário que o teletrabalhador pode realizar o seu trabalho fora da repartição pública.

Portanto, como foi possível constatar neste texto, há algumas divergências e dispositivos nas Resoluções estudadas que poderiam ser alteradas para valorizar e incentivar o teletrabalho para o servidor público do Poder Judiciário. Essa nova forma de trabalho, se utilizada corretamente, pode trazer benefícios tanto ao servidor público como para a administração pública.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL, Lei n.º 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL, Lei n.º 12.551 de 15 de dezembro de 2011. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12551.htm. Acesso em 6 jul. 2019.

BRASIL, Lei n.º 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5938 de 26 de abril de 2018. **Supremo Tribunal Federal**. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>. Acesso em: 5 jul. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n.º 198 de 01 de julho de 2014 do Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: **Conselho Nacional de Justiça**, 2014. Disponível em: <http://cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2029>. Acesso em 10 jul. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil) Resolução n.º 227/2016 do Conselho Nacional de Justiça. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, **Conselho Nacional de Justiça**, 2016 a. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/89045>. Acesso em 10 jul. 2019.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA



DO TRABALHO (Brasil). Resolução n. ° 109 de 29 de junho de 2012 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Dispõe sobre a realização de teletrabalho, a título de experiência, no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**: caderno judiciário do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 1013, p. 1-4, 4 jul. 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/25000>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (Brasil) Resolução n. ° 151 de 29 de maio de 2015 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Incorpora a modalidade de teletrabalho às práticas institucionais dos órgãos do Judiciário do Trabalho de primeiro e segundo graus, de forma facultativa, observada a legislação vigente. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**: caderno judiciário do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 1743, p. 20-23, 8 jun. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/63630/2015res0151csjt_compilado.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 5 jul. 2019.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (Brasil). Resolução n. ° 207 de 29 de setembro de 2017 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Altera a Resolução n. 151/CSJT, de 29 de maio de 2015, que incorpora a modalidade de teletrabalho às práticas institucionais dos órgãos do Judiciário do Trabalho de primeiro e segundo graus, de forma facultativa, observada a legislação vigente. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**: caderno administrativo [do]

Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2351, p. 1-4, 10 nov. 2017b. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/115311>. Acesso em 13 jul. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Resolução n. ° 621 de 29 outubro de 2018 do Supremo Tribunal Federal. Brasília, **Supremo Tribunal Federal**, 2018b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO621-2018.PDF>. Acesso em: 15 jul. 2019.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO (Brasil), Portaria PRE-DIGER n. ° 31/2018 do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Estabelece procedimentos para autorização e acompanhamento do teletrabalho, no TRT da 10ª Região, de que tratam as Resoluções n. °s 207/2017 do CSJT e 227/2016 do CNJ. Brasília: **Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, 2018. Disponível em: http://www.trt10.jus.br/institucional/portarias/dga/2018_031.pdf. Acesso em 17 jul. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (Brasil). Portaria nº 671, de 13 de setembro de 2017. Dispõe sobre a suspensão de provimentos de cargos efetivos no âmbito da Justiça Eleitoral. Brasília: **Tribunal Superior Eleitoral**. 2017b. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/prt/2017/portaria-no-671-de-13-de-setembro-de-2017> Acesso em: 10 jul. 2019.



GRUPO ECONÔMICO E COISA JULGADA DE QUESTÃO PREJUDICIAL

Ben-Hur Silveira Claus¹

O exame do dispositivo importa no reconhecimento de uma peculiar situação, através da qual a lei procura – dentro do intrincado e da infinita explosão criativa da realidade social – preservar a finalidade da tutela visada, mas indo ao núcleo fático da entramação empresária, para, daí, arrancar a posição jurídica de interdependência entre pessoas jurídicas. (VILHENA, 1975, p.124).

RESUMO: O presente artigo estuda a juridicidade da aplicação de coisa julgada acerca da existência de grupo econômico reconhecida em processo anterior, para beneficiar outros trabalhadores contratados por empregador integrante do grupo econômico correspondente. O estudo

proposto no presente artigo está inspirado na perspectiva constitucional de efetividade da jurisdição. O fundamento legal do estudo em questão radica no art. 503, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC), preceito segundo o qual a questão prejudicial tem força de lei quando decidida expressamente no processo. Vale dizer, a questão prejudicial assim decidida tem força de coisa julgada material, que deve ser observada em processos futuros. A importância do tema pode ser percebida quando se atenta para a dimensão transindividual dos direitos do trabalho e quando se valoriza a opção do legislador de racionalizar o sistema de direito processual civil brasileiro no que diz respeito ao instituto da coisa julgada e seus efeitos em relação a terceiros.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada.

¹ Mestre em Direito. Juiz do Trabalho aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Professor na Enamat e na EJud4. E-mail: benhurclaus@terra.com.br.

Execução. Grupo econômico. Questão prejudicial.

O advento do CPC de 2015 (BRASIL, 2015) abre ensejo para a jurisdição trabalhista enfrentar o tema da coisa julgada sobre o reconhecimento da existência de grupo econômico² enquanto **questão prejudicial** decidida em processo anterior, na perspectiva constitucional da efetividade da jurisdição. Isso porque o art. 503, § 1º, do Código de Processo Civil – aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho – conforme a Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) (CLT, art. 769; CPC, art. 15) – prevê que a questão prejudicial tem força de lei³ quando decidida expressamente no processo. Vale dizer, a questão prejudicial assim decidida tem força de coisa julgada material, que deve ser observada em processos futuros. A importância do tema pode ser percebida quando se atenta para a dimensão transindividual dos direitos do trabalho, conforme destaquei alhures:

[...] dada a semelhança das condições de trabalho que caracterizam a categoria profissional, a lesão aos direitos trabalhistas de um trabalhador é fator de potencial rebaixamento das condições de trabalho de toda sua categoria (CLAUS, 2003, p. 19).

A Sede normativa da coisa julgada de questão

Eis a redação do preceito legal em estudo:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º. O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal (BRASIL, 2015).

O presente estudo está situado no âmbito do instituto da coisa julgada. A coisa julgada é garantia fundamental do cidadão, conforme a Constituição Federal (CF, art. 5º, XXXVI) (BRASIL, 1988). Visa tutelar a estabilidade das decisões do Poder Judiciário, protegendo a segurança jurídica na vida de relação. A teoria jurídica extrai duas funções do instituto da coisa julgada. A função negativa impede a repetição de demanda idêntica, assim compreendida demanda na qual se reproduzem os mesmos elementos subjetivos e objetivos da demanda anterior. A função positiva vincula as partes ao que foi decidido. É consabido que a coisa julgada impede às partes de submeter à jurisdição novamente a matéria já decidida, assim como é cediço, de outro lado, que a coisa julgada obriga também ao Poder Judiciário, que fica impedido de

2 CLT: “Art. 2º. [...] § 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego” (BRASIL, 1943).

3 A expressão “tem força de lei” significa trânsito em julgado.

reexaminar, em processo posterior, a matéria já apreciada em oportunidade anterior, entre as mesmas partes.

Mais precisamente, o presente estudo está situado no âmbito da coisa julgada de questão. O preceito legal em estudo – o art. 503, § 1º, do CPC – tem inspiração nos princípios da segurança jurídica e da eficiência da administração pública. Visa à estabilidade das decisões judiciais, impedindo novos litígios sobre matéria já decidida.

A súmula 205 do TST

A localização do tema da coisa julgada de questão acerca da existência de grupo econômico no âmbito específico do Direito Processual do Trabalho traz imediatamente à lembrança a Súmula 205 do Tribunal Superior do Trabalho. A Súmula 205 do TST foi aprovada em data de 11/07/1985 pela Resolução Administrativa nº 11/1985 e tinha o seguinte teor:

GRUPO ECONÔMICO. EXECUÇÃO. SOLIDARIEDADE. O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução (BRASIL, 1985).

A Súmula 205 do TST sofreu críticas sistemáticas da doutrina durante os dezoito anos em que esteve em vigência. Entre as críticas mais consistentes, destaca-se a crítica histórica a que Francisco Antonio de Oliveira submeteu a Súmula 205 do TST. O processualista afirmava:

Em boa hora a Súmula 205 foi cassada pela Res. TST 121/2003. A jurisprudência ali cristalizada pela maior Corte trabalhista exigia, para a execução de outras empresas do grupo, que fossem colocadas no polo passivo e participassem dos limites subjetivos da coisa julgada. A exigência causava maus-tratos ao art. 2º, § 2º, da CLT, e durante mais de duas décadas esteve a vigor com efeitos deletérios para a execução trabalhista. [...] Induvidosamente, a Súmula n. 205 traduzia entendimento forçado da mais alta Corte trabalhista em desprestígio interpretativo do § 2º do art. 2º da CLT. Registrava-se, ademais, uma incoerência, pois a mesma exigência interpretativa da Súmula 205 (cancelada pela Res. n. 121/2003) deveria ser exigida para a execução do sócio. E assim não era. A coerência é que dá credibilidade à interpretação. Eram exigências civilistas que diziam respeito àquelas ações de âmbito civil ou penal, intentadas por credores de tais entidades, depositantes, relações puramente civis e comerciais. (OLIVEIRA, 2018, p. 345-346).

A Súmula 205 do TST apresentava-se como manifestação do fenômeno que se poderia identificar, a partir da lição de Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 105), como **processualismo**, fenômeno jurídico que se caracteriza quando os juristas incidem em interpretação na qual a exacerbação desmedida da noção de devido processo legal acaba por tornar ineficaz comando de direito material, incidindo na inversão de valores representada pela distorcida equação por meio da qual o direito processual nega o direito material ao qual deve servir de instrumento. No caso, a exacerbação da noção de devido processo

legal veiculada pela Súmula 205 do TST acabava por tornar ineficaz, na prática, o comando de ordem pública do § 2º do art. 2º da CLT, conforme sublinhara Francisco Antonio de Oliveira (2018), com evidente efeito nocivo à efetividade da jurisdição trabalhista, na medida em que a solidariedade passiva prevista no § 2º do art. 2º da CLT acabava por ser esterilizada pelo óbice imposto pela súmula.

Após quase duas décadas de severas críticas da doutrina, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a sua Súmula 205, em data de 21/11/2003, pela Resolução Administrativa nº 121/2003 (BRASIL, 2003). A partir do cancelamento da Súmula 205, o TST resgatou sua antiga jurisprudência, tendo assentado o entendimento sintetizado na ementa a seguir transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. GRUPO ECONÔMICO FAMILIAR. SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO. [...]. II. A jurisprudência desta corte superior é no sentido de que a inclusão de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico no polo passivo da execução não viola a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal) [...] (BRASIL, 2014, p. 413).

Ainda sobre a exigência de litisconsórcio prévio

Uma primeira reflexão surge como antecedente teórico da matéria em estudo: o cancelamento da Súmula 205 do TST parece estar assentado na concepção de que a



declaração de existência de grupo econômico pode ser postulada enquanto hipótese de **litisconsórcio facultativo simples**. É importante afirmar essa diretriz diante do fato de que, mesmo após o cancelamento da Súmula 205 do TST, setores respeitáveis da doutrina permaneceram a sustentar que o redirecionamento da execução contra as empresas do grupo econômico do sujeito aparente somente seria possível mediante prévia formação de litisconsórcio passivo entre o sujeito aparente e as demais empresas do grupo econômico – prévia formação de litisconsórcio passivo desde a fase de conhecimento do processo.

Não é preciso dizer que tal entendimento acarreta sensível prejuízo à efetividade da jurisdição, sendo indubitoso o atrito de referido entendimento com a garantia jufundamental da inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O prejuízo que tal entendimento acarreta à efetividade da jurisdição emerge evidente quando se atenta para a realidade dos fatos:

a) a necessidade de redirecionamento da execução contra as empresas do grupo econômico somente fica patente quando se constata, já na fase de execução, que o sujeito aparente não tem bens para responder pela obrigação trabalhista em execução;

b) a existência de grupo econômico é, muitas vezes, desconhecida do credor-exequente, somente sendo objeto de pesquisa quando verificada a ausência de bens do sujeito aparente.

Entre os juristas que permaneceram a sustentar que o redirecionamento da execução contra as empresas do grupo econômico do sujeito aparente somente seria possível mediante prévia formação de litisconsórcio passivo entre o sujeito aparente e as demais empresas do grupo econômico, encontra-se a voz autorizada de Manoel Antonio Teixeira Filho. Embora já cancelada a Súmula 205 do TST, à época da 9ª edição de sua obra clássica *Execução no Processo do Trabalho*, do ano de 2005, o jurista seguia afirmando que, “[...] tratando-se de grupo econômico (CLT, art. 2º, § 2º, da CLT), a execução, mesmo assim, somente poderá ser promovida em relação àquelas empresas que participaram do processo de conhecimento”, (TEIXEIRA FILHO, 2005, p. 151)⁴ posição que não viria a abandonar apesar de a

jurisprudência do TST, no resgate da concreta eficácia do comando de direito material do § 2º do art. 2º da CLT, orientar-se em sentido contrário.

No debate dessa matéria, cumpre referir o magistério de um dos maiores especialistas em execução da jurisdição trabalhista. Para Wolney d e Macedo Cordeiro, o posicionamento que negava a possibilidade da legitimação extraordinária⁵ do integrante do grupo econômico em nosso direito encontrava-se dissociado da melhor processualística e “[...] de há muito foi afastado da jurisprudência, sendo inequívoca a possibilidade de responsabilização *a posteriori* da empresa componente do grupo econômico” (CORDEIRO, 2017, p. 148).

É sabido que as empresas do grupo econômico trabalhista caracterizam-se como sujeitos de direito vinculados de forma solidária às obrigações trabalhistas contraídas pelo sujeito aparente – a empresa que anota o contrato de trabalho na CTPS do empregado. Essa conclusão decorre da previsão do art. 2º, § 2º, da CLT, preceito que estabelece que as empresas integrantes do grupo econômico são responsáveis solidariamente pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo sujeito aparente (BRASIL, 1943). De acordo com a conhecida

4 Se esse entendimento não é explicitado, em 2017, quando o jurista comenta as alterações introduzidas no instituto do grupo econômico pela Reforma Trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/2017, na obra “O processo do trabalho e a reforma trabalhista” (TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 16-19), o jurista, nada obstante o cancelamento da Súmula 205 do TST, segue afirmando a necessidade de prévio litisconsórcio passivo como condição de possibilidade para o redirecionamento da execução às demais empresas do grupo econômico, conforme se constata na 3ª edição de sua obra *Comentários ao Código de Processo Civil sob a perspectiva do Processo do Trabalho* (TEIXEIRA FILHO, 2019, p. 949).

5 A legitimação da empresa integrante do grupo econômico para responder pela execução do crédito trabalhista é compreendida como modalidade de legitimação extraordinária, porque a integração da empresa no polo passivo da execução não decorre do fato dela figurar no título executivo e nem compor, diretamente, a relação jurídica de direito material existente entre o empregado-exequente e o sujeito aparente-empregador.

lição de Amauri Mascaro Nascimento (2006, p. 141), a identificação do grupo econômico como sujeito responsável pelas obrigações contraídas pelo sujeito aparente tem por finalidade assegurar a solvabilidade dos créditos trabalhistas⁶, créditos aos quais o sistema de direito confere superprivilégio legal previsto no art. 186 do CTN⁷ (BRASIL, 1966) e a jurisprudência cível identifica como créditos *necessarium vitae* (BRASIL, 2002, p. 207).

A doutrina construiu a concepção teórica de que o grupo econômico trabalhista é expressão do fenômeno do denominado **empregador único**, no qual as empresas componentes do grupo econômico, nada obstante tenham cada qual sua personalidade jurídica própria, respondem solidariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo sujeito aparente, figurando, todas elas, como se fossem um único empregador para os efeitos da relação de emprego, com vistas a prover a solvabilidade dos créditos trabalhistas. Isso porque, por força do princípio da despersonalização das obrigações trabalhistas, os beneficiários do trabalho prestado pelo empregado respondem pelos créditos trabalhistas respectivos, independentemente de questões formais acerca da autonomia patrimonial derivada da existência de personalidades jurídicas distintas, conforme sustentei em artigo publicado na Revista LTr

(CLAUS, 2019, p.140-152).

Retomando a questão antes levantada, cumpre lembrar que, na lição de Ovídio Baptista da Silva (1991), a solidariedade não é causa para impor a formação de litisconsórcio necessário, podendo o credor veicular sua pretensão contra apenas um dos devedores solidários.

Escrevendo à época da vigência do CPC de 1973, o jurista ponderara:

[...] Devemos, igualmente, repelir a concepção por muitos adotada de que o Código haja, no Inciso I do art. 46, indicado a comunhão de direitos ou de obrigações como fonte de litisconsórcio necessário. De modo algum. A comunhão no direito ou na obrigação tanto pode gerar uma forma de litisconsórcio necessário quanto outra de litisconsórcio simples facultativo. Assim, por exemplo, os credores solidários podem acionar individualmente o devedor comum, bem como os devedores solidários podem ser, igualmente, acionados separadamente por um, vários ou todos os credores; um condômino apenas pode, sozinho, reivindicar o bem comum, sem necessidade de litisconsorciar-se aos demais condôminos, embora seja o condomínio, como a solidariedade, hipóteses típicas de comunhão de

6 Francisco Ferreira Jorge Neto identifica essa mesma finalidade no instituto do grupo econômico trabalhista, quando observa que a solidariedade econômica das empresas integrantes do grupo econômico "... pretende evitar os prejuízos que podem sofrer os trabalhadores diante das manobras praticadas pelas empresas que compõem o grupo" (JORGE NETO, 2001).

7 "Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho." (BRASIL, 1966).

direitos e obrigações (SILVA, 1991, p. 199).

A experiência ordinária revela que a integração das empresas do grupo econômico no polo passivo processo costuma ocorrer na fase execução. Assim costuma ocorrer porque é na fase de execução que se vai constatar que o sujeito aparente – a empresa do grupo econômico que anota a CTPS do empregado – não tem bens para responder pelo crédito exequendo. A integração das empresas do grupo econômico ao processo na fase de execução é realizada com fundamento na solidariedade econômica prevista no art. 2º, § 2º, do CPC. De acordo com Francisco Antonio de Oliveira:

[...] Em se mostrando inidônea econômica e financeiramente a empresa contratante, participante de grupo econômico, a penhora poderá recair sobre bens de outras empresas do grupo, posto que a garantia prevista no § 2º do art. 2º é econômica, e não processual (OLIVEIRA, 2018, p. 345).

Com o cancelamento da Súmula 205 do TST, a jurisprudência que a partir de então se consolidou no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho está assentada na noção de que está superada a concepção de que o redirecionamento da execução contra as empresas do grupo econômico exige prévia formação de litisconsórcio passivo entre o sujeito aparente e as demais

empresas do grupo econômico. A atual jurisprudência do TST está assentada na afirmação da juridicidade da concepção de que o redirecionamento da execução contra as empresas do grupo econômico pode ser veiculado mediante litisconsórcio facultativo simples; o que significa afirmar, outrossim, que a integração das empresas do grupo econômico no processo pode então ser realizada na fase de execução. Conforme o magistério de Wolney de Macedo Cordeiro (2017, p. 149), a responsabilização *a posteriori* dos demais integrantes do grupo econômico

permite a inserção de novos executados capazes de permitir a solvabilidade do crédito reconhecido no título.

Grupo econômico e coisa julgada

Quando as empresas do grupo econômico são colocadas – por livre opção do autor – no polo passivo da demanda desde a propositura da ação de conhecimento, a sentença que declara a existência de grupo econômico faz coisa julgada material quanto à correspondente declaração, tornando-se desnecessária a rediscussão dessa **questão** na fase de execução. Na verdade, mais do que desnecessária, a discussão quanto à existência de grupo econômico é **questão** que já não pode mais ser reaberta em face da coisa julgada material formada a respeito neste processo. De modo que, nessa hipótese, a questão da existência de grupo econômico encontra-se definida e não precisará ser novamente investigada na

“(...) é possível perceber que a representação de trabalhadores no âmbito empresarial, apesar de encontrar previsão em convenção da OIT e na ordem interna, sobretudo na Constituição, ainda é objeto de controvérsia.”

fase de execução **deste processo**, porquanto sobre essa **questão** formou-se coisa julgada material.

O problema que se coloca então é o de se saber se a coisa julgada formada acerca da existência de grupo econômico neste primeiro processo pode ser aproveitada por outros credores trabalhistas contratados pelo mesmo sujeito aparente – **em processos posteriores** –, sem a necessidade de se ter novamente que enfrentar contraditório e ulterior decisão acerca dessa **questão**. A resposta é fornecida pelo § 1º do art. 503 do CPC. A resposta fornecida pelo referido preceito legal é afirmativa: outros credores trabalhistas contratados pelo mesmo sujeito aparente **poderão se aproveitar** da coisa julgada formada no processo anterior sobre essa mesma questão – a existência de grupo econômico –, sem necessidade de novo contraditório e de nova decisão sobre a **questão** (BRASIL, 2015).

A afirmação supra requer explicação. A explicação radica na própria *ratio legis* do § 1º do art. 503 do CPC. O preceito legal em estudo tem inspiração nos princípios da segurança jurídica e da eficiência da administração pública. Visa à estabilidade das decisões judiciais. A didática lição é de Marinoni:

A coisa julgada sobre questão tutela as decisões judiciais, impedindo a sua desconsideração, modificação e rediscussão. Isso ocorre em nome da autoridade do Judiciário, expressa nas suas decisões, bem como da estabilidade das relações sociais, da segurança jurídica, da coerência do direito e da eficiência da administração da justiça (MARINONI, 2018, p. 116).

Comentando a finalidade da norma do § 1º do art. 503 do CPC, José Rogério Cruz e Tucci afirma:

A opção legislativa aqui regrada autoriza, portanto, que se decida também com força de coisa julgada determinada questão jurídica logicamente subordinante daquela que constitui a questão principal, como, v.g., o reconhecimento de união estável, numa demanda em que se visa à partilha de bens comuns (TUCCI, 2018, p. 193).

Transportando essa equação jurídica para o âmbito do tema em estudo, podemos afirmar que a responsabilidade da empresa do grupo é a **questão principal**; a existência de grupo econômico é a **questão subordinante**, denominada pela lei de **questão prejudicial**. Dito de outra forma, a existência de grupo econômico é a **questão prejudicial** à **questão principal** da responsabilidade da empresa do grupo econômico, chamada ao processo para responder pela dívida trabalhista em face da legitimação passiva que se lhe atribui, de modo que a responsabilidade da empresa **subordina-se** ao reconhecimento da existência do grupo econômico.

No estudo do instituto da coisa julgada, a doutrina ensina que a sentença adquire, com o seu trânsito em julgado, os atributos da imutabilidade e da indiscutibilidade (CPC, art. 502). Enquanto a **imutabilidade** da sentença consiste no óbice de uma nova ação idêntica àquela já definida pela autoridade da coisa julgada, a **indiscutibilidade**

[...]repercute em quaisquer processos, nos quais o julgamento do pedido deduzido pelo autor – a lição é de José Rogério Cruz e Tucci – depender do julgamento de questão prévia, que tenha sido decidida *principaliter* em precedente processo, pendente entre as mesmas partes. Como enfatiza Botelho de Mesquita, o juiz do processo sucessivo está obrigado a tomar como premissa de sua decisão o resultado do processo anterior” (TUCCI, 2018, p. 183).

Resgatada a precitada lição da doutrina, o leitor perceberá que a coisa julgada de questão prejudicial⁸ prevista no § 1º do art. 503 do CPC está relacionada à indiscutibilidade da sentença, porquanto a eficácia dessa indiscutibilidade **repercute em quaisquer processos** futuros nos quais se apresente a mesma questão anteriormente decidida, inviabilizando – para a parte – a rediscussão da questão prévia já decidida expressamente; e inviabilizando – para o juízo – a redecisão dessa mesma questão.

Coisa julgada de questão prejudicial

O preceito legal em estudo tem por objetivo impedir a rediscussão – em processo posterior – de questão prejudicial decidida expressamente em **processo anterior**. A conclusão decorre do fato de que o legislador, pela redação do § 1º do art. 503 do CPC, optou por atribuir força de coisa julgada à questão prejudicial assim expressamente decidida, ainda que a decisão da questão prejudicial não tenha

sido objeto de pedido das partes. Daí o magistério de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmar:

No novo Código, tendo o juiz competência absoluta para conhecer da questão prejudicial, sendo o procedimento de cognição exauriente e tendo havido contraditório prévio e efetivo, a solução da questão prejudicial pode ser objeto do dispositivo e, portanto, sua resolução pode fazer coisa julgada (art. 503, § 1º, CPC) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 602).

A coisa julgada sobre questão visa impedir a admissão da relitigação da **questão** já discutida e decidida, dirigindo-se – a formulação é de Marinoni (2018, p. 116) – tanto contra a parte vencida quanto contra o juiz dos casos futuros: a parte fica impedida de invocar a questão e o juiz compelido a impedir a rediscussão da **questão**, o que significa dizer que ao juiz – a qualquer juiz – estará vedado redecidir a **questão**.

Contudo, para que a coisa julgada sobre questão prejudicial tenha aplicação no processo posterior é necessário que no processo anterior a discussão tenha ocorrido em relação **àquela mesma questão prejudicial** que volta a ficar caracterizada no processo posterior. Além da identidade da mesma questão prejudicial, é necessário – a lição de Marinoni (2018, p. 119) é didática – que aquele que será atingido

⁸ A doutrina usa denominar a questão prejudicial de **questão prévia**. A solução da questão principal depende da solução dada à questão prévia: a definição da questão prévia sobredetermina a solução a ser dada à questão principal.

pela coisa julgada sobre a questão tenha tido a oportunidade de discutir a questão no processo anterior – o que pressupõe a possibilidade de debate, de produção de provas e de eventual recurso sobre a decisão correspondente.



É dizer, a coisa julgada pode ser aplicada em processo posterior somente contra parte que tenha tido plenas condições de discutir a questão prejudicial em processo anterior, no qual pôde discutir plenamente essa mesma questão – a existência de grupo econômico, por exemplo, para ficar no âmbito do tema do presente estudo.

A conclusão decorre da circunstância de que, consoante preleciona Wolney de Macedo Cordeiro, tratando-se de modalidade de legitimação passiva extraordinária:

[...] não houve a integração do executado no âmbito da cognição prévia, ocasião em que poderia ter discutido a sua condição de responsável pela obrigação cobrada judicialmente. Ao desencadear uma

responsabilização extraordinária, por óbvio, não é possível tolher-se a faculdade de o devedor exercer na plenitude seu direito ao contraditório (CORDEIRO, 2017, p.150).

O legislador impôs, nos incisos I a III do § 1º do art. 503 do CPC, determinados requisitos para que a questão prejudicial possa fazer coisa julgada. São requisitos cumulativos. A didática síntese de José Rogério Cruz e Tucci justifica a reprodução da lição:

[...] pode ser abrangida pela coisa julgada questão prejudicial, expressa e incidentalmente, decidida, quando, cumulativamente, preencher os pressupostos exigidos pelos incisos I a III do § 1º do art. 503, quais sejam: a) de sua resolução depender o julgamento da questão principal (prejudicada); b) que sobre o *thema decidendum* da prejudicial ocorrido efetivo contraditório, excluindo-se, portanto, a hipótese de revelia; e c) o juízo perante o qual pende a demanda for também competente, *ratione materiae* e *ratione personae* para resolver a questão prejudicial (TUCCI, 2018, p. 194).

Entretanto, uma vez assegurado pleno contraditório no debate da questão prejudicial, não se justifica, na perspectiva racionalizadora assumida pelo legislador no § 1º do art. 503 do CPC, permitir que se possa rediscutir essa questão prejudicial em processos futuros, sob pena de o sistema de direito incidir em:

[...] prejuízos à coerência do direito, à segurança jurídica, à autoridade do Judiciário e ao dever de eficiência do Estado, que não pode gastar tempo e

dinheiro com a produção de prova e a discussão de uma questão que já foi objeto de adequado contraditório em processo anterior, sob pena de estar admitindo que pode gastar o dinheiro dos contribuintes com a litigação desnecessária (MARINONI, 2018, p.121).

A teoria da representação virtual

É bem verdade que a teoria da *virtual representation*⁹ admite que aquele que não foi parte no processo pode ser prejudicado pela decisão nele proferida. A teoria da *virtual representation* está estruturada sob o fundamento de que, em se tratando de hipótese em que há identidade de interesses entre os sujeitos, a decisão pode prejudicar terceiro quando a parte, titular de interesse idêntico, discutiu plenamente a questão. De acordo com essa teoria, a parte apresenta-se como representante virtual da não parte em face da identidade de interesses existente entre elas, o que justificaria – a síntese é de Marinoni (2018, p. 123) – a extensão da coisa julgada em prejuízo do terceiro que não foi parte no processo.

No direito processual civil brasileiro, a adoção da teoria de representação virtual é cogitada por Cândido Rangel Dinamarco quando o jurista examina o problema da extensão subjetiva dos efeitos da sentença nas obrigações solidárias¹⁰ e afirma que aquele que

figurar na relação processual sem os demais em litisconsórcio será substituto processual dos não participantes (DINAMARCO, 2009). Todavia, o jurista pondera que é controvertida a constitucionalidade dessa extensão dos efeitos da coisa julgada a terceiros. Mais enfática é a posição assumida por Cassio Scarpinella Bueno (2003, p.304) diante de obrigações solidárias, autor para o qual os devedores solidários ficam subordinados, por imposição do sistema jurídico brasileiro, à coisa julgada formada contra um dos devedores solidários, ainda que não tenham sido parte.

Uma breve resenha dessa controvérsia teórica será útil à fixação dos contornos do problema da extensão dos efeitos da coisa julgada a terceiros nas obrigações solidárias.

Dinamarco assevera que:

[...] os efeitos da sentença estendem-se também, segundo a disciplina da solidariedade contida no Código Civil, **aos credores ou aos devedores solidários**. A legitimidade ativa e passiva *ad causam* de um e de outros, ali estabelecida (arts. 267 e 275), é a primeira das projeções processuais do sistema consistente em *tratar in solidum* os direitos ou as obrigações de todos, como se fossem um só (DINAMARCO, 2009, p. 329).

9 Não há como deixar de associar a teoria da *virtual representation* à concepção segundo a qual ao grupo econômico é atribuída a condição empregador único, mediante ficção jurídica por meio da qual se torna possível transcender a autonomia patrimonial das empresas do conglomerado econômico, para compreendê-las enquanto expressões interdependentes do mesmo fenômeno da Economia que ao Direito cumpre civilizar.

10 É o caso da responsabilidade solidária atribuída às empresas integrantes do grupo econômico no § 2º do art. 2º da CLT.

No prosseguimento de seu raciocínio, o jurista argumenta que, ao lado da ficção de unidade da obrigação como um todo, em alguma medida a todos os credores ou devedores estendem-se os efeitos da sentença que decidir sobre esta, ressalvado ao que pagar por tudo o direito ao rateio; simetricamente (art. 283), àquele que receber o valor total impõe-se o dever de ratear (*supra*, n. 898). E conclui:

[...] É também consenso generalizado que a imutabilidade desses efeitos, assegurada pela autoridade da coisa julgada material, estende-se a todos os devedores solidários que não hajam participado do processo (DINAMARCO, 2009).

Entretanto, Dinamarco pondera que essa extensão subjetiva da eficácia da coisa julgada aos devedores solidários que não hajam participado do processo não é imune ao questionamento de sua constitucionalidade, dado que colhe sujeitos que, por não terem sido partes, não tiveram acesso ao contraditório processual. O jurista acrescenta:

Em defesa desse sistema milita o sério fundamento, vindo do direito material, de que, ao dispor-se a ser devedor em solidariedade, a pessoa subordina-se às normas e aos riscos inerentes a elas (casos de solidariedade em virtude de contrato). Aquele que figurar na relação processual sem os demais em litisconsórcio será **substituto processual** dos não participantes. Esse é um tema ainda sem suficiente maturação na doutrina ou nos

tribunais (DINAMARCO, 2009, p. 329).

Já para Cassio Scarpinella Bueno, a questão não demandaria a cautela que leva Dinamarco a questionar a constitucionalidade da extensão dos efeitos da coisa julgada a terceiros devedores solidários. Bueno (2003, p. 304) afirma: “[...] nos casos de solidariedade é que há regra de legitimação extraordinária e, por isso, mesmo que os devedores solidários não ajam ao lado do réu como litisconsortes, ficarão eles sujeitos à coisa julgada por imposição do sistema”.

Em posição oposta, José Rogério Cruz e Tucci (2018, p. 225) assume orientação contrária à possibilidade de adesão à teoria da representação virtual, afirmando ser “[...] insustentável, outrossim, o ponto de vista que entende ser o devedor acionado substituto processual dos outros, subordinando-se todos eles ao vínculo da coisa julgada”.

Nada obstante a teoria da representação virtual tenha conquistado adeptos tanto na teoria processual brasileira¹¹ quanto em decisões de algumas cortes estadunidenses, a Suprema Corte dos Estados Unidos viria rejeitá-la sob o fundamento de que a extensão de coisa julgada em prejuízo de terceiros rompe a tradição que assegura a todos o direito de ter o seu dia perante a Corte. Essa orientação é a que se harmoniza com o sistema adotado pelo CPC de 2015 sobre o tema, porque o novo Código, para superar “[...] um notório equívoco histórico” do CPC de 1973, optou por ser explícito quanto ao fato de a coisa julgada não poder prejudicar terceiros (art. 506), abrindo ensejo para acolher a doutrina que vinha sustentando que a coisa

11 Cândido Rangel Dinarmaco e Cassio Scarpinella Bueno, por exemplo.

julgada pode beneficiar terceiros. Daí a afirmação de José Rogério Cruz e Tucci (2018, p. 215): “Não pode haver prejuízo! Contudo, nada obsta que a posição jurídica de terceiros seja efetivamente beneficiada pela eficácia da decisão de mérito”.

Pode ser o caso do reclamante que se beneficia da coisa julgada material, formada em processo anterior de seu colega de trabalho contra o mesmo sujeito aparente, quanto à existência de grupo econômico entre o sujeito aparente e as demais empresas do conglomerado. Isso porque aquele reclamante enquadra-se na condição jurídica de **terceiro juridicamente beneficiado pela coisa julgada**, conforme se extrai da seguinte lição de José Rogério Cruz e Tucci:

[...] Saliente-se, por outro lado, que alguém, estranho ao processo, pode ser beneficiado pelo resultado nele determinado. E aqui também há de fazer-se a distinção entre os **terceiros beneficiados de fato**, que, de forma indireta, acabam sendo favorecidos, e.g., os credores, pela vitória do devedor comum numa ação reivindicatória; e os **terceiros juridicamente beneficiados**, que se subordinam à autoridade da coisa julgada. Nessa derradeira situação, a extensão *ultra partes* geralmente ocorre porque o terceiro, no plano do direito material, situa-se na mesma posição jurídica de um dos demandantes ou então é titular de relação conexa com a *res de qua agitur*. É mais do que suficiente, para esclarecer tal hipótese, o enunciado do art. 274 do CC: ‘O julgamento contrário a um dos credores solidários

não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes’ [...] (TUCCI, 2018, p. 221).

Coisa julgada de questão decidida na fase de execução

Quando o credor trabalhista atribui responsabilidade pela satisfação do crédito exequendo à determinada empresa sob alegação de que essa empresa integra o grupo econômico do sujeito aparente (CLT, art. 2º, § 2º) (BRASIL, 1943), essa imputação de responsabilidade constitui a questão principal, enquanto que a **questão prejudicial** é constituída pela controvérsia acerca da existência do grupo econômico. A questão subordinada é a responsabilidade da empresa chamada a satisfazer o crédito exequendo. A questão subordinante é a existência do grupo econômico integrado pela referida empresa e pelo sujeito aparente.

Uma vez transitada em julgado a decisão na qual se reconheceu que a empresa incluída no polo passivo da execução integra o grupo econômico de que participa o sujeito aparente, a referida empresa estará definitivamente – daí para o futuro – subordinada à coisa julgada formada sobre a questão prejudicial da existência do grupo econômico e de sua condição de integrante do grupo econômico, não mais podendo rediscutir o tema nas próximas demandas, na medida em que já exerceu o contraditório no primeiro processo, onde se formou a coisa julgada cuja autoridade não mais poderá ser desconhecida – seja pela parte, seja pelo juízo.

Afirmo antes que quando as empresas

integrantes do grupo econômico são colocadas – por livre opção do autor – no polo passivo da demanda desde a propositura da ação de conhecimento, a sentença que declara a existência de grupo econômico faz coisa julgada material quanto à correspondente declaração, tornando-se desnecessária a discussão dessa **questão** na fase de execução. De modo que, nessa hipótese, a questão da existência de grupo econômico encontra-se definida e não precisará ser novamente investigada na fase de execução **deste processo**, porquanto sobre essa **questão** formou-se coisa julgada material.

Afirmo, outrossim, que, a teor da previsão do § 1º do art. 503 do CPC (BRASIL, 2015), a coisa julgada formada acerca da existência de grupo econômico em processo anterior pode ser aproveitada por outros credores trabalhistas contratados pelo mesmo sujeito aparente – em processos posteriores –, sem a necessidade de se ter novamente contraditório e ulterior decisão acerca dessa **questão**.

A mesma lógica jurídica aplica-se quando a declaração de existência de grupo econômico ocorre **na fase de execução** de determinado processo, hipótese em que a coisa julgada material formada sobre essa **questão prejudicial** beneficiará outros credores trabalhistas contratados pelo mesmo sujeito aparente, nos respectivos processos. Em outras palavras, outros credores trabalhistas contratados pelo mesmo sujeito aparente poderão, nos respectivos processos, opor às empresas do grupo econômico a autoridade da coisa julgada material já formada sobre a questão prejudicial da existência do grupo

econômico. O que significa dizer que as empresas do grupo econômico já não mais poderão rediscutir essa questão prejudicial nos processos posteriores. Isso porque a parte que discutiu a questão prejudicial em processo anterior está proibida de provocar novo litígio sobre essa questão, a teor da norma do § 1º do art. 503 do CPC. Da mesma forma, a coisa julgada material formada obrigará também ao juízo – a qualquer juízo, diga-se –, que não poderá admitir a rediscussão da questão, devendo declarar a existência de coisa julgada, para extinguir o processo sem resolução do mérito nesse particular (CPC, art. 485, V) (BRASIL, 2015).

Assim, tenha o reconhecimento da existência de grupo econômico feito coisa julgada a partir de decisão proferida na fase de conhecimento do processo trabalhista, tenha tal reconhecimento feito coisa julgada a partir de decisão proferida na fase de execução do processo trabalhista, uma vez que tenha sido assegurado amplo contraditório à empresa do grupo econômico, a coisa julgada material assim caracterizada poderá ser oposta à referida empresa do grupo econômico nos processos subsequentes, a teor do art. 503, § 1º, do CPC (BRASIL, 2015), para impedir nova discussão sobre essa questão e, por conseguinte, para impedir nova decisão sobre essa questão, em respeito à autoridade da coisa julgada material formada acerca da questão prejudicial da existência do grupo econômico reconhecido anteriormente em juízo; mais precisamente, acerca de a empresa incluída no polo passivo da execução integrar o grupo econômico de que faz parte o sujeito aparente.

Considerações finais

O advento do CPC de 2015 abre ensejo para a jurisdição trabalhista enfrentar o tema da coisa julgada sobre o reconhecimento da existência de grupo econômico enquanto **questão prejudicial** decidida em processo anterior, na perspectiva constitucional da efetividade da jurisdição. Isso porque o art. 503, § 1º, do Código de Processo Civil – aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho (CLT, art. 769; CPC, art. 15) – prevê que a questão prejudicial tem força de lei quando decidida expressamente no processo. Vale dizer, a questão prejudicial assim decidida tem força de coisa julgada material, que deve ser observada em processos futuros.

O preceito legal em estudo tem por objetivo impedir a rediscussão – **em processo posterior** – de questão prejudicial decidida expressamente em **processo anterior**. A conclusão decorre do fato de que o legislador, pela redação do § 1º do art. 503 do CPC, optou por atribuir força de coisa julgada à questão prejudicial assim expressamente decidida, ainda que a decisão da questão prejudicial não tenha sido objeto de pedido das partes.

Para que a coisa julgada sobre questão prejudicial tenha aplicação no processo posterior é necessário que no processo anterior a discussão tenha ocorrido em relação **àquela mesma questão prejudicial** que volta a ficar caracterizada no processo posterior. Além da identidade da mesma questão prejudicial, é necessário que aquele que será atingido pela coisa julgada sobre a questão tenha tido a oportunidade de discutir a questão no processo anterior – o que pressupõe a possibilidade de debate, de produção de provas e de eventual recurso sobre a decisão correspondente.

Uma vez assegurado pleno contraditório no debate da questão prejudicial, não se justifica, na perspectiva racionalizadora assumida pelo legislador no § 1º do art. 503 do CPC, permitir que se possa rediscutir essa questão prejudicial em processos futuros, sob pena de o sistema de direito incorrer em prejuízos à coerência do direito, à segurança jurídica, à autoridade do Judiciário e ao dever de eficiência estatal.

Assim, tenha o reconhecimento da existência de grupo econômico feito coisa julgada a partir de decisão proferida na fase de conhecimento do processo trabalhista, tenha tal reconhecimento feito coisa julgada a partir de decisão proferida na fase de execução do processo trabalhista, uma vez que tenha sido assegurado amplo contraditório à empresa do grupo econômico, a coisa julgada material assim caracterizada poderá ser oposta à referida empresa do grupo econômico nos processos subsequentes, a teor do art. 503, § 1º, do CPC, para impedir nova discussão sobre essa questão e, por conseguinte, para impedir nova decisão sobre essa questão, em respeito à autoridade da coisa julgada material formada acerca da questão prejudicial da existência do grupo econômico reconhecido anteriormente em juízo.

Referências

BRASIL. [Código Tributário Nacional]. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: **Diário Oficial da União**, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 05 jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 07 dez. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 22 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 07 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 121, de 28 de outubro de 2003. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 nov. 2003. Seção 1,

p. 394-403.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. (1. Turma). Recurso Especial nº 442.325 – RS. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 25 nov. 2002, p. 207.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). AIRR nº 0001862-09.2011.5.15.0024. Agravo de instrumento. Recurso de revista. Processo em fase de execução de sentença. Grupo econômico familiar. Sociedade anônima de capital fechado. Relator: Min. Fernando Eizo Ono. Brasília: **Pesquisa de jurisprudência**, 31 jan. 2014, p. 413. Disponível em: <https://bit.ly/354VqGu>. Acesso em: 05 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 205. Grupo econômico. Execução. Solidariedade. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 1985. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-205. Acesso em 01 ago. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. O grupo econômico trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 83, n.2, p.140-152, fev. 2019.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. **Substituição processual trabalhista**: uma elaboração teórica para o instituto. São Paulo: LTr, 2003.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Execução no processo do trabalho**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Sucessão trabalhista**. São Paulo: LTr, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 284, p. 115-136, out. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Execução na Justiça do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, v.1.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Comentários ao Código de Processo Civil sob a perspectiva do Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução no Processo do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2005.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017.

TUCCI, José Rogério. Comentários ao código de processo civil: artigos 485 ao 538. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2018 (Coleção Comentários ao código de processo civil; v. 8. Direção Luiz Guilherme Marinoni; coordenação Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero).

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**. São Paulo: Saraiva, 1975.



A PREVALÊNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA DA VONTADE INDIVIDUAL SOBRE A COLETIVA NAS CONTRATAÇÕES DE HIPERSUFICIENTES¹

Gustavo Henrique Carvalho Vieira da Cunha²

RESUMO

Este artigo trata da prevalência da autonomia privada da vontade individual sobre a coletiva, nas contratações de hipersuficientes, a qual foi positivada no art. 444, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Este novo dispositivo legal foi introduzido pela Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017 que foi denominada, genericamente, de Reforma Trabalhista ou de Modernização da Legislação Trabalhista, bem como decorre do fenômeno jurídico

da desregulamentação ou flexibilização da legislação laboral. O hipersuficiente é uma nova espécie de empregado, o qual é portador de diploma de nível superior e que percebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). O mencionado novo dispositivo legal positivou a prevalência da autonomia privada da vontade individual sobre a coletiva, nas contratações de hipersuficientes, visto que os ajustes das cláusulas do contrato de emprego que versem sobre as hipóteses descritas no art. 611-A da CLT prevalecerão sobre aquelas provenientes da autonomia privada da vontade coletiva

1 Artigo elaborado para a conclusão do curso de Especialização em Direito Sindical do Centro Universitário do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). Artigo este orientado pelo Desembargador do TRT10 e Professor do IESB, Alexandre Nery Rodrigues de Oliveira.
2 Pós-graduado em Direito Sindical pelo Centro Universitário do Instituto de Educação Superior de Brasília. Pós-graduado em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Advogado, OAB/DF 35.300. E-mail: gustavo@vieiradacunha.adv.br

(negociação coletiva). Em outras palavras, o hipersuficiente deterá menor tutela sindical por força de lei.

PALAVRAS-CHAVE: Flexibilização Trabalhista. Hipersuficiente. Autonomia da vontade. Autonomia privada. Prevalência.

Introdução

Na atualidade, vivemos em um mundo de intensa globalização econômica. Quando as multinacionais pretendem se instalar em um determinado país, elas tendem a exigir dos poderes públicos isenções fiscais, subsídios, créditos favorecidos, infraestrutura básica a custo zero e alterações drásticas nas legislações trabalhista, previdenciária e urbanística.

Portanto, nas palavras de José Eduardo Faria:

[...] Não é o Estado que impõe sua ordem jurídica sobre esses conglomerados; são eles que, podendo concentrar suas linhas de produção nos países que oferecerem as melhores contrapartidas para seus investimentos, acabam selecionando as legislações nacionais às quais irão se submeter (FARIA, 1997, p. 45).

Vários países passaram por reformas em suas legislações trabalhistas e/ou previdenciárias como, por exemplo, Alemanha, Argentina, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Itália, Japão, México, Portugal, entre outras (ADASCALITEI *et. al.*, 2015, p. 3-19; STONE, 2006, p. 77-104).

O Brasil, seguindo o caminho das citadas nações, editou o Projeto de Lei n.º 6.787, de 2016, que se transformou na Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017.

A referida lei foi denominada, genericamente, de Reforma Trabalhista ou de Modernização da Legislação Trabalhista, as quais seguem a corrente doutrinária da desregulamentação ou flexibilização da legislação laboral.

Não é o objetivo deste artigo esmiuçar a desregulamentação ou flexibilização da legislação laboral, bem como enaltece-la ou criticá-la, e sim mostrar, introdutoriamente, que o novo artigo 444, parágrafo único, da CLT é reflexo desta nova formatação mundial da legislação laboral.

Nesse sentido, a título exemplificativo, Georgenor de Sousa Franco Filho possui uma visão moderada do fenômeno jurídico da desregulamentação ou flexibilização da legislação laboral, defendendo que esta deve buscar um ponto de equilíbrio, um caminho alternativo, entre a dicotomia entre a excessiva tutela do Estado sobre a legislação laboral já existente na CLT, a qual é vista, por alguns, como uma espécie de paternalismo, e o exacerbado liberalismo, nas relações laborais, regulado pelas leis econômicas da oferta e da procura ou da escassez, buscando-se preservar as garantias mínimas já conquistadas pelos trabalhadores brasileiros (FRANCO FILHO, 1998, p. 110).

Ricardo Antunes, por sua vez, possui uma visão negativa deste novo cenário de flexibilização dos direitos trabalhistas da

seguinte forma:

Esse quadro configura uma nova morfologia do trabalho: além dos assalariados urbanos e rurais que compreendem o operariado industrial, rural e de serviços, a sociedade capitalista moderna vem ampliando enormemente o contingente de homens e mulheres terceirizados, subcontratados, *part-time*, exercendo trabalhos temporários, entre tantas outras formas assemelhadas de informalização do trabalho, que proliferam em todas as partes do mundo.

[...]

[...] cada vez mais homens e mulheres encontram menos trabalho, espalhando-se à cata de trabalhos parciais, temporários, sem direitos, “flexíveis”, quando não vivenciando o flagelo dos desempregados (ANTUNES, 2005. p. 143 e 149).

A referida diversidade de opiniões sobre o fenômeno jurídico da desregulamentação ou flexibilização da legislação laboral é muito interessante e traz riqueza para a discussão do mencionado tema uma vez que Georgenor de Sousa Franco Filho é jurista e Ricardo Antunes é sociólogo. Mostra-se, portanto, a visão sobre o citado tema de duas pessoas com formações em ciências distintas.

Logo, o fenômeno jurídico da desregulamentação ou flexibilização da legislação laboral é reflexo da nova formatação mundial da legislação trabalhista, havendo doutrinadores com

diferentes visões sobre ele.

Os hipersuficientes

Entre as referidas inovações legislativas brasileiras, está a criação de uma nova espécie de empregado, o qual é portador de diploma de nível superior e que percebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do RGPS.

A mencionada nova espécie de empregado foi positivada no art. 444, parágrafo único, da CLT nos seguintes termos:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

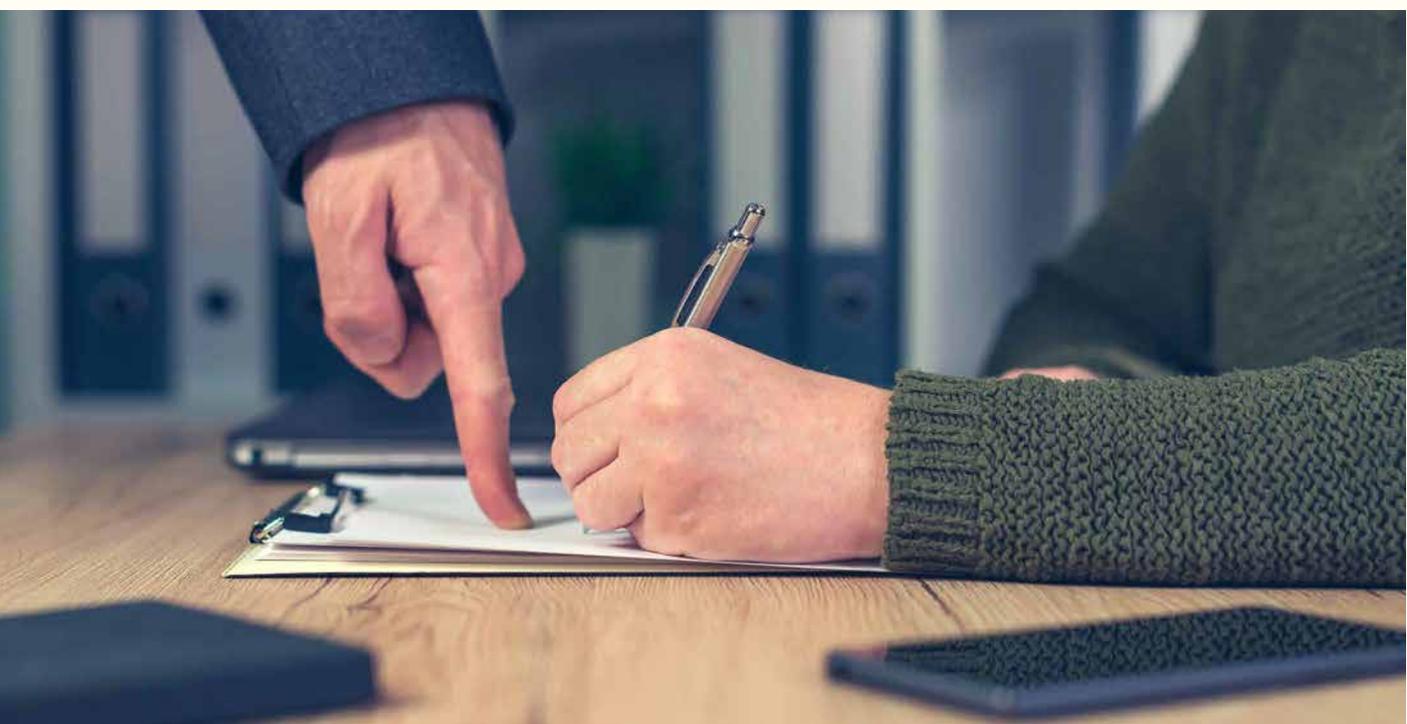
Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal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

Nos termos dos arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (CF), e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

(LINDB),³ as novas leis possuem aplicação imediata e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Por sua vez, o contrato de emprego já firmado é um ato jurídico perfeito, bem como é um contrato de trato sucessivo, que revela, a cada momento futuro, novos ajustes sucessivos entre empregador e empregado.

No que tange à aplicabilidade da Reforma Trabalhista aos contratos de emprego firmados anteriormente a referida Reforma, isto é, aos contratos em curso, Raphael Miziara defende que devemos perquirir a cogência da nova norma (imperativa ou dispositiva). As normas imperativas teriam aplicação imediata enquanto que as normas dispositivas não se aplicariam aos contratos em curso, sob pena de gerar alteração unilateral lesiva (art. 468, caput,



3 Art. 5º [...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. [...] (BRASIL, 1988).

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso (BRASIL, 1942).

da CLT)⁴ e violar o ato jurídico perfeito e a não retroatividade das leis (arts. 5º, XXXVI, da CF, e 6º da LINDB) (MIZIARA, 2017, p. 48-49).

Logo, baseado no entendimento acima, o art. 444, parágrafo único, da CLT possui natureza jurídica dispositiva, pois o empregado hipersuficiente e seu

empregador poderão ou não estipular cláusulas contratuais que versem sobre os temas descritos no art. 611-A da CLT.⁵ Portanto, o referido artigo só será aplicado aos novos ajustes sucessivos dos contratos de emprego em curso caso haja expressa concordância de ambas as partes, e ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao hipersuficiente,

4 Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. [...] (BRASIL, 1943).

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

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

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

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

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

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

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos (BRASIL, 1943).

sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

A título de exemplo, existia uma pactuação de horas extras entre empregador e hipersuficiente firmada anteriormente à Lei n.º 13.467/2017. Posteriormente, após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, o empregador pretende mudar a citada pactuação nos termos do art. 611-A, I, da CLT. Essa alteração contratual (novo ajuste) só será legal se o hipersuficiente concordar, e ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos a ele.

Segundo Paulo Sergio, o art. 444, parágrafo único, da CLT, abandonou o critério generalizado da hipossuficiência trabalhista em que qualquer empregado era considerado hipossuficiente (JOÃO, 2017).

A Reforma Trabalhista nada mais fez que aplicar o consagrado princípio da isonomia a empregados que possuem diferentes níveis de subordinação em relação aos seus respectivos empregadores, segundo o qual, os iguais devem ser tratados, com igualdade, e os desiguais, com desigualdade, na medida de sua desigualdade. Nesse sentido, Aristóteles:

[...] Efetivamente, todos os homens se apegam à justiça, mas só avançam até um certo ponto e não dizem qual é o princípio de justiça absoluta em seu todo. Pense-se, por exemplo, que justiça é igualdade — e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas

somente para aqueles que são desiguais entre si; [...] (ARISTÓTELES, 1985, p. 92).

Nos termos do art. 444, parágrafo único, da CLT, o hipersuficiente é portador de diploma de nível superior. Logo, ele é um trabalhador intelectual, o qual é chamado de profissionalista pela doutrina. Este empregado é definido como uma pessoa que possui especial cultura científica ou artística, bem como possui uma subordinação mais tênue com seu empregador (CARVALHO, 2018, p. 160).

Augusto Carvalho aborda essa questão da subordinação mais tênue entre o trabalhador intelectual e seu empregador nos seguintes termos:

Nesse caso, a característica da relação de emprego de mais difícil verificação costuma ser a subordinação do trabalhador intelectual à pessoa ou empresa que o contrata. O trabalhador intelectual é empregado se põe a sua energia de trabalho à disposição de quem lhe toma os serviços. Isso pode revelar-se de várias maneiras: tempo reservado ao atendimento do suposto empregador (mormente se há um local destinado por este para o atendimento), obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a atividade profissional, exigência de exclusividade na prestação de serviço, restrição da localidade de atuação, indicação da clientela a ser atendida pelo profissional em virtude da relação laboral ou remuneração relacionada ao tempo de disponibilidade (em vez de relacionar-se com a produção). Todas essas circunstâncias são indiciárias, ou seja, não

esgotam o significado de “subordinação” (fato jurídico decisivo), mas fazem pressupor a sua presença (CARVALHO, 2018, p. 161).

Não se sabe quem foi a primeira pessoa a usar a palavra hipersuficiente para designar a citada nova espécie de empregado. A título de informação, na 24ª reunião extraordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da 3ª sessão legislativa ordinária da 55ª legislatura do Senado Federal, debateu-se o Projeto de Lei n.º 6.787, de 2016, que se transformou na Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista). Vale frisar que, no âmbito do Senado Federal, o referido Projeto de Lei recebeu a seguinte numeração: n.º 38 de 2017.

Na citada reunião, o debatedor, Guilherme Guimarães Feliciano, Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), utilizou-se da expressão hipersuficiente para designar a citada nova espécie de empregado (BRASIL, 2017^a, p. 5; 56). Inclusive, os livros sobre a Reforma Trabalhista referenciados neste artigo e os enunciados n.ºs 49 e 55 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela ANAMATRA, também, utilizam-na.

Antonio Capuzzi define o empregado hipersuficiente da seguinte forma: “é aquele ‘muito’ suficiente, quer dizer, detém qualidade que oportuniza se sobrepor a uma gama de trabalhadores” (CAPUZZI, 2017, p. 92).

Cesarino Júnior, por sua vez, faz a distinção entre hipossuficiente, autossuficiente e hipersuficiente nos seguintes termos:

Do ponto de vista econômico, os homens se dividem em proprietários e não proprietários, isto é, ricos e pobres. Aos não proprietários, que só possuem sua força de trabalho, denominamos hipossuficientes. Aos proprietários de capitais, imóveis, mercadorias, maquinaria, terras, chamamos auto-suficientes. Os hipossuficientes estão, em relação aos auto-suficientes, numa situação de hipossuficiência absoluta, pois dependem, para viver e fazer viver sua família, do produto de seu trabalho. Ora, quem lhes oferece oportunidade de trabalho são justamente os auto-suficientes [...]. Há uma troca entre os bens excedentes dos ricos e os serviços dos pobres. Mas, há ainda uma outra categoria, a dos hipersuficientes. Estes são auto-suficientes em posição econômica superior. Os auto-suficientes estão, em relação aos hipersuficientes, numa situação de hipossuficiência relativa, pois podem ser eliminados da concorrência pelos hipersuficientes (CESARINO JÚNIOR, 1993, p. 92).

Portanto, percebe-se, com base na distinção realizada por Cesarino Júnior, que a expressão hipersuficiente não seria a ideal para se referir a nova espécie de empregado positivada no art. 444, parágrafo único, da CLT. Para o citado autor, a expressão hipersuficiente designa o empregador, o qual detém os meios de produção para desenvolvimento do trabalho pelo empregado (CAPUZZI, 2017, p. 92).

A despeito da divergência referida, quanto à nomenclatura hipersuficiente, ela é a mais utilizada, no momento, conforme falado em parágrafos anteriores. Logo, a mencionada

nomenclatura será utilizada neste artigo.

Os hypersuficientes são um hibridismo entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil uma vez que eles são, ao mesmo tempo, empregados, nos termos do art. 3º, caput, da CLT,⁶ mas também, seriam objeto de princípios civilistas tais como: autonomia da vontade, autonomia privada e obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*) (CASSAR, 2017 a, p. 169).

A leitura superficial do art. 444, parágrafo único, da CLT pode gerar a conclusão precipitada de que, caso um empregado portador de diploma de nível superior, cujo salário mensal seja igual ou superior a R\$ 11.678,90 (onze mil seiscientos e setenta e oito reais e noventa centavos – em 2019), assine um contrato individual de trabalho que estipule cláusulas que versem sobre os temas descritos no art. 611-A da CLT, não poderá preteri-las e não poderá requerer a aplicação de norma de diploma negocial coletivo mais favorável a ele, bem como não poderá ser vítima de fraudes trabalhistas sobre as referidas cláusulas.

Entretanto, o art. 9º da CLT não foi revogado.⁷ Este artigo está situado no Título I – Introdução da CLT. Logo, caso haja alguma fraude à legislação trabalhista que utilize como escudo a

autonomia dos hypersuficientes ou a preponderância do contrato individual sobre diplomas negociais coletivos, as cláusulas contratuais ou os atos praticados, fraudulentamente, serão declarados nulos de pleno direito.

Nesse sentido, ao comentar o art. 9º da CLT, Valentin Carrion diz o seguinte:

Os preceitos da Consolidação ou quaisquer outros preceitos trabalhistas estão protegidos contra seu inadimplemento, pois as normas gerais da CLT, especialmente o Capítulo I, são uma verdadeira lei de introdução ao Direito do Trabalho brasileiro; **os princípios nelas contidos aplicam-se também a todas as outras normas legais posteriores** (CARRION, 2015, p. 91, grifo nosso).

Ademais, conforme será esmiuçado, no tópico posterior, os princípios da norma mais favorável ao obreiro e da proibição do retrocesso social devem ser aplicados aos arts. 444, parágrafo único, e 611-A, ambos da CLT.

Por conseguinte, uma nova espécie de empregado, chamada de hypersuficiente, foi positivada no art. 444, parágrafo único, da CLT, o qual é portador de diploma de nível superior e que percebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do RGPS (R\$ 11.678,90 – em 2019).

6 Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.[...] (BRASIL, 1943).

7 Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação (BRASIL, 1943).

A prevalência da autonomia privada da vontade individual sobre a coletiva nas contratações de hipersuficientes

Etimologicamente, a palavra autonomia é formada pela junção das palavras gregas *auto* (próprio) e *nomos* (lei), ou seja, autonomia significa lei própria (FERREIRA, 1986, p. 202; 1198). Superficialmente, seria a capacidade de fazer leis próprias e, por extensão, traz o significado de independência, liberdade, autorregulamentação e autogoverno.

No plano histórico (séculos XVII e XVIII), as Revoluções Burguesas (Revolução Gloriosa, Revolução Francesa e a Revolução Americana), em contraponto ao Estado Absolutista, consagraram o individualismo. No plano jurídico, o individualismo consagra a autonomia, pois as convenções entre as partes passam a ter força de lei (contratualismo). Inclusive, o Código Napoleônico de 1804 abraçou a citada corrente do pensamento jusfilosófico (RIZZARDO, 2017, p. 18).

No que tange à distinção entre os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada, há doutrinadores que os consideram sinônimos. Entretanto, há doutrinadores que fazem distinção entre eles.

Para Francisco Amaral, a autonomia da vontade possui uma perspectiva subjetiva (voluntarista) enquanto que a

autonomia privada possui uma perspectiva objetiva (normativista). A autonomia da vontade é a manifestação da liberdade de autodeterminação de cada sujeito dentro do campo jurídico, ou seja, foca-se no sujeito (ser humano). A autonomia privada, por sua vez, é a capacidade de criar normas jurídicas complementares às normas estatais, isto é, foca-se no objeto (normas jurídicas) (AMARAL, 2017, p. 131-137).

Janaína Reckziegel e Roni Fabro fazem a distinção entre a autonomia da vontade e a autonomia privada da seguinte forma:

“No que tange à distinção entre os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada, há doutrinadores que os consideram sinônimos.”

Considerando a autonomia da vontade vinculada à vontade interna (psíquica) e à liberdade de atuação de cada pessoa, com a possibilidade de escolha do tipo de obrigação a que se pretende aderir, enquanto a autonomia privada, por sua vez, tem relação direta com a liberdade de contratação, ou seja, com a criação de normas para si (RECKZIEGEL *et. al.*, 2014, p. 175).

Otavio Junior defende uma terceira concepção que é justamente o somatório da perspectiva subjetiva (voluntarista) e da perspectiva objetiva (normativista), a qual seria resumida pela seguinte expressão: autonomia privada da vontade (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 123).

Hans Kelsen, ao abordar o negócio jurídico, aborda a perspectiva subjetiva (voluntarista) e a perspectiva objetiva



(normativista):

[...] Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial [...]. (KELSEN, 2003, p. 179).

Ao aplicar o que foi dito nos parágrafos anteriores ao Direito do Trabalho, chega-se a seguinte distinção: a autonomia da vontade individual incide sobre o contrato individual de emprego, isto é, a relação jurídica existente entre a pessoa física do empregado e a pessoa física ou jurídica do empregador. Por outro lado, a autonomia da vontade coletiva incide sobre as negociações coletivas, isto é, a relação jurídica existente entre o Sindicato Laboral

e o Sindicato Patronal ou entre o Sindicato Laboral e determinada empresa.

Por sua vez, na mesma linha de raciocínio dos parágrafos anteriores, chega-se a seguinte distinção: a autonomia privada individual gerará a criação do contrato individual de emprego. Por outro lado, a autonomia privada coletiva gerará a criação das seguintes normas jurídicas: convenção coletiva de trabalho (CCT) e acordo coletivo de trabalho (ACT).

O art. 444, parágrafo único, da CLT positivou a prevalência da autonomia privada da vontade individual sobre a coletiva, nas contratações de hipersuficientes, visto que os ajustes das cláusulas do contrato de emprego que versem sobre as hipóteses descritas no art. 611-A da CLT prevalecerão sobre aquelas provenientes da autonomia privada da vontade coletiva (negociação coletiva). Em outras palavras, o hipersuficiente deterá menor tutela sindical por força de lei (CAPUZZI, 2017, p. 93).

A autonomia privada da vontade coletiva é a capacidade que desfruta a entidade sindical de ser sujeito de direitos e obrigações, por meio da manifestação de sua vontade, criando ou complementando normas jurídicas (art. 7º, XXVI, da CF),⁸ distintas daquelas já previstas pelo ordenamento jurídico estatal, pelos interessados na negociação coletiva (CAIRO JÚNIOR, 2014, p. 963).

8 - Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. (BRASIL, 1988).

Vale frisar que o Direito do Trabalho possui princípios específicos, tais como: princípio da norma mais favorável, princípio da proibição do retrocesso social, entre outros. Portanto, o art. 444, parágrafo único, e 611-A, ambos da CLT, devem ser interpretados, no caso concreto, à luz dos citados princípios específicos.

No que tange ao princípio da norma mais favorável ao obreiro, é sabido que, no âmbito do Direito do Trabalho, não se aplica a teoria geral da Hierarquia Normativa, a qual é aplicada no Direito Comum, em que há um critério rígido materializado pela pirâmide da hierarquia normativa. No ramo trabalhista, o critério para estabelecer a norma hierarquicamente superior é flexível uma vez que esta será a norma mais favorável ao obreiro (DELGADO, 2015, p. 181-183).

O art. 444, parágrafo único, da CLT busca criar uma rigidez na hierarquia normativa trabalhista, pois o contrato individual de trabalho sempre prevaleceria sobre os diplomas negociais coletivos da respectiva categoria nas contratações de hipersuficientes.

No que toca ao princípio da proibição do retrocesso social, Grijalbo Coutinho enuncia:

O princípio da proibição do retrocesso social em matéria de Direitos Humanos é, inegavelmente, aplicável ao Direito do Trabalho porque com ele se compatibiliza totalmente. O pressuposto de sua aplicação, longe de negar o dinamismo

da sociedade, capta-o integralmente para impedir movimentos tendentes a liquidar conquistas históricas dos grupos sociais não detentores do poder econômico. E assim o é porque ainda se imagina que a proteção humana é o mais relevante, ao contrário dos sistemáticos movimentos realizados para tornar fluído, passageiro e expungido do patrimônio jurídico dos mais frágeis (BRASIL, 2017b).

O princípio da proibição do retrocesso social foi positivado no art. 7º, caput, da CF. Segundo o referido princípio, na contratação de hipersuficientes (art. 444, parágrafo único, da CLT), o contrato individual de emprego, nas hipóteses do art. 611-A da CLT, não pode suprimir, limitar ou restringir direitos sociais já conquistados pela negociação coletiva.

Há quem veja de forma negativa a prevalência da

autonomia privada da vontade individual sobre a coletiva. Nesse sentido, o enunciado n.º 49 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA e o entendimento de Vólia Cassar respectivamente:

“(...) o contrato individual de emprego, nas hipóteses do art. 611-A da CLT, não pode suprimir, limitar ou restringir direitos sociais já conquistados pela negociação coletiva.”

49 TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE. ART. 444, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT

I - O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 444 DA CLT, ACRESCIDO PELA LEI 13.467/2017, CONTRARIA OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO, AFRONTA A

CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTS. 5º, CAPUT, E 7º, XXXII, ALÉM DE OUTROS) E O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AO TRABALHO, ESPECIALMENTE A CONVENÇÃO 111 DA OIT. **II - A NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL SOMENTE PODE PREVALECER SOBRE O INSTRUMENTO COLETIVO SE MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR E DESDE QUE NÃO CONTRAVENHA AS DISPOSIÇÕES FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO, SOB PENA DE NULIDADE E DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO (ARTIGO 9º DA CLT C/C O ARTIGO 166, VI, DO CÓDIGO CIVIL) (ANAMATRA, 2017, grifo nosso).**

[...] Entender que os empregados que recebem igual ou mais que o valor máximo que duas vezes os benefícios previdenciários podem livremente dispor sobre os direitos trabalhistas relacionados no art. 611-A da CLT **e/ ou renunciar as benesses previstas nas normas coletivas** é negar a vulnerabilidade do trabalhador, que depende do emprego para sobreviver e, com relativa facilidade, concordaria com qualquer ajuste para manutenção do emprego (CASSAR, 2017b, p. 14, grifo nosso).

Por outro lado, há quem veja de forma positiva a prevalência da autonomia privada da vontade individual sobre a coletiva. Nesse sentido, Maria Gadotti:

Mas é fato, que o § único, do artigo 444, da CLT, atendeu a um reclamo dos

empregadores, que desejavam maior segurança jurídica nos compromissos firmados com os empregados altamente qualificados, ocupantes de elevadas e destacadas posições na estrutura hierárquica das empresas e que recebem salários/benefícios diferenciados.

Neste sentido, a partir de 11/11/17, **as cláusulas firmadas com os empregados que preenchem os requisitos legais cumulativos estabelecidos no §único, do artigo 444, da CLT, que não desrespeitem a Constituição Federal e a CLT, passam a ter mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, gerando, assim, maior estabilidade nos relacionamentos empregatícios e segurança para as partes, especialmente para o empregador. Assim, cláusulas de não concorrência, sigilo, não solicitação, retenção após determinado evento ou pagamento, entre outras não poderão mais ser contestadas ou anuladas, se atenderem ao que determina a Constituição Federal e a CLT, sobrepondo-se, pois, ao conteúdo normativo mínimo estabelecido na lei (GADOTTI, 2018, grifo nosso).**

Por consequência, o art. 444, parágrafo único, da CLT positivou a prevalência da autonomia privada da vontade individual sobre a coletiva, nas contratações de hipersuficientes, no que tange aos temas descritos no art. 611-A da CLT. Todavia, os mencionados artigos devem ser interpretados à luz dos princípios específicos

do Direito do Trabalho, tais como: princípio da norma mais favorável e princípio da proibição do retrocesso social. Além disso, há posições favoráveis e desfavoráveis à citada prevalência.

Conclusão

O artigo 444, parágrafo único, da CLT criou uma nova espécie de empregado, o qual é portador de diploma de nível superior e que percebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do RGPS, o qual foi denominado de hipersuficiente pela doutrina.

Entendo que, como o citado artigo possui natureza jurídica dispositiva, ele só será aplicado aos novos ajustes sucessivos dos contratos de emprego firmados antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, caso haja expressa concordância de ambas as partes, e ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao hipersuficiente, sob pena de gerar alteração unilateral lesiva (art. 468, caput, da CLT) e de violar o ato jurídico perfeito e a não retroatividade das leis (arts. 5º, XXXVI, da CF, e 6º da LINDB), o que acarretaria a nulidade da citada alteração contratual.

O artigo 444, parágrafo único, da CLT, também, positivou a prevalência da autonomia privada da vontade individual sobre a coletiva, nas contratações de hipersuficientes, visto que os ajustes das cláusulas do contrato de emprego que versem sobre as hipóteses descritas no art. 611-A da CLT prevalecerão sobre aquelas provenientes da autonomia privada da vontade coletiva (negociação coletiva).

Igualmente, o mencionado artigo estabeleceu um novo paradigma, uma nova principiologia, uma nova epistemologia ao Direito do Trabalho Brasileiro, pois reconheceu a autonomia privada da vontade individual dos hipersuficientes, bem como a prevalência desta sobre a coletiva. Reconhecimento este que consagra o individualismo (contratualismo), o qual é uma corrente do pensamento jusfilosófico, amplamente, aplicada ao Direito Civil.

Vale frisar que, inclusive, nas contratações de hipossuficientes, há também autonomia da vontade visto que ninguém é obrigado a trabalhar. Logo, se existe autonomia da vontade, ainda que mitigada, no regime da hipossuficiência, ela existirá de forma mais acentuada no regime da hipersuficiência. Existência esta, positivada no art. 444, parágrafo único, da CLT.

Não obstante o que é descrito nos parágrafos anteriores, entendo que a autonomia privada da vontade individual dos hipersuficientes não é absoluta. Caso haja alguma fraude à legislação trabalhista que utilize como escudo a autonomia dos hipersuficientes ou a preponderância do contrato individual sobre diplomas negociais coletivos, as cláusulas contratuais ou os atos praticados, fraudulentamente, serão declarados nulos de pleno direito nos termos do art. 9º da CLT.

Ademais, vejo que o art. 444, parágrafo único, e 611-A, ambos da CLT, devem ser interpretados, no caso concreto, à luz dos princípios justralhistas referenciados no tópico anterior, ou seja, se o diploma negocial coletivo for mais benéfico ao hipersuficiente,

ele deve ser aplicado a ele em detrimento do contrato individual de emprego, assim como este instrumento contratual, nas hipóteses do art. 611-A da CLT, não pode suprimir, limitar ou restringir direitos sociais já conquistados pela negociação coletiva, sob pena de violação frontal ao art. 7º, *caput*, da CF.

Além disso, não podemos deixar de reconhecer, nos termos descritos nos tópicos anteriores, que o art. 444, parágrafo único, da CLT é muito polêmico. Ainda mais, que ele traz grande inovação em relação a ordem jurídica trabalhista anterior à Reforma, pois abandonou o critério generalizado da hipossuficiência trabalhista em que qualquer empregado era considerado hipossuficiente. Outrossim, ainda não há jurisprudência sobre o tema, seja do Supremo Tribunal Federal (STF), seja da Justiça do Trabalho.

Referências

ADASCALITEI, Dragos. *et. al.* **Labour market reforms since the crisis: drivers and consequences.** International Labour Office, Research Department. Genebra: ILO, 2015.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANAMATRA. **Enunciado n.º 49 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.** Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.a.sp>. Acesso em 3 out. 2019.

ANTUNES, Ricardo L. C. **O caracol e sua concha: ensaio sobre a nova morfologia do trabalho.** São Paulo: Boitempo, 2005.

ARISTÓTELES. **Política.** Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União,** Rio de Janeiro, 4 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 2 out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Diário Oficial da União,** Rio de Janeiro, RJ, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 2 out. 2019 .

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região., Recurso Ordinário 0000122-34.2013.5.10.000., Redator Desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho. 1ª Turma, Data



de publicação: 27 out.2017. **Consulta Processo**. Disponível em: <https://bre.is/zxhn4Jou>. Acesso em: 26 set. 2019.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CAPUZZI, Antonio J. Criação das figuras do trabalhador autônomo e do empregado hipersuficiente pela Lei n. 13.467/17. In: PINHEIRO, Iuri. *et. al.* (Coord.). Reforma Trabalhista e os novos direitos material e processual do trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis trabalhistas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho: curso e discurso**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Método, 2017 a.

CASSAR, Vólia Bomfim. *et al.* **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Método, 2017b.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 92.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 11, n. 30, p. 43-53, maio/ago 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A., 1986.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Globalização & desemprego: mudanças nas relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

GADOTTI, Maria Lúcia Menezes. O hipersuficiente na nova legislação trabalhista. **Migalhas**, Riberão Preto: São Paulo, 23 jan. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272793,71043-O+hipersuficiente+na+nova+legislacao+trabalhista>. Acesso em: 3 out. 2019.

JOÃO, Paulo Sergio. Reforma Trabalhista traz flexibilização responsável da CLT. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 out.2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-13/reflexoes-trabalhistas-reforma-trabalhista- traz-flexibilizacao-responsavel-clt>. Acesso em: 3 out. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MIZIARA, Raphael. Eficácia da lei nº 13.467/2017 no tempo: critérios hermenêuticos que governam a relação entre leis materiais trabalhistas

sucessivas no tempo. In: PINHEIRO, Iuri. et. al. (Coord.). **Reforma Trabalhista e os novos direitos material e processual do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

RECKZIEGEL, Janaína. et al. Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. **Revista de direito brasileira**. Florianópolis, v. 8, maio/ago. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. **Revista de informação legislativa**. Brasília, n. 163, jul./set. 2004.

STONE, Katherine V. W. Flexibilization, globalization, and privatization: the three challenges to labor rights in our time. **Osgoode Hall Law Journal**. Toronto, v. 44, n. 1, p. 77-104, mar/jun 2006.



UMA VISÃO SISTÊMICA SOBRE O ASSÉDIO MORAL NO ÂMBITO DO TRABALHO

Nara Brito Barro¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o Assédio Moral e a sua abordagem sistêmica em um aspecto preventivo e também repressivo de conflitos decorrentes de relações empresariais. Aborda-se, inicialmente, o conceito de Assédio Moral e sua interpelação judicial e extrajudicial utilizada atualmente pelas empresas. Passa-se ao estudo das Constelações Familiares e suas leis sistêmicas como técnica alternativa, criada pelo alemão Bert Hellinger e que foi levada para o mundo jurídico para resolver conflitos através do Direito Sistêmico. A técnica

permite inclusive resolver conflitos de ordem empresarial, baseado nas leis da ordem, do pertencimento e do equilíbrio através das denominadas Constelações Organizacionais. O estudo valeu-se de pesquisa exclusivamente bibliográfica, a partir de fontes confiáveis de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Assédio Moral. Constelações Familiares. Constelações Organizacionais. Direito Sistêmico. Bert Hellinger. Prevenção.

Introdução

O Assédio Moral no ambiente de trabalho vem se tornando uma

¹ Advogada Sistêmica e Especialista em Direito do Trabalho pela UBA (Universidad de Buenos Aires); narabrittoarro@gmail.com; www.britoebarroadvocacia.com.br

matéria cada vez mais preocupante à sociedade, devido aos inúmeros desgastes que provoca a quem sofre, pois causa profundos abalos à saúde e bem estar da vítima.

Trava-se importante embate e discussão jurídica no que concerne à configuração ou não do assédio moral. Importante salientar que, apesar de parecer um problema atual, tal situação ocorre desde os primórdios das relações humanas. No entanto, apenas nos dias atuais tem se tornado um fenômeno visível.

No Brasil, em que pese sua visibilidade jurídica e social, o fenômeno ainda não tomou as proporções necessárias a sua efetiva prevenção e punição, tampouco foi legislado, mas vem sendo nos últimos anos objeto de discussão entre os juristas. Dessa discussão surge a hipótese de abordagem sistêmica do tema para minimizar seus efeitos ou solucionar alguns casos.

Essa abordagem dos conflitos jurídicos foi introduzida pelo Direito Sistêmico ao utilizar as Constelações Familiares idealizadas pelo filósofo alemão Bert Hellinger que descobriu que ao olhar para situações de conflito de forma sistêmica, ou seja, ampla e interligada com todos que pertencem ao contexto, observa-se uma nova compreensão dos acontecimentos.

Sob o aspecto organizacional, a aplicação dessa técnica é nomeada Constelações Organizacionais. Empresas que lançam mão de sua aplicação no ambiente de trabalho colhem bons resultados ao evitar que os funcionários sofram com males como a

depressão, uma das doenças que mais geram pedidos de afastamentos, decorrentes muitas das vezes de práticas de assédio moral no âmbito do trabalho.

A prática dessa técnica ainda se coaduna com a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que estimula a adoção de soluções não litigiosas de conflitos, no escopo de humanização da Justiça e de encerramento de lides com maior proveito para todos os envolvidos.

No âmbito do Judiciário Trabalhista, conquanto ainda não exista nenhuma notícia acerca de sua adoção por Vara ou Tribunal do Trabalho, a aplicação da técnica terapêutica poderia contribuir justamente para resolução de casos de assédio moral, nos quais as emoções de rejeição, exclusão, humilhação e degradação da dignidade são corriqueiras, dentre outras hipóteses que justificam a aplicação da justa causa.

Cumprido destacar, por fim, que o presente artigo não pretende esgotar o tema, tendo como escopo o estudo sobre tal instituto, observando seus conceitos no âmbito da doutrina e jurisprudência vigente, seus elementos caracterizadores, entre outros, buscando contribuir para futuras políticas de prevenção e solução para tal problema que assola a sociedade atual, e que a aplicação de uma nova técnica para solucionar o tema visa oxigenar o Judiciário e aproximar as lides trabalhistas das suas causas subjetivas emocionais e organizacionais.

Assédio Moral

Entende-se por assédio moral toda conduta

abusiva, a exemplo de gestos, palavras e atitudes que se repitam de forma sistemática, atingindo a dignidade ou integridade psíquica ou física de um trabalhador (CNJ, 2016).

Apesar de não ser uma prática nova no mercado de trabalho, o assédio moral vem sendo amplamente divulgado na última década, e as condutas de empregadores que resultam em humilhação e assédio psicológico passaram a figurar nos processos trabalhistas com mais recorrência.

Na maioria das vezes, há constantes ameaças ao emprego e o ambiente de trabalho é degradado. No entanto, o assédio moral não é sinônimo de humilhação e, para ser configurado, é necessário que se prove que a conduta desumana e antiética do empregador tenha sido realizada com frequência, de forma sistemática.

A intensificação do assédio pode levar ao isolamento da vítima, como forma de autoproteção, o que, posteriormente, a faz ser considerada pelos próprios colegas como antissocial e sem espírito de cooperação.

Cita-se algumas situações de assédio moral mais frequentes: a) ignorar a presença de funcionário na frente de outros; b) não cumprimentar o empregado e não lhe dirigir a palavra; c) forçar a demissão; d) transferir o empregado de setor, para isolá-lo, ou não lhe atribuir tarefas; e) retirar seus instrumentos de trabalho (telefone, fax, computador, mesa); f) proibir os colegas de falar e almoçar com a pessoa.

As empresas têm buscado soluções internas de prevenção e repressão

ao assédio moral. Para prevenção, as instituições costumam implementar códigos de ética e/ou treinamento de empregados do setor de recursos humanos para diagnóstico dos casos de violência moral e adoção de medidas repressivas aos agressores.

Porém, tais soluções se mostram insuficientes diante da quantidade de ajuizamento de ações denunciando essa prática e que terminam por agravar ainda mais o problema e fomentar um clima de desconfiança geral dentro do ambiente de trabalho.

Portanto, estes mecanismos de soluções merecem ser revistos com cautela e através da percepção do conflito com uma abordagem sistêmica, pois uma empresa ou uma organização, no seu todo, representa um sistema.

Ao utilizarmos essa abordagem ampla, de rede, podemos identificar o desrespeito de leis sistêmicas segundo o criador das Constelações Sistêmicas Familiares, o



filósofo e psicoterapeuta alemão Bert Hellinger.

Trata-se de uma técnica terapêutica pseudocientífica fenomenológica, sistêmica, não empirista ou subjetiva, que desnuda elementos que outras metodologias utilizadas em psicologia não seriam capazes de fazer emergir (LACERDA, 2017, p. 238). As leis citadas são: a lei da ordem, do equilíbrio e do pertencimento, e que regeriam todas as relações interpessoais, inclusive as organizacionais.

Constelações Familiares, Organizacionais e a abordagem sistêmica dos conflitos

De forma exemplificativa, a lei da ordem é aquilo que demonstra hierarquia e respeito, seja pelos diretores, pelo presidente, gerente ou líder da equipe. Um exemplo de ordem é o colaborador que respeita as regras e imposições que seus superiores denominam.

A lei do equilíbrio exige que haja uma estabilização entre dar e receber. Por exemplo, quando um colaborador recebe mais ou menos do que o devido, existe uma dificuldade em reestabelecer o equilíbrio que existia anteriormente, principalmente se outros colaboradores souberem do ocorrido.

A lei do pertencimento é a referente a um grupo ou a uma empresa. Aqui a ligação criada entre os colaboradores pode causar desequilíbrio na estrutura organizacional, e o trabalho de um consultor jurídico é, justamente, reestabelecer a ordem. Uma desestrutura pode acontecer quando um colaborador é demitido por justa causa, por exemplo. Os demais podem se sentir

injustiçados e a desordem começa dentro da empresa. É preciso, doravante, perquirir em que medida a abordagem sistêmica poderá ser utilizada no âmbito da Justiça do Trabalho e da empresa para solução ou prevenção de conflitos acerca de assédio moral, engrandecendo a discussão meramente pecuniária de simples pagamento de indenização por danos morais.

Indubitavelmente, as hipóteses de assédio moral representam uma violação às leis sistêmicas citadas, em especial as leis de pertencimento e de hierarquia, e no âmbito empresarial, a técnica das Constelações Sistêmicas recebe o nome de Constelação Organizacional.

A constelação organizacional é uma técnica que tem a função de somar e oferecer apoio ao trabalho de consultoria de uma empresa e empregada para definir e reproduzir algumas situações que possuem uma ligação com as empresas.

A técnica fornece indícios sobre relações e estruturas (como coalizações, concorrências, rejeição, exploração, abuso de poder, dinâmica de bode expiatório, vitimização, para exclusões, dinâmicas de *mobbing* como a coação e o assédio moral, etc. (WEBER, p. 33) e sobre hipóteses do passado (não reconhecimento de méritos do fundador, esquecimento de colaboradores afastados ou excluídos, etc.) (LACERDA, 2017, pg. 243).

Também poderá informar sobre a ocorrência de falta de apoio dos superiores hierárquicos ou de recursos materiais para consecução dos fins empresariais, sobre riscos à saúde dos trabalhadores e

especialmente sobre as relações pessoais intrasistêmicas.

Exemplificando sua aplicação na situação de assédio moral, a lei do “Pertencimento” garante, enquanto durar o contrato de trabalho na empresa, que todos os funcionários façam parte da mesma forma, com o mesmo vínculo.

Assim, se um empregado que sofre o assédio através de exclusão, deverá na dinâmica ser incluído na sua colocação, reconhecida a injustiça que sofreu ou reconhecer sua colaboração no passado para reorganizar e fortalecer novamente a empresa.

Desta forma, essa técnica pode informar às próprias partes envolvidas (assediador, vítima e demais participantes do ambiente de trabalho) acerca de elementos que não conseguem visualizar dentro do sistema empresarial, fazendo com que não sejam criados novos emaranhados de gestão e que sejam resolvidos os existentes, independentemente do resultado jurídico da demanda.

Conclusão

Atualmente, os casos de assédio moral são levados à Justiça do Trabalho para que sejam solucionados de forma litigiosa e repressiva, resultando em pedidos de indenização por danos físicos ou morais à empresa com base nos artigos 5º e 7º da Constituição Federal de 1988 e o artigo 483 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho).

Pelo menos onze Estados (Goiás, São Paulo, Rondônia, Bahia, Mato Grosso, Mato

Grosso do Sul, Pará, Paraná, Rio Grande do Sul, Alagoas e Amapá) e o Distrito Federal já utilizam a dinâmica da constelação sistêmica, especialmente a familiar, para ajudar a solucionar conflitos na Justiça brasileira (LACERDA, 2017, pg. 245).

A medida está em conformidade com a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estimula práticas que proporcionam tratamento adequado dos conflitos de interesse do Poder Judiciário. A técnica vem sendo utilizada como reforço antes das tentativas de conciliação em vários Estados.

Advogados, defensores, juízes, promotores e profissionais que ajudam pessoas observam que a constelação traz benefícios ao proporcionar que as partes envolvidas olhem para a situação de forma sistêmica, observando o que estava fora de ordem, o que estava excluído ou fora de equilíbrio, aceitando e assumindo suas responsabilidades.

Não é preciso que o profissional do Direito aconselhe ou utilize qualquer forma didática de ajuda. A própria pessoa tem condições de olhar para a solução, resultando numa profunda mudança que independe de sua condição social ou cultural.

Ressalta-se que o tema Assédio Moral é recorrente no Judiciário Trabalhista e de suma importância que esse ano a Câmara dos Deputados aprovou um projeto de lei (PL 4.742/2001) que criminaliza o assédio moral no ambiente de trabalho. Se o PL 4.742/2001 for aprovado e sancionado, o assédio moral será levado também à esfera penal, que

poderá punir indivíduos (pessoas físicas).

Porém, como explanado acima, as relações empresariais envolvem como pano de fundo as pessoas físicas que compõem as sociedades empresárias e também a figura individual do empreendedor e suas relações com outros empreendedores, com funcionários, clientes, consumidores, enfim, com uma gama imensa de pessoas.

Quando não se reconhece ou há recusa no reconhecimento de que todos pertencem a uma organização empresarial, isso criará sintomas e dificuldades que só a volta do olhar aos esquecidos e honrando sua existência, poderá recuperar a fluidez da organização (ZAGO; SLONGO; PERTUZATTI, 2017, p. 13). Portanto, o conflito judicial é mais amplo, não bastando em muitos casos apenas o ajuizamento de ações judiciais para a solução do assédio moral.

Referências

CONSELHO NACIONAL DE JUSTICA (CNJ). **O que é assédio moral e o que fazer**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-e-assedio-moral-e-o-que-fazer>. Acesso em: 28 ago.19.

LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias. Constelação sistêmica organizacional e Assédio Moral: proposta de resolução de conflitos no ambiente de trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**. ano v, n. 9. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/130252/2017_lacerda_rosangela_constelacao_sistemica.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em:

09 ago. 2019.

ZAGO, Gladis Guiomar; SLONGO, Daniela Roberta; PERTUZATTI, Dirceu. **O Direito Sistêmico e sua aplicação na resolução alternativa de conflitos decorrentes de relações empresariais**. Disponível em: <https://bit.ly/2O8alce>. Acesso em: 12 nov. 2019.

WEBER, Gunthard. **Constelações Organizacionais**: Questões básicas e situações especiais. Tradução: Wolfgang Wild. Disponível em: https://www.talentmanager.pt/wp-content/uploads/ConstelacoesOrganizacionais-GunthardWeber_PT.pdf. Acesso em: 23 ago. 2019.





CEJUSC/JT: UMA NOVA REALIDADE, UM NOVO CAMINHO: ANÁLISE DOS AVANÇOS E PERSPECTIVAS DA POLÍTICA PÚBLICA DE CONCILIAÇÃO EM ÂMBITO TRABALHISTA

Roberta de Melo Carvalho¹

Introdução

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar os avanços e perspectivas da Política Pública Nacional de Conciliação no âmbito trabalhista ressaltando a necessidade de capacitação específica para adoção de técnicas de mediação e uso dos Centros Judiciários de Métodos Adequados de Resolução de Disputas como instrumentos de pacificação social.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura da Paz. Métodos Adequados de Resolução de Disputas. Capacitação. CEJUSC/JT.

Este artigo pretende demonstrar que a construção democrática da Resolução 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que erigiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista, aliada ao planejamento e capacitação de magistrados e servidores em métodos adequados de resolução de disputas, bem como a interlocução nacional e o compartilhamento de boas práticas com integração das unidades judiciárias, tem produzido resultados que impactam quantitativamente e qualitativamente na prestação jurisdicional, especialmente, com a criação de Centros Judiciários de Métodos

¹ Juíza do Trabalho do TRT da 10ª Região. Coordenadora do CEJUSC/JT – Brasília. Pós-graduada em Direito Público pela UCB. Mestranda em Sistema de Resolução de Conflitos na Universidade Lomas de Zamora na Argentina. Endereço eletrônico: roberta.mcarvalho@trt10.jus.br

Adequados de Resolução de Disputas que promovem verdadeira pacificação social e constituem importantes instrumentos de disseminação da Cultura da Paz².

Ao instituir a Política Pública Nacional de Conciliação em 2010, por meio da Resolução 125, o Conselho Nacional de Justiça de maneira salutar determinou que as diretrizes ali estabelecidas não se aplicariam à Justiça do Trabalho e que, posteriormente, seria elaborada norma que viesse a instituir a Política Pública em âmbito trabalhista, observada as peculiaridades desta área que envolve direitos indisponíveis.

A partir das experiências observadas das práticas instituídas e executadas em outros ramos do Poder Judiciário com as diretrizes da Resolução 125 do CNJ e, especialmente, das experiências vivenciadas em núcleos de conciliação em âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho foi possível o diálogo democrático e horizontal para a edição da Resolução 174/2016, editada para atender as finalidades deste ramo Especializado.

Desta forma, o presente artigo fará uma análise dos efeitos produzidos com a implantação da Política Pública Nacional de Conciliação na seara trabalhista, demonstrando os avanços em relação ao tema e as perspectivas com enfoque na necessidade contínua de capacitação.

Contexto cultural

Vivemos em uma sociedade embasada

na cultura do litígio, herança do sistema escravocrata e da cultura de dominação, na qual as pessoas possuem dificuldades em resolver os seus conflitos e buscam sempre a intervenção de um terceiro para encontrar a solução que, por não raras vezes, não é aquela que satisfaz os seus interesses. Essa situação é vivenciada desde o sistema familiar e escolar e a partir da perpetuação do sistema punitivo, que desencadeia processos cíclicos de comunicação violenta e impactam em suas relações sociais, dentre elas, a relação trabalhista. Felizmente, evoluímos enquanto sociedade na disseminação da cultura da paz e o Poder Judiciário Brasileiro por meio de Políticas instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça e Conselho Superior da Justiça do Trabalho têm instituído e propagado de forma dialogada e democrática a construção de soluções aos conflitos com o protagonismo daqueles que o vivenciam ou vivenciaram.

Não se pode olvidar que os conflitos são inerentes às relações humanas e a maneira como as pessoas lidam com eles é que revela os seus aspectos negativos e positivos, bem como a postura das pessoas envolvidas na busca da solução e dos terceiros, caso atuem, refletirá para que a inter relação entre elas produza efeitos construtivos ou destrutivos destas relações.

José Manuel Pureza em seus Estudos sobre a Paz e Cultura da Paz registrou:

A abertura do conceito de paz na obra de Johan Galtung veio a ser ampliada em etapas superiores de desenvolvimento dos

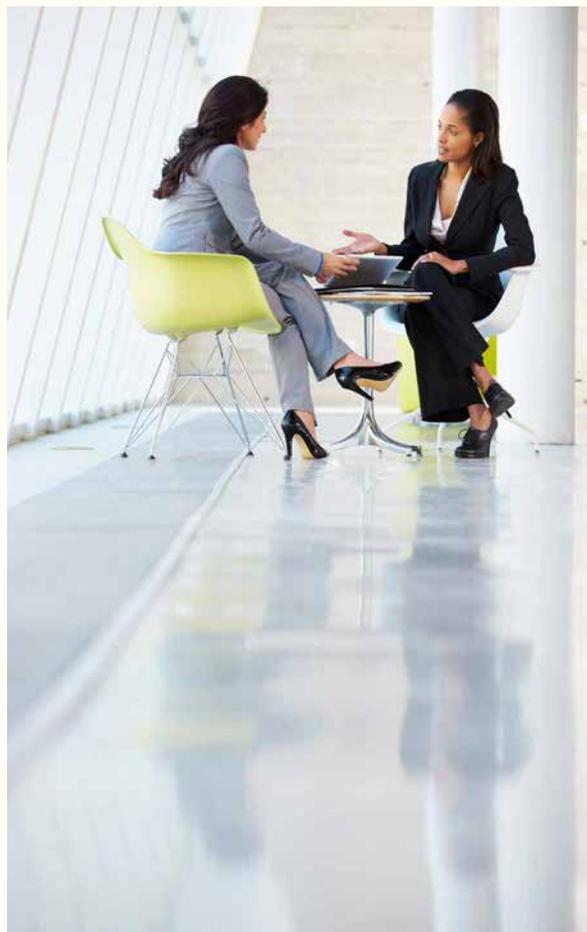
² A Resolução 52/15, de 15 de janeiro de 1998, da Assembleia Geral das Nações Unidas instituiu a Declaração e um Programa de Ação sobre a Cultura da Paz a ser observado mundialmente.

estudos sobre a paz. Assim, de acordo com a síntese de Linda Groff e Paul Smoker (1996:103), as décadas de 70-80 assistiram à afirmação da perspectiva feminista do conceito de paz, centrada na abolição da violência praticada em microestruturas sociais como a família. Na década de 90, autores com Macy ou Dreher ensaiaram abordagens holísticas da paz, em que esta surge definida como alternativa a qualquer forma de violência, seja contra pessoas seja contra a natureza (a chamada tese de Gaia dos estudos sobre a paz). Todavia, este percurso evolutivo do conceito de paz no contexto dos estudos sobre a paz deve ser lido com alguma cautela. Vale a advertência de Galtung: “a cultura da paz não é um conjunto de representações pacíficas e não violentas da realidade. O teste de validade de uma cultura da paz faz-se no modo com ela afeta o comportamento num conflito.” Nesse sentido, Galtung defende que “a paz é a condição para transformar de modo criativo e não-violento.(...) A paz é um contexto para uma forma construtiva de abordar um conflito (...)”(PUREZA, 2000, p. 33-42)

No campo jurídico e, em especial nos cursos de Direito, os alunos e futuros operadores de Direito foram historicamente ensinados a litigar, a transmissão de conhecimentos não traz uma interdisciplinariedade entre Direito e Comunicação, Direito e Psicologia e os conhecimentos sobre administração e resolução de conflitos são obtidos empiricamente na atuação profissional - quando o são - e de forma viciada, litigiosa e superficial. Resolve-se muitas vezes o processo, mas não o litígio.

E o problema, muitas vezes, está na incapacidade do exercício da escuta ativa pelo profissional de direito. Ouvir e interpretar o que o outro diz, sabendo extrair suas necessidades leva o operador de direito a um campo vastíssimo de possibilidades de solução daquela questão trazida por seu cliente. Pelo contrário, com a mente aberta e a preparação técnica para outros meios de solução do conflito, o operador do direito pode encontrar a solução de forma mais célere e efetiva, alcançando, assim, maior satisfação do cidadão que o procura.

Não se pode olvidar, contudo, que a cultura do litígio está arraigada e reflete nossa evolução cultural. Segundo o relatório Justiça



em números de 2018, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 80,1 milhões de processos em tramitação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 73).

Em palestra proferida no ano de 1906, o Professor Roscoe Pound afirmou que “a insatisfação com a administração da Justiça é tão antiga quanto o Direito” (POUND, 1956). Referida frase pronunciada há mais de um século é contemporânea e demonstra a necessidade de ouvirmos a sociedade e juntamente com ela desenharmos um sistema pluriprocessual eficaz, já que o modelo tradicional de solução de conflitos não comporta a demanda e, para atender aos comandos constitucionais, de celeridade e efetividade é preciso aprofundar os estudos e a implantação de outros meios adequados para a solução das disputas no âmbito deste Poder da República.

Um importante passo foi dado em 2018 para a mudança paradigmática deste cenário e, em especial, com alteração na base acadêmica. A Portaria nº 1351 do Ministério da Educação homologou o Parecer nº 635/2018 e instituiu as alterações nas Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, que inclui, dentre outras, a inserção da Mediação, Conciliação e Arbitragem como disciplinas obrigatórias em suas grades curriculares, o que trará para o mercado de trabalho operadores de direito preparados sob uma perspectiva sistêmica (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2018).

Em âmbito judicial, a importância das Escolas Nacionais e Regionais de Formação para Magistrados e Servidores em formação inicial e continuada sobre métodos

adequados de resolução de disputas e suas derivações contribuirão para a disseminação da prestação jurisdicional humanizada com preparação técnica, específica e prospectiva, garantindo aos cidadãos o acesso à ordem jurídica justa.

NUPEMEC e CEJUSC em âmbito trabalhista

A prática conciliatória na Justiça do Trabalho, calcada no artigo 764 da CLT, sempre foi exercida pelos magistrados trabalhistas e, em diversos regionais, por núcleos de conciliação. O Conselho Superior da Justiça do Trabalho sentiu a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de disputas no âmbito da Justiça do Trabalho, para evitar disparidades de orientação e práticas e para assegurar a boa execução da política pública e, a partir de estudos, ideias e proposições realizadas no âmbito da Comissão Nacional



de Promoção à Conciliação (Ato Conjunto TST.CSJT. GP n.º 9/2016), editou a Resolução 174, de 30 de setembro de 2016, que previu a criação de NUPEMEC-JT Regionais em 180 dias.

Os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (NUPEMEC-JT) constituem órgãos de inteligência, planejamento e interlocução para o desenvolvimento regional da Política Judiciária de tratamento adequado das disputas e, dentre outras atribuições previstas no artigo 5º da Resolução 174/2016, destacam-se as atribuições de promover, incentivar e fomentar a pesquisa, estudos e aprimoramento dos métodos de mediação e conciliação, individuais e coletivos, bem como as práticas de gestão de conflitos. Possuem, também, a importante missão de instalarem, com autorização do TRT, os Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJUSC-JT que realizarão as sessões de conciliação e mediação dos Órgãos abrangidos pelo Regional.

Por sua vez, os Centros Judiciários de Métodos Adequados de Resolução de Conflitos (CEJUSC-JT) possuem competência derivada por delegação e atuam de forma complementar e extensiva às unidades judiciárias, de acordo com o artigo 6º da Resolução 174/2016 do TST e Ato n. 1/CSJT. GP.CGJT, de 14 de fevereiro de 2019. Por serem órgãos executores da Política Judiciária Regional refletem as diretrizes traçadas pelo NUPEMEC-JT e executam os projetos desenvolvidos e planejados por este órgão.

Cada CEJUSC-JT possuirá um magistrado coordenador, que deverá ser da ativa para

o exercício das atividades de gestão desta unidade. No entanto, para a atuação nas sessões de mediação e conciliação, com competência para homologação dos acordos, deverão ser designados juízes supervisores, que podem ou não cumular esta atividade com a atividade de coordenação. Tanto para a atuação como magistrado coordenador ou supervisor de CEJUSC-JT a escolha deverá ser feita pelo Presidente do respectivo Tribunal Regional do Trabalho com base em critérios objetivos, cabendo a definição quanto à conveniência e oportunidade de cada TRT, na forma de seu regimento interno, para a designação exclusiva de magistrado para a administração do CEJUSC-JT.

Um dos fatores de destaque do âmbito trabalhista é a necessidade de presença física de magistrado nos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas, bem como a limitação de supervisão de até 06 mesas, observado o Código de Ética instituído no anexo II da Resolução 174/2016, o qual deverá ser rigorosamente respeitado para o êxito da Política Judiciária. Dada a sua importância, em tópico próprio serão abordadas suas principais diretrizes.

E quem poderá atuar nos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas? Em âmbito trabalhista, dada a peculiaridade da matéria e a necessidade de fortalecimento da Política Judiciária, a atuação como conciliadores e mediadores foi restrita aos quadros de ativos ou inativos do respectivo Tribunal Regional do Trabalho (artigo 6º, §8º da Res. 174/2016). Além disso, para a atuação de magistrados togados e servidores inativos como conciliadores e/ou mediadores é necessário,

conforme exigência do §7º do artigo 6ª da Res. 174/2016, firmar declaração de que não militam como advogados na jurisdição dos Órgãos judiciários abrangidos pelo CEJUSC-JT, para garantir a lisura do procedimento.

Como desdobramento da interlocução nacional, os Tribunais Regionais do Trabalho manterão, no CSJT, cadastro de todos os servidores capacitados e formados em cursos específicos de conciliação e mediação, para eventuais convocações em eventos nacionais e mutirões (artigo 6º, §7º da Res. 174/2016).

Destaca-se, ainda, a preocupação com a qualidade ambiental dos Centros Judiciários, com previsão normativa específica para que o espaço físico das audiências e sessões contenha mesas redondas, assegurando-se a privacidade das partes e advogados (artigo 7º, §9º da Res. 174/2016). É possível, na prática, constatar o cuidado com a instalação de Centros Judiciários que os regionais têm tido. Os espaços são criativos, adequados e, acima de tudo, acolhedores, para receber da melhor forma partes e advogados, dentro das condições que cada regional possui.

A formação

Desde o início, registrou-se a preocupação, o fomento e a priorização da formação como pilar da Política Judiciária Nacional de Conciliação em âmbito trabalhista. Para atuar em CEJUSC-JT magistrados e servidores deverão possuir capacitação específica com formação inicial e continuada em métodos consensuais de solução de disputas, seguindo o conteúdo mínimo previsto no anexo I da Res. 174/2016. A formação deverá necessariamente ser composta de etapa teórica e etapa

prática com exercícios simulados e estágio supervisionado.

A atividade em CEJUSC-JT é diferenciada, uma vez que magistrados supervisores e servidores mediadores/conciliadores desempenham atividade integrativa e complementar. A figura do magistrado supervisor serve para garantir o mínimo existencial dentro da relação trabalhista que se apresenta não por meio de atividade punitiva ou de coerção, mas com o uso de técnicas de mediação e atividade pedagógica reflexiva para que as partes cheguem à composição ou escolham prosseguir com o processo.

E de que forma isso é feito? Para se compreender o uso de técnicas e ferramentas na mediação é preciso conhecer antes a base teórica das Escolas sobre o tema que influenciam o modelo judicial. Importante destacar que as escolas não são excludentes. Porém, possuem distintas premissas e foco para a resolução dos conflitos, o que definirá a utilização de ferramentas e técnicas diferenciadas e apropriadas para cada objetivo que se busca.

Para a **Escola de Harvard** o ponto essencial é conseguir encontrar os verdadeiros interesses, tendo em vista que o foco é o acordo. A negociação é a base da Escola de Harvard e a comunicação bilateral efetiva e linear é trabalhada na análise de critérios objetivos com a separação das pessoas do problema. O mediador tem o papel de facilitador da comunicação com a eliminação de percepções passadas que impedem a compreensão do presente e um acordo para o futuro. Várias opções serão geradas para que se alcance o acordo. As ferramentas de

negociação serão amplamente trabalhadas para que os acordos sejam construídos em critérios objetivos e respeitados os interesses das partes.

Já a Escola Transformativa (Bush e Folger) possui uma filosofia diferente de Harvard, precisamente porque o aspecto relacional é o mais importante e seu foco é a transformação dos relacionamentos. Na escola transformativa, legitimação e empoderamento são as ferramentas mais utilizadas. O código de ética da Resolução 174/2016 traz em seu artigo 1º o empoderamento³ como um dos princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais.

Por fim, a Escola Narrativa Circular (Sara Coob) traz como premissa a construção de novas histórias a partir da narrativa das partes. Traduz-se na leitura de percepção dos fatos vivenciados por óticas diferentes. Por isso, o mediador dirige sua ação na construção de novas narrativas que desestabilizam as histórias que não permitem o crescimento das pessoas e, ao mesmo tempo, possibilitam a construção de novas histórias em que o protagonismo recai sobre a pessoa e o contexto, a partir dos fatos vivenciados. Em resumo, propõe a construção coletiva de uma reflexão dialogada sobre os fatos pretéritos para que as partes consigam enxergar sob outra perspectiva a história, que passa a ser uma nova história construída.

No processo de mediação, o operador do conflito precisa eleger quais ferramentas utilizará a partir da aplicação de seus conhecimentos técnicos para execução das

ferramentas escolhidas de forma correta para alcançar os resultados e somente saberá executá-las de maneira correta se receber a preparação adequada para tanto, por isso a existência de conteúdo teórico mínimo previsto nacionalmente, além da previsão de formação continuada.

É preciso entender que as ferramentas podem ser divididas em ferramentas conceituais, procedimentais e comunicacionais. As ferramentas conceituais referem-se aos conceitos que definem todo o processo de resolução de conflitos e servirão para o embasamento teórico daquele que se propõe a estudar e aplicar métodos e técnicas adequadas de resolução pacífica de disputas. Com o embasamento teórico, teremos o desdobramento prático que poderá ser aplicado com uso de ferramentas procedimentais, nas quais estabelecem todo o procedimento desde a fase inicial com a declaração de abertura até o encerramento com a redação da ata e envolve todos os procedimentos aplicados, a exemplo da técnica de reuniões privadas. Por fim, as ferramentas comunicacionais, que são específicas para o desenvolvimento da relação comunicacional entre as partes e o mediador, de modo a permitir o desenvolvimento das ferramentas procedimentais de forma correta e eficaz.

Desta forma, o êxito do processo de mediação depende da sequência comunicacional que resulta da combinação de ações comunicacionais que constituem um processo no qual as atividades de perguntar, escutar, entender, demonstrar compreensão e estimular a reflexão ocorrem (Greco, 1997)

3 O empoderamento é a valorização da vontade e da participação dos envolvidos.

e tudo isso deve ser feito por mediadores/ conciliadores com formação específica e sempre supervisionados por magistrados também preparados para esta atividade específica para o que o resultado alcançado seja o que melhor atende aos interesses das partes.

Código de ética

Outro fator de êxito para o sucesso da Política Judiciária Nacional de Conciliação Trabalhista depende do conhecimento e, especialmente, da compreensão, aplicação e respeito dos preceitos do Código de Ética previsto no anexo II da Resolução 174/2016 do CSJT.

Um código de ética é o produto dos indivíduos enquanto sujeitos sociais e, como o tal, faz parte de um processo histórico que influencia o conjunto de normas e valores prescritos, bem como a sua eficácia na prática cotidiana. Sendo assim, o código expressa não só a prática do grupo social como também suas aspirações de valores e normas a serem adotadas (PEREIRA, 1996).

Por essa razão, o Código de Ética deve ser ensinado nos cursos de formação inicial e deve espelhar a conduta dos mediadores, conciliadores e magistrados supervisores que atuem em CEJUSC/JT. Ao se interessar pelo curso de formação em mediação e conciliação, a pessoa deve refletir sobre o sentido subjetivo de sua pretensão para idealizar sua formação, o que poderá ser

feito com a seguinte pergunta: “qual o tipo de conciliador/mediador que eu gostaria de ser (sentido subjetivo)?” e assim terá um norte interno e motivador de formação. Por outro lado, precisa igualmente refletir sobre o sentido objetivo de sua pretensão para que possa desenvolver habilidades técnicas de maneira a se formar para servir da melhor forma e, para tanto, precisa se perguntar: “qual o tipo de conciliador/mediador” que eu gostaria que analisasse a minha causa?

Essas reflexões, certamente, darão a concretude subjetiva e objetiva na formação do mediador/conciliador e auxiliarão na observância de princípios e normas de conduta, de forma que fluirão naturalmente em sua atuação. É preciso, portanto, conhecer os princípios e as normas de conduta do Código de Ética, didaticamente definidos nos artigos 1º e

“É preciso, portanto, conhecer os princípios e as normas de conduta do Código de Ética, didaticamente definidos nos artigos 1º e 2º, do anexo I da Resolução 174/2016”

2º, do anexo I da Resolução 174/2016.

A infração a qualquer princípio ou norma de conduta do Código de Ética, bem como a condenação definitiva em processo criminal deve ser levada ao conhecimento do Juiz Coordenador para a adoção de providências cabíveis, uma vez que caracterizam as hipóteses de exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário Nacional, conforme previsto no artigo 8º do Código de Ética.

Outro ponto fundamental e que deve ser esclarecido às partes e advogados desde a

declaração de abertura é que o mediador/ conciliador não poderá atuar como testemunha em eventual instrução processual e que a ele se aplicam todas as hipóteses legais de configuração de impedimento ou suspeição aplicáveis aos juízes, por força do artigo 148, II do CPC, que estende essas hipóteses aos auxiliares da justiça.

Conclusão

Conclui-se, portanto, que os Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas, no desenvolvimento de sua competência derivada por delegação, atuam de forma complementar e extensiva às unidades judiciárias e promovem atividade integrativa com olhar sistêmico e multidisciplinar para atuarem como filtro do Poder Judiciário na resolução de lides processuais e subjacentes que emergem dos conflitos, auxiliando não só na resolução dos processos, mas, especialmente, na solução dos conflitos e disseminação da cultura da paz.

O mundo tecnológico atual nos exige uma percepção dinâmica e uma participação efetiva no processo de aprendizagem que permita a absorção de conteúdo de maneira diferente com demonstração lógica da comprovação de escolhas como centro lógico do descobrimento. E isto não é diferente no Poder Judiciário. Percebemos a necessidade de participação efetiva das partes na construção da decisão e a atividade pedagógica tem revelado aspectos de valorização da independência e da autonomia da vontade, o que confere concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A preocupação centrada nas pessoas

e nas relações de trabalho com uso de ferramentas conceituais, procedimentais e comunicacionais por equipe de magistrados e servidores capacitados para identificação do conflito conduzirá a escolha do uso de ferramentas de comunicação para superação de ruídos de comunicação - o que possibilita a restauração de relações em âmbito trabalhista - ou ferramentas de negociação sem que haja prejuízo do mínimo existencial, não permitindo a renúncia de direitos, mas levando o devedor à reflexão pedagógica e a construção coletiva da decisão.

Desta forma, os Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas da Justiça do Trabalho – CEJUSC/ JT - nos apresentam uma nova realidade e um novo caminho que deverá ser trilhado coletivamente como instrumentos de aplicabilidade da construção de uma cultura de paz.

Referências

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Ato Conjunto n. 1/CSJT. GP.CGJT, de 14 de fevereiro de 2019. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**: caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2664, p. 1-2, 14 fev. 2019. Disponível em <https://hdl.handle.net/20.500.12178/150210>. Acesso em: 15 maio 2019.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Resolução n. 174/CSJT, de 30 de setembro de 2016. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**: caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do

Trabalho, Brasília, DF, n. 2079, p. 1-6, 5 out. 2016. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/95527>. Acesso em: 15 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: Conselho Nacional de Justiça 2018.

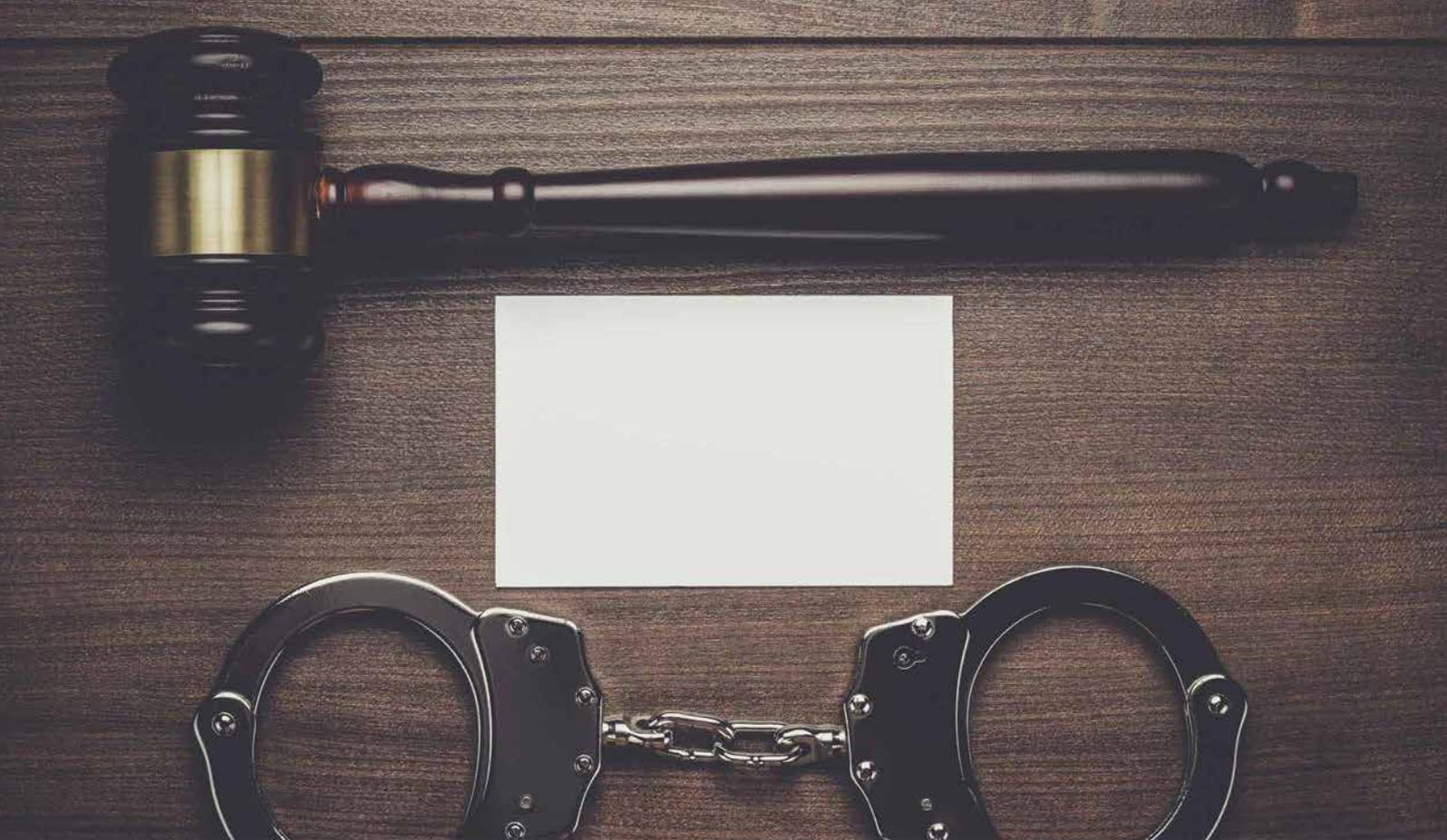
GRECO, S. **Ferramentas para mediação. Sequência Comunicacional**. 1997.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Portaria nº 1.351, de 14 de dezembro de 2018. **Diário Oficial da União**: ed. 241, seção 1: Poder Executivo, Brasília, 14 dez. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Ética e direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POUND, Roscoe, The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. **Crime & Delinquency**, v. 10, n. 4, out. 1964, p. 355–371. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/001112876401000403>. Acesso em: 08 out. 2019.

PUREZA, José Manuel. Estudos sobre a paz e cultura da paz. **Nação e Defesa**, n. 95/96, p. 33-42, 2000.



PROVA, CONHECIMENTO E VERDADE: EXIGÊNCIAS E CONTRIBUIÇÕES DA HISTÓRIA AO DIREITO

Ricardo Lourenço Filho¹

RESUMO

Este artigo propõe uma reflexão sobre como o juiz lida com as provas processuais. Parte da premissa de que é necessário, no direito processual brasileiro, o desenvolvimento de uma teoria sobre a prova que envolva uma discussão sobre as condições de possibilidade de produção do conhecimento e a noção de verdade. O texto propõe uma abordagem interdisciplinar, utilizando pesquisas no campo da historiografia, de autores como Carlo Ginzburg e Pietro Costa, para, relacionando os papéis do juiz e do historiador, apresentar algumas exigências e contribuições fornecidas pela história ao

direito e à atividade judicial.

PALAVRAS-CHAVE: História do direito; Direito Processual; Prova; Decisão Judicial.

Introdução

Doze jurados devem decidir o destino de um garoto acusado de assassinar o próprio pai. Segundo as leis aplicáveis, a decisão dos jurados deve ser unânime, pela culpa ou pela inocência, sob pena de ser necessário um novo julgamento. O magistrado que conduz o julgamento adverte os jurados que, caso haja dúvida razoável sobre a culpa do acusado, eles devem lhe entregar um veredicto de inocência. Na hipótese de culpa do réu, por outro lado, a pena de morte é imperativa.

¹ Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB; Professor de graduação e pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Brasília, Distrito Federal, Brasil.

Essa é a trama do conhecido filme **Doze homens e uma sentença** (1957) – cujo título original talvez seja ainda mais simbólico: **12 angry men**. O longa-metragem, à exceção de três minutos, se passa em uma pequena sala, a “sala do júri”, onde os doze jurados desenvolvem um interessante debate sobre a culpa (ou não) do réu. Inicialmente, 11 jurados se manifestam pela culpa e apenas um deles, cujo personagem é incorporado por Henry Fonda, coloca-se em dúvida. Justamente por estar em dúvida, o personagem de Henry Fonda propõe aos demais jurados uma conversa sobre o caso e as provas apresentadas.

E, num primeiro momento, as provas parecem robustas e contundentes: todas levam a crer que o rapaz teria assassinado o próprio pai. Porém, quando as provas são, elas mesmas, objeto de dúvidas, de questionamentos, de verificação, isto é, as provas são interrogadas, aquela certeza inicial vai se esvaindo. Até mesmo o relato das testemunhas é posto em xeque – uma das testemunhas afirma que “viu” o momento do homicídio, mas, à medida em que a conversa entre os jurados avança, percebe-se que seria pouco provável que ela tivesse de fato “visto” o réu cometendo o homicídio.

Para aqueles que lidam com o direito, o filme é, sem dúvida, interessante. Para uma reflexão mais aprofundada sobre o direito, o processo, as provas e a função judicante, a película é, mais do que interessante, provocativa. Diversas questões podem ser formuladas a partir dele. Aqui colocamos algumas: qual é a função das provas em um processo judicial? É possível extrair algum grau de certeza das provas? As provas permitem revelar os fatos?

Qual é a relação entre prova e verdade?

Há necessidade de construção, no direito processual brasileiro, de uma **teoria sobre a prova** que parta de discussões amplas e significativas sobre as noções de **conhecimento e de verdade**, que são fundamentais para a compreensão do significado e da função das provas. E isso envolve uma reflexão sobre como o juiz trata as provas processuais.

Uma abordagem interdisciplinar que recorra à história e à historiografia pode se revelar produtiva, como será visto a seguir.

A prova no Direito Processual Trabalhista e Civil

Em termos legislativos, o direito estabelece uma relação direta entre provas e fatos. Os artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (na redação dada pela Lei nº 13.467/2017) e 373 do Código de Processo Civil - CPC atribuem ao autor o encargo de provar os fatos constitutivos do direito e ao réu o de provar existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito reivindicado.

A lei também relaciona prova e verdade. Aliás, o Poder Judiciário, por meio de sua atuação processual, é tratado como aquele que descobre e, na decisão, revela a verdade. O art. 369 do CPC dispõe: “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para **provar a verdade dos fatos** em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. De forma semelhante,

o art. 378 do CPC enuncia que: “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o **descobrimto da verdade**” (BRASIL, 2015). Ao mesmo tempo, porém, a verdade dos fatos, firmada como fundamento da sentença, não produz efeito de coisa julgada, como preceitua o art. 504, II, do CPC.



A preocupação com a verdade, como condição existencial para a segurança da decisão judicial, é tão significativa que o falso testemunho é crime, assim considerada a conduta de “fazer **afirmação falsa**, ou negar ou calar a **verdade**” (art. 342 do Código Penal-CP) (BRASIL, 1940). Como não há previsão de modalidade culposa, o tipo penal exige o dolo do agente. Assim, o crime se caracteriza quando a testemunha sabe que a assertiva por ela feita é falsa ou quando, inquirida, nega ou cala a respeito do que sabe como verdadeiro.

Não sem um certo intuito de intimidação e com possível tensionamento ao direito fundamental da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição), a Lei nº 13.467/2017, tampouco escondendo o propósito do legislador ordinário quanto à restrição de acesso à justiça na Justiça do Trabalho, que é um

processo de audiência, com importante peso conferido à prova oral, inseriu na CLT o art. 793-D, que permite a aplicação de multa à testemunha que esteja de má-fé. Essa má-fé é configurada pelo comportamento de “intencionalmente **alterar a verdade dos fatos** ou **omitir fatos essenciais** ao julgamento da causa” (BRASIL, 2017) e sancionada com aplicação de multa.

Todos esses enunciados e regras explicitam a relação que a legislação estabelece entre provas, fatos e verdade. Essa relação é manifestada também nas decisões judiciais, que estipulam a verdade dos fatos a partir das provas. É assim, por exemplo, quando um acórdão registra que “**a prova produzida demonstrou** que o autor era vítima de assédio moral perpetrado por seu superior hierárquico” (BRASIL, 2019ª), ou que “os **depoimentos testemunhais revelaram** a existência do encargo de gestão exercido por parte da reclamante, além de possuir subordinados e poder de contratar e fiscalizar” (BRASIL, 2019b), ou, ainda, que “**a prova oral produzida revelou** que a autora esteve diretamente subordinada à” tomadora dos serviços (BRASIL, 2019c).

No Direito do Trabalho, em especial, a investigação a respeito dos fatos parece ainda mais importante e exige, com frequência, uma análise de outros elementos de prova, além daquilo que foi formalizado pelos contratantes, na medida em que é aplicável o princípio da primazia da realidade sobre a forma. Com isso, tem-se a pretensão – fundamental para esse ramo do Direito – de, em cada caso, “pesquisar, preferentemente, a **prática concreta** efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente

da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica” (BRASIL, 2019d).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 259) enfatizam duas funções para a prova. A primeira seria regulativa, no sentido de que “a prova assume a função de justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo”. A segunda seria **retórica** partindo da compreensão do papel discursivo do conhecimento, segundo a qual a prova é “todo meio retórico, regulado pela lei, dirigida a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições objeto de impugnação, feitas no processo”.

Em ambas as funções, há significativa ênfase quanto à motivação da decisão judicial – o que, de certa forma, sobressai o papel retórico da prova. Essa função retórica da prova, nessa definição, parece, no entanto, desvinculá-la dos fatos.

Numa outra conceituação, a relação entre provas e fatos aparece estreita novamente, como propõe Mauro Schiavi (2016, p. 657): “provas são os instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos, a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou, excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador da demanda”.

A prova é um elemento comum entre a atividade do juiz e a do historiador, e a história pode oferecer algumas contribuições ao direito a esse respeito.

O papel do juiz e do historiador e o tratamento das provas

Tal como no italiano, também na língua portuguesa, **provar** se reveste da ambiguidade apontada pelo historiador italiano Carlo Ginzburg, significando tanto “validar” quanto “experimental”. Em suas palavras, “a linguagem da prova é a de quem submete os materiais da pesquisa a uma aferição permanente: ‘provando e confirmado’” (2002, p. 11).

Há uma tradição historiográfica que reduz a história à narrativa ou à retórica, dissociando-a da prova. Segundo essa tradição, a história, dissociada da prova, se justifica por sua própria retórica, por sua lógica interna, por sua narrativa, sem nenhuma vinculação (externa) quanto ao seu conteúdo. Cai-se, então, num relativismo segundo o qual, na medida em que a verdade (real) é inalcançável, qualquer narrativa (internamente lógica e coerente) é possível (inclusive, por exemplo, a negativa do Holocausto, ou a de que não houve tortura na Ditadura Militar brasileira). E a própria ideia de conhecimento da realidade é questionável.

Carlo Ginzburg busca combater esse relativismo e essa redução da historiografia à retórica, resgatando a função da prova e defendendo a possibilidade de produção de conhecimento.

Na atividade do historiador, um texto, para ser compreendido, deve ser devidamente inserido em seu contexto. Isso porque “o hors-texte, o que está fora do texto, está também dentro dele, abriga-se entre as suas dobras: é preciso descobri-lo e fazê-lo falar” (GINZBURG, 2002, p. 42).

As provas – mesmo documentos e testemunhos – não fornecem um acesso direto à realidade, porque sua produção – quer a elaboração de um documento, quer o relato de uma testemunha – está contaminada pelas relações de força existentes em uma sociedade. Daí a recomendação de Ginzburg (2002, p. 43): “ao avaliar as provas, os historiadores deveriam recordar que todo ponto de vista sobre a realidade, além de ser intrinsecamente seletivo e parcial, depende das relações de força que condicionam, por meio da possibilidade de acesso à documentação, a imagem total que uma sociedade deixa de si”.

Para combater os céticos, o historiador italiano se propõe a explicitar as implicações cognitivas presentes nas escolhas narrativas. Essa é uma observação muito importante. O senso comum talvez nos indique que, numa pesquisa histórica, os dados, o material, as fontes e as provas são primeiramente reunidos para, então, serem organizados com vistas à construção de uma narrativa. Porém, como observa Carlo Ginzburg (2002, p. 44): “contra a ideia rudimentar de que os modelos narrativos intervêm no trabalho historiográfico apenas no final, para organizar o material coletado, busco mostrar que, pelo contrário, eles agem durante todas as etapas da pesquisa, criando interdições e possibilidades”.

O procedimento de seleção e reunião das fontes e das provas é perpassado, assim, por escolhas subjetivas do historiador, ou seja, não

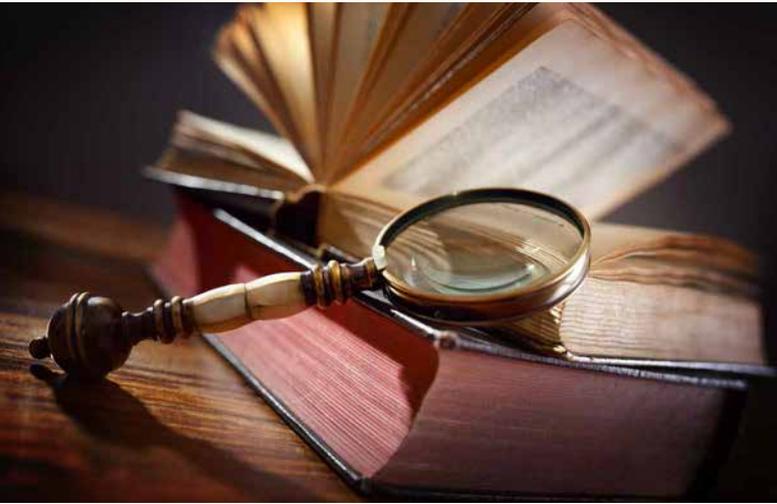
é um procedimento neutro, mas contaminado por seleções cognitivas. A semelhança com o papel do juiz é evidente. As consequências da observação de Ginzburg são significativas, desconstruindo a imagem de que a condução da produção probatória pelo juiz, no curso de um processo judicial, seja uma atividade neutra, limitando-se a permitir a reunião de provas para, ao final, proferir uma decisão. A forma processual, delimitada pela atuação do juiz, condiciona o resultado, a sentença.²

A partir daqui vão aparecendo as semelhanças entre o papel do juiz e o do historiador. De maneira semelhante à história e à historiografia, a atividade judicante se volta ao conhecimento do passado (embora com finalidades distintas). E **conhecer o passado** coloca alguns desafios: “parece com a tentativa de conhecer alguma coisa que não é, não existe; alguma coisa que foi, mas não é mais” (COSTA, 2008, p. 22).

E como podemos conhecer o passado? Apenas a partir daquilo que o passado nos deixou. Nas palavras de Pietro Costa (2008, p. 22-23):

o mar do tempo retirou-se e abandonou seus detritos e suas sedimentações sobre a praia: não vemos o mar e podemos somente recolher aquilo que ele depositou na margem. Recebemos do passado as mensagens na garrafa que afortunadamente nos chegaram. Ou seja: não podemos conhecer a

² Disso se percebe como é, no mínimo, complicada, até mesmo em termos de garantias processuais (como o juízo natural e a própria imparcialidade do julgador), a circunstância, em nosso ordenamento jurídico, de que, em regra, o juiz que colhe as provas é também aquele que julga a lide. Essa regra, denominada **identidade física do juiz**, não constitui, porém, nenhuma garantia de um julgamento melhor ou sequer mais condizente com as provas.



realidade transcorrida diretamente, mas só indiretamente, através das mensagens, dos testemunhos, dos resíduos que nos chegaram: desapareceu o fogo, mas restam as cinzas e a fumaça. Por meio dos sinais, buscamos representar para nós 'aquilo que não existe'. O historiador trabalha sobre sinais, testemunhos.

Também o juiz trabalha assim. As provas, como se percebe, são importantes para ambos. O juiz, por meio da prova, constrói uma narrativa lógica, coerente, racional, mas é, antes de tudo, uma construção. Ambos, juiz e historiador, lidam com a ideia de verdade e de prova; sobretudo o uso da prova os conecta. Um julgamento é, assim, uma experimentação historiográfica, onde as provas interagem (GINZBURG, 1999, p. 17-18).

Sendo a prova fundamental à atividade do juiz e à do historiador, mas reconhecendo que as provas não fornecem um acesso

direto à realidade, como já indicado, volta-se à questão – posta sobretudo pelos relativistas – acerca da possibilidade do conhecimento. Essa é uma questão igualmente relevante para o direito, remontando à própria condição de possibilidade de prolação de uma decisão judicial conectada com a realidade.

A redução da história à retórica deve ser repelida, segundo Ginzburg (2002, p. 63), a partir da reavaliação das provas, que são o núcleo fundamental da retórica. Isso também é válido para o direito, em que as decisões judiciais não podem ser encerradas em mera retórica, sob pena de sérios prejuízos a direitos fundamentais.³

O conhecimento, inclusive o judicial, deve ser produzido sabendo-se de sua precariedade e ciente de que as fontes de provas produzem distorções da realidade, mas tais distorções são (e devem ser) objeto de análise – ou seja, as provas não revelam os fatos, ou, pelo menos, não como se costuma apresentar nas decisões judiciais. Novamente segundo Ginzburg (2002, p. 44/45):

as fontes não são nem janelas escancaradas, como acreditam os positivistas, nem muros que obstruem a visão, como pensam os cépticos: no máximo poderíamos compará-las a espelhos deformantes. A análise da distorção específica de qualquer fonte implica já um elemento construtivo. Mas a construção (...) não é incompatível com a prova; a projeção do desejo, sem o qual

³ Exemplo de decisão judicial encerrada em retórica, sem correlação com fatos e provas, é a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 164.544/MG (BRASIL, 2019e). Cf., sobre essa decisão, a pertinente crítica de Rodrigo de Lacerda Carelli (2019).

não há pesquisa, não é incompatível com os desmentidos infligidos pelo princípio de realidade. O conhecimento (mesmo o conhecimento histórico) é possível.

De acordo com o professor italiano, juízes e historiadores estão duplamente associados, seja por se preocuparem com a definição dos fatos, em sentido amplo, isto é, tudo o que se inscreve na realidade, seja pela busca das provas. Mas também estão dissociados: o juiz profere sentença, o historiador, não; os juízes se voltam para eventos que dizem respeito à atribuição de responsabilidades individuais, os historiadores não têm a mesma limitação (GINZBURG, 2002, p. 62).

Além disso, se a história humana pode ser reconstruída por meio de rastros e indícios e se tais reconstruções implicam, ainda que de forma implícita, diversas conexões naturais que se mostram certas até que se prove o contrário, à margem dessas conexões, os historiadores atuam no campo do verossímil, às vezes do extremamente verossímil, mas jamais no campo do certo ou da certeza (GINZBURG, 2002, p. 57/58). E por que seria diferente com o juiz, num processo judicial?

Pietro Costa (2008, p. 26) insiste, nesse sentido, sobre o “caráter conjectural da exploração historiográfica”, uma vez que:

O historiador (...) não trabalha diretamente sobre a realidade, mas passa pelo filtro obrigatório dos textos, dos discursos, dos sinais. Enquanto operação hermenêutica, o conhecimento historiográfico é um conhecimento, por assim dizer, de segundo grau: procede do sinal ao significado, do visível ao invisível, sem poder dispor de nenhum ponto fixo, de

nenhuma ancoragem segura.

Esse caráter conjectural e incerto de suas assertivas também é válido para o juiz. Referindo-se a ambos, juiz e historiador, Costa (2008, p. 27) observa que:

As suas argumentações se fundam sobre sinais e indícios; é assimilável, como escreve Ginzburg, à lógica de Sherlock Holmes ou ao comportamento do caçador que pelos rastros chega ao animal; exerce-se não sobre o caráter incontrovertido da dedução racional, mas sobre o caráter persuasivo do razoável.

Se o magistrado, num processo judicial, trabalha a partir dos sinais, dos indícios e dos rastros fornecidos pelas fontes de prova (documentos, testemunhos, laudos periciais, etc.), é preciso reconhecer, como indicado acima, que tais elementos não lhe permitirão constatar o que **de fato aconteceu**, mas talvez, quando muito, o que provavelmente, ou muito provavelmente, ocorreu. Não bastasse a circunstância, que pode soar já inquietante, de que as provas não fornecem um acesso direto à realidade, tem-se, em complemento, a exigência de que as fontes mesmas de prova sejam interpretadas. Não se trata propriamente de uma exigência, mas de uma condição de possibilidade.

Contrariamente ao que indica o positivismo, o juiz (e também o historiador) não é um observador neutro, impassível, apto a refletir em sua decisão a realidade sem nenhum toque de sua personalidade. A teoria hermenêutica permite explicitar justamente o papel criativo do sujeito, como o destaca Pietro Costa (2008, p. 24), a partir do ofício do historiador:

O intérprete, e portanto o historiador, não é uma quadro negro sobre o qual imprimem-se os textos. Os textos dizem alguma coisa na medida em que são decifrados e estimulados por um intérprete que intervém no processo interpretativo com todo o peso de sua personalidade.

A interpretação de um texto é uma operação que envolve o intérprete em sua inteira subjetividade. O sujeito de uma operação hermenêutica não é um ser humano genérico: é um indivíduo de carne e osso, é este indivíduo, ligado a um contexto preciso, marcado por inúmeros elementos que conotam a sua personalidade (o país de onde vem, a classe social, a cultura, a língua, a formação profissional). Na interpretação de um texto o intérprete, o historiador coloca em jogo todos os aspectos de sua personalidade que constituem, todos juntos, a condição de possibilidade da atividade hermenêutica. Em síntese: é a partir do mundo e do tempo ao qual cada um de nós pertence que interpretamos textos e narramos histórias.



Tais reforçam a necessidade de se levar a sério a atividade interpretativa do juiz, não apenas quanto a textos legais, mas

também quanto às provas. Ao mesmo tempo, destacam o rigor necessário no tratamento das provas processuais. Não é por acaso que o art. 832 da CLT exige que da decisão conste “a apreciação das provas” e que o art. 489, § 1º, do CPC estabelece parâmetros para que uma decisão judicial seja considerada fundamentada, enfatizando a necessidade de explicitação da relação de conceitos e normas jurídicas com o caso concreto e impondo uma análise exaustiva dos elementos de prova como requisito de motivação da sentença.

Segundo Douglas Pinheiro (2016, p. 431):

À medida que o magistrado tem seus poderes de direção processual ampliados, torna-se necessário criar formas mais refinadas de controle social e institucional das decisões proferidas, a fim de se verificar a efetivação do ideal de justiça que justificou, na origem, a própria ampliação de seus poderes. Além disso, o rigor do trato das provas, fontes históricas que instruem o feito, deve ser mais exigente. Somente com a apreciação de todo o leque probatório é que o juiz consegue estabelecer o grau de menor ou maior probabilidade de certeza que faz com que a decisão final penda para um ou outro lado.

Considerações finais

No decorrer do filme **12 homens e uma sentença**, enquanto o personagem de Henry Fonda indaga sobre o que é ou não possível ter ocorrido no caso, outro jurado, interpretado por Lee J. Cobb, enfurecido ao ver os elementos de culpa do réu se esvaindo, acusa aquele primeiro de “distorcer os fatos”, indaga os demais sobre por que não estão “ouvindo os fatos” e conclama à necessidade de “pôr as provas em ordem”.

Porém, investigações no campo da história e da historiografia indicam que os fatos não falam por si, é o historiador que os faz falar. Se o conhecimento histórico é possível, tal possibilidade não decorre apenas da forma pela qual é construída a narrativa, mas por se tratar de uma narrativa centrada em provas, em evidências, em rastros. Embora as fontes de prova não constituam meios de acesso direto à realidade ou àquilo que efetivamente aconteceu, as distorções que podem ser analisadas a partir dessas fontes são fundamentais, como aponta Ginzburg, para a elaboração do conhecimento histórico, ainda que esse seja estabelecido, segundo Costa, em conjecturas e probabilidades. Essa condição de possibilidade, em última análise, aumenta a necessidade de rigor na investigação do material probatório. É pertinente, nesse contexto, a tarefa do historiador, indicada por Walter Benjamin (1994, p. 225), de “escovar a história a contrapelo”.

Essas observações e exigências também são válidas para o juiz. Em sua decisão, o magistrado faz as provas **falarem**, relacionando-as aos fatos e às alegações das partes. Mas essa relação é precária, conjectural, construída a partir de probabilidades (maiores ou menores). Aliás, era mais adequada, nesse sentido, a redação do art. 818 da CLT, anterior à Lei nº 13.467/2017: “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Além disso, a condução da produção probatória não é um procedimento neutro por parte do juiz. O julgador não é o “quadro

negro”, para falar com Costa, no qual são escritas as provas trazidas pelas partes, competindo-lhe, na sentença, apenas organizá-las – ou, segundo o personagem referido, “pôr as provas em ordem”. O juiz atua (em sentido positivo, não-passivo) de forma criativa, a partir de escolhas subjetivas, desde o início do processo e da produção probatória e essa atuação condiciona o resultado final, a sentença.

Daí porque, tal como na história, também no direito, é imprescindível à legitimidade da decisão judicial uma análise rigorosa dos elementos probatórios, de maneira a firmar o convencimento, sempre motivado, pela alegação mais provável apresentada no processo.

Como nos mostra a historiografia, o adequado tratamento da prova num processo judicial exige do julgador a compreensão sobre as condições de

possibilidade da produção do conhecimento sobre a realidade, inclusive da precariedade desse conhecimento e de sua relação com a verdade, assim como a percepção de que o juiz exerce um papel criativo sobre aquilo que as provas “revelam” ou “deixam de revelar”.

Referências

12 HOMENS E UMA SENTENÇA. Direção: Sidney Lumet. United States: MGM Studios, 1957.1 DVD (96min), P&B.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito

“A Reforma Trabalhista de 2017 promovida pela Lei nº 13.467/2017 acrescentou um novo Título na CLT para disciplinar o “dano extrapatrimonial” decorrente da relação de trabalho”

da História. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre literatura e história da cultura. Tradução Sérgio Paulo Rouanet. 7 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 8ª Turma. Agravo em Recurso de Revista nº 1486-47.2017.5.19.0009. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, DF, 30 ago. 2019 a.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10968-07.2016.5.03.0136. Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte.

Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, DF, 6 set. 2019b;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 444-74.2012.5.03.0108. Relator Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, DF, 6 set. 2019c.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Agravo em Recurso de Revista nº 10391-98.2016.5.03.0113. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, DF, 1 jul. 2019d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 164.544/MG. Relator Ministro Moura Ribeiro. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 4 set. 2019e.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O terraplanismo jurídico, a Uber e o STJ: o caráter anticientífico da decisão sobre a competência da Justiça do Trabalho. **Jota**, São Paulo, 06 set. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-terraplanismo-juridico-a-uber-e-o-stj-06092019. Acesso em 6 set. 2019.

COSTA, Pietro. Passado: dilemas e instrumentos da historiografia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 21-28, 2008.

GINZBURG, Carlo. **The Judge and the Historian: marginal notes on a late-twentieth-century miscarriage of**



justice. Tradução Antony Shugaar. New York: Verso, 1999.

GINZBURG, Carlo. **Relações de força: história, retórica, prova**. Tradução Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. O juiz-historiador e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano 41, v. 256, jun. 2016, p. 413-438.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.



HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART 791- A § 4º DA CLT

Lara Pontes Nogueira Vasconcelos ¹
Vanessa Guimarães Caixeta Silva ²

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista. Honorários sucumbenciais. Justiça Gratuita. ADI nº 5.766.

RESUMO

Pretende analisar as alterações da Lei nº 13.467/2017 no diz respeito aos honorários sucumbenciais, uma vez que estas alterações foram motivos de controvérsias doutrinárias e jurisprudências, principalmente a relativa a prestação ou não de honorário de sucumbência no processo do trabalho pelo reclamante, ainda que este seja beneficiário da justiça gratuita. Conclui-se que o art. 791-A parágrafo 4º, pois fere os princípios da justiça gratuita, da proporcionalidade, do não retrocesso social e se mostra como verdadeiro obstáculo ao acesso à justiça.

Introdução

Em 22 de dezembro de 2016, o então Presidente da República, Michel Temer, editou o Projeto de Lei 6.787 e o encaminhou ao Congresso Nacional. Inicialmente o PL alterava apenas alguns dispositivos da CLT, contudo, durante seu trâmite pela Câmara dos Deputados, sob alegações de grave crise econômica, alto índice de desemprego e da necessidade de modernizar a legislação trabalhista, acabou por sofrer consideráveis mudanças, sendo renomeado como Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017.

1 Advogada inscrita na OAB-TO. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (2019).

2 Advogada inscrita na OAB-TO. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (2019).

O PL 38/2017 tramitou na Câmara e no Senado com notável celeridade, sendo sancionada pelo Presidente e convertida na Lei n. 13.467 em 13 de julho de 2017 e já publicada no Diário Oficial da União no dia seguinte. Todo o processo se deu em poucas semanas, não recebendo nenhum aperfeiçoamento por parte do Senado ou veto do Executivo.

Projetos legislativos desta natureza, que causam um impacto profundo na sociedade, costumam ser estudados por especialistas por muito tempo e amplamente discutidas na sociedade civil a fim de evitar que sejam produzidas leis viciadas (TRINDADE, 2017, p. 471). Sendo assim, não é surpresa que certos institutos da reforma trabalhista encontrem sua eficácia frustrada, sendo temas de amplas discussões e julgados divergentes.

[...] a reforma trabalhista, levada a cabo para atendimento dos interesses do grande capital, é ilegítima, por ter sido mero instrumento de reforço dos negócios de um setor exclusivo da sociedade, o que, além disso, desconsidera a regra básica da formação de uma legislação trabalhista, que é a do diálogo tripartite, como preconiza a OIT, e também por conta da supressão do indispensável debate democrático que deve preceder a elaboração, discussão e aprovação de uma lei de tamanha magnitude, ainda mais com essa intenção velada de afrontar o projeto do Direito Social assegurado na Constituição Federal (MAIOR; SEVERO, 2017, p. 1).

Assim, a reforma instituída pela Lei n. 13.467/2017 vem sofrendo inúmeras críticas por parte de doutrinadores e operadores

de direito, pois muitos acreditam que a dita reforma representa um retrocesso, atentando contra os princípios humanísticos e sociais da constituição.

Um dos institutos controversos trazidos pela nova lei foram as alterações trazidas pelo artigo 791-A da CLT que dispõe serem devidos honorários de sucumbência no processo de trabalho pelo reclamante, ainda que beneficiário da justiça gratuita, e prevê a possibilidade de sucumbência recíproca em casos de procedência parcial do pedido.

O instituto foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766, ajuizada em 28 de agosto de 2017 pelo Procurador Geral da República. A ADI ainda está em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Este estudo busca analisar o que diz a lei e a jurisprudência frente às alterações referentes aos honorários no processo trabalhista, bem como refletir sobre o conceito de acesso à justiça.

Acesso à justiça

Primeiramente, é fundamental abordar a temática do acesso à justiça. Tal princípio nasce do enunciado no art. 5º, inciso XXXV, Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

De acordo com Cappelletti e Garth que estudaram o tema do acesso à justiça em obra homônima:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecida de difícil definição,

mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 8).



Assim, o acesso à justiça é imprescindível para a efetivação dos demais direitos garantidos nos textos legais, uma vez que dá o suporte para que todas as lides recebam atenção do Poder Judiciário, proporcionando ao cidadão o direito de não somente buscar a defesa de seus direitos individuais, mas também o de dispor de meios suficientes para isso.

O ideal do acesso à justiça surgiu juntamente com a onda revolucionária francesa; contudo, como apontam Cappelletti e Garth, nos

séculos XVIII e XIX, o Estado adotava uma postura passiva perante dificuldades tais como reconhecer a legitimidade de uma pessoa para defender seus direitos de forma eficaz. O Estado, movido pela filosofia liberalista do *laissez-faire*, garantia o acesso à justiça apenas de maneira formal, seu acesso efetivo e material era obtido apenas por aqueles que pudessem arcar com o ônus das custas.

Com o desenvolvimento das sociedades ocidentais, o conceito de direitos humanos se expandiu, passando a abranger os direitos e deveres sociais do Estado e da comunidade. Percebeu-se que era necessário que o Estado se manifestasse, influenciando na sociedade para que os direitos fundamentais fossem garantidos de maneira eficaz. Nesse contexto, o Estado passa a ter uma postura mais protecionista, inclusive no que a processualística.

O Direito do Trabalho, por partir da premissa de que o empregado encontra-se em posição de desvantagem em relação ao empregador, é um campo do Direito em que, tradicionalmente, a lei atua com a finalidade de garantir a igualdade material entre as partes. Garantindo assim direitos mínimos para a parte hipossuficiente, ou seja, o empregado.

Na processualística trabalhista a situação não se inverte, uma vez que sem essa proteção estatal o trabalhador seria presa fácil para o empregador que teria, no processo, um aparato legal a sua disposição. Assim, o Direito Processual Trabalhista tenta combater a hipossuficiência do trabalhador, a fim de que haja equidade entre as partes.

O acesso à justiça é obstaculizado por três

barreiras principais, que são: a desinformação quanto aos direitos; o descompasso entre os instrumentos judiciais e os novos conflitos sociais; os custos do processo e a demora para solução dos litígios.

A CLT traz em seu corpo alguns instrumentos que buscam facilitar o acesso à Justiça, como o não pagamento de custas no início do processo (art. 789, § 2º, da CLT), a possibilidade de reclamação verbal ou por escrito, sem representação ou assistência de advogado, ajuizada no local da prestação de serviço ou da contratação (art. 790, 840 e 651 da CLT).

Para o presente estudo é relevante tratar principalmente do problema das custas judiciais que diz respeito aos obstáculos econômicos de acesso à justiça, consistindo, na preocupação com os problemas que os hipossuficientes possuem para defesa de seus direitos.

É verdade que o Estado arca com boa parte das despesas do processo, como o salário dos juízes e a disponibilização de prédios e demais recursos necessários. Porém, ainda cabe ao autor da ação a responsabilidade de arcar com às custas processuais e honorários advocatícios, prejudicando aqueles com poucos recursos econômicos busquem o que lhes é de direito.

Como já mencionado, a CLT traz alguns mecanismos que buscam dirimir essa dificuldade, podendo ser destacada a garantia fundamental da gratuidade da justiça.

Justiça gratuita

O instituto processual da Justiça Gratuita é conferido àqueles que não possuem condições de suportar as despesas processuais e pode ser postulado tanto pelo autor, quanto pelo réu, tratando-se de “[...] elemento indispensável para o cumprimento do direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.” (ROCHA, 2018, p.189).

A concessão do benefício, conforme a Lei n. 13.467/2017, poderá ser feita a requerimento ou de ofício, em qualquer instância da Justiça do Trabalho. O legislador, ainda, criou uma “presunção de pobreza” para aqueles que recebem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo do Regime Geral da Previdência Social.

Aos que não se encaixam na percentagem legalmente estabelecida, para que seja deferido o benefício da gratuidade da justiça, é imprescindível comprovar a insuficiência de recursos para suportar a demanda, não sendo suficiente uma mera declaração de hipossuficiência, caso que se aplica tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas.

Entretanto, o instituto da Justiça Gratuita não é amplo. Ocorre que, em algumas situações, a parte, ainda que beneficiária, deve arcar com custos. É o caso, por exemplo, dos honorários periciais. A recente Lei n. 13.467/2017 definiu que a parte que perde o objeto da perícia deve custear a mesma, ainda que a ela tenha sido concedida a gratuidade da justiça.

Neste caso, se o beneficiário da Justiça Gratuita ainda não constituiu em juízo créditos para pagar a perícia, a União irá suportar tal despesa. A atribuição de pagamento dos honorários periciais pelo beneficiário da justiça gratuita afronta disposição constitucional. Isto porque, o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (ROCHA, 2018, p. 193).

Ainda nesse sentido, é a norma do artigo 791-A, parágrafo 4º da CLT, que estabelece que as despesas processuais devidas pelo beneficiário da gratuidade de Justiça poderão ser exigidas se a parte houver obtido ganhos naquele ou em outro processo, que possam cobrir todas as despesas processuais. O confisco pode se dar em cima de créditos obtidos em outras demandas, de maneira a fragilizar ainda o mais o recebimento das verbas trabalhistas.

Sendo assim, tem-se que a justiça gratuita é instituto fundamental para que de fato haja justiça no processo judicial, contudo, no novo ordenamento, há divergências quanto a extensão do dito benefício.

Honorários sucumbenciais e a Reforma Trabalhista

O artigo 791-A da CLT em seu parágrafo 4º dispõe serem devidos honorários de sucumbência no processo de trabalho. Antes, os honorários sucumbenciais só eram devidos nos termos da súmula 219 do TST e artigo 14, § 1º, da lei 5.584/70, isso é dizer que os honorários de sucumbência apenas seriam devidos na hipótese de estarem presentes,

simultaneamente, os seguintes requisitos:

1. Reclamantes assistido por sindicato de sua categoria profissional;
2. Reclamante comprovar que recebe salário inferior ao dobro do salário mínimo;
3. Reclamante encontrar-se em situação econômica que não permita demandar sem prejuízo do seu próprio sustento ou da sua família.

Sendo assim, o pagamento dos honorários de sucumbência, na prática, se dava somente da parte reclamada em relação à reclamante e apenas quando preenchidos os requisitos supracitados.

Contudo, a inserção do art. 791-A na CLT quebrou esse paradigma, passando a considerar devidos os honorários sucumbenciais sempre que a parte seja representada por advogado, ainda que atue em causa própria. Também são devidos nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria, conforme parágrafo 1º do artigo supracitado.

De suma importância abordar o exposto no parágrafo 3º do art. em tela: “na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários”. Sendo o Direito Trabalhista caracterizado pela apresentação de pedidos cumulativos a inserção deste instituto trouxe um ponto positivo para o trâmite processual trabalhista, qual seja: diminuir a formulação de pedido irresponsáveis, isto é, escoimar a apresentação de pedidos frívolos ou de procedência duvidosa uma vez que caso

sejam improcedentes a parte que o propôs terá que arcar com os honorários referentes a esse pedido.

Atualmente, pode-se afirmar que a inclusão desmedida de pretensões tem um custo de transação muito baixo para quem as veicula. Isso porque significativa parcela dos autores de ações perante a Justiça do Trabalho obtém, sem dificuldade, os benefícios da justiça gratuita, o que os isenta do pagamento de despesas processuais. Outrossim, caso sucumbam nas pretensões levianas, não pagam honorários de advogado, além de o risco de condenação por litigância de má-fé – ou de ela ter alguma consequência pedagogicamente eficiente – ser baixo, por força de uma jurisprudência indulgente (MALLET; HIGA; 2017).

Desse modo, no cenário anterior a reforma era “irracional”, do ponto de vista econômico, que a parte abdicasse de formular pedidos banais com pouquíssima chance de procederem. Ocorre que as consequências desse raciocínio individualista alcançaram o Poder Judiciário, gerando custos ao Poder, prejudicando a celeridade processual e a duração razoável do processo (MALLET; HIGA, 2017, p. 82).

No entanto, há que se observar a exceção dada aos pedidos de indenização para os danos extrapatrimoniais bem como a decadência em parte mínima do pedido, situação na qual não se aplica a sucumbência recíproca, em termos similares ao expostos no art. 86 do Código de Processo Civil.

Contudo, no que diz respeito aos

honorários, a alteração mais polêmica da nova lei se encontra no parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT. O artigo alega, nos seguintes termos, que:

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 (BRASIL, 2017^a).

O artigo causa discussão, pois determina que as obrigações sucumbenciais são exigíveis, mesmo nos casos em que o vencido é beneficiário da justiça gratuita, desde que ele tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa, ainda que em outro processo.

A (In)constitucionalidade do art. 791-A da CLT

A reforma trabalhista, como já salientado, trouxe a possibilidade do beneficiário da justiça gratuita vir a arcar com o custo do processo. Tal inovação, bastante criticada por alguns, justifica-se pelo grande número de ações trabalhistas que são ajuizadas no país. Dados do TST revelam que em 2016, um ano antes da implementação da reforma, foram ajuizadas mais de três milhões de ações

trabalhistas, número 4,5% maior que no ano anterior (MENDONÇA, 2017, p. 482).

A onerosidade excessiva do Estado ao suportar o poder judiciário, e ainda, o grande número de beneficiários da gratuidade da Justiça, legitimaram as alterações trazidas pela recente reforma. Entretanto, tal discurso serviu principalmente para violar direitos e garantias fundamentais, uma vez que passou a tratar de maneira diferenciada e mais rigorosa o trabalhador que possui poucos recursos financeiros (MARTINO, 2018, p. 25).

A diminuição de direitos dos beneficiários da justiça gratuita, como a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, aponta Galduróz Filho (2018, p. 90), “[..] viola a vedação do retrocesso social e a progressividade dos direitos humanos.”. Ambos os princípios colocados em cheque são de extrema importância para o Direito do Trabalho e para o Estado Democrático de Direito.

A necessidade de pagamento de honorários de sucumbência, assim como de honorários periciais por aqueles beneficiários da justiça gratuita, afronta diretamente tal princípio, porquanto limitará o acesso das pessoas de menor poder aquisitivo ao judiciário (GALDURÓZ FILHO, 2018, p. 91).

O trabalhador já reclama à Justiça do Trabalho em extrema desvantagem, porque em geral, busca a remuneração pelo trabalho já realizado, ou seja, créditos de natureza alimentar. A situação é ainda mais sensível para o beneficiário da justiça gratuita, por se tratarem de pessoas em situação de vulnerabilidade econômica.

Considerando tais premissas, ao ajuizar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 5766, o então Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, defendeu que:

as normas impugnadas inviabilizam ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista e impõe-lhe pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no processo, de natureza alimentar, em prejuízo do sustento próprio e do de sua família (BRASIL, 2018, p. 1).

Assim, ao limitar os efeitos da justiça gratuita, a CLT acabou por desequilibrar a paridade de armas, reforçando a desigualdade entre os litigantes e ferindo o princípio da isonomia abarcado pelo art. 5º *caput* da Constituição Federal de 1988.

Para muitos estudiosos do direito, cobrar as despesas processuais do empregado



hipossuficiente é uma maneira de “[...] transmitir a ele um ônus que deveria ser suportado pela parte reclamada - ou ao próprio Estado, considerando o dever do poder público de garantir a efetividade do direito constitucional de acesso à justiça.” (GONÇALVES; FREITAS, 2017, p. 265).

Já a jurisprudência tem se manifestado de maneira distinta. O Tribunal Superior do Trabalho (TST), em recente julgamento, decidiu pela constitucionalidade do pagamento da sucumbência pelo beneficiário da justiça gratuita. O relator do processo, Ministro Alberto Bresciani, defendeu que o acesso à justiça é amplo, mas não incondicionado, então, caso superada a condição de miserabilidade, não há razão para o indivíduo não arcar com a sucumbência (Processo nº 2054-06.2017.5.11.0003) (BRASIL, 2019).

A fim de ilustrar a situação, a juíza do Trabalho Ana Maria Aparecida de Freitas e a advogada Carolina de Freitas e Silva, pensaram a seguinte situação:

[...] 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 créditos obtidos no âmbito de outras ações judiciais, desde que o credor o exija em tempo hábil (FREITAS; SILVA, 2018, p. 162-163).

Conforme elucidado, caso o trabalhador não consiga comprovar a situação em juízo, poderá vir a perder a demanda ou parte dela, gerando a obrigação de arcar com os honorários sucumbenciais, ainda que beneficiário da justiça gratuita. A possibilidade de não conseguir comprovar o direito pode gerar, então, receio por parte do trabalhador em demandar, assim, tem-se uma grande barreira ao acesso à justiça.

Conclusão

No mês de abril de 2018, uma matéria jornalística da revista VEJA, demonstrou impactos imediatos da reforma trabalhista no número de ações na justiça do trabalho. Em comparação com o primeiro trimestre de 2017, o mesmo período de 2018 sofreu uma redução de 45%, conforme dados do TST (Tribunal Superior do Trabalho).

A redução da litigância na Justiça do Trabalho é exatamente um dos maiores

objetivos da Reforma Trabalhista. Ocorre que, tal situação não significa a diminuição de controvérsias, mas sim uma restrição do acesso à justiça, e, por consequência, da aplicação do direito.

A ADI número 5766 vem então, em defesa da amplitude da gratuidade à justiça, do acesso à justiça, dos princípios da isonomia, do não retrocesso social e da progressividade dos direitos humanos, ao demonstrar aspectos inconstitucionais trazidos pela reforma trabalhista mascarados pelo objetivo de “desestimular a litigância descompromissada”.

As alterações na legislação trabalhista acerca da sucumbência, mais precisamente o parágrafo 4º do art. 791- A da CLT ignora completamente a própria condição de insuficiência que justificou a concessão do benefício, além de não levar em consideração a natureza alimentar dos créditos percebidos na justiça do trabalho.

A Reforma Trabalhista, ao limitar a gratuidade da justiça causou um retrocesso no direito dos trabalhadores, já que pensar na possibilidade do hipossuficiente ser condenado à sucumbência significa dizer a ele não buscar a tutela do Estado para efetivar os seus direitos. Rocha e Marzineti (2017, p. 21), lembraram de um costureiro brocado esportista que define a situação “o medo de perder, tira sua vontade de ganhar”.

Portanto, resta dizer que o parágrafo 4º do art. 791- A da CLT merece ter sua inconstitucionalidade declarada em virtude das graves violações a direitos fundamentais e afronta a princípios como da isonomia, acesso à justiça e não retrocesso social. O sistema

jurídico- processual já conta com sanções às demandas que se mostrem infundadas, como a litigância de má-fé, assim, a condenação em honorários sucumbenciais não serve para tal fim, configurando mais um obstáculo ao acesso de demandantes pobres à justiça do trabalho.

Referências

BRASIL. Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 28 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI/ Nr. 5766. Relator: Min. Roberto Barroso. **[Portal] Supremo Tribunal Federal**, Acompanhamento Processual. Pesquisa. Brasília, 18 maio 2018. Disponível em: <https://bre.is/oedt9W6g>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº TST-AIRR-2054-06.2017.5.11.0003. Agravo de Instrumento. Recurso de revista interposto sob a égide das leis nº 13.015/2014, 13.105/2015 e 13.467/2017. Honorários advocatícios sucumbenciais. Ação ajuizada após a vigência da Lei nº13.467/2017. Constitucionalidade do art. 791-a, § 4º, da CLT. **7.Pesquisa de Jurisprudência**. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, DEJT: 31 maio 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.



FREITAS, Ana Maria Aparecida de; SILVA, Carolina de Freitas e. A Reforma Trabalhista como negação do direito ao acesso à Justiça: honorários advocatícios e periciais de sucumbência. 2018. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região**, Recife, PE, n. 44, p. 153-172, 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/162237/2018_freitas_ana_reforma_trabalhista.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 25 set. 2019.

GALDURÓZ FILHO, Marco Aurélio F. A mitigação da Justiça Gratuita introduzida pela lei nº 13.467/17: inconstitucionalidades e inconveniências. **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia**. São Paulo, v. 28, n. 1, p.88-95, jun. 2018. Disponível em: <https://esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/REVISTA28.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

GONÇALVES, Igor Sousa; FREITAS, Camila Diniz de. A Reforma Trabalhista e o Direito Processual do Trabalho: retrocessos e violações ao direito constitucional de acesso à justiça. **Boletim Científico ESPMU**. Brasília, v. 50, n. 1, p.259-277, jul. 2017. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/a-reforma-trabalhista-e-o-direito-processual-do-trabalho-retrocessos-e-violacoes-ao-direito-constitucional-de-acesso-a-justica>. Acesso em: 19 set. 2019.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. Ataques da reforma aos trabalhadores. **Blog Jorge Luiz Souto Maior**. 8 maio 2017. Disponível em <http://jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores>. Acesso em: 18 set. 2019.

MALLET, Estêvão; HIGA, Flávio da Costa. Os Honorários Advocatícios após a Reforma Trabalhista. 2017. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 83, n. 4, p. 69-94, out./dez. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/128091/2017_mallet_estevao_honorarios_advocaticios.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 set. 2019.

MARTINO, Ana Cecilia Sampaio de. Beneficiários de Justiça Gratuita e a Inconstitucionalidade de Honorários Periciais e Advocatícios. **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia**. São Paulo, v. 28, n. 1, p.20-25, jun. 2018. Trimestral. Disponível em: <https://esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/REVISTA28.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

MENDONÇA, Ana Luiza Fischer Teixeira de Souza. Um convite ao litígio responsável: gratuidade de justiça, honorários periciais e honorários advocatícios no processo do trabalho, segundo a lei n. 13.467/2017. 2017. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, n. especial, p. 479-491, nov. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/127189/2017_mendonca_ana_convite_litigio.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 04 out. 2019.

ROCHA, C.; MARZINETTI, M. Os honorários advocatícios sucumbenciais na reforma trabalhista e o direito intertemporal. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, v. 21, n. 2, p. 19-30, 16 nov. 2017. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/178> . Acesso em: 11 out. 2019.

ROCHA, Fábio Ribeiro da. Lei 13.467/2017 e os

aspectos controvertidos do benefício constitucional da gratuidade judicial. 2018. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 64, n. 97, p. 185-199, jan./jun. 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/145512/2018_rocha_fabio_lei13467.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 out. 2019.

TRINDADE, Rodrigo. Reforma Trabalhista: riscos e inseguranças de aplicação. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, edição especial, p. 471-478, nov. 2017. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/127096/2017_trindade_rodrigo_reforma_inseguranças.pdf?sequence=1&isAllowed=y . Acesso em 30 set. 2019.



EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: UMA PERSPECTIVA À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA

Melissa Restel de Carvalho Silva¹

RESUMO

A Reforma Trabalhista pretendeu aumentar a autonomia da vontade nas relações empregatícias. Contudo, tais relações são marcadamente assimétricas, de modo que não há como se falar em liberdade contratual quando falta a uma das partes equivalência de poder de negociação. Nesses casos, é forçoso reconhecer uma incidência mais enérgica dos direitos fundamentais sobre a autonomia da vontade, a fim de resguardar os valores fundamentais mais caros aos trabalhadores brasileiros. O que se propõe é a aplicação da teoria da eficácia diagonal, com base em

pesquisa metodológica doutrinária e dedutiva da análise de dados, visando à máxima efetividade dos preceitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Eficácia Diagonal. Relações de emprego. Reforma Trabalhista.

Introdução

O presente estudo volta-se à análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego, notadamente à luz da teoria moderada da eficácia diagonal, cujo pressuposto basilar é a assimetria de poder entre as partes envolvidas nessa modalidade específica de relação privada.

1- Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus. Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região. Assistente de Juiz. Endereço eletrônico: melissa.silva@trt10.jus.br.

Para tanto, parte-se de uma breve contextualização histórico-evolutiva, traçando-se, sinteticamente, a trajetória que o instituto percorreu ao longo dos anos, e suas facetas no contexto tanto do Estado Liberal quanto do Estado Social de Direito, até se chegar ao Estado Democrático de Direito – sobre o qual se funda a ordem constitucional vigente.

O segundo capítulo volta-se, especificamente, à definição e à análise do modo e do grau de incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego, delineando os fundamentos básicos das três teorias mais destacadas a esse respeito, culminando na exposição sobre qual delas melhor se amolda às relações empregatícias.

Por fim, realiza-se uma análise crítica à luz da Reforma Trabalhista, fazendo-se uma ponderação entre a ideologia que esta pretendeu incorporar ao Texto Celetista e os valores axiológicos fundantes da nossa ordem constitucional, sobre os quais se assentam os direitos fundamentais.

Trata-se de tema pungente, que tem suscitado acalorados debates desde que a Reforma foi pautada, e que possui destacada relevância prática na solução dos conflitos que são submetidos, diariamente, ao crivo do Poder Judiciário Trabalhista nacional.

E outra não é a pretensão deste projeto, senão apresentar, com base em uma metodologia preponderantemente bibliográfica e documental, lastreada nos métodos qualitativo e dedutivo da análise de dados, caminho prático e harmonioso para a solução das controvérsias trabalhistas, com vistas à máxima efetividade dos preceitos fundamentais.

Contextualização histórico-evolutiva da eficácia dos direitos fundamentais

Direitos fundamentais são, por essência, aqueles indispensáveis à consecução da dignidade da pessoa humana e que, positivados na ordem jurídica interna, visam a assegurar, a todos os indivíduos, plenas condições de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça.

Em que pesem os ditames das teorias contratualistas e jusnaturalistas, é certo que esses direitos ganharam destacada relevância na fase de edificação do Estado Liberal de Direito, quando, então, se posicionaram em franca oposição aos poderes ilimitados dos monarcas, assumindo, portanto, em um primeiro momento, uma feição negativa, com vistas ao absentismo estatal.

Trata-se dos direitos de primeira dimensão, de nítido caráter subjetivo e liberal – marcadamente civis e políticos.

Muitos doutrinadores, juristas e aplicadores do direito detiveram-se, inicialmente, atrelados a essa “personalidade” dos direitos fundamentais, posicionando-se, assim, segundo o entendimento que eles somente seriam aplicados face ao Estado e exigíveis apenas no contexto de sua relação verticalizada com os indivíduos.

Contudo, é certo que veio a ganhar destaque sua aplicação também no âmbito das relações privadas, vez que, conforme apregoa Martínez (MARTÍNEZ, 2004. p. 339 apud AMARAL, 2007, p. 58), “o Poder

político não é o único capaz de causar danos às pessoas nos âmbitos protegidos pelos direitos. Existem poderes sociais, e inclusive outros indivíduos capazes de produzir malefícios e danos dos quais devemos proteger os direitos fundamentais”.

Ou, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva:

[...] essa visão limitada provou-se rapidamente insuficiente, pois se percebeu que, sobretudo em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico (2008, p. 18).

Fábio Rodrigues Gomes aponta, a esse respeito, que:

Foram necessárias várias décadas e duas guerras mundiais para que esta postura asséptica e cientificista – vigente sob o pano de fundo da dicotomia absoluta entre o público e o privado (Estado versus sociedade) – fosse finalmente rompida, estendendo-se o manto dos direitos fundamentais, extraído do núcleo material da Constituição, sobre o conjunto do tecido social (2005, p. 51).

De fato, já dizia Lacordaire que “Nas relações entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, a liberdade escraviza e a lei liberta” (WIKIQUOTE, 2017), sendo exatamente essa perspectiva que permeou o Estado Liberal, revelando insatisfatória a mera postura absentista estatal a fim de regular as relações sociais.

Os direitos fundamentais transmudaram-se, então, para um perfil mais prestacional, impondo, assim, ao Estado, o dever de não apenas abster-se de violá-los, mas também de garantir-lhes proteção. Essa mudança do Estado Liberal para o Estado Social de Direito operou grande impacto no âmbito das relações coletivas, ganhando destaque a proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Assim, em que pese destinados a pautar, em princípio, limites à relação verticalizada entre Estado e indivíduo, os direitos fundamentais passaram a irradiar também a sua eficácia ao âmbito das relações privadas.

Surge, então, a ideia de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, dando novo enfoque ao direito positivado, com vistas a uma releitura dos textos normativos à luz da Constituição Federal.

Consoante escólio de Fábio Rodrigues Gomes:

Esta – a “constituição cidadã” – foi colocada no centro de gravidade do sistema, fazendo com que suas normas adquirissem, a par da concessão de posições jurídicas subjetivas, uma **dimensão objetiva** que, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento, abriu espaço para o desenvolvimento de novas intelecções, tais como o movimento pós-positivista, a “constitucionalização” do direito privado e a inserção, na dogmática nacional, da discussão acerca da chamada **eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**, trazendo de volta para o seio do direito de matriz romano-

germânica a noção de **racionalidade prática** e da **lógica do razoável**, em substituição aos dogmas da subsunção automática estruturada sobre uma lógica estritamente formal (2005, p. 49, grifo do autor).

Relevante registro histórico a esse respeito é o caso Lüth, na jurisprudência constitucional alemã, em 1958, em que o Tribunal Constitucional Alemão garantiu a Erich Lüth o exercício da liberdade de expressão face a um filme supostamente anti-semita do produtor Veit Harlan.

Na ocasião, a Corte manifestou-se nos seguintes termos:

Sem dúvida que os direitos fundamentais se destinam em primeiro lugar a proteger a esfera de liberdade dos indivíduos perante intervenções do poder público, são direitos de defesa do cidadão face ao Estado [...].

Não obstante isto, é igualmente certo que a Constituição, que não é um ordenamento desprovido de valores, também instituiu, no título referente aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores. [...] Esse sistema de valores, que tem o seu cerne no livre desenvolvimento da personalidade humana [...], deve reger, como decisão constitucional básica, em todos os âmbitos do Direito; dele recebem diretrizes e impulso a legislação, a administração e a jurisdição.

Dessa forma, ele influi, evidentemente, também sobre todo o Direito Civil; nenhuma disposição jurídico-civil deve estar em contradição com tal sistema e todas elas deverão ser interpretadas

em conformidade com o seu espírito (ABRANTES, 2005. p. 76/77 apud AMARAL, 2007, p. 59).

Cabe destacar, porém, que mesmo antes da sentença Lüth, o Tribunal Supremo Federal e a Magistratura Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*) já haviam começado a tratar da questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares (GRAU, 2004, p. 139/141 apud AMARAL, 2007, p. 59), operacionalizando, na prática, o que a doutrina convencionou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung der Grundrecht*).

Nas lições de Barroso:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como **filtragem constitucional**, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados (2015, p. 402, grifo do autor).

Portanto, inarredável a conclusão de que os direitos fundamentais também se aplicam às relações privadas, vez que irradiam a sua eficácia normativa a partir do próprio texto constitucional. Cumpre perquirir, então, de que modo e em que grau isso ocorre, especialmente no âmbito das relações de emprego.

A eficácia diagonal dos direitos fundamentais nas relações de emprego

É cediço que as relações de emprego são marcadamente desiguais, em razão das clássicas prerrogativas inerentes ao poder empregatício conferido ao empregador, na forma do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

No escólio de Mauricio Godinho Delgado, poder empregatício é “o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego” (2018, p. 786).

Tais prerrogativas desdobram-se nos famigerados poderes diretivo, disciplinar, regulamentar e fiscalizatório, impondo ao empregado um, ainda que não absoluto, dever de sujeição.

Nesse cenário, é ainda mais pungente o reconhecimento da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, já que, conforme bem assinala Barroso, “a necessidade de aplicação horizontal dos direitos fundamentais é diretamente proporcional à desigualdade das partes envolvidas no conflito”, de modo que “Quanto maior a disparidade entre os sujeitos, maior deve ser a intervenção estatal em favor da parte considerada hipossuficiente” (BARROSO, 2005, apud SILVEIRA, 2011, p. 108).

Em outros termos, “quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada”, sendo que, “Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber

um proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito” (SARMENTO, 2010, p. 261).

Sarmento adverte, inclusive, para o fato de que “a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis” (2010, p. 262).

É assim, enfim, porque se entende que quando o ordenamento jurídico deixa livres o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro. O hipossuficiente, no mais das vezes, vai acabar curvando-se diante do arbítrio do mais poderoso, ainda que, do ponto de vista puramente formal, seu comportamento possa parecer decorrente da autonomia privada. (SARMENTO, 2010, p. 262)

Não à toa que o Direito do Trabalho é permeado, em grande medida, por preceitos de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes.

A propósito, bem salienta Arion Sayão Romita que, “No Estado Democrático de Direito, a ordem pública é consubstancial e



coexistente com os direitos fundamentais, pois é ela que delimita o exercício dos direitos” e estes, por sua vez, “contribuem para lastrear a ordem pública” (2012, p. 187).

Foi justamente a partir do reconhecimento dessa assimetria de poder peculiar ao âmbito trabalhista que se desenvolveu a doutrina da eficácia diagonal dos direitos fundamentais.

Nas lições de Sergio Gamonal Contreras:

[...] para o Direito do Trabalho, a aplicação direta dos direitos fundamentais é uma conclusão lógica, decorrente do grande poder que o empregador tem sobre o trabalhador. Não apenas poderes econômicos, mas também jurídicos, que nos permitem sustentar que há mais de uma eficácia horizontal entre iguais, melhor dita, uma **eficácia diagonal** (2011, p. 28, grifo do autor).

A expressão não é inédita. Foi sugerida pela professora Pamela Prado em sua dissertação de mestrado intitulada “*Reparación del daño moral ocasionado por el empleador al trabajador, durante la vigencia del contrato del trabajo*”, ao citar uma sentença espanhola do Tribunal Superior de Justiça da Comunidade Valenciana que, já em 2001, fez referência à eficácia diagonal dos direitos fundamentais entre empregador e trabalhador.

A sua essência consiste em reconhecer que “o empregador tem potestades e poderes diretivos e sancionatórios muito importantes que, em certa medida, o assemelham ao Estado” (CONTRERAS, 2011, p. 28).

Ainda nas palavras de Sergio Gamonal Contreras:

[...] esse conteúdo potestativo tão intenso desequilibra a relação empregador/trabalhador, retirando-a de uma eficácia horizontal e a colocando em um plano de **eficácia diagonal** dos direitos fundamentais entre particulares (2011, p. 30).

A análise, por sua vez, do modo de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas perpassa por, pelo menos, três teorias: a) a teoria da eficácia indireta, ou mediata (*mittelbare Drittwirkung*); b) a teoria da eficácia direta, ou imediata (*unmittelbare Drittwirkung*); e c) a teoria da convergência estatista (*Schutzpflicht*).

A primeira, basicamente, nega a possibilidade e aplicação automática dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, sob a justificativa de malferimento da autonomia privada das partes, culminando em indesejável insegurança jurídica.

Tem como mote, portanto, a preservação do valor fundamental da liberdade.

Nos dizeres de Fábio Rodrigues Gomes:

A bem da verdade, por detrás desta concepção doutrinária estava o forte temor de que a aplicação sem peias das normas constitucionais levasse ao extermínio da autonomia da vontade, uma vez que a livre disposição de interesses pelas partes estaria continuamente sob a mira de uma verdadeira “espada de Dâmocles” jusfundamental, cujo manejo

imprevisível incumbiria tão somente ao magistrado. Deste modo, a fim de aplacar a insegurança jurídica decorrente desta perigosa liberdade de movimentos judiciais, os defensores da eficácia mediata afirmavam que a primazia da proteção dos direitos fundamentais estaria nas mãos do Poder Legislativo e que somente este, por razões de conveniência e oportunidade, poderia abrir caminho para a intervenção do Poder Judiciário através das cláusulas gerais (ou dos conceitos jurídicos indeterminados), que permitiriam a utilização dos valores constitucionais no processo de reconstrução (interpretação) de sentido do comando normativo. Assim, a norma de direito privado demarcaria o espaço dentro do qual o juiz poderia se mover, compatibilizando o seu agir com os Princípios da Separação dos Poderes e da Democracia (2005, p. 54).

Conforme se observa, de acordo com esta versão da *Drittwirkung*, os direitos fundamentais apenas poderiam incidir nas relações privadas por um juízo de conveniência e oportunidade do legislador, ao ceder, por meio da disposição de cláusulas gerais, espaço para a atuação integrativa do Poder Judiciário.

As críticas a tal teoria consubstanciavam-se, em geral, no fato de que ela promove a “diminuição da força vinculante dos direitos fundamentais no âmbito jurídico-privado, reconhecendo-lhes apenas uma força operativa mediata por meio da subsunção do princípio neles contido em uma cláusula geral do Direito privado” (CARVALHO, 2017, p. 436).

Com efeito, não se pode conceber “a dupla funcionalidade dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, por um lado, e como valores, por outro” (LOMBARDI, 1970, p. 65-77 apud CARVALHO, 2017, p. 438), sendo, justamente, essa resistência a base fundante da segunda teoria mencionada: a da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais.

Essa segunda versão da *Drittwirkung* apregoa que “a Constituição pretendeu configurar os direitos fundamentais como princípios jurídicos universalmente oponíveis a todos” (SILVA, 1987, p. 265 apud CARVALHO, 2017, p. 418), de forma que “os direitos fundamentais conteriam ao lado de seu significado como direitos de defesa, a função de preceitos ordenadores para a totalidade do ordenamento jurídico” (UBILLOS, 1997, p. 327 apud CARVALHO, 2017, p. 418).

Sua gênese está intrinsecamente relacionada com o contexto das relações laborais. No escólio de Júlio Ricardo de Paula Amaral:

[...] surgiu na década de 1950, na Alemanha, por meio dos estudos de *Hans Carl Nipperdey*, quando publicou ensaio sobre a igualdade salarial da mulher – *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*. A teoria formulada pelo ilustre autor alemão tinha como pressuposto a verificação no sentido de que, no âmbito das denominadas sociedades organizadas, há diversos grupos ou sujeitos dotados de grande influência na esfera social e econômica, com plena aptidão para vulnerar os direitos fundamentais de outros cidadãos, no âmbito de suas relações jurídicas (2007, p. 69).

Isso não significa dizer, contudo, que eles devam ser aplicados sem qualquer baliza, mas sim que incidirão, sem maiores embaraços, em prol dos direitos intimamente relacionados à dignidade da pessoa humana e à consecução de seus direitos de personalidade.

Nas lições de Canaris (2005, p. 211 apud CARVALHO 2017, p. 418):

A teoria da eficácia direta propugna que os direitos fundamentais não necessitam, em geral, de transformações para serem aplicados no âmbito das relações privadas, assumindo, portanto, a função de direitos de defesa oponíveis a outros particulares, de modo que os indivíduos podem invocar os seus direitos subjetivos fundamentais também perante outros sujeitos privados, em termos semelhantes àqueles que os opunham ao Estado.

A terceira versão, por sua vez, no escólio de Canaris (2003, p. 238 apud GOMES, 2005, p. 55):

[...] alarga a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais para além do mero preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, obrigando o Estado ou o ordenamento jurídico a 'proteger um cidadão contra o outro também nas relações entre si', sob pena de ser co-responsabilizado na medida em que não tenha cumprido seu dever específico de tutela, formulado negativamente como princípio da proibição de déficit (*Untermassverbot*).

Os direitos fundamentais seriam, sob essa ótica, mandamentos de tutela ou deveres

de proteção oponíveis ao Estado, o qual assume integral responsabilidade pelo seu descumprimento, seja no âmbito das relações públicas, seja no âmbito das relações privadas.

Sob o contexto jurídico das relações de emprego, a teoria que melhor corresponde à tutela dos valores fundamentais dos trabalhadores é, sem dúvida, a da eficácia direta e imediata.

Isso porque a sua aplicação implica no reconhecimento da própria eficácia normativa das normas constitucionais, da supremacia da ordem constitucional e da força vinculante de seus preceitos fundamentais, nos exatos moldes preconizados pela doutrina constitucional pós-positivista.

Cumprido, a propósito, trazer à baila, a esse respeito, interessante análise crítica traçada pelo Exmo. Ministro da Suprema Corte Constitucional Brasileira, Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

A falta de efetividade das sucessivas Constituições Brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata.

[...]

A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história.

[...]

As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as

situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 328/329, grifo do autor).

Integrar direta e imediatamente as normas fundamentais significa atuar conforme essa nova hermenêutica constitucional, edificada sob o fundamento da dignidade da pessoa humana. Significa colmatar lacunas em prol da máxima efetividade dos preceitos constitucionais, densificando-os em favor da tutela dos valores em si contidos.

Trata-se, afinal, de “transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade” (BARROSO; BARCELLOS 2003, p. 337).

Ademais, não se pode olvidar, nas eloquentes palavras de Osvaldo Ferreira de Carvalho, que, no horizonte do constitucionalismo atual, os direitos fundamentais:

[...] não são meros sentimentos comoventes, mas são autênticos direitos positivados, seja no âmbito constitucional ou internacional, produzindo, como consequência, vantagens para os seus titulares e obrigações para os seus destinatários. Além disso, não se trata de

uma força jurídica qualquer, mas de uma normatividade potencializada, uma vez que os direitos fundamentais encontram-se no ponto mais alto do ordenamento jurídico (2017, p. 19).

Propõe-se, portanto, por meio da eficácia diagonal dos direitos fundamentais nas relações de emprego, nas palavras de Sergio Gamonal Conteras,

uma aplicação matizada da eficácia imediata naqueles casos em que não existe igualdade entre as partes, mas uma desigualdade fática e, portanto, mal se pode falar em uma liberdade dos contratantes que possa ser afetada pela eficácia imediata. Se trata, afinal, de uma aplicação direta diferenciada que protege a autonomia privada quando essa ocorre de fato (2011, p. 27).

“Integrar direta e imediatamente as normas fundamentais significa atuar conforme essa nova hermenêutica constitucional, edificada sob o fundamento da dignidade da pessoa humana.”

Tal aplicação se dará, evidentemente, por meio de critérios de ponderação, balizados pelo Poder Judiciário em cada caso concreto, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com vistas, enfim, à redução da “natural distância que existe entre a generalidade dos textos normativos e a singularidade do caso concreto” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 188).

Breves apontamentos à luz da Reforma Trabalhista

A Reforma Trabalhista, implementada pela Lei 13.467/2017, pretendeu introduzir

mudanças radicalmente liberais no âmbito juslaboral. Pautada sem maiores diálogos, e com tramitação em tempo recorde, incorporou diversos dispositivos ao Texto Consolidado, privilegiando notavelmente a autonomia da vontade das partes no contexto das relações de emprego.

Conquanto não se pretenda, aqui, fazer uma crítica direta a seus dispositivos, é certo que há uma clara assimetria entre as disposições constitucionais e as modificações trazidas pela novel legislação.

Na visão de Gabriela Neves Delgado e Mauricio Godinho Delgado:

Naverdade, os princípios constitucionais da centralidade da pessoa humana na vida real e no Direito, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, do bem-estar individual e social, da igualdade em sentido material e da subordinação da propriedade privada à sua função socioambiental são repetidamente negligenciados ou diretamente afrontados por diversas regras jurídicas expostas na nova lei (2017, p. 41).

Não por outro motivo que qualquer interpretação de suas normas deve pautar-se conforme os parâmetros da nova hermenêutica constitucional: aquela que propala a concretização dos preceitos constitucionais por meio do reconhecimento da força normativa dos princípios, privilegiando a criatividade no intérprete na consagração dos valores supremos da República e do Estado Democrático de Direito.

A superação de tais incongruências dar-se-á, notadamente, por meio do reconhecimento da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, os quais incidirão direta e imediatamente no âmbito das relações de emprego, vez que nelas se encontra presente uma disparidade de forças que aproxima o empregador da figura de ente estatal violador de direitos fundamentais.

Estes, a propósito, “podem ser mais implacáveis do que o próprio Estado na violação dos direitos fundamentais” (CARVALHO, 2017, p. 398).

Em que pese o legislador reformista pretenda fazer crer o contrário, ao exaltar a autonomia da vontade e a liberdade dos contratantes, é certo, nas palavras de Fábio Rodrigues Gomes, que:

[...] nesta espécie de relação jurídica privada [...] **jamais haverá uma plena isonomia entre as partes**, ainda que o prestador de serviço seja altamente qualificado, porquanto sempre estará submetido às diretrizes de organização e às normas disciplinares estabelecidas pelo empregador. Em suma: sempre estará juridicamente subordinado. Eis aí o primeiro diferencial (2005, p. 57).

Caberá, assim, ao Judiciário, pautar a constitucionalidade e a convencionalidade das normas da novel legislação, a fim de coaduná-las com os vetores humanísticos e sociais consagrados em nossa ordem constitucional, especialmente o princípio da progressividade e da vedação ao retrocesso (art. 7º, *caput*,

da Constituição), aos quais, por óbvio, também deve se sujeitar a instância política.

Vale lembrar, nas eloquentes palavras de Osvaldo Ferreira de Carvalho, que:

Os direitos fundamentais são uma conquista histórica do homem sobre o próprio homem. Do homem explorado e oprimido pelo poder político arbitrário. Do homem excluído e espoliado pelo abuso do poder econômico. De toda e qualquer pessoa que se encontre ou que se apresente diante de situações de risco à manifestação plena de sua condição humana (2017, p. 17).

Toda essa conquista social, paulatinamente edificadasobre pilares éticos às custas de muita luta, suor e sangue da classe trabalhadora não pode ser simplesmente derogada pela súbita atuação do legislador ordinário que, a pretexto de exaltar a liberdade contratual e a autonomia privada, pretende, em essência, endossar injunções arbitrárias por parte dos empregadores nas relações laborais.

Nas palavras de José João Nunes Abrantes:

[...] a autonomia privada e a liberdade negocial só fazem sentido se forem exercidas de forma livre e esclarecida, isto é, pressupõem, para serem reais, a possibilidade de uma verdadeira autodeterminação daqueles sujeitos, o que só pode ser garantido pela atuação dos direitos fundamentais (1990, p. 97).

Daí porque se justifica uma incidência ainda mais enérgica dos direitos fundamentais

nas relações empregatícias travadas após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista.

Conclusão

Desde sua gênese, os direitos fundamentais pretenderam emplacar limitações à autoridade de poder, antes manifestada especialmente pelo Estado e, posteriormente, reconhecida também nas relações privadas.

Nas relações empregatícias essa autoridade se manifesta com muito mais vigor, pois assentada no próprio poder diretivo conferido ao empregador com vistas à organização da atividade empresarial.

Não por outro motivo que os direitos fundamentais também devem incidir, nesse caso, de maneira mais enérgica, a fim de impor limites à liberdade contratual, resguardando, do campo de livre disposição privada, aqueles direitos mais caros ao trabalhador brasileiro.

O caminho que se revelou mais certo e seguro é a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais a essas relações, com alicerce na teoria moderada da eficácia diagonal, pautada em critérios de ponderação e razoabilidade, sem, no entanto, as amarras vinculadas ao Poder Legislativo.

Portanto, não só pode, como deve, o Poder Judiciário Trabalhista nacional atuar diretamente na concretização desses direitos, densificando os valores fundamentais a fim de realizar efetiva transformação social.

Não se trata apenas de uma questão de Justiça, mas de Humanidade.

Referências

ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: AAFDL, 1990.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada**. Curitiba: Juruá, 2017.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. **Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais**. Trad. Jorge Alberto Araujo. São Paulo: LTr, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**: Brasília, v. 71, n. 3, set./dez. 2005.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito, os direitos fundamentais nas relações entre os particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Bruno Furtado. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Laborais. **Direito Público**, Brasília, v. 7, n. 31, jan. 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1675>. Acesso em: 17 mar. 2019.

Henri Dominique Lacordaire. In: **WIKIQUOTE**. [S.l.]: 2017. Disponível em: [//pt.wikiquote.org/w/index.php?title=Henri_Dominique_Lacordaire&oldid=162175](https://pt.wikiquote.org/w/index.php?title=Henri_Dominique_Lacordaire&oldid=162175). Acesso em: 17 mar. 2019.

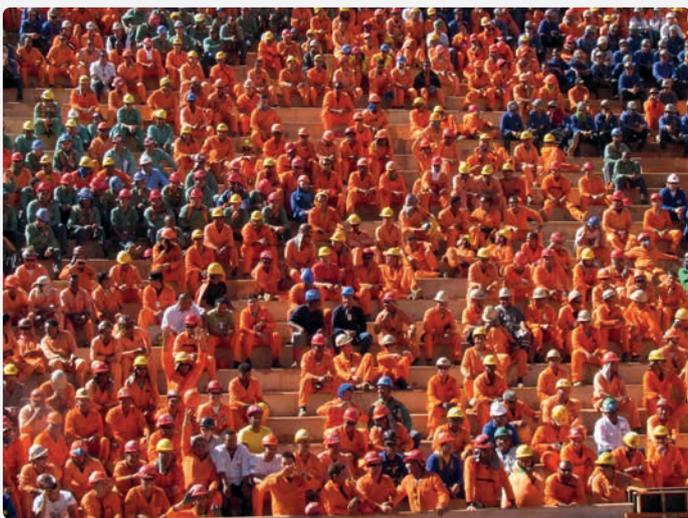


Sessão arte e trabalho



Brasiliense apaixonada por cobogós, pôr do sol, ipês de todos os tons e viagens de todos os tipos, desde muito jovem tenho uma relação estreita com a fotografia. Reconheço como meu primeiro projeto fotográfico, ainda em máquina analógica, um ensaio em PB (preto e branco) que realizei em um antigo asilo de idosos em Luziânia-GO. Eu tinha 16 anos e recordo-me que passei horas me emocionando com cada click tirado ali. Logo após essa rica experiência, comecei a desenvolver alguns trabalhos com fotos para a Academia de Letras e Artes do Planalto, da mesma cidade, e a produzir trabalhos fotográficos/assessoria de imprensa para algumas bandas de amigos, em Brasília. Logo me formei em Comunicação Social – Relações Públicas - IESB, e a relevância da fotografia na minha vida foi se tornando cada vez mais notória, visto que além de eternizar momentos, contar histórias e resgatar emoções, ela proporciona comunicação e, sobretudo, tem o poder de revelar centenas de possibilidades de interpretação. Fotografia é isso, nos ajuda a capturar e a entender o mundo por diversas perspectivas!

Mara Melo @marapmelo



Fotos de Mara Melo.



Foto de Christiane Lima.

“a foto faz parte de uma sequência de fotos da atividade de recuperação de grandes monumentos em Brasília.

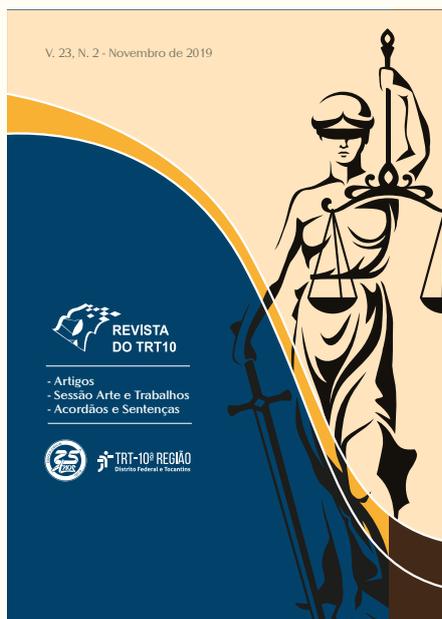
No caso da foto apresentada, há peculiaridades referentes ao horário em que foi tomada, já próximo às 12h, na época de seca em Brasília, o que deve ter sacrificado imensamente os trabalhadores envolvidos.”

Os cliques foram motivados em favor de Levy, que passou por tratamento contra uma doença rara. O objetivo era arrecadar dinheiro para financiar o tratamento no exterior. Nas palavras de Renata Ribeiro:

"O pai da criança [Gustavo Moura] é colega nosso aqui do Tribunal e estava fazendo com a gente um curso de mediação e conciliação. Então, foi bem à época que descobriram a doença. Ficamos bem comovidos com o problema e ai lembramos que estava havendo esse concurso, que a gente poderia ganhar esse dinheiro e ajudar na arrecadação e ai que surgiu essa ideia. Uma amiga minha me emprestou o letreiro "love", um outro amigo trouxe um drone...então a gente fez uma campanha entre amigos que estavam formando em conciliação né? E daí que surgiu a ideia dessa foto".



Fotos de Renata Ribeiro.



RECURSO ORDINÁRIO 0001047-48.2018.5.10.0010

RELATOR: DESEMBARGADOR ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA

RECORRENTE: CLEDSON RODRIGO DE SOUZA LEMOS

ADVOGADO: JOÃO AMÉRICO PINHEIRO MARTINS

RECORRIDO: SUPERMERCADO TOTO EIRELI-ME

ADVOGADO: ALBERTO PEREIRA DE SOUZA

EMENTA

- SOBREJORNADA COMPROVADA EM PARTE: HORAS EXTRAS DEVIDAS, EM MENOR EXTENSÃO EM RELAÇÃO À PRETENSÃO INICIAL, COM REFLEXOS, EXCLUÍDA A DISCUSSÃO

DO PERÍODO DE INTERVALO INTRAJORNADA: DEFERIMENTO PARCIAL.

Considerada a prova oral, cabe reconhecer devidas horas extras em favor do obreiro, assim como os reflexos pertinentes, observada a compensação com horas já pagas a mesmo título e os limites descritos, sem cômputo do período pretendido a título de intervalo intrajornada não gozado integralmente, por assim não demonstrado.

- HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA PELO RECLAMANTE SOBRE PEDIDOS

**DEFERIDOS EM PARTE:
INDEVIDOS: SUCUMBÊNCIA
RECÍPROCA X SUCUMBÊNCIA
PARCIAL: INTELIGÊNCIA DO
ARTIGO 791-A DA CLT C/C A
EXEGESE DECORRENTE DOS
ARTIGOS 789, I E II, E 790-B,
DA CLT.**

A análise pertinente aos honorários advocatícios, no âmbito da Justiça do Trabalho, não me parece, nesse condão, possível de distanciar-se da solução empreendida em relação às custas e aos honorários periciais, quando a CLT, artigos 789, I e II, e 790-B, denota que a apuração apenas se perfaz, no caso das custas “quando houver acordo ou condenação, sobre o respectivo valor” e “quando houver extinção do processo sem resolução do mérito ou julgado, totalmente improcedente o pedido, sobre o valor da causa” enquanto, no caso dos honorários periciais, denota que “A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia(...)”. Portanto, tanto no caso das custas quanto dos honorários periciais, a CLT é inequívoca ao descrever que assume a responsabilidade a parte sucumbente no pedido, ainda que em parte, alvo assim de condenação, porque à parte obreira, pretendente em

condenação da parte contrária, apenas emerge campo à condenação em custas e em honorários periciais quando houver sido totalmente sucumbente no pedido pertinente, ou assim sequer examinado por extinto o processo, no particular, sem resolução do mérito.

A mesma compreensão se conduz ao tema dos honorários advocatícios sucumbenciais, devidos também pela parte obreira a partir da Lei nº 13.467/2017, mas se e desde que tenha o pedido sequer sido analisado, por extinto o processo, no particular, sem resolução do mérito, ou por ser totalmente improcedente o pedido, não respondendo por honorários quando haja reconhecimento parcial da pretensão deduzida, assim obtida condenação da parte contrária em fração menor que a inicialmente pretendida, mas, ainda assim, considerada sucumbente, materialmente, na pretensão em si, embora em extensão menor que a pretensão inicialmente indicada.

Nesse efeito, ainda quando formulada petição inicial com cumulação de ações, são devidos pelo obreiro autor os honorários sucumbenciais, em favor do advogado da parte contrária, em relação a cada pedido que não

tenha sido examinado, por extinto o processo sem resolução do mérito, no particular, ou que, examinados, tenham sido julgados totalmente improcedentes, não cabendo fixação de honorários advocatícios sucumbenciais como devidos pela parte autora quando a pretensão tenha sido reconhecida em parte, porque a razão para a demanda se estabelece ao instante em que tenha obtido condenação do adversário, no objeto do pedido, ainda que em menor extensão que a pretensão inicialmente deduzida, enquanto, para os pedidos não examinados ou não reconhecidos, assim extintos sem resolução do mérito ou julgados improcedentes, emerge a sucumbência do autor e a responsabilidade pelos honorários do advogado da parte ré, como aliás resultaria em caso de ser cada pretensão deduzida em petição inicial distinta.

- HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA DEVIDOS PELA RECLAMADA: PERCENTUAL: MAJORAÇÃO.

O artigo 791-A da CLT estabelece o patamar mínimo de 5% e o máximo de 15% do valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico ou sobre o valor atualizado da causa, em linha próxima ao contido no artigo

85, § 2º, do CPC, podendo haver a majoração, em grau recursal, observados os mesmos limites antes previstos, conforme regra do artigo 85, § 11, do CPC, aspecto que parece também conduzir a fixação em sede de recurso, observada a razoabilidade do percentual de 10% (dez por cento) em grau recursal ordinário, quando a causa tenha sido devolvida ao Tribunal devidamente para alteração da sentença, em relação aos honorários devidos pelo recorrido em relação à parte recorrente, ou ainda como valor acrescido em caso de manutenção do julgado, em relação aos honorários devidos pelo recorrente em relação à parte recorrida, desde que, repita-se, os limites mínimos e máximos não sejam, mesmo com tais considerações em sede recursal, ultrapassados.

No caso, não apenas houve o implemento condenatório emergente a partir da interposição de recurso, como o percentual de 10% (dez por cento) parece expressar aqueles devidos em razão da atuação na instância recursal ordinária, sem se evidenciar situação excepcional a autorizar a fixação no limite máximo legal.

Recurso obreiro conhecido em



parte e provido em parte.

RELATÓRIO

Contra a r. sentença proferida pelo Exma. Sra. Juíza Idália Rosa da Silva, do MM. Juízo da 14ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, que julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais, complementada pela decisão de embargos de declaração, recorreu o Reclamante, beneficiário de gratuidade judiciária.

Contrarrazões ofertadas pela Reclamada.

Parecer ministerial dispensado na forma regimental.

É o relatório

FUNDAMENTAÇÃO

(1) ADMISSIBILIDADE:

O recurso ordinário do Reclamante é tempestivo, mas regular somente em parte.

Não conheço do apelo quanto ao pleito recursal de seja determinado “(...) que as parcelas objeto de condenação sejam corrigidas pelo IPCA-E, como índice de correção monetária, ao invés da TR - ou TRD” (fls. 146/150), por ausência de interesse recursal, ante o que restou decidido na sentença: “Tendo em vista que o IPCA-E é o melhor índice que recompõe

a perda inflacionária, e tendo em vista a tese adotada pelo STF no tema 810 da lista de repercussão geral, revejo o posicionamento anteriormente adotado, para aplicar o IPCA-E na correção do crédito deferido na presente decisão.” (fl. 110): conheço em parte.

As contrarrazões ofertadas se mostram tempestivas e regulares: conheço.

(2) MÉRITO:

a) jornada de trabalho:

O MM. Juízo originário, julgou improcedentes os pedidos de horas extraordinárias e reflexos, nos seguintes termos (fls. 106/107):

“(..)Em exordial, o reclamante alegou ter cumprido jornada de trabalho das 08h00 às 21h00, de segunda a domingo, com 15 minutos de intervalo para refeição. Salientou que laborou em feriados, tendo, em réplica, retificado o erro material quanto aos feriados laborados. Pugnou pelo pagamento das horas extras, intervalo e feriados, bem como reflexos consecutórios.

A seu turno, a reclamada sustentou que o reclamante cumprido jornada de trabalho das 08h00 às 18h00, com 02 horas de intervalo, de segunda a sábado, com uma folga semanal (domingo ou terça-

feira). Pois bem, ao alegar o labor em sobrejornada e sem gozo integral de intervalo intrajornada, o reclamante aduziu fato constitutivo ao direito postulado, atraindo para si o encargo de comprovar tal assertiva, nos termos do artigo 373, inciso I, do CPC/2015.

Todavia, deste encargo não se desincumbiu o reclamante, vez que nenhuma prova oral ou documental produziu no particular. Logo, reconheço que o reclamante cumpria a jornada apontada na contestação (das 08h00 às 18h00, com 02 horas de intervalo, de segunda a sábado, com uma folga semanal, sendo indevido o pagamento de horas extras, domingos e intervalo intrajornada.

Registre-se, por oportuno, não ter restado comprovado nos autos que a reclamada tivesse em seu quadro mais de 10 empregados, pelo que, entendo que a reclamada estava desobrigada de manter os controles de ponto de todos os seus funcionários.(...)”

O Reclamante requereu a reforma do julgado, apontando equívoco na avaliação probatória. Para tanto, argumenta que houve discrepâncias entre a jornada aduzida na defesa, 8h às 18h, com 2h de intervalo, e a admitida pelo preposto,

das 10h00 às 20h30, requerendo o pagamento das horas extras e reflexos (fl. 138):

“(..o início da jornada de trabalho do reclamante como sendo às 8h00 (alegação da defesa) e que esta Eg. Turma fixe o término da jornada de trabalho às 20h30 (depoimento pessoal da reclamada), com 2h de intervalo de segunda a sábado, ante o cotejo da contestação e do depoimento pessoal da reclamada, alegações que favorecem às alegações do reclamante, para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos legais postulados na petição inicial, em relação aos dois contratos de trabalho, com adicional de 50% para as 45ª e 46ª hora semanal, e o adicional de 100% para as horas extras a partir da 47ª hora semanal, conforme pedido inicial, e reflexos legais.”

Subsidiariamente, requer o Autor a reforma da sentença para que seja reconhecida a jornada confessada pelo preposto, que admitiu o cumprimento da jornada de 8h30min de segunda a sábado, requerendo o pagamento das horas extras pertinentes e reflexos conforme requerido na inicial.

O ônus da prova incumbe às partes, na conformidade do artigo 818 consolidado, secundado pela regra distributiva do artigo 373 do NCPC.

Nesse sentido, tem-se que ao Reclamante cabe a demonstração do fato constitutivo do direito postulado, enquanto que ao réu o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito daquele.

Especificamente no que se relaciona às horas extras, dado o caráter extraordinário do trabalho, necessária a produção de prova robusta por quem alega a jornada excedente, considerando que o ordinário se presume e o extraordinário se prova.

Em consequência, postulando horas extras, pertence ao Reclamante o ônus de demonstrar o sobrelabor no caso dos autos, porque fato positivo, e assim constitutivo do direito.

Por outro lado, é dever do empregador que conta com mais de dez empregados, nos exatos termos do parágrafo 2º, do artigo 74 da CLT, realizar a “anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso”.

Não há prova de que a Reclamada possui mais de 10 (dez) empregados, estando desobrigada a manter as folhas de ponto dos seus funcionários.

Com efeito, em sede defensiva, a Reclamada afirmou na defesa que a

jornada cumprida pelo obreiro “(...) **era de segunda à sábado, das 08:00 às 18:00, com duas horas de almoço**, sendo que as folgas eram aos domingos e as vezes também na terça-feira, no entanto, ressalta que a verdade dos fatos serão comprovados por prova testemunhal na audiência de instrução e julgamento. É de se observar que o verdadeiro período de trabalho prestado pelo **RECLAMANTE não perfazia horas extras, no entanto, quando ocorria do OBREIRO prestar alguma hora a mais, sempre era efetuado o pagamento.**”(fls. 84/85 - g.n).

Já em seu depoimento pessoal, o preposto declarou que a jornada de trabalho era “(...) **das 10h00 às 20h30**, com duas horas de intervalo para refeição, de segunda a sábado, com folga semanal aos domingos (...)” (fl. 101 - g.n.).

Cotejando os termos da defesa e o depoimento do preposto, extrai-se que a Reclamada sempre afirmou que o Reclamante cumpriu jornadas de 8 horas diárias com 2 horas de intervalo, tendo, contudo, admitido em seu depoimento pessoal que havia o elastecimento da jornada de trabalho em 30 minutos de segunda a sábado, a despeito de ter informado jornada diversa quando de seu depoimento.

Por outro lado, a extensa jornada lançada na inicial de 8:00 às 21:00, com 15 minutos de intervalo, não restou comprovada, visto que o Reclamante não

produziu prova testemunhal nesse sentido.

No caso em exame, tenho por evidenciada a rotina de sobrejornada de segunda a sábado, tão-somente em 30 minutos, conforme confessado pela Ré.

Assim sendo, observando-se os limites do pedido, dou parcial provimento ao recurso do Reclamante e defiro as horas extras que ultrapassarem a 8ª diária e 44ª semanal, com reflexos pertinentes conforme requerido no recurso obreiro, devendo ser compensadas as horas extras comprovadamente quitadas sob o mesmo título.

Recurso obreiro parcialmente provido.

b) reflexos das horas extras em rsr:

Sustenta o Reclamante que, na hipótese do deferimento das horas extrahabituais, deve haver a incidência dos reflexos das horas extras no repouso semanal remunerado (rsr). Citajurisprudências a subsidiar sua tese. Quanto aos reflexos das horas extras em RSR, tenho que ao efetuar o cálculo da hora extra mediante o salário mensal, já se incluiu nesse valor o RSR, observando-se o mês de 30 (trinta) dias. Assim sendo, não haveria, com a devida vênia, que se cogitar nesses reflexos pleiteados. Contudo tenho reiteradamente ficado vencido nessa percepção, porque a doutra Maioria entende por aplicar a Súmula nº 172/

TST, tanto assim que nesse sentido dispõe o item II do Verbete nº 36/TRT-10.

Para permitir segurança jurídica às partes e evitar oscilações jurisprudenciais, é que me curvo ao posicionamento superior, com ressalvas, para assim aplicar dito entendimento, deferindo, em consequência, a repercussão das horas extras no cálculo do repouso semanal remunerado.

Dou provimento ao recurso, no particular.

c) honorários advocatícios devidos pelo Reclamante:

A sentença condenou o Reclamante ao pagamento de honorários ao patrono da Reclamada em razão da improcedência completa dos pedidos de horas extras, inclusive as decorrentes do intervalo intrajornada dito por não gozado integralmente.

Recorre o Reclamante, argumentando que, tendo restado comprovado que prestava horas extras habituais, não há que se falar em condenação do Autor ao pagamento de honorários sucumbenciais, visto que deferido o pleito de horas extras.

A presente reclamação trabalhista foi ajuizada em 25.10.2018, assim aplicáveis as regras do artigo 791-A da CLT, cabendo assinalar que não há no apelo qualquer discussão acerca da constitucionalidade ou

não, total ou parcial, das suas disposições.

Observo, inicialmente, que o pedido descrito na sentença como antes improcedente emerge, agora, procedente em parte.

A discussão se centra na questão da denominada sucumbência recíproca e da sucumbência parcial, se contidas ou não no mesmo conceito.

O artigo 791-A, § 3º, da CLT, diz que, no caso de procedência parcial, os honorários serão arbitrados considerando a sucumbência recíproca, sem permitir a compensação entre as verbas honorárias, por destinadas aos causídicos e não mais às partes em retribuição aos valores necessários à defesa de suas pretensões ou resistências.

O problema ocorre na situação de cumulação de ações, em que as pretensões que ensejariam as diversas ações se enunciam em mesma petição inicial, assim formalizadas as discussões imateriais decorrentes das vontades do autor em relação às resistências do réu.

A parte sucumbe, afinal, quando nada ganha, ou também quando perde por pouco?

A sucumbência se estabelece, em relação a cada pedido, ou sob a consideração das somas dos pedidos apresentados em Juízo?

A análise pertinente aos honorários advocatícios, no âmbito da Justiça do Trabalho, não me parece, nesse condão, possível de distanciar-se da solução empreendida em relação às custas e aos honorários periciais, quando a CLT, artigos 789, I e II, e 790-B, denota que a apuração apenas se perfaz, no caso das custas “quando houver acordo ou condenação, sobre o respectivo valor” e “quando houver extinção do processo sem resolução do mérito ou julgado totalmente improcedente o pedido, sobre o valor da causa”, enquanto, no caso dos honorários periciais, denota que “A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia (...).”

Portanto, tanto no caso das custas quanto dos honorários periciais, a CLT é inequívoca ao descrever que assume a responsabilidade a parte sucumbente no pedido, ainda que em parte, alvo assim de condenação, porque à parte obreira, pretendente em condenação da parte contrária, apenas emerge campo à condenação em custas e em honorários periciais quando houver sido totalmente sucumbente no pedido pertinente, ou assim sequer examinado por extinto o processo, no particular, sem resolução do mérito.

A mesma compreensão, portanto, parece conduzir-se ao tema dos honorários advocatícios sucumbenciais, devidos também pela parte obreira a partir da Lei nº 13.467/2017, mas se e desde que tenha

o pedido sequer sido analisado, por extinto o processo, no particular, sem resolução do mérito, ou por ser totalmente improcedente o pedido, não respondendo por honorários quando haja reconhecimento parcial da pretensão deduzida, assim obtida condenação da parte contrária em fração menor que a inicialmente pretendida, mas, ainda assim, considerada sucumbente, materialmente, na pretensão em si, embora em extensão menor que a pretensão inicialmente indicada.

Nesse efeito, ainda quando formulada petição inicial com cumulação de ações, são devidos pelo obreiro autor os honorários sucumbenciais, em favor do advogado da parte contrária, em relação a cada pedido que não tenha sido examinado, por extinto o processo sem resolução do mérito, no particular, ou que, examinados, tenham sido julgados totalmente improcedentes, não cabendo fixação de honorários advocatícios sucumbenciais como devidos pela parte autora quando a pretensão tenha sido reconhecida em parte, porque a razão para a demanda se estabelece ao instante em que tenha obtido condenação do adversário, no objeto do pedido, ainda que em menor extensão que a pretensão inicialmente deduzida, enquanto, para os pedidos não examinados ou não reconhecidos, assim extintos sem resolução do mérito ou julgados improcedentes, emerge a sucumbência do autor e a responsabilidade pelos honorários do advogado da parte ré, como aliás resultaria em caso de ser cada

pretensão deduzida em petição inicial distinta.

A compreensão da sucumbência recíproca em contrapartida à sucumbência parcial emerge, cabe notar, na compreensão dos pedidos de indenização por danos morais, cuja mensuração subjetiva pelo Juízo da causa, ainda quando indicados parâmetros de arbitramento, não permitem considerar a fixação de valor inferior ao pretendido como de efetiva sucumbência parcial, porque em verdade nenhum substrato do pedido, nesse efeito, resta entregue à parte contrária demandada, não por menos o resultado da Súmula 326/STJ: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.”

A consideração que importa para a sucumbência parcial ou não do pedido trabalhista é, portanto, ter havido o reconhecimento do dano ou não pelos fatos alegados, na possibilidade de serem, em verdade, várias as pretensões condenatórias sob aspectos distintos, enquanto a valoração da condenação é aspecto decorrente do reconhecimento da ofensa, ainda quando fixada em valor inferior ao pretendido, sem assim resultar sucumbência parcial pela eventual concessão judicial de valor distinto ao postulado.

Portanto, considerando que os pedidos em que há reconhecimento

parcial da pretensão exordial não revela sucumbência da parte autora no objeto, senão desalinho com a extensão total do objeto pretendido, por havida condenação da parte ré, não há campo para a condenação da parte Reclamante por tais objetos deferidos em parte, se assim não se considera a parte sucumbente, mas ao contrário vencedora, embora em menor extensão do que a pretendida.

Obviamente que a redução ou majoração dos valores devidos a título condenatório resultarão, então, em redução ou majoração dos valores devidos a título de honorários sucumbenciais por quem deva responder pela sucumbência no objeto pertinente, ainda que em fração menor que a pedida inicialmente, observadas, cabe sempre repetir, cada pedido como expressão de pretensão distinta e passível de existir em demanda própria, ainda que formulada, por cumulação, em mesma petição inicial.

Numa apologia desportiva, poderíamos vislumbrar, em relação a cada pretensão, a situação em que um time espera ganhar do adversário por três gols de diferença e ao final ganha a partida por 3x1. O time que perdeu a partida não teria sucumbido apenas porque a diferença fora menor que a pretendida pelo time vencedor ou porque teria feito um gol na partida, insuficiente a alterar o resultado do jogo? Noutra senda, ainda sob a mesma apologia desportiva, as demais partidas que se seguissem, envolvendo os mesmos times,

poderiam ter resultados diversos, mas cada jogo deve ser computado isoladamente, porque o quantitativo de vitórias e derrotas não se altera pela soma dos valores de gols marcados ou sofridos, mas por quantos jogos, independentemente de seus placares, hajam sido jogados e ganhos por cada qual dos times em disputa. Transpondo a situação para o campo processual, se o time do Reclamante ganha a partida por 1x0, quando antes pretendia marcar mais gols, ainda assim sucumbente no jogo o time do Reclamado, considerado, cada jogo a pretensão deduzida em pedido certo e específico, ou os reflexos nitidamente coligados, porquanto obviamente pertinentes à mesma pretensão principal deduzida.

No caso, porquanto a sentença tenha sido reformada em parte, passando a ser deferido em parte o pedido de horas extras ao Reclamante, antes julgadas totalmente improcedentes, cabe inverter-se a responsabilidade pelos honorários sucumbenciais em relação ao pedido pertinente, ainda que decorrente de condenação em fração menor que a pedida inicialmente.

Dou provimento ao recurso para afastar os honorários sucumbenciais antes impostos ao Reclamante.

d) honorários advocatícios devidos pela Reclamada: majoração:

O MM. Juízo de origem deferiu ao

Reclamante honorários na percentagem mínima prevista na lei:

“(…) Quanto aos demais pedidos (aviso prévio indenizado, férias e /13, 13º salários, FGTS e 40% e multas do artigo 477 da CLT), houve procedência, ainda que parcial. Portanto, considerando os critérios do art. 791-A, § 2º, da CLT, deferem-se honorários sucumbenciais de 5%, calculado sobre o valor da liquidação dos pedidos deferidos, a ser pago pela reclamada, em benefício do patrono do autor.”

O Reclamante pediu a majoração para o máximo, dizendo que o percentual fixado na origem não reflete a complexidade da demanda.

As particularidades do caso, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação dos serviços, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado fazem adequados 10% de honorários advocatícios.

Observo que o artigo 791-A da CLT estabelece o patamar mínimo de 5% e o máximo de 15% do valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico ou sobre o valor atualizado da causa, em linha próxima ao contido no artigo 85, § 2º, do CPC, podendo haver a majoração, em grau recursal, observados os mesmos limites antes previstos, conforme regra do artigo 85, §11, do CPC, aspecto que

parece também conduzir a fixação em sede de recurso, observada a razoabilidade do percentual de 10% (dez por cento) em grau recursal ordinário, quando a causa tenha sido devolvida ao Tribunal devidamente para alteração da sentença, em relação aos honorários devidos pelo recorrido em relação à parte recorrente, ou ainda como valor acrescido em caso de manutenção do julgado, em relação aos honorários devidos pelo recorrente em relação à parte recorrida, desde que, repita-se, os limites mínimos e máximos não sejam, mesmo com tais considerações em sede recursal, ultrapassados.

No caso, não apenas houve o implemento condenatório emergente a partir da interposição de recurso, como o percentual de 10% (dez por cento) parece expressar aqueles devidos em razão da atuação na instância recursal ordinária, sem se evidenciar situação excepcional a autorizar a fixação no limite máximo legal.

Dou parcial provimento ao pedido recursal para fixar os honorários em 10% do proveito econômico alcançado pelo Reclamante.

(3) CONCLUSÃO:

Concluindo, conheço em parte o recurso ordinário do Reclamante e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, nos termos da fundamentação.

Arbitro à condenação o novo

valor de R\$20.000,00, com custas pela Reclamada, no importe de R\$400,00.

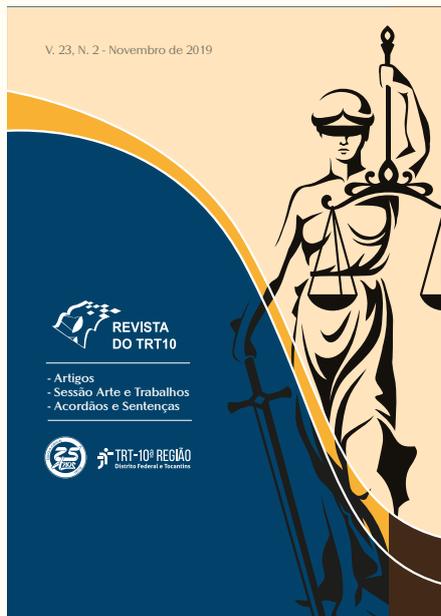
É o voto.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos, ACORDAM os integrantes da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento: aprovar o relatório, conhecer em parte o recurso ordinário do Reclamante e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, arbitrando à condenação o novo valor de R\$20.000,00, com custas pela Reclamada, no importe de R\$ 400,00, nos termos do voto do Relator. Ementa aprovada.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2019 (data do julgamento).

Desembargador
ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA
Relator(a)



PROCESSO n.º 0001261-33.2018.5.10.0012 - RECURSO ORDINÁRIO EM PROCEDIMENTO

RELATOR: Desembargador João Amilcar Silva e Souza

RECORRENTE: BONASA ALIMENTOS S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

ADVOGADO: RUBEM MAURO SILVA RODRIGUES

ADVOGADO: GUSTAVO GONCALVES LOPES

RECORRIDO: WESLEY BORGES TEIXEIRA

ADVOGADO: KAMILLA CHAVES COLOMBELLI

TERCEIRO INTERESSADO: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE ALIMENTAÇÃO DE BRASÍLIA DF

CUSTOS LEGIS: Ministério Público do Trabalho

ORIGEM: 12ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

CLASSE ORIGINÁRIA: Homologação de

Transação Extrajudicial

I - Rito Sumaríssimo

(JUIZ CARLOS ALBERTO OLIVEIRA SENNA)

EMENTA

PROCESSO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Facultada às partes a oportunidade de manifestação sobre irregularidades no patrocínio da causa, pela advogada que firma a petição de homologação extrajudicial de acordo, como representante do empregado, fica afastado o alegado cerceio de defesa.

ACORDO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. ADVOGADO

COMUM. CONFLITO INTERESSES.

Evidenciado que a signatária da petição conjunta de acordo, como representante do empregado, tem contrato de prestação de serviços advocatícios com a empresa e atua nessa condição defendendo os interesses da empregadora inclusive na Justiça do Trabalho, deve persistir a r. sentença que não homologou a transação, extinguindo o processo sem exame de mérito. Recurso conhecido e desprovido.

RELATÓRIO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima descritas.

A MM. 12ª Vara do Trabalho de Brasília/DF não homologou o acordo extrajudicial apresentado pelas partes, julgando extinto o processo sem resolução de mérito, com base nos arts. 485, inciso IV, do CPC e 769 da CLT. Condenou o empregado ao pagamento das custas processuais, dispensadas na forma da lei (fls. 83/85).

Inconformada, a empresa interpõe recurso ordinário. Suscita a nulidade do processo, por cerceamento de defesa, já que não foi facultada às partes a possibilidade de manifestação sobre a irregularidade do acordo, fundada no art. 855,-B, §1º, da CLT. A seguir ventila a ausência de vícios e de irregularidade

de representação, se cogitar de jurisdição voluntária, além da advogada figura apenas como patrona dos empregados, e não da empregadora. Ventilando o atendimento dos requisitos legais, requer o provimento do recurso com a homologação do acordo extrajudicial (fls. 89/99).

Não foram produzidas contrarrazões (fl. 134).

O d. Ministério Público do Trabalho oficiou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 139/141).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO**VOTO**

ADMISSIBILIDADE. Recurso próprio e tempestivo, ostentando dispensa de preparo, além de deter a parte boa representação processual. Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

PROCESSO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA. Busca a empregadora a nulidade do processo, por cerceio do direito de defesa, aduzindo que não foi concedida às partes oportunidade para manifestação sobre a suposta irregularidade de representação do empregado, no acordo extrajudicial que se busca homologar.

O obreiro Wesley Borges Teixeira e a Bonasa Alimentos S/A, empresa em recuperação judicial, apresentaram petição conjunta de acordo extrajudicial, para pagamento das verbas rescisórias. O empregado foi representado, no ato, pela advogada Kamilla Chaves Colombelli (OAB/DF 40.757) - fls. 02/08.

A ata de fl. 57 revela que o juízo originário acolheu o pedido de designação de nova audiência, formulado pela patrona do obreiro. Destacou a necessidade de esclarecimentos, em razão do ingresso do sindicato da categoria profissional na lide, dos fatos por ele levantados, quando então foi determinada a intimação do requerente e requerido, inclusive para ciência da petição e documentos apresentados pelo ente sindical (fls. 60/64).

Em audiência, na qual estava presente o patrono da empresa, o requerente e sua procuradora prestaram esclarecimentos ao juízo (fls. 77/78), que posteriormente prolatou a r. decisão ora impugnada.

Nesse cenário, não há nenhuma mácula de natureza procedimental, pois observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório. Aos litigantes foi dada a oportunidade de influenciar a convicção do magistrado; porém a empregadora preferiu quedar-se silente.

Rejeito a preliminar, gizando a ausência de potencial a fronta ao preceito contido no art. 5º, inciso LV, da CF.

**ACORDO
HOMOLOGAÇÃO.**

**EXTRAJUDICIAL.
ADVOGADO**

COMUM. IRREGULARIDADE. Como já relatado, considerando as informações prestadas pelo sindicato da categoria do obreiro e diante da expressa declaração da patrona, Dra. Kamilla Chaves Vaz, de que possui contrato de prestação de serviços advocatícios com a empregadora, a primeira instância vislumbrou que o acordo não observou o requisito previsto no art. 855-B, §1º, da CLT, razão para a extinção do processo sem exame do mérito.

A empresa recorre, aduzindo que a transação não padece de qualquer vício, porquanto na ação em curso as partes estão representadas por advogados diferentes. Assevera que o acordo foi realizado em estrita obediência às normas legais aplicáveis à espécie, com o intuito de preservar os direitos e interesses dos trabalhadores, para possibilitar o recebimento perante o juízo da recuperação judicial. Rebate o patrocínio infiel, aduzindo que a mencionada procuradora não advogou contra interesses de nenhuma das partes; ao contrário, são eles convergentes.

A despeito dos argumentos ventilados pela recorrente, é incontroverso que a advogada que representa o empregado, no presente processo, tem contrato de prestação de serviços advocatícios com a empregadora, atuando como patrona da última em vários processos em trâmite nesta Justiça do Trabalho.



A declaração prestada pela própria advogada, em juízo, robustece a informação trazida pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Alimentação de Brasília - SITAB, no sentido de que ela fazia o patrocínio da empresa e assina a petição de acordo representando o empregado. Ora, a ata de audiência de fl. 63 não foi impugnada tampouco infirmada. E a procuradora em audiência confirmou que o patrono da empregadora lhe repassou os termos para formalização do acordo, e a referida advogada informou o empregado sobre eles, que de livre e espontânea vontade concordou com a transação (fl. 77).

Evidentemente cabe ao juízo trabalhista verificar a higidez do procedimento de conciliação extrajudicial, para fins de homologação ou não do acordo. Já o exame da conduta dessa profissional, para possível enquadramento como patrocínio infiel, simultâneo, ou eventual delito na esfera criminal, deve ser realizado pelos órgãos competentes.

Ocorre que há indícios materiais suficientes a tornar nebulosa, no mínimo, essa negociação entabulada com o trabalhador, para a solução do conflito de interesses sem a participação do sindicato da categoria profissional, em momento tão crítico para a empregadora.

O fato de as partes ingressarem em juízo com advogados diferentes, no presente processo, em nada esmaece

o seu pano de fundo - a advogada não detém condições legais de, materialmente, atuar como representante do trabalhador - ela foi indicada pela empresa para realizar essa atividade.

Ressalto ainda que o Ministério Público do Trabalho noticiou que a matéria já é objeto de investigação por meio de inquérito civil, a partir dos indícios de lide simulada e duplo patrocínio do causídico representante das partes (fl. 140).

Decerto que o juízo não está obrigado a cancelar o acordo, máxime porque não são raros os casos em que os trabalhadores buscam rescindir decisões homologatórias, por suposto vício de consentimento ou mesmo a ocorrência de fraude. Portanto, o provimento jurisprudencial não se esgota com uma mera análise de requisitos formais, como apregoado pela recorrente. Indispensável que haja efetivamente uma autocomposição, que pressupõe a manifestação volitiva dos litigantes de dar uma solução amigável ao conflito, mas a situação em exame refoge completamente desse parâmetro.

Nego provimento ao recurso.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso ordinário, rejeito a preliminar e no mérito nego-lhe provimento, tudo nos estritos termos da

fundamentação.

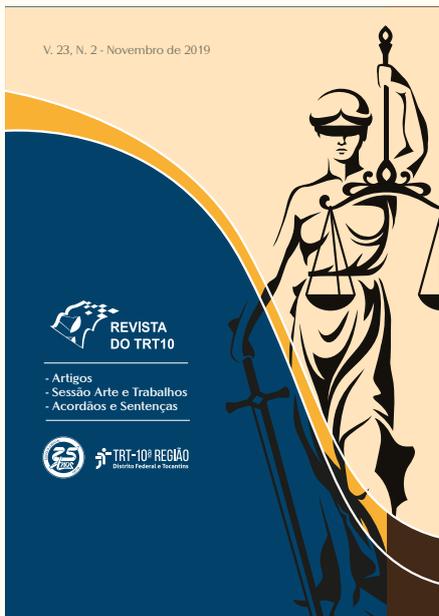
ACÓRDÃO

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores da Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, em Sessão Ordinária, à vista do contido na certidão de julgamento (fl. retro), aprovar o relatório, conhecer do recurso ordinário, rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

João Amilcar Silva e Souza Pavan
Desembargador Relator





PROCESSO n.º 0129700-02.2008.5.10.0016 - AGRAVO DE PETIÇÃO (1004)

RELATOR: João Amilcar Silva e Souza Pavan

AGRAVANTE: ELVIS SIDNEY DA CONCEICAO CARVALHO

ADVOGADO: WELLYNGTON GLAYBER MORAES SILVA

AGRAVADO: CLAUDIA MARIA COUTO

ADVOGADO: ARGEU RAMOS DA SILVA

ORIGEM : 21ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

CLASSE ORIGINÁRIA: Ação Trabalhista - Rito Ordinário
(JUIZ LUIZ HENRIQUE MARQUES DA ROCHA)

POSSIBILIDADE. É lícita a constrição judicial sobre conta de titularidade do sócio devedor, ainda que por meio dela ele perceba salários, a teor da inovação encerrada no art. 833, §2º, do CPC. Compatibilidade da regra com o processo do trabalho (Instrução Normativa nº 39/2016 do TST). Deve ser observada, contudo, a limitação do seu art. 539, § 3º - o qual estabelece limita máximo, a ser modulado de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto. Agravo conhecido e parcialmente provido

EMENTA

PROCESSO DE EXECUÇÃO. PENHORA. DE EXECUÇÃO. SALÁRIOS.

RELATÓRIO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima descritas.

A MM. 16ª Vara do Trabalho de Brasília-DF indeferiu o pedido de liberação dos valores bloqueados, formulado pelo sócio Elvis Sidney da Conceição Carvalho, e de declaração de sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da execução, determinando a expedição do alvará requerido pelo exequente (fls. 556).

Inconformado, o executado interpõe agravo de petição. Reitera a ilegalidade da constrição judicial, aduzindo que recaiu o bloqueio sobre seu salário e depósitos do FGTS, como revelariao extrato analítico de toda a sua movimentação financeira. Sustenta a insubsistência da penhora, verberando que a denegação da ordem perseguida no mandado de segurança, anteriormente impetrado, não obsta que o juízo originário aprecie a questão da impenhorabilidade dos valores. Pede, nesses termos, o provimento do recurso, com a concessão de tutela de urgência (fls. 559/571).

Não foi produzida contraminuta (fl. 572).

Indeferi o pedido de liberação dos valores bloqueados (fl. 578).

Os autos não foram remetidos a d. Procuradoria do Trabalho, na forma regimental.

É o relatório

FUNDAMENTAÇÃO

VOTO

ADMISSIBILIDADE O recurso próprio e tempestivo, ostentando regular preparo, além da parte sucumbente deter boa representação processual. Preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

PROCESSO DE EXECUÇÃO. PENHORA.SALÁRIOS. POSSIBILIDADE.

Após inúmeras tentativas de satisfazer o crédito obreiro, sem lograr êxito, houve a desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, Imperial Construções Administrações e Serviços Ltda., com a inclusão no polo passivo dos sócios (fl. 347), os quais foram citados para a quitação do débito fixado em R\$24.007,47 (vinte e quatro mil e sete reais e quarenta e sete centavos), atualizado até 30/04/2015 (fl. 348). Não ocorrendo o pagamento voluntário, seguiu-se a ordem de penhora mediante o sistema BACENJUD, quando então realizado o bloqueio de R\$ 9.933,77 (nove mil novecentos e trinta e três reais e setenta e sete centavos) da conta de titularidade de Elvis Sidney da Conceição Carvalho, que por meio da petição de fls.364/370, requereu o seu levantamento, por ter recaído a constrição sobre seus salários e valores depositados pela CEF a título de FGTS.

O executado trabalha como executivo de negócios da Empresa Nutricash Serviços Ltda., e utiliza a referida conta bancária para receber seus salários (fl. 422).

A parte impetrou mandado de



segurança para desbloquear os valores, mas o pedido liminar foi indeferido e, ao final, a 2ª Seção Especializada denegou a ordem (fls. 476/480).

Novamente o sócio reitera o requerimento de liberação dos valores, assentado na impenhorabilidade dos salários e do FGTS, dada a sua natureza alimentícia (fls. 508/512). Porém, o juízo originário indeferiu o pleito, uma vez que a questão já fora enfrentada em sede de mandado de segurança (fl.556); daí o presente agravo de petição.

Como ressei cristalino no v. acórdão que julgou o mandado de segurança, que exige prova pré-constituída, os documentos trazidos pelo impetrante não comprovariam que os valores bloqueados consistiriam verba de natureza salarial. E obviamente esse desfecho não é impeditivo ao exame, pelo juízo da execução, da integralidade dos documentos apresentados, para aferir a pertinência ou não da sua versão. Aliás, a norma de regência é explícita em tal sentido - art. 19 da Lei nº 12.016/2009.

Ele próprio argumentou que juntou peças de que não dispunha, ao tempo da impetração do *mandamus* enquanto a medida em curso permite ampla dilação probatória. Logo, superado o óbice erigido pela r. decisão vergastada, tem-se que a questão posta não foi enfrentada à luz das provas coligidas pelo executado, o que ora passo a fazer.

Com efeito, os extratos da mencionada conta bancária do agravante evidenciam créditos apenas sob a rubrica

remuneração/salário (fls. 514/524). Nenhum outro foi realizado, senão para esse fim específico, exceto o montante repassado por meio de transferência eletrônica pela CEF, sob o código 104, no importe de R\$ 11.918,60 no dia 10/04/2017 (fl. 518).

Ao tempo da vigência do CPC de 1973, a matéria estava pacificada nos termos da OJSBDI-2 nº 153, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO.

art. 649, IV, do CPC. ILEGALIDADE

Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.

Ocorre que com a entrada em vigor do atual CPC, o TST editou a Instrução Normativa nº 39/2016, a qual positivou a compatibilidade com o processo do trabalho a regra do seu art. 833, incisos e parágrafos, *ad litteram*:

“Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural,

assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º

§ 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto

quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.”

Se antes havia questionamento acerca da inserção de dívidas trabalhistas no conceito de prestação alimentícia, para o afastamento da impenhorabilidade nos termos da exceção prevista no inciso IV do mencionado artigo, houve sensível avanço legislativo, de sorte a elastecer a sua abrangência. O § 2º do art. 833 do CPC, de modo taxativo, estabelece a possibilidade de penhora de salários, para pagamento de dívida de caráter alimentício, a ele equiparando as de origem trabalhista (§ 3º). Assim, o débito de tal natureza, que é privilegiadíssimo, está inserido nessa exceção, legitimando a penhora levada a efeito pelo primeiro grau.

Nesse sentido, o próprio TST reviu a sua jurisprudência consolidada, paralisando a sua incidência aos atos praticados na vigência do CPC de 1973 (Resolução 220, de 18/09/2017), conforme julgado nos autos do TST-RO-20605-38.2017.5.04.0000, SBDI-II, Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, DEJT 20/10/2018, *ad litteram*:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR PROFERIDO NA VIGÊNCIA DO CPC DE 2015. DETERMINAÇÃO DE PENHORA

SOBREPERCENTUAL DA APOSENTADORIA. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA ADIREITO LÍQUIDO E CERTO DOS IMPETRANTES. ART. 833, § 2º, DO CPC DE 2015. NÃO APLICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 153 DA SBDI-2. 1 - Não se constata ofensa a direito líquido e certo dos impetrantes em decorrência da determinação judicial, proferida na vigência do CPC de 2015, de bloqueio e penhora de percentual sobre proventos de aposentadoria, tendo em vista o disposto no art. 833, § 2º, do CPC de 2015. 2 - Inaplicabilidade da Orientação Jurisprudencial 153 da SBDI-2, porque a diretriz ali definida incide apenas nas hipóteses de penhoras efetuadas quando em vigor o CPC de 1973. Recurso ordinário conhecido e não provido.”

No caso, restou comprovado que os bloqueios dos valores ocorreram em contas bancárias, nas quais o referido agravante recebia salários, conforme documentos juntados aos autos.

Estando o crédito em exame situado na primeira das hipóteses, entendendo ser passível de penhora, segundo a atual jurisprudência do TST, mas apenas em parte. É que o referido art. 833, § 2º, do CPC, em sua parte final, atrai o limite fixado no § 3º de seu art. 529, validando ato desde que respeitado o limite de 50%,

in verbis:

”§ 3º sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos docaput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

Ainda que a lei fixe, como teto, a metade dos salários percebidos pelo devedor, entendo que deve haver análise em cada caso concreto, para também possibilitar a sua subsistência razoável. E analisando os documentos apresentados pelo recorrente, noto que seus ganhos mensais não ultrapassam, normalmente, a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), sendo inadequado, à luz das máximas de experiência, limitar tal importe à metade. Assim, fixo o índice de 30% (trinta por cento) dos salários mensais, para a realização das penhoras futuras.

Quanto à procedida, ela recaiu também sobre saque dos depósitos do FGTS, em importância bem superior. Constituindo ela renda extraordinária, sob o prisma de não integrar o cotidiano do devedor, entendo que deve persistir o percentual legal máximo.

Por conseguinte, dou parcial provimento ao recurso, para manter apenas metade do valor penhorado, e daí em diante seja observado o índice de 30% (trinta por cento).

CONCLUSÃO

Conheço do agravo de petição e no mérito dou-lhe parcial provimento, para limitar o valor das penhoras, tudo nos estritos termos da fundamentação.

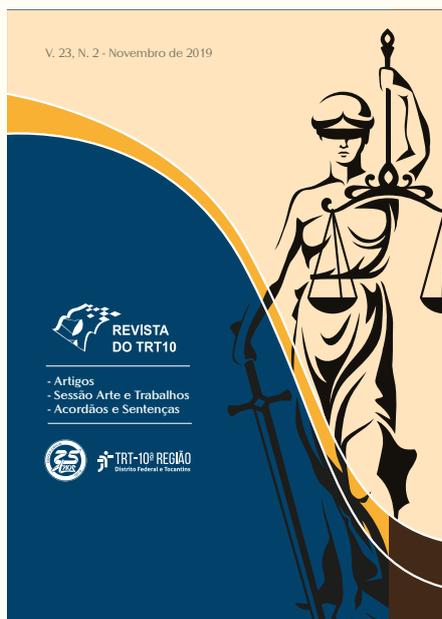
ACÓRDÃO

ACORDAM os desembargadores da Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, em Sessão Ordinária, à vista do contido na certidão de julgamento (fl. reto), aprovar o relatório, conhecer do agravo de petição e no mérito dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Desembargador João Amilcar Silva e Souza
Pavan

Relator(a)





PROCESSO nº 0001778-66.2017.5.10.0111 - RECURSO ORDINÁRIO (1009)

RELATOR: DESEMBARGADOR MÁRIO MACEDO FERNANDES CARON

RECORRENTE: PRESENÇA ESQUADRIAS LTDA - ME

ADVOGADO: PALOMA NEVES DO NASCIMENTO REIS - DF0030762

RECORRIDO: JHONATAN SILVA E SILVA

ADVOGADOS: WALLASON ANDRADE DE SOUSA - DF0056431, WANDER GUALBERTO FONTENELE - DF0040244

ORIGEM: Vara do Trabalho do Gama - DF
CLASSE ORIGINÁRIA: AÇÃO TRABALHISTA - RITO ORDINÁRIO

JUIZ(A): CLAUDINEI DA SILVA CAMPOS

EMENTA

ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO

CONFIGURADA. Conforme as lições de GERALDO DE OLIVEIRA, “ocorre a culpa exclusiva da vítima quando a causa única do acidente do trabalho tiver sido a sua conduta, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador” hipótese não verificada nos autos.

CULPA DO EMPREGADOR.

Resta caracterizada a culpa do empregador no infortúnio ocorrido com o trabalhador, quando constatado que o acidente decorreu de falha no dever de cuidado com a segurança do

trabalho. **“PENSIONAMENTO. ART. 950, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CCB.** “1. Aferida a incapacidade permanente do autor, para o exercício de sua profissão - ainda que parcial -, a parte deve ser indenizada na proporção do dano experimentado. 2. Legítima opção pelo recebimento da pensão devida em única vez, que apesar de não constituir potestade do credor, decorre da irreversibilidade do quadro de saúde (Desembargador João Amilcar). I. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.** A lesão e a perda total permanente da capacidade laborativa caracterizam dano aos direitos de personalidade do trabalhador e ensejam o dever de indenizar. **INDENIZAÇÃO POR DANO ESTÉTICO.** Devida a indenização por dano estético devidamente constatado por meio de prova pericial técnica. **Recurso conhecido e não provido.**

I. RELATÓRIO

O Exmo. Juiz do Trabalho Substituto **CLAUDINEI DA SILVA CAMPOS** por meio da sentença às fls. 296/308 do PDF, julgou parcialmente procedentes os pedidos da reclamação trabalhista ajuizada.

A reclamada apresenta recurso ordinário às fls. 324/345 do PDF, no

qual requer o reconhecimento de que o acidente de trabalho ocorreu por culpa exclusiva do reclamante a consequente improcedência dos pleitos exordiais.

Guias de custas processuais e de depósito recursal às fls. 346/350 do PDF.

Contrarrazões pelo reclamante às fls. 353/358 do PDF.

Pelo despacho à fl. 361 do PDF determinei o envio dos autos ao Ministério Público do Trabalho que, à fls. 366/do PDF, oficiou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os demais pressupostos objetivos e subjetivos, conheço do recurso.

2. MÉRITO

2.1. ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. RESPONSABILIDADE PATRONAL SUBJETIVA

É incontroverso nos autos que o reclamante sofreu acidente de trabalho ao operar maquinário, o que ensejou deformidade em sua mão esquerda caracterizada pela amputação da falange



distal do 1º. quirodáctilo, atrofia e semiflexão dos dedos.

O juiz da instância originária assim decidiu quanto ao tema em epígrafe:

”Ninguém presenciou o Acidente, logo, fica prejudicada a resolução da controvérsia quanto às circunstâncias em que ocorreram o acidente sob o ponto de vista da prova oral, especialmente as alegações de defesa, de que o reclamante levou de maneira proposital à mão à máquina com o intuito de brincar com o equipamento e no tocante da impossibilidade de a máquina sugar. Apesar de negado pela reclamada que o reclamante operasse máquinas, a testemunha DURVAL PEREIRA DOS SANTOS declarou que: “...antes do acidente o depoente já viu o reclamante operar essa máquina. Nenhuma das testemunhas confirmou a tese aduzida na contestação de que o reclamante estava brincando com a máquina no momento do acidente e o fez de modo proposital, com o intuito de brincar com o Equipamento.

Embora não se saiba exatamente como o fato ocorreu e independente do sentido do fluxo do ar que a máquina produz (se para dentro ou para fora), fato é que as máquinas devem ser dotadas de dispositivo de proteção que impeçam o acesso do Operador à máquina e analisando as fotos da

máquina juntado pela reclamada, não existia impedimento ao acesso dos membros superiores do Operador às partes móveis da máquina, consoante item 12.38 da NR-12:

”As zonas de perigo das máquinas e equipamentos devem possuir sistemas de segurança, caracterizados por proteções fixas, proteções móveis e dispositivos de segurança interligados, que garantam proteção à saúde e à integridade física dos trabalhadores”.

São inúmeras as possibilidades de proteção para evitar que acidentes de mesma natureza daquela que vitimou o reclamante ocorram, tais como dispositivos elétricos de proteção, parada de emergência, controle bimanual, cortina de luz, dentre inúmeros outros. Dentre eles, evidencia-se especialmente o enclausuramento da zona de trabalho, que se existisse, evitaria o acidente ocorrido com o reclamante, como esclarece a Monografia “INSTALAÇÕES DE DISPOSITIVOS DE SEGURANÇA PARAMÁQUINAS OPERATRIZES CONFORME A NORMA REGULAMENTADORA Nº 12 COM ÊNFASE EM DISPOSITIVOS ELÉTRICOS”, de lavra do então Pós-Graduando ELMO EBANÊS SCHNEIDER, disponível em <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/x/bitstream/handle/123456789/472/>

Monografia%20aprovada%20NR12.pdf?sequence=1>. Acessado “online” em 20/09/2014, às 04h35 min:

”3.2.3. Enclausuramento da zona de trabalho Essa proteção deve impedir o acesso à zona de trabalho por todos os lados. Possuir frestas que possibilitam somente o ingresso do material e não de membros do operador (mão ou dedos). Suas dimensões e afastamentos devem obedecer a NBR NM13852 e NBR NM 13854. Pode ser constituída de proteções fixas ou móveis dotadas de intertravamento por meio de chaves de segurança, garantindo pronta paralisação da máquina ou equipamento sempre que forem movimentadas, removidas ou abertas conforme NBR NM 272 e 273.

Podem possuir proteções reguláveis que se ajustam à geometria da peça a ser beneficiada, devendo sempre observar as distâncias de segurança da NBR NM 13852”.

Com a evolução tecnológica produtiva atual não se pode admitir a utilização de máquinas que não disponham de dispositivos de segurança necessários para garantir que falhas humanas que eventualmente possam ocorrer não gerem lesões aos trabalhadores. É o princípio denominado de falha segura¹.

No caso, a reclamada não

comprovou que existia dispositivo de proteção próximo ao alcance do operador, tampouco que o reclamante tenha recebido instruções sobre segurança do trabalho, nos termos do art. 157 da CLT.

Não há, portanto, que se falar em culpa exclusiva da vítima, pois a reclamada não dotou a máquina de dispositivos de proteção capaz de evitar o acesso às partes da máquina, nem provou que ofereceu ao reclamante treinamento sobre a utilização segura da máquina.

Se verifica ainda a absoluta ausência de Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA e de Análise Preliminar de Riscos - APR, necessária para balizar e prescrever treinamento para operar a máquina, reforçando a culpa da reclamada pelo Acidente de Trabalho típico que acometeu o reclamante.

O empregador, como detentor dos meios de produção, cabe-lhe cumprir e fazer cumprir as Normas de Segurança, consoante alínea “a” do item 1.7 da NR-01:

”1.7. Cabe ao empregador:

a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho”.

Este preceito regulamentar nada

mais é do que a regulamentação do inciso I do art. 157 da CLT, de mesma redação.

Enfatizo que a Constituição Federal estatuiu em seu art. 7º, inciso XXII, no capítulo referente aos Direitos Sociais, o direito dos trabalhadores à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Assim, não só o direito à reparação de danos decorrentes de acidente de trabalho está protegido, mas, antes e com primazia, está tutelado o direito do trabalhador ao implemento de medidas preventivas que objetive manquirar os riscos do labor, consoante decisão abaixo transcrita:

"ACIDENTE DO TRABALHO - OMISSÃO CULPOSA DA RECLAMADA -INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - CABIMENTO - Resta caracterizada a culpa patronal quando verificada a omissão da empregadora em adotar medidas eficazes de prevenção contra acidentes do trabalho/doenças ocupacionais, de modo a propiciar aos empregados condições adequadas de conforto, segurança e desempenho eficiente de suas atividades. Em face disso, é cabível a responsabilidade da reclamada pela reparação do dano causado à obreira em decorrência de doença ocupacional adquirida no desempenho de sua atividade laborativa". (TRT 3ªR. - RO 01158-1996-002-03-00-4 - 1ª T. - Rel.

Juiz Maurício J. Godinho Delgado - DJMG 22.09.2004 - p. 08).

Além da ausência de Equipamento de Proteção Individual, não foi provada o uso de luva de aço (luva de malha de aço ou kevlar), que se estivesse em uso, minoraria as consequências do acidente, apesar de que talvez não evitasse.

Reconheço a responsabilidade da reclamada no tocante ao infortúnio acometido ao reclamante, na forma dos incisos XXII e XXVIII do art. 7º da CF, 154 e ss. da CLT". (fls. 298/301 do PDF)

A reclamada pretende afastar a condenação ao pagamento de indenização decorrente do acidente de trabalho sofrido pelo reclamante. Argumenta que houve culpa exclusiva deste, uma vez que praticou atos contrários aos regulamentos da empresa, ou seja, não obedeceu aos procedimentos corretos na execução de suas atividades.

Além disso, sustenta a reclamada que no dia do acidente, o reclamante utilizava todos os equipamentos de proteção disponibilizado pela reclamada, como: uniforme, bota de couro, máscara descartável, capacete MSA, luvas, óculos, etc.

Sustenta a reclamada que os depoimentos de suas testemunhas comprovam que a máquina possuía apenas o efeito de expelir vento, assim jamais poderia sugar, uma vez que a característica natural do maquinário está

em empurrar o vento e não em sugar.

Sustenta que a responsabilidade discutida nos autos não é objetiva, mas tão-somente subjetiva, cabendo ao reclamante demonstrar a existência de dolo ou culpa do agente.

Por fim, a reclamada aduz ser do reclamante o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, nos moldes dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC, de modo que deve comprovar o ato ilícito praticado pelas reclamadas, a culpa e/ou dolo destas, o dano sofrido e o nexo de causalidade, conforme estabelecem os artigos 186 e 927 do Código Civil.

Pois bem.

A responsabilidade do empregador por acidente de trabalho tem lugar quando configurados o dano, o nexo de causalidade e a culpa do empregador. No caso concreto, tratando-se de acidente de trabalho típico, ocorrido no horário e no local de trabalho, não há de se questionar a respeito do nexo de causalidade, o qual resta patente e incontroverso.

No tocante à culpa do empregador, de plano, é necessário ter em mente que o direito de o empresário obter lucro mediante a utilização da mão de obra alheia só se viabiliza levando em conta a função social da propriedade, o respeito à dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Sem esse compromisso, o Estado Democrático não permite a atividade capitalista. Essa premissa, por si, já faz causar estranheza a alegação posta na contestação da reclamada, no

sentido de que o acidente de trabalho típico, ocorrido no local e no horário de trabalho em prol da empregadora, tenha decorrido de culpa exclusiva da vítima. A própria alegação destoa da noção de finalidade social da empresa e de responsabilidade social pela saúde do trabalhador e do ambiente de trabalho seguro.

Por outro lado, a culpa exclusiva da vítima tem lugar apenas quando não há nexo causal entre o evento e o desenvolvimento da atividade da empresa ou com a conduta do empregador. Conforme as lições de SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, “ocorre a culpa exclusiva da vítima quando a causa única do acidente do trabalho tiver sido a sua conduta, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral” (Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional, LTr, 2005, pág. 146), o que não ocorreu nestes autos.

Reexaminando os autos, verifico que a prova produzida indica no sentido da configuração da culpa patronal.

A testemunha DURVAL PEREIRA DOS SANTOS declarou que “...antes do”, acidente o depoente já viu o reclamante operar essa máquina anteriormente...” o que infirma a alegação defensiva de que o reclamante não tinha por atribuição, ou não estava entre suas tarefas, a utilização do maquinário na execução do labor. Logo, era da reclamada o ônus de comprovar a tese da contestação, no sentido de que o reclamante estava

brincando com a máquina no momento do acidente, sendo sua a culpa exclusiva pelo infortúnio.

Não havendo essa comprovação, e sendo incontroverso o acidente no horário de trabalho, há presunção de que o reclamante utilizou a máquina em prol da atividade empresarial.

Também competia à reclamada comprovar a adoção de medidas protetivas e preventivas de acidente de trabalho, conforme item 12.38 da NR-12, o qual dispõe que “As zonas de perigo das máquinas e equipamentos devem possuir sistemas de segurança, caracterizados por proteções fixas, proteções móveis e dispositivos de segurança interligados, que garantam proteção à saúde e à integridade física dos trabalhadores”.

Conforme fundamentado na sentença, a prova documental colacionada ao feito não identificou no maquinário o sistema adequado de segurança, além de inexistir demonstração de que o reclamante foi efetivamente capacitado para o seu manuseio seguro.

Ainda, conforme registrado na decisão recorrida, não foi apresentado pela reclamada o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA e de Análise Preliminar de Riscos - APR, documento necessário à verificação quanto ao treinamento para operar a máquina.

Também não restou comprovado o uso dos EPIs indicados pela reclamada, o que também atrai a responsabilidade patronal pelas consequências do acidente

que vitimou o reclamante.

Segundo o disposto no art. 157 da CLT, cabe às empresas “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;”(inciso I) e “instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças” (inciso II). Não tendo assim procedido, a empregadora negligenciou o seu dever legal quanto às normas de medicina e segurança do trabalho, devendo responder pela sua omissão, nos moldes dos artigos 187 e 927 do Código Civil.

Por todo o exposto, entendo demonstrada nos autos a conduta omissiva culposa da reclamada, apta a responsabilizá-la, nos termos dos arts. 7º, XXII, da CF/88 e 157 do CC, pelo acidente de trabalho de que vítima o autor.

Nego, pois, provimento ao recurso.

2.2. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. PARCELA ÚNICA

Em relação ao tema em epígrafe, assim decidiu o juízo de origem:

”Reconhecida a responsabilidade da reclamada resta perquirir acerca do valorda Indenização pelo Acidente ocorrido.

Tal pedido encontra fundamento de validade no art. 950 e respectivo §único do Código Civil.

No Laudo Pericial, a Ilustre Perita

reconheceu o nexo de causalidade entre adoença e o trabalho (Id. 3aecd38 - Pág. 12). Em relação ao grau de incapacidade, afirmou que a presença de deformidade em mão esquerda caracterizada pela amputação da falange distal do 1º Quirodáctilo é responsável pela atrofia e semiflexão dos dedos, tônus da mão esquerda reduzido, a ausência de contraturas musculares e presença de pontos dolorosos à palpação em face dorsal do antebraço esquerdo. Aduz a Perita que em razão do acidente, o reclamante apresenta perda da força de preensão em mão esquerda, encurtamento e limitação de movimentos do polegar esquerdo, perda da sensibilidade em polegar e indicador esquerdos, movimentos de flexão e extensão dos demais dedos apresentam perda acentuada da amplitude bem como desencadeiam dor no periciado e redução da força muscular.

Apontou ao final, que este quadro clínico apresentado pelo reclamante importa em "... incapacidade laborativa total e permanente para suas atividades habituais como ajudante de marceneiro" (Id. 3aecd38 - Pág. 13).

Na resposta ao quesito 2, pela reclamada, a Perita não está qualquer percentual inferior ao afirmado no escopo do Laudo Pericial, no qual afirma que é a incapacidade é total e permanente,

ou seja, 100% da atividade da qual habitualmente exercia.

Devida, portanto, a indenização pelo prejuízo material decorrente da incapacitação permanente e total do autor para o exercício de sua profissão, nos termos do disposto no art. 950 do Código Civil, correspondente à somada base de cálculo (R\$ 724,00), desde a ocorrência do acidente, em 02/12/2014, mês a mês, até a data de 23/08/2061, data em que a reclamante completaria 78 anos, expectativa média de vida, considerando a idade do reclamante, convertido em valor único (§ único do art. 950 do Código Civil), observada a limitação ao montante requerido na Inicial, de 550.956,00 (ressalvado juros e correção monetária), caso o cálculo do montante seja superior.

A conversão em valor único é devida, diante da incapacidade total e permanente do autor constatado no Laudo Pericial e da irreversibilidade do quadro clínico, de modo que o pagamento em valor único não encontra nenhuma irreversibilidade, em razão da redução total e permanente da capacidade laborativa para a atividade habitual constatada no Laudo Pericial.

Esclareço que o pagamento da indenização deve ter por termo final a expectativa de vida provável, na forma artigo 948,II, do Código

Civil, cujo cálculo tem por base a vida provável média do brasileiro. A expectativa de vida calculada pelo IBGE atualmente leva em consideração a idade da pessoa em determinado ano, para, por critérios estatísticos calcular quantos anos ainda lhe resta de vida. A última tabela elaborada disponível leva em consideração a idade da pessoa em 2015. O reclamante nasceu em 23/08/1991 (id. 8b04e65 - Pág. 2). Em 23/08/2015 estava com 24 anos de idade, tendo, segundo a tabela (disponível no sítio http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2015/defaulttab_xls.shtm) 50,4 anos ainda de vida provável, ou seja, expectativa de vida aproximada de 74,4 anos. Contudo, em atenção aos limites da Lide, deve ser observado o limite de 70 anos para estimativa de vida provável.

Não há impedimento legal que o valor da pensão seja fixado inicialmente em salário mínimo, já que o salário mínimo é inferior ao salário percebido pelo autor. O impedimento legal é que seja convertido nesse patamar e seja a ele indexado, já que os índices de correção são distintos na Justiça do Trabalho que aqueles que reajustam o salário mínimo e é proibida a indexação ao salário mínimo para qualquer fim (Súmula 4 do E. STF). O salário mínimo vigente à época do acidente (02/12/2014) era R\$ 724,00/mês (Decreto 8.166/2013).

Defere-se em parte o item “c”. (fls. 301/303 do PDF)

A reclamada pretende afastar a condenação. Argumenta que não praticou nenhum fato que pudesse acarretar o acidente de trabalho do reclamante, ou seja, não participou com culpa, nem tão pouco agiu com omissão para ocasionar o evento doloso, tendo em vista que sempre agiu dentro das normas de medicina e segurança do trabalhador.

Além disso, sustenta a reclamada que a “suposta” incapacidade do reclamante não é absoluta para o trabalho, o reclamante não está definitivamente impedido de trabalhar, o que já torna o valor excessivo” (fl. 334 do PDF).

Dessa forma, alega a reclamada que o deferimento de pagamento de pensão vitalícia ao reclamante causa enriquecimento ilícito a este, uma vez que a ocorrência do dano foi por culpa exclusiva do reclamante, bem como não existe nos autos prova da incapacidade permanente e irreversível.

Caso seja mantida a condenação, pugna a reclamada para que esta não seja deferida em parcela única.

No tópico em apreço prevaleceu a divergência de fundamentação apresentada pelo Exmo. Desembargador João Amílcar, vazada nos seguintes termos:

”No que tange à opção pelo recebimento integral e de uma só vez da indenização por danos materiais, conforme previsão

expressa no parágrafo único do artigo 950 do Código Civil, tenho que a pretensão não merece acolhida, ainda que por fundamentos diversos.

O art. 950, parágrafo único, do CCB, não confere potestade absoluta ao credor, inclusive pela inexistência de direito com tal feição no ordenamento jurídico. A previsão legal pressupõe a imutabilidade, ao menos em tese, da situação que funda a pensão mensal reparadora. Se há, ainda que em perspectiva, a possibilidade de alteração do status quo, com a reabilitação profissional do empregado, não é adequada a conversão do pensionamento em indenização única e imediata. Mas esta não é, obviamente, a hipótese dos autos, elemento a viabilizar a incidência da regra. Por outro lado, o elevado porte econômico-financeiro de uma das demandadas é fato incontroverso, elemento a permitir a aplicação do preceito sem inviabilizar a higidez do empreendimento.

Conforme estabelece o preceito, em casos de redução da capacidade laboral, a pensão deve corresponder à importância do trabalho para o qual se inabilitou ou à depreciação sofrida. No mais, quanto ao tempo de duração da pensão, considerada a expectativa de vida, entendo que parcela é devida até a morte do beneficiário, mas, nos termos do pedido, o seu

limite considerar-se a base a tabela de mortalidade do IBGE. A obreira optou pelo recebimento integral, de uma só vez, do pensionamento, conforme previsão expressa no parágrafo único do artigo 950 do Código Civil.

A previsão legal supõe a imutabilidade, ao menos em tese, da situação que funda a pensão mensal reparadora. Se há a probabilidade de alteração do status quo, com a superação do estado físico do ofendido, entendo não ser adequada a conversão do pensionamento em indenização única e imediata. Mas esta não é a hipótese dos autos, porquanto na situação concreta é clara a irreversibilidade das atuais condições de trabalho do autor, após o acidente de trabalho. Aliás, nesse sentido orienta a iterativa jurisprudência do TST (v. g., RR-18140-32.2006.5.10.0014, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT de 07/02/2014; RR-40100-66.2009.5.02.0465, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 31/03/2015; RR-1463-78.2011.5.09.0013, 5ª Turma, Relator Ministro Emmanoel Pereira, DEJT de 04/03/2016, RR-333300-10.2004.5.09.0018, 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 05/03/2010 e RR-1308006.5.17.0131, Ac. 8ª Turma, Rel. Min. Cristina Peduzzi, DEJT de 15/09/2016). Divergindo apenas dos fundamentos do eminente

Relator, também nego provimento ao recurso no aspecto.”

Nada a prover.

2.3. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Assim decidiu o juízo acerca da indenização por danos morais:

”Conforme exposto no Laudo Pericial, em razão do acidente, o reclamante apresenta perda da força de preensão em mão esquerda, encurtamento e limitação de movimentos do polegar esquerdo, perda da sensibilidade empolegar e indicador esquerdos, movimentos de flexão e extensão dos demais dedos apresentam perda acentuada da amplitude bem como desencadeiam dor no periciado e redução da força muscular. Em razão desse quadro clínico, a Perita concluiu que o reclamante se encontra incapacitado de forma permanente para o trabalho que habitualmente exercia.

Caracterizado este quadro clínico e o nexos causal entre as atividades realizadas e a doença desenvolvida, não há como deixar de reconhecer que o agravo à saúde repercutiu de forma marcante na esfera subjetiva da reclamante.

Reconheço, portanto, o Dano Moral vindicado.

No caso, os bens tutelados e

ofendidos são a saúde e a integridade física de natureza extrapatrimonial (art. 223-C da CLT); a ofensa teve reflexos durante o contrato de trabalho e prosseguirá para o restante de toda vida provável do autor; a reclamada negligenciou com a segurança da autora, ao permitir que trabalhasse em condições inseguras; não houve retratação espontânea, nem qualquer esforço para minimizar a lesão; a reclamada é uma microempresa, contudo, a indenização deve ser fixada com equidade, pois a magnitude de condenação certamente causará impacto as finanças da reclamada, que também gera empregos no DF; não há notícia de publicização da ofensa.

Dadas essas considerações, reputo a ofensa de grau grave e fixo indenização em 10 vezes o salário contratual do reclamante à época do acidente (R\$ 833,53), no importe de R\$ 8.335,30, o qual deverá ser acrescido de juros de mora e correção monetária.

Defere-se em parte o item “d” (fl. 303 do PDF).

A reclamada pretende afastar a condenação. Argumenta que não há nexos causal entre o ato e o dano sofrido pelo reclamante, uma vez que este somente sofreu acidente na reclamada por sua culpa exclusiva visto que não obedeceu aos procedimentos corretos na execução de suas atividades.

Caso seja mantida a condenação, pugna a reclamada para que seja fixado um valor razoável para a condenação, visto que tais fatos não prejudicaram o ânimo psíquico e a vida social do reclamante a ensejar uma reparação na vultuosa quantia por ele desejado.

A indenização por danos morais no Direito do Trabalho tem arrimo no art. 5º, X, da CF e arts. 186 c/c 927, ambos do Código Civil, e como tal deve decorrer de ato comissivo ou omissivo praticado com culpa ou dolo do empregador.

RODOLFO PAMPLONA FILHO, para além dos reflexos materiais do dano moral ou de conceitos relacionados com dor, sofrimento, angústia e outros sentimentos, leciona que a lesão está ligada à violação dos direitos da personalidade objetivamente considerados, *verbis*:

“...o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.” (O Dano Moral na Relação de Emprego, São Paulo: LTr, 3ª edição, p.52).

No caso dos autos, conforme já examinado em tópico anterior, ficou demonstrado que o autor, em decorrência do acidente de trabalho, experimentou várias sequelas físicas, o que redundou, ainda, em incapacidade laborativa total e permanente. A Sra. Perita, ainda, confirmou que o reclamante

apresenta perda da força de preensão em mão esquerda, encurtamento e limitação de movimentos do polegar esquerdo, perda da sensibilidade em polegar e indicador esquerdos, movimentos de flexão e extensão dos demais dedos apresentam perda acentuada da amplitude bem como desencadeiam dor no pericárdio e redução da força muscular.

A gravidade das lesões é incontestável, valendo ressaltar que a incapacidade ordem total e permanente certamente dificulta a recolocação do trabalhador no mercado de trabalho. Todas essas circunstâncias são agravantes.

A culpa da empregadora, como já afirmado, também ficou caracterizada quando se constatou que o acidente decorreu de falha no dever de cuidado com a segurança do trabalho e de fiscalização.

A lesão, a perda total e permanente da capacidade laborativa, bem como o *quantum doloris*, caracterizam dano aos direitos de personalidade do trabalhador e ensejam o dever de indenizar.

Quanto ao valor fixado na sentença, no importe de R\$ 8.335,30, não há motivação válida no recurso para a sua redução. Registro que a limitação da indenização prevista no § 1º do artigo 223-G da CLT não se aplica ao caso dos autos, porquanto os fatos que ensejaram a condenação deram-se em momento bastante anterior à vigência da norma no mundo jurídico.

Assim definido, nego provimento ao recurso.

2.4. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOESTÉTICO

O juízo de 1º grau deferiu ao reclamante a indenização por danos estéticos sob o seguinte fundamento:

”Conforme verificado no Laudo Pericial, foi evidenciada a presença de deformidade em mão esquerda caracterizada pela amputação da falange distal do 1º. quirodáctilo, atrofia e semiflexão dos dedos, consoante informações contidas no Id. 3aec38 - Pág. 11.

Despiciendo tecer maiores considerações sobre a perda de auto-estima e a própria alegria de viver afetada em razão da mutilação, sem falar da deformidade permanente, mormente no quadro perverso de competição para um posto de trabalho nos dias atuais, sendo indubitável que o acidente do trabalho lhe deixou uma seqüela inexistente antes do transcurso do pacto laboral firmado com a reclamada.

Segundo Teresa de Magalhães, o dano estético consiste em “...desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior...” 1.

Doutrina e jurisprudência entendem que o dano estético é reparável pela fixação de indenização por danos morais, pois não há como mensurar um valor equivalente a

isso, visto que é impossível a dor da perda de um órgão ou a degradação da aparência de alguém serem aplacadas ou danos no sistema cerebral e nervoso, por completo, com uma quantidade “x” em reais, dólares, libras, seja qual moeda for. Também para isto, existe a indenização para o dano moral, em uma tentativa de aliviar o sofrimento da vítima e, ao mesmo tempo, punir o causador do dano, visando a evitar a repetição, em outras circunstâncias, desse comportamento ou omissão que ocasionou tão grave prejuízo na vida do paciente. Por isso, como se pode constatar, as indenizações a título de dano moral sobrepõem, e muito, as que compensam o prejuízo material. Nesse sentido, o entendimento sumulado do C. STJ:

”Responsabilidade Civil. Dano Moral.” O DANO ESTÉTICO SUBSUME-SE AO DANO MORAL”. Súmula Nº 37 Do Superior Tribunal De Justiça”. (STJ, 4ª T. REsp. Nº 56.101-9 - RJ, j. em 25.04.95, rel. Min. Fontes de Alencar, V.M. RSTJ 77/246-249).

Reconheço, portanto, o dano estético vindicado.

Quanto ao valor da indenização, em que pese, o problema para a sua aferição, haja vista tratar-se de questão subjetiva do julgador, a doutrina e jurisprudência apontam alguns referenciais, dentre eles a intensidade do sofrimento do

ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social do ofendido; a intensidade do dolo e o grau de culpa do responsável, sua situação econômica e a sua condenação anterior em ação criminal ou civil, a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou civil, a publicação ou transmissão de resposta ou pedido de desculpas, nos prazos previstos na Lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

A natureza do bem jurídico tutelado é de bem indisponível, porquanto se trata de membro do corpo humano, que compõe a integridade física do autor, a intensidade do sofrimento é majorada diante irreversibilidade do dano estético; a extensão do dano estético, apensar de limitar-se a pequeno membro do corpo humano, é relevante, porquanto bem indisponível essencial a auto-estima do ser humano; as condições em que ocorreu o dano estético decorre de conduta culposa da reclamada. Não houve retratação espontânea, nem a prática de esforço efetivo para minimizar a ofensa; a publicidade permanente da ofensa é inevitável, em razão da perenidade do dano, levando-se sempre a questionamentos por pessoas próximas ao autor.

Portanto, apreciados os parâmetros do art. 223-G, entendo tratar-se de

ofensa de natureza grave, nos termos do § 1º, III, do mesmo artigo, fixando-a no limite inferior, de seis salários contratuais do empregado, qual seja, seis vezes o último salário contratual do reclamante (R\$ 833,53), totalizando a importância de R\$ 5.001,18, o qual deverá ser acrescido de juros de mora e correção monetária, nos termos da Súmula nº 439 do C. TST. Defere-se em parte o item “e”. (fls. 303/305 do PDF).

A reclamada pretende afastar a condenação. Argumenta que não restou comprovado dano estético por culpa da reclamada.

Além disso, sustenta a reclamada que não se pode cumular os pedidos de dano moral, dano material e dano estético, sob pena de *bis in idem*.

Por fim, caso não seja reconhecida a excludente de responsabilidade da reclamada pela culpa exclusiva do reclamante, pugna para que seja reconhecida a culpa concorrente, com a consequente minoração da condenação.

O dano estético insere-se no âmbito das lesões de ordem moral, porém, com elas não se confunde, pois representa um sofrimento adicional e permanente às dores psíquicas sofridas pelo indivíduo. Pode-se dizer que o dano moral ameniza-se com o tempo, vindo, muito provavelmente, a se dissipar na memória do indivíduo. Ao revés, o dano estético, salvo nos casos em que é possível sua reparação e retorno à condição física anterior, é permanente e se renova a cada

percepção do dano ou da necessidade de utilização das habilidades prejudicadas.

No caso dos autos, a perita designada pelo Juízo para exame pericial médico relatou que em decorrência do acidente o reclamante adquiriu deformidade em mão esquerda caracterizada pela amputação da falange distal do 1º. quirodáctilo, atrofia e semiflexão dos dedos.

Logo, não assiste razão à reclamada quando afirma que não restou comprovado o dano estético.

Quanto à alegação de que não pode haver cumulação entre dano moral e dano estético, também não há como acolhê-la, porquanto ambas as indenizações possuem origem diversa e, portanto, não se confundem.

Desta feita, nego provimento ao recurso para manter a indenização por dano estético, cujo valor fixado em R\$ 5.001,18 reputo razoável, porquanto não configurada a hipótese de culpa concorrente como pretende a reclamada.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

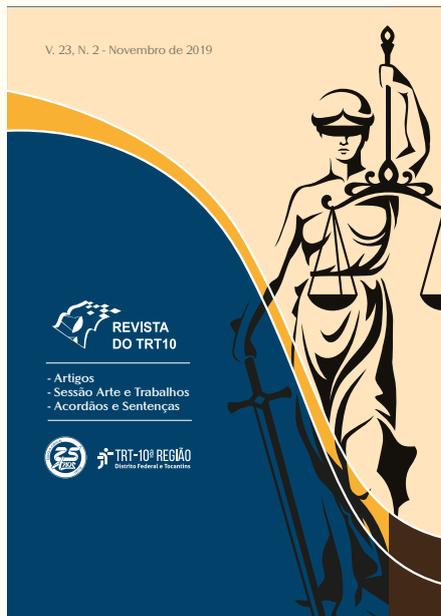
Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal

Regional do Trabalho da Décima Região, à vista do contido na respectiva certidão de julgamento, por unanimidade, aprovar o relatório, conhecer do recurso e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator, exceto na fundamentação do pensionamento, onde prevaleceu o voto do Desembargador João Amílcar. Mantido redator para o acórdão o Desembargador Relator. Ementa aprovada.

Brasília-DF, 21 de agosto de 2019
(quarta-feira)(data da realização da sessão)

Mário Macedo Fernandes Caron
Desembargador Relator



PROCESSO n.º 0001331-33.2016.5.10.0008 - RECURSO ORDINÁRIO (1009)

RELATOR: Desembargador João Amilcar

RECORRENTE: DENNER LUCIANO BATISTA

ADVOGADO: RUBEM MAURO SILVA RODRIGUES

ADVOGADO: MAGDA FERREIRA DE SOUZA

RECORRENTE: TELEFÔNICA BRASIL S.A. (RECURSO ADESIVO)

ADVOGADO: JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL

RECORRIDOS : OS MESMOS

ORIGEM : 8ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

CLASSE ORIGINÁRIA: Ação Trabalhista - Rito Ordinário (JUÍZA MARGARETE DANTAS PEREIRA DUQUE)

EMENTA

PLANO DE SAÚDE. CANCELAMENTO. DANOS MORAIS. REQUISITOS. INDENIZAÇÃO.

Decorrendo o cancelamento do plano de saúde de ato da empresa, que não ofereceu ao empregado a oportunidade de optar pela manutenção do benefício após a rescisão contratual, em confronto com as normas aplicáveis à espécie (Lei nº 9.656/1998; RN nº 270/2011 e RN nº 298, do MTE), emerge a prática de ato ilícito. A moldura fática evidencia que ele obteve atendimento médico necessário, causando lesão ao

patrimônio imaterial do obreiro. Logo, impõe-se à de mandada o dever de indenizar. **CONTRATO DE EMPREGO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REQUISITOS. DANO MORAL. 1.** A Lei nº 9.029/1995, ao enumerar atos passíveis de cristalizar a dispensa discriminatória, não exhibe rol restritivo, apanhando também todas aquelas situações nas quais uma característica pessoal do empregado impulsiona a rescisão do contrato. 2. Ausentes elementos capazes de desvelar o ato, o qual encerraria a potencialidade de causar dano ao autor, é indevida a indenização postulada.

REMUNERAÇÃO. COMISSÕES. VERBAS RESCISÓRIAS. BASE DE CÁLCULO. O parâmetro para o cálculo de verbas rescisórias, em se tratando de empregado comissionista misto, reside no somatório da sua fração fixa à média do salário variável por ele percebido, e não a maior remuneração percebida durante o contrato. A previsão do art. 477, caput, da CLT, é aplicável a verba distinta. Recursos conhecidos e desprovidos.

RELATÓRIO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima descritas.

A MM. 12ª Vara do Trabalho de Brasília-DF julgou parcialmente procedente os pedidos formulados, condenando a empregadora ao pagamento de indenização por dano moral, decorrente do encerramento do plano de saúde do autor. Rejeitou, todavia, os pedidos de diferenças de verbas rescisórias e de indenização por dano moral decorrente de dispensa discriminatória (PDF 369/376).

Inconformado, o reclamante interpõe recurso ordinário. Renova a tese da sua dispensa discriminatória, defendendo a demonstração da conduta ilícita da empregadora, que o demitiu quando estava enfermo e necessitando de tratamento, razão para a imposição do dever de indenizar. Aponta, ainda, o direito às diferenças de verbas rescisórias, requerendo, ao final, o provimento do recurso (PDF 385/401).

A reclamada apresentou contrarrazões (PDF 404/415) e, ato contínuo, interpôs recurso adesivo, por meio do qual sustenta a ausência de suporte fático a autorizar a indenização por dano moral. Requer, nesses termos, o provimento do recurso (PDF 416/423).

Vieram aos autos os comprovantes do depósito recursal e de recolhimento das custas processuais (PDF 424/425).

Foram produzidas contrarrazões pelo autor (PDF 430/438).

O processo não foi encaminhado ao d. Ministério Público do Trabalho, na forma regimental.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

VOTO

ADMISSIBILIDADE. Os recursos são próprios, tempestivos e o da reclamada conta com regular preparo, detendo os sucumbentes recíprocos boa representação processual. Presentes os demais pressupostos legais, deles conheço.

PLANO DE SAÚDE. CANCELAMENTO. DANO MORAL. REQUISITOS. INDENIZAÇÃO. Segundo o regramento vigente, o empregado desligado do emprego é titular do direito de continuar, na condição de beneficiário - ainda que por prazo determinado -, do plano de assistência médica ao qual aderiu por força do contrato de trabalho. Após a sua cessação a parte contará com o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação nesse sentido, ato que desborda em obrigações para o empregador, que deverá comunicar à administradora do plano o evento, assim como para a última, que apenas poderá desligar o obreiro do sistema após de tal comunicado (Lei nº 9.656/1998; RN nº 270/2011 e RN nº 298, do MTE). Semelhante previsão também consta da norma coletiva (CCT 2017/2015, cláusula

23ª, §§ 5º e 6º, PDF 74).

No caso concreto, os elementos dos autos revelam que a reclamada não deu ao reclamante a oportunidade de fazer opção pela continuidade do plano de assistência médica. Ao contrário, no momento que o comunicou a rescisão a empresa expressamente solicita a devolução das carteiras de identificação da assistência médica e odontológica (PDF 289), retirando-lhe qualquer chance de manifestar interesse pela manutenção do plano às suas expensas.

Não bastasse, o preposto manifestou completo desconhecimento sobre a questão (PDF 367), o que eleva o fato ao status de verdade processual (arts. 843, § 1º, da CLT e 385, § 1º, do CPC).

Ressai, portanto, evidente a impossibilidade do reclamante e seus dependentes de gozarem do atendimento médico credenciado, após a rescisão contratual, sendo a empregadora responsável pelo fato inegavelmente desconfortante e constrangedor experimentado pela parte.

O reconhecimento do dano de natureza moral, pela sua própria natureza, prescinde de qualquer prova material sobre o constrangimento imposto ao ofendido. É que o gravame está situado na esfera interna da pessoa, e como tal deve ser aferido segundo

o ponto médio existente na sociedade, em determinado momento histórico. Há de ser demonstrado, por óbvio, o dano injusto para que dele se já extraída - ou não - a presunção de consequências prejudiciais ao íntimo do ofendido. A melhor jurisprudência vem, com tranquilidade, sinalizando nesse sentido (v. g., TST-RR-00449-2004-561-04-00-9, Ac. 4ª Turma, Rel. Min. BARROS LEVENHAGEN, DJ de 19/12/2006 e STJ-REsp-608.918, Ac. 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 21/06/2004).

Houve, pois, a prática de ato omissivo, contrário à lei e com o claro potencial de gerar lesão ao patrimônio imaterial da parte. A empresa incorreu em conduta ilícita, da modalidade culposa, frustrando o empregado de gozar de direito legalmente assegurado, e daí emerge o nexó de causalidade, impondo-lhe, conseqüentemente, o dever de indenizar.

Evidenciado o elo lógico entre a causa e o efeito apregoados pelo autor, emerge o dever de indenizar, nos termos previstos pelos arts. 186 e 927, do CCB, e 1º, incisos III e IV, e 5º, inciso X, da CF.

Nego provimento ao recurso da empresa.

CONTRATO DE EMPREGO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REQUISITOS. DANO MORAL. Afirma o reclamante que as circunstâncias

da ruptura do contrato de trabalho indicam, claramente, que foi ele demitido do emprego em virtude de seus problemas de saúde, sendo vítima de dispensa discriminatória. Diz, ainda, que contraiu quadro depressivo, em razão de assédio moral e perseguição que sofria no trabalho.

A Lei nº 9.029/1995, ao enumerar os motivos ensejadores do reconhecimento da dispensa discriminatória, assim dispõe, *in verbis*:

“Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art.7º da Constituição Federal.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

- a) indução ou instigamento à esterilização genética;
- b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).”

Ainda que aparente reger apenas aquelas situações específicas e limitadas, em verdadeiro rol da modalidade *numerus clausus*, a jurisprudência trabalhista está direcionada a interpretar a norma de modo amplo, como instrumento de concretização da Convenção nº 111 da OIT e os princípios inseridos no art. 3º, incisos III e IV, da CF. Assim, permito-me apenas transcrever algumas ementas dispendo nesse sentido, *ad litteram*:

“RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. 1. O ordenamento jurídico nacional e internacional (CF, art. 1º, III e IV, e Lei nº 9.029/95; Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho) contempla regras que vedam práticas discriminatórias para efeitos admissionais e de manutenção da relação jurídica de trabalho. 2. Em consonância com tal regramento, a jurisprudência

do Tribunal Superior do Trabalho é firme no sentido de que, ciente de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatório, e arbitrário, o exercício do direito potestativo de dispensa pelo empregador, salvo na hipótese de resolução motivada do contrato de trabalho. 3. No caso presente, evidenciado que o empregador abusou de seu direito ao despedir empregado acometido de doença grave, anula-se o ato e determina-se a reintegração do reclamante no emprego, permitindo-lhe manter condições dignas de sobrevivência pessoal e familiar, ao mesmo tempo em que se desestimula a despedida motivada apenas pelo preconceito, e não por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 281540-92.2005.5.02.0014, Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 21/09/2012);“

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. DISPENSA ARBITRÁRIA. TRABALHADOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. 1. O sistema jurídico pátrio consagra a despedida sem justa causa como direito potestativo do empregador, o qual, todavia, não é absoluto, encontrando limites, dentre outros, no princípio da não discriminação, c

om assento constitucional. A motivação discriminatória na voluntas que precede a dispensa implica a ilicitude desta, pelo abuso que traduz, a viciar o ato, eivando-o de nulidade. 2. A proteção do empregado contra discriminação, independente de qual seja sua causa, emana dos pilares insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente os arts. 1º, III e IV, 3º, I V, 5º, caput e XLI, e 7º, XXX. 3. Acerca da dignidade da pessoa humana, destaca Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra -Eficácia dos Direitos Fundamentais- (São Paulo: Ed. Livraria do Advogado, 2001, pp. 110-1), que -constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguição em virtude de motivos religiosos, etc. (...). O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade

relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças-. 4. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, igualmente, pelo princípio da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária, erigido no art. 7º, I, da Constituição - embora ainda não regulamentado, mas dotado de eficácia normativa -, e pelo princípio da função social da propriedade, conforme art. 170, III, da Lei Maior. 5. Na espécie, é de se sopesar, igualmente, o art. 196 da Carta Magna, que consagra a saúde como -direito de todos e dever do Estado-, impondo a adoção de políticas sociais que visem à redução de agravos ao doente. 6. Nesse quadro, e à luz do art. 8º, caput, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral. O art. 1º do diploma legal proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção.

Não obstante enumere certas modalidades de práticas discriminatórias, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, o rol não pode ser considerado *numerus clausus*, cabendo a integração pelo intérprete, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação. 7. De se observar que aos padrões tradicionais de discriminação, como os baseados no sexo, na raça ou na religião, práticas ainda disseminadas apesar de há muito conhecidas e combatidas, vieram a se somar novas formas de discriminação, fruto das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra portadores de determinadas moléstias, dependentes químicos, homossexuais e, até mesmo, indivíduos que adotam estilos de vida considerados pouco saudáveis. Essas formas de tratamento diferenciado começam a ser identificadas à medida que se alastram, e representam desafios emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção. 8. A edição da Lei 9.029/95 é decorrência não apenas dos princípios embasadores da Constituição Cidadã, mas também de importantes tratados internacionais sobre a matéria, como as Convenções 111 e 117 e

a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT. 9. O arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico. 10. A distribuição do ônus da prova, em tais casos, acaba por sofrer matizações, à luz dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, tendo em vista a aptidão para a produção probatória, a possibilidade de inversão do encargo e de aplicação de presunção relativa. 11. In casu, restou consignado na decisão regional que a reclamada tinha ciência da doença de que era acometido o autor - esquizofrenia - e dispensou-o pouco tempo depois de um período de licença médica para tratamento de desintoxicação de substâncias psicoativas, embora, no momento da dispensa, não fossem evidentes os sintomas da enfermidade. É de se presumir, dessa maneira, discriminatório o despedimento do reclamante. Como consequência, o empregador é que haveria de demonstrar que a dispensa foi determinada por motivo outro que não a circunstância de ser o empregado portador de doença grave. A dispensa discriminatória, na linha da

decisão regional, caracteriza abuso de direito, à luz do art. 187 do Código Civil, a teor do qual o exercício do direito potestativo à denúncia vazia do contrato de trabalho, como o de qualquer outro direito, não pode exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. 12. Mais que isso, é de se ponderar que o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade, sendo, até mesmo, prescindível averiguar o animus discriminatório da dispensa. 13. Ilesos os arts. 5º, II - este inclusive não passível de violação direta e literal, na hipótese-, e 7º, I, da Constituição da República, 818 da CLT e 333, I, do CPC. 14. Precedentes desta Corte. Revista não conhecida, no tema.” (RR - 105500-32.2008.5.04.0101, Redatora Ministra Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT 05/08/2011)

O entendimento consagrado na Súmula 443 do TST contempla aquelas patologias que, pela forma como são contraídas ou sua existência, suscitem algum tipo de preconceito ou estigma. Melhor dizendo, objetiva blindar o empregado enfermo contra situações em que a cultura

nacional ainda não absorveu o seu estado com naturalidade.

Exemplo disso é a AIDS - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida-, citada expressamente no verbete, moléstia comumente relacionada, dentre outras causas, ao comportamento sexual promíscuo e desprotegido, ao uso de drogas e substâncias ilícitas, circunstâncias que na atualidade ainda suscitam alta reprovação e preconceito na sociedade.

Mas, na espécie, a enfermidade do obreiro, em tese, não gera por si só tal efeito. Ela não suscita discriminação ou preconceito, nem provoca sinais físicos - v. g. mutilação - ou cicatrizes visíveis a gerar trauma e vergonha no empregado, bem como desconforto àquele que com ele convive profissionalmente.

A matéria, de nítidos contornos fáticos, demanda análise detida das circunstâncias do caso concreto, de molde a evidenciar que a pessoa foi demitida por estar doente. Em outras palavras, deve ficar demonstrada que não houve nenhuma outra razão para a dispensa que não o fato de o empregado ser portador de quadro depressivo. O motivo da demissão deve estar atrelado à enfermidade, mas a sua existência não enseja automaticamente a nulidade do ato praticado pelo empregador. É o que depreende da recente jurisprudência do TST, conforme denotam os arestos que

transcrevo, *ad litteram*:

“DANO MORAL. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE CÂNCER. NÃO CONFIGURAÇÃO. O Tribunal a quo assentou que restou caracterizado o conteúdo discriminatório da dispensa, porquanto o trabalhador foi demitido em razão de ser portador de doença grave - câncer. Ressaltou ser indubitável que referida situação acarretou-lhe aflição e indignação, de modo que evidenciado o dano moral passível de indenização. Ocorre, no entanto, que este Colegiado já teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria controvertida, consignando que o câncer, por si só, não possui natureza contagiosa nem manifestação externa necessariamente repugnante, não configurando sua natureza estigmatizante, ou seja, que marca de forma negativa e indelevelmente, afastando, assim, a presunção de dispensa discriminatória. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR -11284-84.2013.5.01.0005, Relatora Ministra DORA MARIA DA COSTA, 8ª Turma, DEJT 04/08/2017)“

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO

SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 2. PRELIMINAR DE NULIDADE POR “REFORMATIO IN PEJUS”. 3. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE - CÂNCER. ESTIGMA OU PRECONCEITO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULAS 126 E 443/TST. 4. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DANO MORAL. 5. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. 6. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO. APRESENTAÇÃO PARCIAL. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULAS 126 E 338/TST. 7. INTERVALO INTRAJORNADA. JORNADA DE SEIS HORAS ULTRAPASSADA HABITUALMENTE. INTERVALO MÍNIMO DE UMA HORA DEVIDO. SÚMULA 437, IV, DO TST. 8. HORAS EXTRAS EM RAZÃO DA SUPRESSÃO DO INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. PROTEÇÃO ESPECIAL, MEDIANTE LEI, AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER (ART. 7º, XX, CF), SEM CONFIGURAR AFRONTA À ISONOMIA (ART. 5º, CAPUT E I, CF). Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária do contrato de trabalho, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física do empregado. Esse entendimento



pode ser abstraído do contexto geral de normas do nosso ordenamento jurídico, que entende o trabalhador como indivíduo inserto numa sociedade que vela pelos valores sociais do trabalho, pela dignidade da pessoa humana e pela função social da propriedade (arts. 1º, III e IV e 170, III e VIII, da CF). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. Na esteira desse raciocínio, foi editada a Súmula 443/ TST, que delimita a pacificação da jurisprudência trabalhista neste aspecto, com o seguinte teor:

“Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”. No caso concreto, o TRT consignou que, a despeito da boa produtividade da Reclamante, da sua ontualidade e do seu interesse no trabalho, bem como da ciência do fato de a Obreira ser portadora de câncer, a Reclamada a dispensou no momento em que estava doente e também precisava do convênio médico. Nesse contexto, a

Corte de origem presumiu que foi discriminatória a dispensa. Desse modo, diante do quadro fático delineado no acórdão recorrido, considera-se correta a decisão regional, ao entender que houve discriminação na dispensa da Obreira, nos termos da Súmula 443/TST. Outrossim, para que se pudesse chegar a conclusão fática diversa, necessário seria o revolvimento do conjunto probatório constante dos autos, propósito insuscetível de ser alcançado nesta fase processual, diante do óbice da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR - 1330-71.2013.5.15.0151, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 03/07/2017)“

CÂNCER. DOENÇA NÃO ESTIGMATIZANTE. DISPENSA NÃO DISCRIMINATÓRIA. Nos termos da Súmula 443 do TST, deve-se presumir “discriminatória a despedida de empregado portador de HIV ou doença grave que suscite estigma ou preconceito”. Esta Turma tem entendimento de que o câncer, por si só, não possui natureza contagiosa nem manifestação externa necessariamente repugnante, o que afasta, a princípio, seu caráter estigmatizante, que dependerá de prova do autor no caso concreto. Precedentes.

Recurso de revista conhecido e provido. (RR -10560-28.2014.5.15.0079, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 31/05/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/06/2017)“

DOENÇA NÃO ESTIGMATIZANTE - DISPENSA NÃO DISCRIMINATÓRIA A aplicação da Súmula nº 443 do TST exige que a doença grave que afeta o empregado despedido gere estigma ou preconceito, a fim de presumir discriminatória a dispensa. O câncer é doença que não possui natureza contagiosa, ou manifestação externa necessariamente repugnante, o que afasta seu caráter estigmatizante per se. Portanto, afasta-se a presunção de dispensa discriminatória. Recurso de Revista conhecido e provido.” (RR - 619-36.2013.5.01.0481, Relatora Ministra MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI, 8ª Turma, DEJT 11/04/2017).

No caso concreto, não há elemento algum a indicar que a dispensa do reclamante, em novembro de 2015, tenha ocorrido em razão de sua doença, que levou anteriormente ao seu afastamento temporário do trabalho.

É certo que o comunicado de

dispensa ocorreu no dia seguinte após o seu retorno de auxílio-doença (PDF 45 e 289), mas o ato patronal transcorreu dentro da legalidade, em que realizado exame demissional, cujo resultado foi pela sua aptidão (PDF290).

O fato de ainda ter permanecido em acompanhamento psiquiátrico, após a rescisão contratual, não altera tal conclusão. O relatório médico emitido em março de 2016 não registra a incapacidade laboral do obreiro. Na realidade, ele apenas esclarece sobre a presença de quadro de ansiedade, insônia e problemas psicológicos de relacionamento de longa data, os quais vêm sendo tratados com uso de medicamento e terapia - com evolução (PDF 44).

Nem mesmo a alegada perseguição e assédio moral no trabalho foram comprovados, de modo que não é possível atribuir relação de causalidade entre a doença do autor com a sua atividade laboral junto à reclamada.

Nego provimento ao recurso do reclamante.

REMUNERAÇÃO VARIÁVEL. VERBAS RESCISÓRIAS. BASE DE CÁLCULO. O primeiro grau de jurisdição indeferiu o pedido de diferenças de verbas rescisórias. Consagrou que o parâmetro para o cálculo de tais parcelas é média dos valores da remuneração variável do empregado, e não o da maior recebida durante o contrato de trabalho, conforme a



regra prevista no §4º do art. 478 da CLT. O reclamante impugna a conclusão alcançada na origem, aduzindo que a teor do art. 477 da CLT deve ser considerada a maior remuneração auferida pelo empregado, que, no caso concreto, a reclamada, “dolosamente, utilizou como base o valor referente apenas ao salário contratual do reclamante.” (PDF 388)

É incontroverso que o reclamante recebia remuneração composta de salário fixo e comissões, sendo destas denominadas incentivo de vendas. E ao contrário do que alega, a empregadora adotou como base de cálculo das verbas rescisórias a média remuneratória do empregado, e não apenas o seu salário base, que na época da rescisão era de R\$ 2.782,00 (dois mil, setecentos e oitenta e dois reais) (v. g. PDF 252), consoante emerge do termo de rescisão (PDF 34/36).

A controvérsia está circunscrita à prevalência ou não do maior importe remuneratório pago ao empregado, no curso do contrato, para fins rescisórios, sendo alheio à demanda qualquer equívoco na média aritmética apurada pela empresa. E ao contrário do defendido pelo autor, para os comissionistas mistos a apuração das verbas rescisórias, deve ser considerado o salário fixo e mais a média das comissões recebidas nos últimos doze meses trabalhados, salvo previsão mais benéfica em sentido contrário.

A propósito, o art. 477, caput, da CLT, diz à extinta indenização por tempo de serviço, enquanto cada preceito aplicável, na fração de interesse, às

verbas rescisórias, regula o tema de forma distinta daquela postulada pela reclamante (v. g., arts. 142, § 3º e 487, § 3º e 1º, parágrafo único, do Decreto nº 57.155/1965). Trago à baila, por oportuno, precedente do TST que ratifica tal compreensão, *in verbis*:

“RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. DIFERENÇAS DE VERBAS RESCISÓRIAS. BASE DE CÁLCULO. MAIOR REMUNERAÇÃO. ART. 477, DA CLT. A jurisprudência pacífica deste TST é no sentido de que o art. 477, da CLT, não trata de base de cálculo de verbas rescisórias, não consagrando qualquer previsão de que tais verbas devam ser calculadas com base na maior remuneração percebida pelo trabalhador durante a contratualidade. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-177-75.2016.5.12.0023, Relator Ministro MAURÍCIO GODINHO DELGADO, 3ª Turma, DEJT 23/06/2017).

Desprovejo o recurso do reclamante.

CONCLUSÃO

Conheço dos recursos ordinários e no mérito nego-lhes provimento, tudo nos estritos termos da fundamentação.

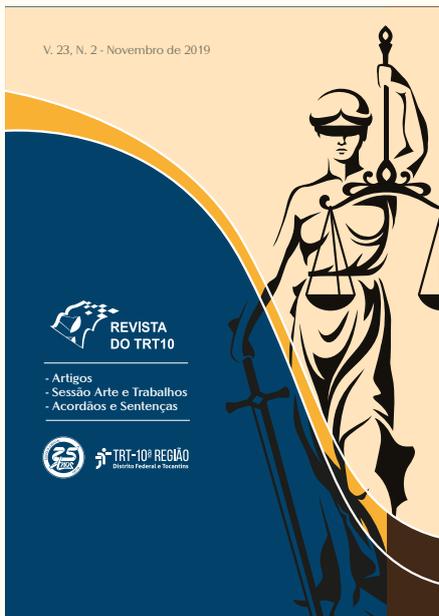
ACÓRDÃO

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores a Segunda Turma do Egrégio Tribunal

Regional do Trabalho da Décima Região, em Sessão Ordinária, à vista do contido na certidão de julgamento (fl. retro), aprovar o relatório, conhecer dos recursos ordinários e no mérito negar-lhes provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator.

João Amilcar Pavan
Desembargador Relator



RECURSO ORDINÁRIO 001564-81.2017.5.10.0012

RELATOR: DESEMBARGADOR
ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA

RECORRENTE: SINDICATO DOS
EMPREGADOS NO COMÉRCIO DO DF

ADVOGADO: João Américo Pinheiro
Martins

RECORRENTE: DRS - COMÉRCIO
VAREJISTA DE ALIMENTOS DONA MARIA
EIRELI - ME (Recuso Adesivo)

ADVOGADO: Léo Rocha Miranda

RECORRIDOS: Os mesmos

EMENTA

MORTE DE SÓCIO PROPRIETÁRIO DE EIRELI (EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA): PERSISTÊNCIA DA EMPRESA COMO ATIVA, AINDA

QUE INOPERANTE, ENQUANTO NÃO DEFINIDA A CONTINUIDADE DO EMPREENDIMENTO PELO ESPÓLIO OU PELOS HERDEIROS HABILITADOS: CASO CONCRETO: SITUAÇÃO DE INEQUÍVOCA INOPERÂNCIA DA EMPRESA POR FALTA DE PERMISSIVO JUDICIAL À ASSUNÇÃO IMEDIATA DA EMPRESA PELA INVENTARIANTE DO ESPÓLIO DO SÓCIO FALECIDO: CITAÇÃO EFETIVADA EM EMPRESA DIVERSA POR CONTIDA PESSOA DO LAÇO FAMILIAR DO FALECIDO: VÍCIO MANIFESTO: RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL DEFEITUOSA: NECESSÁRIA ANULAÇÃO

DO PROCESSO, DESDE A AUDIÊNCIA INAUGURAL, PARA REGULARIZAÇÃO DA CITAÇÃO NA PESSOA DA INVENTARIANTE DO ESPÓLIO DO FALECIDO, COMO SUCESSOR “PRO TEMPORE” DA EMPRESA RÉ, E ASSIM PARA REABERTURA DA FASE DE DEFESA E INSTRUÇÃO PARA NOVA SENTENÇA: PRELIMINAR ACOLHIDA.

A Ré é EIRELI (empresa individual de responsabilidade limitada), que não se confunde com o MEI (microempreendedor individual) nem com o EI (empresário individual). Com efeito, enquanto a empresa constituída sob modalidade de EI resulta extinta concomitantemente ao falecimento do empresário a que se vincula, no caso da EIRELI persistem as regras aplicáveis às sociedades de responsabilidade limitada, a teor do artigo 980-A, § 6º, do Código Civil, conforme acrescido pela Lei nº 12.441/2011. Nesse sentido, enquanto a EI se extingue pelo falecimento do sócio empresário, no caso da EIRELI há possibilidade de sucessão das cotas da sociedade, observados os procedimentos próprios de inventário e partilha do sócio falecido, podendo os sucessores, assim, decidir pela liquidação da empresa sob modalidade EIRELI

ou pela continuidade do negócio, procedendo-se à alteração de titularidade, com a indicação de um dos sócios para assumir a empresa ou, se houver mais de um interessado à qualidade de sócio, na necessária transformação da EIRELI em sociedade limitada. Nesse sentido, se os sucessores do sócio falecido da EIRELI decidirem pela liquidação da empresa, o inventário deve declarar a decisão adotada para o encerramento definitivo da pessoa jurídica, seja pela escritura pública do inventário assim realizado, seja por decisão judicial em inventário diverso, ou, se já encerrado o inventário, ou não se considerar haver bens em espólio a ensejar a abertura de inventário ou sua escrituração pública, os herdeiros do sócio serão qualificados a comparecer na condição de sucessores do titular falecido, inclusive no âmbito processual a teor do artigo 687 e ss. do CPC, para a regular habilitação, observados, por óbvio, os limites de responsabilidade dos herdeiros em relação a eventuais dívidas do falecido ou da empresa, segundo o patrimônio que hajam absorvido pela sucessão decorrente. Por isso, enquanto não devida a continuidade ou não da atividade empresarial por

herdeiro do sócio falecido, a empresa Ré, constituída sob modalidade de EIREI, persiste ativa, ainda que por ora inoperante. No caso, a herdeira havida como única, irmã do falecido, assumiu a qualidade de inventariante do Espólio, mas não pode assumir a direção da empresa Ré, resultando inequívoca a paralisação das atividades desde a morte e a necessidade de citação na pessoa do Espólio do sócio falecido, por sua inventariante, o que não ocorreu. Emerge inequívoco, assim, o vício de citação, porque entregue a empresa distinta, sem poder considerar-se sequer haver pessoa conhecida do falecido em seus quadros, porque, no caso, a situação peculiar ensejava a declaração de paralisação das atividades empresariais pelo falecimento do sócio individual, identificação de espólio ou de herdeiros a habilitados e citação na pessoa dos sucessores, ainda que ativa a empresa nos registros fiscais e comerciais, enquanto não deliberada a retomada das atividades pela herdeira ou a cessação com a liquidação do patrimônio e transferência dos saldos para o Espólio ou a herdeira identificada.

Recurso sindical conhecido, recurso empresarial conhecido

em parte e preliminar de nulidade por vício de citação acolhida, prejudicados os demais tópicos recursais.

RELATÓRIO

Contra sentença da lavra do Exma. Sr. Juiz Carlos Augusto de Lima Nobre, da MM. 12ª Vara do Trabalho de Brasília - DF, que julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais, recorreram ambas as partes, adesivamente a Ré, postulando pela reforma do julgado. A gratuidade judiciária foi deferida, ao Sindicato Autor, na origem. A Ré comprovou o recolhimento de custas processuais e do depósito recursal.

Contrarrazões ofertadas.

Dispensado o parecer ministerial, na forma regimental.

É o relatório.

(1) ADMISSIBILIDADE

O recurso ordinário do sindical é tempestivo e regular: **conheço**.

O recurso empresarial é tempestivo e regular, cabendo observar que a descrição de vício para a intimação da sentença resta suprida com a interposição do apelo, sob manto adesivo, sem emergir prejuízo à parte, sob tal aspecto, pela possibilidade de devolução ampla

das matérias de insurgência, restando prejudicada a preliminar (questão de ordem) pertinente à devolução de prazo para interposição de recurso, por já assim interposto: **conheço em parte.**

As contrarrazões são tempestivas e regulares: **conheço.**

(2) PRELIMINAR DE NULIDADE POR VÍCIO DE CITAÇÃO:

A empresa Ré aponta vício de citação.

Invoca ser EIRELI e ter suas atividades paralisadas desde a morte do sócio-proprietário Daniel Rosa Siqueira, em 24/10/2016, após morte em tentativa de assalto de que fora vítima, conforme atestado de óbito, não tendo a única herdeira, inventariante do Espólio aberto perante o MM. Juízo da 2ª Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília/DF, sob nº 2017.01.1.00325103, obtido a autorização judicial para assumir a administração da empresa que, assim, permanece desde então sem qualquer atividade.

Salienta que a citação restou entregue em empresa diversa (“Frios Dona Maria”) invés de situar-se na pessoa da inventariante do Espólio, a irmã do falecido e sócio-proprietário da Ré, Aparecida Rosa Siqueira de Sousa, emergindo vício a ensejar a nulidade de todo o processo, para assim permitir regular defesa e reabertura de instrução com oportuna e ampla defesa e contraditório, para posterior sentença.

Com razão.

Inicialmente, cabe observar que a Ré é EIRELI (empresa individual de responsabilidade limitada), que não se confunde com o MEI (microempreendedor individual) nem com o EI (empresário individual).

Com efeito, enquanto a empresa constituída sob modalida de de EI resulta extinta concomitantemente ao falecimento do empresário a que se vincula, no caso da EIRELI persistem as regras aplicáveis às sociedades de responsabilidade limitada, a teor do artigo 980-A, § 6º, do Código Civil, conforme acrescido pela Lei nº 12.441/2011.

Nesse sentido, enquanto a EI se extingue pelo falecimento do sócio empresário, no caso da EIRELI há possibilidade de sucessão das cotas da sociedade, observados os procedimentos próprios de inventário e partilha do sócio falecido, podendo os sucessores, assim, decidir pela liquidação da empresa sob modalidade EIRELI ou pela continuidade do negócio, procedendo-se à alteração de titularidade, com a indicação de um dos sócios para assumir a empresa ou, se houver mais de um interessado à qualidade de sócio, na necessária transformação da EIRELI em sociedade limitada. Nesse sentido, se os sucessores do sócio falecido da EIRELI decidirem pela liquidação da empresa, o inventário deve declarar a decisão adotada para o encerramento definitivo da pessoa jurídica, seja pela escritura pública do inventário assim realizado, seja por decisão judicial em inventário diverso, ou, se já encerrado o inventário, ou não se considerar haver

bens em espólio a ensejar a abertura de inventário ou sua escrituração pública, os herdeiros do sócio serão qualificados a comparecer na condição de sucessores do titular falecido, inclusive no âmbito processual a teor do artigo 687 e ss. do CPC, para a regular habilitação, observados, por óbvio, os limites de responsabilidade dos herdeiros em relação a eventuais dívidas do falecido ou da empresa, segundo o patrimônio que hajam absorvido pela sucessão decorrente.

Por isso, enquanto não devida a continuidade ou não da atividade empresarial por herdeiro do sócio falecido, a empresa Ré, constituída sob modalidade de EIREI, persiste ativa, ainda que por ora inoperante.

No caso, a herdeira havida como única, irmã do falecido, assumiu a qualidade de inventariante do Espólio, mas não pode assumir a direção da empresa Ré, resultando inequívoca a paralisação das atividades desde a morte e a necessidade de citação na pessoa do Espólio do sócio falecido, por sua inventariante, o que não ocorreu.

Emerge inequívoco, assim, o vício de citação, porque entregue a empresa distinta, sem poder considerar-se sequer haver pessoa conhecida do falecido em seus quadros, porque, no caso, a situação peculiar ensejava a declaração de paralisação das atividades empresariais pelo falecimento do sócio individual, identificação de espólio ou de herdeiros a habilitados e citação na pessoa dos sucessores, ainda que ativa a empresa nos registros fiscais e

comerciais, enquanto não deliberada retomada das atividades pela herdeira ou a cessação com a liquidação do patrimônio e transferência dos saldos para o Espólio ou a herdeira identificada.

Acolho a preliminar de nulidade por vício de citação para anular todo o processo, desde a audiência inaugural, determinando a reabertura da fase de defesa e instrução para posterior e nova sentença, como se entender de direito, observada a necessária citação na pessoa da inventariante identificada.

(3) CONCLUSÃO

Concluindo, conheço o recurso sindical, conheço em parte o recurso empresarial e acolho a preliminar de nulidade por vício de citação, prejudicados os demais tópicos recursais, nos termos da fundamentação.

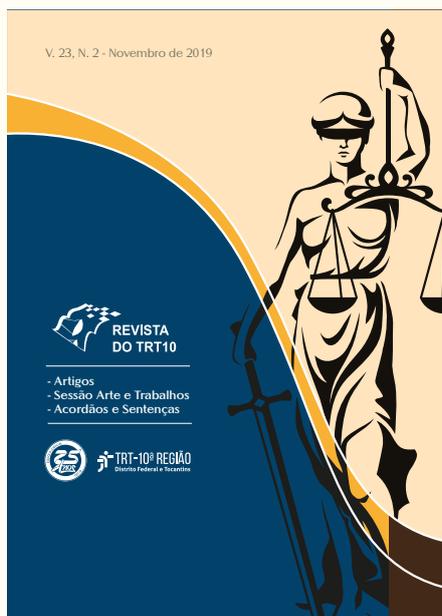
É o voto.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os integrantes da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento: aprovar o relatório, conhecer o recurso sindical, conhecer em parte o recurso empresarial e acolher a preliminar de nulidade por vício de citação, prejudicados os demais tópicos recursais, nos termos do voto do Relator. Ementa aprovada.

Brasília (DF), 24 de julho de 2019
(data do julgamento)

Alexandre Nery de Oliveira
Desembargador Relator



PROCESSO nº 0000309-66.2018.5.10.0008 - RECURSO ORDINÁRIO (1009)

RELATOR: JOÃO AMÍLCAR

RECORRENTE: PRESENÇA ESQUADRIAS LTDA - ME

ADVOGADO: COMPANHIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL DO DISTRITO FEDERAL - CAESB

ADVOGADO: RAUL FREITAS PIRES DE SABOIA

RECORRIDO: JULIO CESAR MEDEIROS DE CASTRO

ADVOGADO: MARCUS AURELIO BESSA VIEIRA

ORIGEM: 15ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

CLASSE ORIGINÁRIA: Ação Trabalhista - Rito Ordinário (JUIZA AUDREY CHOUCAIR VAZ)

EMENTA

RECURSO. ADMISSIBILIDADE.

Pretensão despida de interesse jurídico obsta o conhecimento do recurso, no aspecto. **CAESB. DESVIO DE FUNÇÃO. PROVA. ÔNUS. DIFERENÇAS SALARIAIS. CESSAÇÃO.**

1. Alegado o exercício de funções diversas daquelas objeto do contrato, as quais eram contempladas com padrão remuneratório mais elevado, deve o empregado evidenciar tal cenário, já que fato constitutivo do direito às postuladas diferenças salariais. Provas das alegações da parte, é devida a parcela. 2. Em se tratando de integrante da administração

pública, o desvio gera o direito às diferenças em questão, mas o ato ilícito deve findar, em prazo certo, para restabelecer a integridade do ordenamento jurídico. **3.** Recurso conhecido, em parte, e parcialmente provido.

RELATÓRIO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima descritas.

A MM. 15ª Vara do Trabalho de Brasília/DF julgou parcialmente procedentes os pedidos, para na fração de interesses condenar a empresa ao pagamento das diferenças salariais decorrentes do desvio de função a partir de 10/04/2013. Concedeu ainda, ao obreiro, os benefícios da justiça gratuita (PDF 610/619).

Inconformada, a reclamada interpõe recurso ordinário. Alega, em síntese, ser compatível a função exercida pelo obreiro com aquela prevista no Plano de Cargos da companhia, fato que não justificaria o acréscimo salarial. Pleiteia, assim, o provimento do recurso (PDF 669/675).

Comprovantes do depósito recursal e do recolhimento das custas processuais vieram aos autos (PDF 676/677).

O reclamante produziu contrarrazões (PDF 680/685).

O processo não foi submetido ao

d. Ministério Público do Trabalho, na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE O recurso é próprio e tempestivo, ostentando regular preparo, além de deter a parte sucumbente boa representação processual. Presentes os demais pressupostos legais dele conheço, mas apenas em parte.

Deixo de admiti-lo quanto às pretensões versando sobre a equiparação e reenquadramento, pois em tais temas a reclamada não foi sucumbente. O tempo de experiência entre o reclamante e de seu colega de trabalho ou, ainda, o aproveitamento do primeiro em cursos e exames para ascensão vertical passaram ao largo do fundamento jurídico da decisão *a quo*, para o reconhecimento do desvio de função. Logo, por falta de interesse, o apelo nessa fração não desafia conhecimento.

CAESB. DESVIO DE FUNÇÃO. ACÚMULO. PROVA. ÔNUS. A r. sentença julgou procedente o pedido, condenando a reclamada ao pagamento das diferenças salariais decorrentes do acréscimo de atribuições próprias do cargo de Agente de Sistemas de Saneamento - GSS - Nível III, o qual tem padrão remuneratório mais elevado, por haver maior complexidade na execução das tarefas.

A reclamada refuta a decisão, ao argumento de que a função exercida pelo obreiro é compatível com aquela prevista no plano de cargos da companhia.

À luz do caráter sinalagmático e comutativo do contrato de emprego, basta que reste demonstrada a utilização da força de trabalho do empregado, em determinada atividade, com remuneração inferior àquela prevista para o cargo efetivamente desempenhado, para caracterizar o desvio. Não se trata, aqui, nem mesmo da aplicação genérica do princípio da isonomia, pois este é materializado, no Direito do Trabalho, pelo art. 461, da CLT. Na realidade, a questão encerra pertinência com o equilíbrio na reciprocidade das concessões entre os integrantes da relação empregatícia. Logo, contemplando o empregador determinada remuneração para o desempenho de atividade certa, o aproveitamento da força de trabalho sem a contraprestação devida fratura tal elo, rendendo ensejo ao pagamento de diferenças.

Fixada tal premissa, passo ao exame dos elementos coligidos no curso da instrução processual. O reclamante foi admitido em 01/11/2006 no cargo de Agente de Sistema de Saneamento (GSS) Nível I, mas alega exercer função correspondente ao Nível III, de remuneração mais elevada.

É incontroverso que os níveis do referido cargo têm atribuições e salários

distintos. Enquanto no primeiro estágio há tarefas padronizadas e rotineiras, frequentemente supervisionadas, no terceiro o trabalho é complexo e não padronizado, com resolução de problemas não previstos, conforme descritivo do cargo (PDF 308/497). Ressalto que embora a reclamada considere os níveis como única função, o feixe de tarefas e atribuições de cada um é evidentemente distinto, justificando a diferença salarial.

De outro lado, é indene de dúvidas a prova oral quanto ao desvio funcional do obreiro. O preposto admitiu que “o reclamante, ao fazer atendimentos, atende problemas de baixa, média e alta complexidade”, assim como resolve demandas emergenciais. Afirmou ainda que o obreiro realiza mesmas tarefas técnicas que seu colega, sr. Antonio Carlos, Agente de Saneamento Nível III, *in verbis*:

”o reclamante, ao fazer atendimentos, atende problemas de baixa, média e alta complexidade, mas se o problema for de maior complexidade, chama-se outros departamentos para ajudar, há situações que demandam o pessoal de rede, de oficina e por aí vai; tirando as tarefas administrativas, o reclamante e o Sr. Antonio Carlos fazem as mesmas tarefas técnico-operacionais, mas o Antonio Carlos tem um conhecimento um pouco maior; a maioria dos encarregados é nível III no cargo

de agente de saneamento, em razão do tempo de empresa e evolução na carreira; realmente houve um plano de cargos e salários que fez um enquadramento posterior, mas o não sabe dizer exatamente qual foi o critério adotado pela empresa, compreendendo que a pessoa fez o concurso público e sabia em qual nível entraria, e depois disso, dependeria de outras circunstâncias previstas na empresa; na ausência do Antonio Carlos, o reclamante poderia substituí-lo, mas sempre alguém o auxiliaria, porque há serviços que não podem ser feitos por uma pessoa.” (PDF 654/655)

A confissão real do preposto está corroborada pelas declarações da testemunha (PDF 655), sr. Valto Sousa da Silva, as quais ratificaram o exercício de tarefas e resolução de problemas compatíveis com o nível III do emprego, previsto no Plano de Cargos e Salários da companhia, *ad litteram*:

“trabalha na CAESB desde 2006, é do mesmo concurso do reclamante; tinha o cargo de agente operacional nível I; o depoente trabalha em outra equipe, diversa da equipe do reclamante, mas fazendo as mesmas tarefas; na ausência do encarregado, quem faz as tarefas dele é o parceiro, no caso, o reclamante faz as tarefas

do encarregado Antonio Carlos na ausência deles; diria que os agentes de saneamento, como depoente e reclamante, em tem média 80 a 90% de tarefas complexas, têm que detectar o problema, decidir o que fazer, resolver sozinho se for necessário; os atendimentos são feitos pelo menos em número de 2 pessoas; às vezes chama-se outra equipe para ajudar quando o serviço é muito extenso, não necessariamente pela complexidade; sempre há um encarregado na dupla.” (PDF 655).

Diante desse cenário, ficou evidenciado que o obreiro desempenhava conjunto de tarefas e poderes cujo padrão remuneratório é superior ao por ele recebido, suporte fático suficiente a ensejar o direito vindicado.

De resto, e em respeito à ideia de que o exercício da jurisdição deve, sempre, realizar o ordenamento jurídico - e não perpetuar situações ilícitas -, determino à empresa que faça retornar o autor ao exercício das tarefas inerentes a emprego ocupado, ato que fixará o termo final das obrigações erigidas nesta decisão. Notadamente houve a violação da garantia tratada no art. 468 da CLT, mas a sua perpetuação também findaria por ratificar o ato, isto é, o desvio de função encontraria suporte para continuar no tempo, por meio de decisão judicial.

Fixo, para esse fim, o prazo peremptório de 30 (trinta) dias, a contar do trânsito em julgado da presente decisão, sob o efeito de pagamento de multa diária equivalente a um dia de salário, a qual reverterá em prol de entidade beneficente a ser escolhida pelo juízo da execução (arts. 832, § 1º, da CLT).

Nestes termos, dou parcial provimento ao recurso.

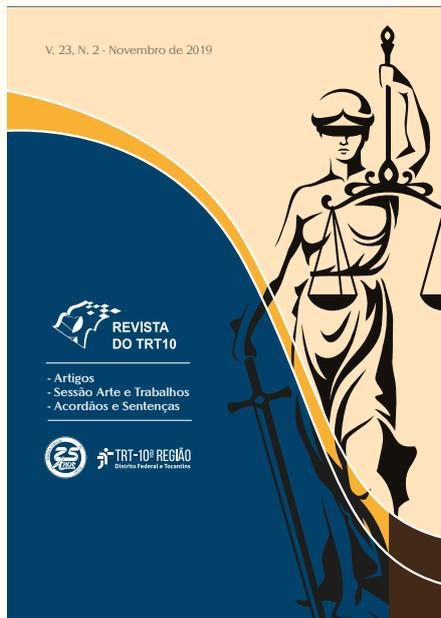
CONCLUSÃO

Conheço parcialmente do recurso e no mérito dou-lhe parcial provimento, para determinar o retorno do obreiro às atividades próprias ao emprego ocupado, no prazo estabelecido e sob as cominações de direito, tudo nos estritos termos da fundamentação.

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores da Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, em Sessão Ordinária, à vista do contido na certidão de julgamento (fl. retro), aprovar o relatório, conhecer, em parte, do recurso e no mérito dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

João Amílcar Pavan
Desembargador Relator



PROCESSO n.º 0000091-36.2017.5.10.0020 - RECURSO ORDINÁRIO (1009)

RELATOR: Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron

RECORRENTE: CREAÇÕES OPCA O LTDA

ADVOGADOS: LUIS ANTONIO DA SILVA FILHO - DF0026785, MAURO MOREIRA DE OLIVEIRA FREITAS - RS0032525

RECORRENTE: JUMA MURIELI FERNANDES FIGUEIREDO

ADVOGADO: YASMIN DIARR ORNELAS - DF0046140, LEANDRO WEDER DA SILVA MARRA -DF0040272

RECORRIDOS : OS MESMOS

ORIGEM : 20ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

CLASSE ORIGINÁRIA: Ação Trabalhista - Rito Ordinário

JUIZ(A): JUNIA MARISE LANA MARTINELLI

EMENTA

EMENTA: ARGUIÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL EM SEDE RECURSAL COM NOVOS FUNDAMENTOS. PRECLUSÃO DO DIREITO.

A reclamada suscita inépcia da inicial com novos fundamentos, operando-se a preclusão no aspecto. **HORAS EXTRAS. BANCO DE HORAS. JULGAMENTO ULTRA PETITA CONFIGURADO.** Não houve pedido de invalidade do banco de horas na exordial, tampouco o pedido de pagamento de todas as horas extras laboradas. O pedido feito em réplica inova os termos da inicial e não merece acolhida. Recurso da reclamada provido em parte para

reconhecer a decisão *ultra* quanto ao tema, afastar a sentença originária que reconheceu a *petita* invalidade do banco de horas e determinou o pagamento das horas extraordinárias laboradas além da 8ª diária ou 44ª semanal e limitar a condenação ao pagamento das horas extras trabalhadas e não compensadas dentro do prazo de 120 dias, nos exatos termos da inicial e conforme previsão nas CCTs anexas. **ADICIONAL NOTURNO.** O juiz não invalidou os cartões de ponto e os contracheques dos autos e eventual trabalho noturno será apurado na fase de liquidação de sentença, momento em que será possível apurar eventual pagamento do adicional noturno à menor, razão pela qual não há que se falar em dedução de valores.

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. Evidenciado nos autos que as transferências da autora possuíam caráter provisório, resta devido o pagamento do adicional de transferência. **LABOR PRESTADO EM DOMINGOS E FERIADOS. PISO SALARIAL E VALE-ALIMENTAÇÃO. NORMA COLETIVA APLICÁVEL.**

De fato, como regra, com base no princípio da territorialidade, aplica-se ao trabalhador as normas coletivas do local de prestação de serviço. Ocorre que, no caso concreto, em que foi reconhecido

o caráter provisório das sucessivas alterações do local de trabalho da autora e o seu retorno ao local da admissão, não se justifica a alteração das condições de trabalho da reclamante, pois o reconhecimento de benefícios e salários menores previstos nas CCTs de outros municípios ferem os princípios trabalhistas da inalterabilidade contratual lesiva e da irredutibilidade salarial.

DESPESAS COM TÁXI. RESSARCIMENTO DEVIDO. Não houve impugnação da reclamada na contestação quanto ao pedido de ressarcimento de despesas com táxi aduzido pela reclamante na inicial, inovando a reclamada em sede recursal. **ADICIONAL DE QUEBRA DE CAIXA.** Hipótese em que a reclamada admite em contestação que a autora laborou eventualmente como caixa e os contracheques dos autos comprovam diversos descontos de diferenças de caixa em seu salário. Conforme previsão normativa, havendo descontos nos salários dos empregados de eventuais diferenças verificadas no caixa, é devido o pagamento do adicional de quebra de caixa. **DESCONTOS INDEVIDOS. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.** Não há como se concluir pela violação de direitos da personalidade da reclamante em razão de

descontos indevidos efetuados pela reclamada, pois inserem-se no âmbito da reparação patrimonial.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

O art. 791-A/CLT, incluído com o advento da Lei nº 13.467/2017, não estava vigente quando do ajuizamento da reclamatória, pelo que não é possível o deferimento dos honorários advocatícios. Recurso da reclamada parcialmente conhecido e parcialmente provido.

Recurso adesivo da reclamante conhecido e parcialmente provido.

I- RELATÓRIO

A Exma. Juíza do Trabalho Titular JUNIA MARISE LANA MARTINELLI, por meio da sentença às fls. 665/673 do PDF, aditada pela decisão de embargos declaratórios às fls. 689/690 do PDF, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na petição inicial.

A reclamada interpõe recurso ordinário às fls. 697/710 do PDF. Argui preliminar de inépcia da inicial e julgamento *extra petita* e, no mérito, pretende afastar a condenação em horas extras, intervalo intrajornada, adicional noturno, adicional de transferência, labor em domingos e feriados, vale-alimentação, despesa com táxi e honorários de sucumbência.

Guias de custas processuais e de depósito recursal às fls. 711/713 do PDF.

A reclamante apresenta recurso ordinário adesivo às fls. 716/722 do PDF, no qual requer a condenação da reclamada ao pagamento de adicional de quebra de caixa, reflexos do adicional de transferência e indenização por danos morais. Por fim, requer seja afastada sua condenação em honorários sucumbenciais.

Contrarrazões pela reclamada às fls. 724/731 do PDF.

Apesar de devidamente intimada, conforme fl. 715 do PDF, a reclamante não apresentou contrarrazões.

Desnecessária a prévia manifestação do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 102 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

II - VOTO

1. ADMISSIBILIDADE

Não conheço da preliminar de inépcia da inicial arguida pela reclamada por clara inovação à lide, já que a reclamada lança fundamentos não ventilados na contestação, operando-se a preclusão no aspecto.

Assim, preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos, conheço parcialmente do recurso da reclamada e conheço do recurso adesivo

da reclamante.

2. Preliminar de julgamento *extra* ou *ultra petita* (recurso da reclamada)

Sustenta a reclamada que a sentença de origem concedeu provimento jurisdicional jamais postulado pela reclamante, qual seja, o reconhecimento de nulidade do sistema de compensação de jornada (banco de horas) adotado pelas partes durante todo o pacto laboral, resultando assim, em julgamento *extra petita*. Em caráter sucessivo, alega que a sentença é, no mínimo, *ultra petita* uma vez que concedeu provimento além daquele supostamente trazido ao judiciário.

Dessa forma, pugna a reclamada para que seja anulada a sentença de origem para que outra seja prolatada pelo juízo singular.

Sem razão.

Eventual limitação de parcelas deferidas ou é passível de *extra* ou *ultra petita* é passível de reforma quando da apreciação do mérito, em respeito ao princípio da celeridade processual, não havendo necessidade de se decretar a nulidade do julgado.

Rejeito.

3. Mérito

3.1. Horas extras. Banco de horas.

Julgamento *extra* ou *ultra petita*. Decisão surpresa. (recurso da reclamada)

O juízo de 1º grau assim decidiu acerca da jornada de trabalho da reclamante:

“A reclamante conta que trabalhou para a reclamada no período compreendido entre 01/08/2011 e 30/09/2016, em diversas atividades e localidades, cumprindo os horários de trabalho informados às fls. 03/06 dos autos.

Afirma que as normas coletivas pertinentes à categoria instituíram banco de horas de 120 dias, o qual não era observado pela empresa, vez que “ por várias vezes só recebeu as folgas referentes ao trabalho extraordinário” (fl. 09), pelo que requer o muito tempo depois dos 120 dias pactuados pagamento das horas extraordinárias laboradas e não compensadas dentro do prazo de 120 dias, com os adicionais pactuados nas CCTs anexas. Pugna, ainda, pelo pagamento dos intervalos intrajornada não usufruídos, conforme fundamentação à fl. 14.

A demandada refutou o pedido, aduzindo, em síntese, que a autora sempre gozou das folgas compensatórias. Juntou aos autos os cartões de ponto e

contracheques.

Em réplica, a autora afirma que “fazia horas extras com frequência” e que “não usufruiu de intervalo intrajornada de uma hora por várias vezes” conforme fundamentação à fl. 641.

Aponta, por exemplo, que no mês de dezembro de 2012 trabalhou 24 dias seguidos, sem usufruir de folgas compensatórias, e que no dia 10/06/2014 laborou por mais de dez horas, sem intervalo para repouso e alimentação, pelo que requer a descaracterização do banco de horas.

Compulsando, por amostragem, as folhas de ponto carreadas aos autos - as quais, a propósito, não demonstram horários de entrada e saída uniformes, afigurando-se, portanto, plenamente válidas como meio de prova (interpretação a contrario sensu da Súmula 338, item III, do C. TST) -, verifica-se que a jornada de trabalho da reclamante era, via de regra, de sete ou oito horas por dia, sendo reduzida, aos domingos, para cinco horas e quarenta e cinco minutos.

Os horários de intervalo eram regularmente pré-assinalados, sendo de 15 minutos quanto

ao labor prestado aos domingos e de uma hora nos demais dias da semana, sobressaindo incontestável, da análise geral dos cartões de ponto, que a supressão do referido período de descanso ocorria apenas ocasionalmente.

No que tange ao acordo de compensação de jornada pactuado coletivamente, verifica-se das Cláusulas 17, parágrafo terceiro, das CCTs anexas que “As empresas que desejarem trabalhar com Banco de Horas deverão firmar Acordo Coletivo de Trabalho com o SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO DO DISTRITO FEDERAL e o SINDICADO DO COMÉRCIO VAREJISTA DO DISTRITO FEDERAL, sendo que para tanto deverão realizar Assembléia onde deverá constar, necessariamente, a presença de um representante de cada Sindicato”.

Analisando os documentos trazidos a juízo, verifico que não consta dos autos a prova do referido Acordo - requisito indispensável para que as empresas adotem o banco de horas -, de modo que não se aplicam as normas de compensação de jornada à hipótese.

Assim, com base nos horários de trabalho anotados nos cartões de

ponto, condeno a reclamada a pagar à autora, em relação a todo o período imprescrito do pacto laboral (de 27/01/2012 a 30/09/2016), as horas extraordinárias laboradas além da 8ª diária ou 44ª semanal, com adicional de 50% para as duas primeiras e 100% para as demais (nos termos da Cláusula Nona das CCTs anexas), exceto aos domingos, em que deve ser observado o adicional de 150%, por força do que disciplina a Cláusula Treze, item III, das normas coletivas acostadas aos autos.

Deverá, ainda, remunerar os intervalos intrajornada suprimidos durante o lapso contratual acima, na forma do item III da Súmula nº 437 do TST, com base no valor do salário hora acrescido de 50%, conforme se apurar em regular liquidação de sentença, com base nos cartões de ponto juntados aos autos.

Atendo-me aos limites do pedido (art. 492 do CPC/15), defiro os reflexos das horas extras e dos intervalos nas verbas rescisórias constantes do TRCT de fl. 177.

Para o labor prestado entre as 22h de um dia e as 5h do dia seguinte, há de ser observada a redução ficta da hora noturna e acrescido o adicional de 20% sobre a hora

diurna. Sendo eventual o labor noturno, não há que se falar em reflexos nas demais parcelas contratuais, inteligência que se extrai do item I da Súmula 60 do TST.

Têm pertinência, no caso, as disposições das Súmulas nº 264 e 340 do TST e das OJs 97 e 397 da SDI-1 do TST.

A teor do disposto no art. 832, §3º da CLT, sobre tais parcelas haverá incidência de contribuição previdenciária, na forma da Lei 8.212/91". (fls. 666/667 do PDF).

A reclamada pretende afastar a condenação. Reitera a alegação de julgamento e afirma que *extra petita* "a declaração de inexistência do 'Banco de Horas' amolda-se perfeitamente na definição de 'decisão surpresa', adotada pelo §1º do art. 4º da IN 39/TST, posto que ao decidir o mérito da causa aplicou **fundamento jurídico** (necessidade de Acordo Coletivo entre empresa e sindicato) **e embasou em fato** (ausência da juntada do Acordo Coletivo entre empresa e sindicato aos autos), o qual jamais foi debatido ou alegado pelas partes" (fl. 703 do PDF).

Dessa forma, pugna a reclamada para que seja reformada a sentença de origem para reconhecer a validade do banco de horas e julgar improcedente

o pedido de jornada extraordinária não paga, visto que sempre houve a devida compensação dentro do prazo de 120 dias, conforme previsto nas CCTs.

Por fim, sustenta a reclamada que ainda que fosse possível considerar a invalidade do regime de compensação de horário havido durante a vigência do pacto laboral, deveria ser observada a limitação destacada na Súmula nº 85 do Col. TST, qual seja, o pagamento apenas das horas excedentes à jornada normal.

Razão parcial assiste à reclamada.

De fato, o pedido inicial foi que “a reclamada deve pagar todas as horas extras trabalhadas e não compensadas dentro do prazo de 120 dias à reclamante”. Não houve pedido de invalidade do banco de horas, tampouco o pedido de pagamento de todas as horas extras laboradas. O pedido feito em réplica inova os termos da inicial e não merece acolhida.

Em análise das folhas de ponto, entendo que de fato existem horas extras não compensadas dentro do prazo de 120 dias, em desconformidade com a previsão contida nas CCTs anexas.

Assim, **dou parcial provimento** ao recurso da reclamada para, reconhecendo a decisão *ultra petita* quanto ao tema, afastar a sentença originária que reconheceu a invalidade do banco de horas e determinou o pagamento

das horas extraordinárias laboradas além da 8ª diária ou 44ª semanal e limitar a condenação ao pagamento das horas extras trabalhadas e não compensadas dentro do prazo de 120 dias, nos exatos termos da inicial e conforme previsão nas CCTs anexas, a serem apuradas na fase de liquidação da sentença.

Fica mantida a sentença, contudo, quanto aos percentuais a serem aplicados, intervalos intrajornadas suprimidos, reflexos e labor noturno.

3.2 Adicional noturno (recurso da reclamada)

A reclamada sustenta que a reclamante não provou ter trabalhado em horário noturno além daqueles registrados em suas folhas de ponto, os quais foram devidamente pagos, inexistindo, portanto, qualquer fundamento que pudesse justificar o pleito e afastar a documentação juntada. Sucessivamente, requer sejam considerados os valores já pagos e as folgas já gozadas, sob pena de enriquecimento ilícito da autora.

Sem razão.

O juiz não invalidou os cartões de ponto e os contracheques dos autos e eventual trabalho noturno será apurado na fase de liquidação de sentença, momento em que será possível apurar eventual pagamento do adicional noturno à menor, razão pela qual não há que se falar em

dedução de valores.

Nego provimento.

3.3. Adicional de transferência (recurso de ambas as partes)

Em relação ao adicional de transferência postulado pela reclamante, assim decidiu o juízo *a quo*:

“A autora postula o pagamento de adicional de transferência, aduzindo que, em que pese tenha sido contratada em Brasília, para laborar nesta localidade, foi transferida para diversas cidades a partir de agosto de 2012, tendo laborado por cerca de um ano em Uberlândia, 10 meses em Goiânia e um mês em São Luís do Maranhão, retornando definitivamente a Brasília em dezembro de 2014.

Em defesa, a reclamada destaca que a primeira transferência ocorreu em dezembro de 2012 e o retorno definitivo a Brasília em maio de 2014 e consigna que todas as transferências ocorreram a pedido da autora, “jamais por imposição da reclamada”, tendo esta arcado com as despesas de deslocamento, conforme fundamentação à fl. 197.

Contudo, é certo que o pressuposto legal apto a ensejar

a percepção do referido adicional é tão somente a transferência provisória, inteligência que se extrai do art. 469, § 3º, da CLT e da Orientação Jurisprudencial nº 113 da SDI-1 do TST, sendo irrelevante que esta tenha ocorrido a pedido do empregado.

Destarte, a par do documento de Id. c96ad1e - Pág. 5, defiro o pedido de pagamento do adicional de transferência, no valor de 25% sobre o salário base da reclamante, por todo o período compreendido entre 25/08/2012 e 09/05/2014, observada a correção do piso salarial no período, deferida acima.

Não tendo a reclamante especificado as parcelas em que pretende ver incidir os reflexos, e considerando que as verbas rescisórias discriminadas no TRCT de fl. 177 não possuem como base de cálculo o período das transferências, restam esses indeferidos, vez que é vedada pelo ordenamento jurídico processual a formulação de pedido genérico (art. 324 do CPC/2015). (fl. 670 do PDF).

A reclamada pretende afastar a condenação. Argumenta que a transferência da reclamante se deu por tempo indeterminado e com intenção definitiva. Sustenta que “O máximo que

poderia se concluir é que, por circunstâncias alheias ao conhecimento prévio das partes, o que era para ser uma transferência definitiva e duradoura, resultou em período menores, mas sempre com interesse de que cada movimentação fosse definitiva” (fl. 705 do PDF).

A reclamante também recorre da decisão. Insiste no deferimento dos reflexos da parcela, tendo em vista que “O adicional de transferência pago com habitualidade [...] reveste-se de natureza salarial e integra o salário do empregado para todos os efeitos legais” (fl. 719 do PDF).

Reexamino.

Incontroverso nos autos que a autora foi contratada em Brasília/DF em agosto de 2011; transferida para Uberlândia em agosto de 2012; transferida para Goiânia em agosto de 2013; transferida para São Luís do Maranhão em novembro de 2014 e retornado à Brasília em dezembro de 2014.

A regra no Direito do Trabalho é inamovibilidade do obreiro. Na forma da OJ 113 da SDI 1 do Colendo TST, o fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional, cujo pressuposto é a transferência provisória.

A jurisprudência tem considerado o fator tempo para caracterização da

provisoriamente ou definitividade da transferência, consoante se verifica dos seguintes arestos:

“...ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. O entendimento predominante nesta Corte Superior quanto à caracterização da provisoriamente deve-se à constatação de transferências sucessivas e de curta duração, levando-se simultaneamente em consideração o tempo de contratação. Quanto ao tempo de duração da transferência, a jurisprudência prevalecente nesta Corte superior é no sentido de que é provisória quando o deslocamento do empregado para local distinto da contratação **durar até três anos**. No caso dos autos, consta do acórdão recorrido que o reclamante foi transferido diversas vezes durante a contratualidade, e que no período imprescrito somente a última transferência, para a agência de Salvador, perdurou por menos de três anos. Assim, é de se concluir que a decisão regional está em dissonância com a OJ 113 da SBDI-1 desta Corte. Precedentes...” (RR - 115-90.2013.5.05.0037, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 20/11/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/11/2018, destaquei).

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA



LEI Nº 11.496/2007. ACÓRDÃO TURMÁRIO COMPLEMENTAR PUBLICADO EM 19/09/2008. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. DEFINITIVIDADE. TEMPO DE DURAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA. FATO INCONTROVERSO. PROVIMENTO. 1. Hipótese em que o Órgão Turmário, ao examinar o recurso de revista interposto pela reclamada, registrou o entendimento de que seria inviável a análise da alegada afronta ao artigo 469, § 3º, da CLT, pois o Colegiado Regional deixou de registrar o tempo de duração da transferência em debate, impossibilitando a averiguação de sua definitividade. 2. Em que pese, porém, à vedação ao reexame de provas por este Tribunal, certo é que os fatos inequivocamente incontroversos, ainda que não registrados no acórdão regional, podem ser tomados em consideração em sede extraordinária. Precedentes: TST-E-AG-RR-227.888/95.4 e TST-E-RR-657218/2000.0, entre outros. 3. No caso dos autos, inexistia qualquer controvérsia quanto às questões de ordem fática, sendo certo que o reclamante, **após ter sido transferido, laborou na cidade de Cascavel - PR por quase 20 (vinte) anos**, período após o qual foi dispensado, continuando a ali residir. Tanto é o quanto basta ao pretendido enquadramento jurídico

dos fatos, sendo plenamente viável a análise da alegada afronta à letra do artigo 469, § 3º, da CLT. 4. Passando-se, então, ao exame da matéria de fundo $\frac{3}{4}$ a qual já se encontra pacificada no âmbito desta Corte Superior $\frac{3}{4}$, **conclui-se que o Colegiado Regional, ao deferir ao obreiro a pretensão relativa ao adicional de transferência, violou, efetivamente, a letra do artigo 469, § 3º, da CLT, que não determina o pagamento da aludida parcela quando definitiva a transferência do empregado.** 5. Recurso de embargos de que se conhece e a que se dá provimento”. (ED-AIRR e RR - 6843300-48.2002.5.09.0900, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 12/11/2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 20/11/2009, destaquei).

“ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA I - É preciso alertar para a evidência de o § 3º do artigo 468 da CLT não conceituar o que seja transferência provisória ou definitiva. Mesmo assim, para se identificar uma e outra dessas modalidades de transferência é imprescindível a utilização do fator tempo. II - Embora esse posicionamento reflita ampla subjetividade do intérprete, **não**

se pode considerar definitiva transferência que dure menos de três anos, a cavaleiro do que ministra a experiência do dia-a-dia de que nessa hipótese são fortes os vínculos do empregado com o município onde iniciara o trabalho. III - Se não é concebível reputar definitiva transferência com duração inferior a três anos, há caso de transferência de pequena duração em que é incontrastável a sua definitividade. É o que se verifica em relação à transferência para a cidade onde o empregado, embora tenha trabalhado por pouco tempo, haja sido dispensado, diante da inexistência de possibilidade de outra transferência no cotejo com a qual se pudesse indagar da sua provisoriedade, correndo presunção de ela o ser definitiva. IV - Tendo por norte o fato de a transferência de Brasília para Manaus ter durado menos de três anos, não paira dúvida de se identificar por sua provisoriedade, diferentemente da transferência para Juiz de Fora, cuja definitividade se extrai da constatação de ter havido ali a dissolução do contrato de trabalho. Recurso parcialmente provido...” (RR - 700-80.2007.5.10.0016, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 25/06/2008, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 01/08/2008,

destaquei).

Nesse contexto, considerando os curtos períodos de permanência da reclamante em cada filial da reclamada e também o retorno da autora ao local da admissão, entendo que foram provisórias as transferências efetuadas, com o intuito de atender ao interesse da reclamada, o qual cessou e a reclamante retornou para a sua residência de origem.

Assim, evidenciado nos autos que as transferências da autora possuíam caráter provisório, resta devido o pagamento do adicional de transferência.

No tocante ao pedido obreiro de reflexos da parcela e sendo certo que a pretensão foi efetuada de forma imprecisa na exordial, ratifico o entendimento primário de que é vedado pelo ordenamento jurídico a formulação de pedido genérico, nos termos do art. 324 do CPC/2015.

Nego provimento a ambos os recursos.

3.4. Labor prestado em domingos e feriados (recurso da reclamada)

O juízo de 1º grau assim decidiu quanto ao labor prestado em domingos e feriados:

“A reclamante postula a cominação de multas convencionais em virtude de haver trabalhado em

domingos e feriados seguidos, conforme fundamentação às fls. 11/13 dos autos.

A demandada refutou os pedidos, aduzindo que concedia folga compensatória pelo labor prestado aos domingos e que a reclamante sequer indicou os feriados trabalhados.

Em réplica a autora apontou, especificamente, por amostragem, os meses em que houve labor em tais condições.

Dispõem as normas coletivas (Cláusula 14ª) que “ Ficarà assegurado ao empregado que trabalhar em um feriado não poderá trabalhar no feriado subsequente” e que “ O empregado que trabalhar em feriado que coincida com o sábado, não trabalhará no domingo subsequente”, sob pena de cominação de multa no valor de 50% do salário de ingresso, por feriado trabalhado, a ser revertida em favor do empregado.

Compulsando detidamente as folhas de frequência carreadas aos autos, verifico que a reclamante laborou nos seguintes feriados subsequentes:

- 07 de junho (fl. 422), 07 de setembro (fl. 425), 15 e 30 de

novembro (fls.428/429) de 2012;

- 30 de maio (fl. 435) e 07 de setembro (fl. 436) de 2013; e

- 02 e 15 de novembro (fl. 475) de 2015.

A par de tais circunstâncias, condeno a reclamada ao pagamento da multa convencionada no valor de R\$ 1.440,00 em relação ao ano de 2012 (fl.61), R\$ 785,00 em 2013 (fl. 77) e R\$ 940,00 em 2015 (fl. 112), totalizando a quantia de R\$ 3.165,00 a esse título.

Quanto aos domingos, é certo que até a Convenção Coletiva de Trabalho de 2015/2016 não havia qualquer vedação a que o labor fosse prestado em domingos subsequentes, pois as normas coletivas anteriores apenas previam que “ O Comerciarío que laborar em um Domingo, necessariamente terá folga em outro Domingo, no decorrer do mês” conforme se extrai da Cláusula 13 das CCTs anexas.

Contudo, havia de ser assegurado o descanso em ao menos um domingo por mês, por força do que disciplina o item II da referida cláusula e o art. 6º, parágrafo único, da Lei 10.101/2000.

Assim, de 27/01/2012 a 30/04/2015, defiro a cominação da multa convencional em relação aos meses em que não foi concedida folga em pelo menos um domingo por mês, no valor da multa estipulada no item “e” da Cláusula 13 das normas coletivas aplicáveis ao período.

Entre 01/05/2015 e 30/09/2016, deverá ser paga à autora a multa convencional pelo labor prestado em domingos subsequentes, conforme se apurar em regular liquidação de sentença, com base nas folhas de ponto carreadas aos autos e nos valores estipulados na Cláusula 14ª, parágrafo terceiro, alínea “e” da CCT 2015/2016 e 13ª, parágrafo sexto, da CCT 2016/2017.

Defiro, também, o pedido formulado no item “VI” à fl. 22, vez que a Lei 10.101/2000, que determina a concessão do repouso hebdomadário uma vez por mês não derogou a norma especial de proteção ao mercado de trabalho da mulher consagrada no art. 386 da CLT. Assim, deve a demandada remunerar, na forma simples, os dias em que não houve a concessão da folga quinzenal aos domingos”. (fls. 667/668 do PDF)

A reclamada pretende afastar a condenação. Argumenta que durante parte do período compreendido entre 25/08/2012 a 01/12/2014 a reclamante laborou fora do Distrito Federal e, assim, as CCTs celebradas entre os sindicatos do Distrito Federal não poderiam ser aplicadas ao caso em tela e muito menos servirem de base para tal condenação, sob pena de ofensa aos princípios da unicidade sindical e da territorialidade.

Com relação ao período em que a reclamante laborou no Distrito Federal, sustenta que a apuração de eventuais trabalhos em feriados de forma subsequente deverá ser postergada para a fase de liquidação de sentença, na qual se verificará que raramente ocorria tal situação e que, quando eventualmente ocorria, havia a devida compensação e pagamentos correspondentes.

Sem razão.

De fato, como regra, com base no princípio da territorialidade, aplica-se ao trabalhador as normas coletivas do local de prestação de serviço.

Ocorre que, no caso concreto, em que foi reconhecido o caráter provisório das sucessivas alterações do local de trabalho da autora e o seu retorno ao local da admissão, não se justifica a alteração das condições de trabalho da reclamante, pois o reconhecimento de benefícios e salários menores previstos

nas CCTs de outros municípios ferem os princípios trabalhistas da inalterabilidade contratual lesiva e da irreduzibilidade salarial. Assim, as normas coletivas do local da contratação se incorporaram ao contrato da obreira.

Também improcede o requerimento de se postergar a apuração dos feriados laborados de forma subsequente para a fase de liquidação, pois o juiz de origem disse que analisou detidamente as folhas de ponto, não tendo a reclamada impugnado especificamente a conclusão do julgador quanto aos feriados citados na sentença recorrida.

Nego provimento.

3.5. Piso salarial e vale-alimentação (recurso da reclamada)

A reclamada pretende afastar a condenação ao pagamento de diferenças de piso salarial e de vale-alimentação deferidas na origem. Reitera os argumentos de que autora laborou fora do Distrito Federal, não se aplicando as CCTs celebradas entre os sindicatos do DF, sob pena de ofensa aos princípios da unicidade sindical e da territorialidade.

Sem razão.

A tese aventada pela reclamada quanto às normas coletivas a serem aplicadas à reclamante já se encontra superada, conforme fundamentos lançados

no tópico anterior.

Nesse contexto, indiscutível que as CCTs do Distrito Federal são aplicáveis ao caso concreto.

Nego provimento.

3.6. Despesas com táxi (recurso da reclamada)

O juízo de origem deferiu à autora o ressarcimento das despesas com táxi no exercício de suas atividades laborais, sob o fundamento de que a reclamada não impugnou de forma específica referidas despesas em contestação.

A reclamada pretende afastar a condenação. Argumenta que inexistem nos autos qualquer indício de que tais gastos tenham decorrido da atividade laborativa.

Sem razão.

De fato não houve impugnação da reclamada na contestação quanto ao pedido de ressarcimento de despesas com táxi aduzido pela reclamante na inicial, inovando a reclamada em sede recursal, razão pela qual mantenho a sentença de origem por seus próprios fundamentos.

Nego provimento.

3.7. Adicional de quebra de caixa (recurso da reclamante)

O juízo de 1º grau indeferiu o

pagamento do adicional em epígrafe nos seguintes termos:

“A autora postula o pagamento da gratificação por quebra de caixa, aduzindo que a reclamada descontava de seu salário as diferenças verificadas no caixa.

O pleito foi impugnado à fl. 199.

Em réplica, a autora aponta, com base nos documentos de fls. 161, 162, 170 e 174 o exercício da função de caixa, consignando que “ o documento de id. c0c55b7 [...] comprova a existência de descontos das diferenças do caixa no salário da reclamante” (fl. 638).

Contudo, o referido documento não é hábil, por si só, a comprovar a realização dos referidos descontos, pois não tem sequer relação com os períodos e valores constantes dos documentos de Id. 68052d9, 26d24c1,790451b e 3360c0b.

Assim, à míngua de provas sobre matéria carente de demonstração fática, a improcedência do pedido é decorrência que se impõe, pelo que julgo improcedente o pedido veiculado no item “X” à fl.22”. (fl. 669 do PDF)

A reclamante insiste na procedência do pleito alegando que

não houve impugnação específica da reclamada quanto aos documentos de fls. 161, 162, 173 e 174 do PDF, sendo que o exercício da função de caixa de forma simultânea à função de gerente é fato incontroverso nos autos. Sustenta ainda que o documento de fl. 394 do PDF, juntado pela reclamada, comprova a existência de descontos de diferenças de caixa em seu salário.

Reexamine.

Data venia ao entendimento de origem, tenho outra compreensão da prova dos autos.

A cláusula normativa que prevê o adicional de quebra de caixa dispõe o quanto segue:

“CLÁUSULA 17ª - GRATIFICAÇÃO POR QUEBRA DE CAIXA - As empresas que descontarem dos salários de seus empregados, no exercício efetivo da função de caixa, eventuais diferenças verificadas, pagará a estes, exceto nos casos de dolo, a título de quebra de caixa, um valor mensal equivalente a 15% (quinze por cento) de seu salário, enquanto no exercício da função.” (fl. 598 do PDF - CCT de 2016/2017)

Em análise dos contracheques da autora, verifico que existem, de fato, diversos descontos em valores variados

às folhas: 258, 260, 264, 266, 295, 297, 301, 303, 313, 371, 377, 394, 398 do PDF, sob as seguintes rubricas “DESC.V.T.N/USADO”, “DESC FALTA CAIXA” e “FALTA EM DINHEIRO”. Tais descontos ocorreram nos anos de 2011, 2012, 2015 e 2016.

Em contestação, a reclamada admite que a reclamante trabalhou eventualmente como caixa, mas sempre efetuou o pagamento do adicional de quebra de caixa quando isso aconteceu.

Em análise dos contracheques, não visualizo o pagamento do referido adicional de quebra de caixa à reclamante. A reclamada nada disse quanto aos descontos discriminados nos contracheques.

Observo que as rubricas dos descontos “DESC FALTA CAIXA” e “FALTA EM DINHEIRO” comprovam de forma cristalina as alegações iniciais e, com relação à rubrica “DESC.V.T.N/USADO”, a reclamada não explica do que se trata, presumindo-se também como descontos de diferenças de caixa.

Nesse contexto, restringindo-me aos anos em que ocorreram os efetivos descontos nos contracheques da autora e observando ainda a prescrição declarada, dou parcial ao recurso da reclamante para condenar a reclamada ao pagamento do adicional de quebra de provimento caixa nos anos de 2012, 2015 e 2016, conforme previsão nas respectivas

CCTs colacionadas aos autos.

3.8. Indenização por danos morais (recurso da reclamante)

O juízo de origem indeferiu a indenização por danos morais *in verbis*:

“A autora postula o pagamento de indenização por danos morais ao argumento de que sofria descontos indevidos no seu salário.

Contudo, os e-mails juntados aos autos não são aptos a comprovar, por si sós, os referidos descontos.

Ainda que assim não fosse, este juízo entende que a realização de descontos indevidos não causa, *in re ipsa*, dano ao patrimônio imaterial do trabalhador, sendo necessária a comprovação de prejuízo nesse sentido.

A esse respeito, confira-se o recente acórdão do TST, *verbis*:

[...] DESCONTOS INDEVIDOS NO SALÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. [...] O entendimento desta Corte, no que se refere à indenização por danos morais pelo atraso no pagamento dos salários (quando não ocorrido de forma reiterada) e das verbas rescisórias é no sentido da exigência da comprovação do dano moral, entendimento que

deve ser aplicado em relação aos descontos indevidos. Precedente. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR - 144700-89.2012.5.13.0025, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 27/09/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/09/2017)

Com esses fundamentos, julgo improcedente o pleito veiculado no item “XV”, à fl. 23”.(fls. 670/671 do PDF)

A reclamante insiste no pedido. Alega que a realização de descontos indevidos no salário do trabalhador importa em violação ao princípio da intangibilidade, expresso no art. 462 da CLT, e tem o condão de ofender a moral obreira, uma vez que o salário possui caráter alimentar, sendo destinado ao sustento do próprio empregado e de sua família.

De acordo com a reclamante, a reclamada realizava descontos em seu salário de maneira frequente, conforme comprovam os contracheques anexados aos autos. Sustenta que a reclamada intitulava tais descontos como “Vale”, contudo não houve adiantamento salarial nem a assinatura da reclamante anuindo com tais descontos, bastando analisar os documentos de fl. 329/330 do PDF.

Por fim, a reclamante alega que a reclamada não impugnou os emails de

fls. 150/156 do PDF.

Sem razão.

O mero desconto indevido, sem a comprovação individualizada de violação de direitos personalíssimos do trabalhador que venha a atingir sua honra, imagem ou intimidade não gera direito à percepção de indenização por dano moral.

Ainda que indevidos todos os supostos descontos efetuados pela reclamada, não há como se concluir pela violação de direitos da personalidade da reclamante, pois inserem-se no âmbito da reparação patrimonial.

Nego provimento.

3.9. Honorários de sucumbência (recurso de ambas as partes)

Assim decidiu o juízo, *a quo*, quanto aos honorários de advocatícios de sucumbência:

“Os honorários advocatícios sucumbenciais passaram a ser devidos, na Justiça do Trabalho, a partir da entrada em vigor do art. 791-B da CLT, inserido no Texto Consolidado pela Lei nº 13.467/2017, que implementou a Reforma Trabalhista. Segundo esse dispositivo, “ Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de

sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”.

Destarte, tendo sido sucumbente a reclamante no que tange aos pedidos veiculados nos itens “X” e “XV” da exordial, e a demandada no que tange aos demais pedidos, e levando-se em consideração o grau de zelo dos patronos das partes, o lugar de prestação dos serviços, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelos advogados e o tempo exigido para o seu serviço, este juízo decide arbitrar os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência recíproca em 10% sobre o valor atualizado dos pleitos indeferidos, a favor do advogado da reclamada, e em 10% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, quanto aos pleitos julgados procedentes, a favor da advogada do autor, vedada a compensação entre os honorários”. (fls. 671/672 do PDF).

A reclamada pretende afastar a condenação. Argumenta que nos termos do art. 6º da Resolução nº 221/18 do Tribunal Superior do Trabalho, somente

deve haver condenação sucumbencial em ações propostas após 11/11/2017.

A reclamante também pretende afastar a condenação alegando que, pela simples leitura da sentença de origem, é possível constatar que a reclamante sucumbiu na parte mínima dos pedidos, razão pela qual deve-se aplicar o art. 86, parágrafo único, do CPC. Sucessivamente, sustenta que se deve considerar suspensa a sua obrigação quanto o pagamento dos honorários advocatícios estipulados pela sentença, uma vez que esta é beneficiária da justiça gratuita. Por fim, a reclamante aduz que “o disposto no art. 791-A, § 4º, da CLT é inconstitucional, por ofender o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, bem como violar a dignidade humana do trabalhador, haja vista, principalmente, a natureza alimentar das verbas pleiteadas em reclamação trabalhista” (fl. 722 do PDF).

Pois bem.

Em atenção ao princípio da segurança jurídica, a condenação em verba honorária, nos termos da Lei nº 13.467/2017, aplica-se somente às ações ajuizadas após a sua entrada em vigor, não sendo o caso dos presentes autos.

O deferimento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, antes da vigência da Lei 13.367/17, sujeitava-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato

(Súmulas 219 e 329 do C.TST e OJ 305 da SDI-1).

No caso concreto, a reclamante não se encontra assistida por sindicato de sua categoria profissional.

Assim, **dou provimento** a ambos os recursos para afastar a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso da reclamada e, no mérito, **dou-lhe parcial provimento** para: 1) reconhecer a decisão *ultra petita* na sentença originária no tocante às horas extras e limitar a condenação ao pagamento das horas extras trabalhadas e não compensadas dentro do prazo de 120 dias, nos exatos termos da inicial e conforme previsão nas CCTs anexas. Fica mantida a sentença, contudo, quanto aos percentuais a serem aplicados, intervalos intrajornadas suprimidos, reflexos e labor noturno; e 2) afastar a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência. Conheço do recurso adesivo da reclamante e, no mérito **dou-lh e parcial provimento para:** 1) condenar a reclamada ao pagamento do adicional de quebra de caixa nos anos de 2012, 2015 e 2016; e 2) afastar a condenação ao pagamento dos honorários de sucumbência recíproca. Tudo nos termos da fundamentação.

Mantenho o valor arbitrado na origem, porquanto ainda compatível com o teor da presente decisão.

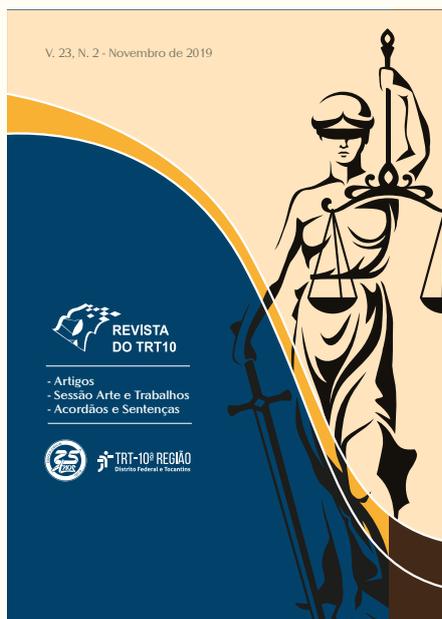
É o meu voto.

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, à vista do contido na respectiva certidão de julgamento, por unanimidade, aprovar o relatório, conhecer parcialmente do recurso da reclamada e conhecer do recurso adesivo da reclamante e, no mérito, dar-lhes parcial provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator. Vencido em parte o Desembargador João Amílcar quanto aos fundamentos relativos ao tema do adicional de transferência. Mantém-se o valor arbitrado na origem, porquanto ainda compatível com o teor da presente decisão. Ementa aprovada.

Brasília-DF, 10 de julho de 2019
(quarta-feira)
(data da realização da sessão).

MÁRIO MACEDO FERNANDES CARON
Desembargador Relator



PROCESSO nº 0000218-63.2019.5.10.000 - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO (1231)

RELATOR: DESEMBARGADOR BRASILINO SANTOS RAMOS

EXCIPIENTE: Andre Luiz Castro Abreu

ADVOGADO: Luis Renato de Campos Provenzano

EXCEPTO: Juiz Leader Machado

ORIGEM: MM. 2ª Vara do Trabalho de Araguaína

EMENTA

1. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ALEGAÇÃO DE INTERESSE DO MAGISTRADO NA CAUSA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRINCÍPIO DO CONVENCIMENTO MOTIVADO. Se o escopo da prestação jurisdicional é o de manutenção da paz social, ao

lado dessa importante função, reside o dever do Estado de agir com imparcialidade na solução dos conflitos. Dessarte, compete ao juiz (e ao Tribunal), por delegação do Estado, resolver os conflitos de interesses, aplicando ao caso a norma jurídica, concretizada em uma decisão. Ressalte-se que vigora no sistema processual brasileiro o princípio do livre convencimento motivado - arts. 832 da CLT e 371 do CPC -. Dessarte, o julgador possui liberdade para decidir a causa a si submetida, conforme seus critérios de entendimento, desde que, claro, arrime-se nos elementos constantes dos autos e fundamente a decisão (art. 93, inc.

IX, da CRFB). Essa concepção encontra agasalho no documento produzido pela Organização das Nações Unidas, denominado Princípios Básicos para a Independência do Judiciário (Princípios de Bangalore), em especial no ponto 40. Nessa perspectiva, a imparcialidade do juiz não significa que ele deva ser neutro em sua atividade de julgar. Dessa maneira, o mero fato de o julgador proferir decisão que contraria a pretensão da parte não se insere em nenhuma das hipóteses previstas no art. 145 do CPC. A parcialidade, aliás, deve ser efetivamente demonstrada, o que não se vislumbra na hipótese vertente. Ademais, erros de procedimento ou de julgamento e decisões contrárias ao interesse da parte não são passíveis de correção por meio de exceção de suspeição, cabendo, se assim desejar, manejar o recurso adequado para impugnar as razões de decidir. **2. Exceção de suspeição admitida e julgada improcedente.**

RELATÓRIO

Trata-se de exceção de suspeição arguida pelo reclamado nos autos da ação civil pública nº 0001349-67.2016.5.10.0812 em face do exmo. juiz da MM. 2ª Vara do Trabalho de Araguaína/TO, Leador Machado. Alega o excipiente que o magistrado

o condenou em obrigações de fazer, não fazer e de pagar, revelando, porém, a ausência de isenção para julgar a causa, configurada por meio de manifestações preconceituosas em relação à classe política e aos agropecuaristas, somados à militância política-partidária. Pede, assim, a declaração da suspeição do juiz, a nulidade do julgado e a determinação de remessa dos autos a outra autoridade julgadora (id 6bef14f). Junto aos autos os documentos constantes no id 51b340e.

O juiz excepto, id a4d5c60, prestou as informações necessárias e entendeu inexistir razões para acolhimento da exceção. Remeteu, pois, a exceção ao egr. Regional. Por entender desnecessária a produção de prova oral, a instrução foi encerrada, ao tempo em que recebido o incidente em seu efeito devolutivo (id bfee47e).

O Ministério Público do Trabalho, por meio de parecer, opinou pela admissão e rejeição da exceção, id b926623.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

A presente exceção ultrapassa a barreira da admissibilidade.

1. MÉRITO



O excipiente aduz que o juiz excepto revelou ter interesses extraprocessuais em relação à matéria tratada na demanda matriz. Refere que o magistrado desconsiderou todos os argumentos defensivos e agravou a condenação pelo fato de pertencente a “família de grandes agropecuaristas e políticos influentes no Estado do Tocantins” e “ser irmão da Senadora Kátia Abreu” e “sobrinho do Senador Irajá Abreu”. A parte assinala que, sem substância fática e sem qualquer precedente, o magistrado concluiu que ele cometeu crime relacionado a trabalho análogo a de escravo. Sustenta que os fundamentos apresentados na decisão e sua consequente condenação demonstraram a parcialidade e ojeriza do julgador, mormente “em relação aos agropecuaristas e políticos brasileiros, prejudicando-o pela existência desse vínculo.

Ressalta que pesquisou a vida pretérita do magistrado e descobriu sua militância partidária e advocacia exercida a favor do movimento sindical e da área trabalhista, fatos que corroboram o favoritismo do magistrado e predisposição para julgar em seu desfavor. Aponta para a participação do magistrado em evento da Frente Brasil Popular durante o trâmite da ação civil pública, o que demonstra a forte ligação com partidos de esquerda e retira sua imparcialidade para julgar.

Afirma que a conduta do julgador se insere na norma do art. 145, inc. IV, do CPC, de modo a pedir a declaração de sua suspeição, o reconhecimento da nulidade da r. sentença por ele proferida, remetendo-se o processo a outro juiz.

O instituto da imparcialidade é condição essencial para o exercício da função jurisdicional; constitui-se em pressuposto de validade do processo. Cabe salientar que a garantia de imparcialidade do julgador, conquanto não expressa na Constituição Federal, encontra agasalho implícito em seu texto (art. 95, por exemplo)

Além disso, esse pressuposto conta com previsão em instrumentos internacionais de direitos humanos. Colhe-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. X, que “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Também, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, que, em seu art. 14.1, dispõe: “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”.

De forma semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, art. 8.1.

Não poderia ser diferente, uma vez que se o escopo da prestação jurisdicional é o de manutenção da paz

social, ao lado dessa importante função, reside o dever do Estado de agir com imparcialidade na solução dos conflitos. Dessarte, compete ao juiz (e ao Tribunal), por delegação do Estado, resolver os conflitos de interesses, aplicando ao caso concreto a norma jurídica, concretizada em uma decisão.

Ressalte-se que vigora no sistema processual brasileiro o princípio do livre convencimento motivado, estampado nos arts. 832 da CLT e 371 do CPC, segundo o qual, apreciando adequadamente a prova, o julgador tem a liberdade para se convencer a respeito do direito e da justiça da solução a ser dada no caso concreto, consoante expõe Ruy Portanova (Princípios do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.245).

Essa concepção é assim sintetizada no documento produzido pela Organização das Nações Unidas, denominado Princípios Básicos para a independência do Judiciário (Princípios de Bangalore):

40. Na execução de suas funções, um juiz não é empregado de ninguém. Ele é um servidor da lei e da sua consciência, às quais resp onde, e a que é constantemente obrigado a examinar. É axiomático que, independente do sistema de recurso, um juiz que decide um caso não age sob nenhuma ordem ou instrução de um terceiro de dentro ou de fora do Judiciário. Nenhuma organização hierárquica do Judiciário ou diferença no grau ou classe interferirá, de algum modo,

no direito de um juiz pronunciar o julgamento livremente, sem influências de considerações extrínsecas (p. 58).

Dessarte, a liberdade prevista no ordenamento jurídico confere ao julgador liberdade para decidir a causa a si submetida, conforme seus critérios de entendimento, desde que, claro, arrime-se nos elementos constantes dos autos e fundamente a decisão. Nessa perspectiva, a imparcialidade do juiz não significa que ele deva ser neutro em sua atividade de julgar. “Não há violação ao dever de imparcialidade quando o juiz se empenha que seja dada razão àquela parte que efetivamente agiu segundo o ordenamento jurídico. Aliás, o que deve importar ao juiz é conduzir o processo de tal modo nas judiciosas palavras de que seja efetivo instrumento de justiça, que vença quem realmente tem razão”, Simone Figueiredo (In: Poderes do juiz e princípio da imparcialidade. Consultado em 5/6/2019. Disponível em <https://simonefigueiredoab.jusbrasil.com.br/artigos/112230058/poderes-do-juiz-e-principio-da-imparcialidade>).

Dessa maneira, o mero fato de o julgador proferir decisão que contraria a pretensão da parte não se insere em nenhuma das hipóteses previstas no art. 145 do CPC. A parcialidade, aliás, deve ser efetivamente demonstrada, o que não se vislumbra no caso.

Ademais, erros de procedimento ou de julgamento e decisões contrárias ao interesse da parte não são passíveis de correção por meio de exceção de

suspeição, cabendo à parte, valendo-se do princípio do duplo grau de jurisdição e se assim desejar, manejar o recurso adequado para impugnar as razões de decidir.

CONCLUSÃO

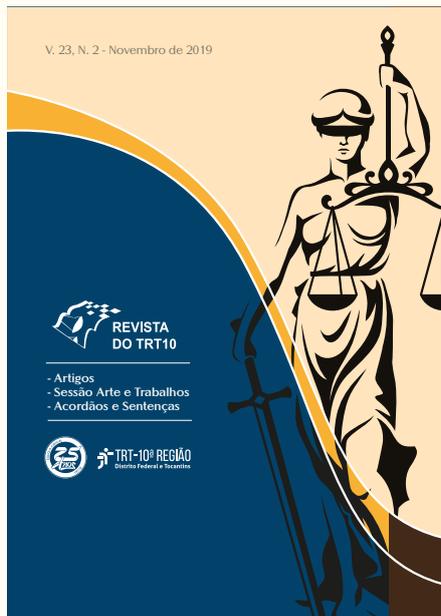
Ante o exposto, admito a exceção arguida e a julgo improcedente nos termos da fundamentação. Cientifique-se o i. juiz excepto para que prossiga no andamento do processo.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os integrantes da Segunda Seção Especializada do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, conforme certidão de julgamento a fls.retro, aprovar o relatório, admitir a exceção de suspeição e julgá-la improcedente. Cientifique-se o i. juiz excepto para que prossiga no andamento do processo. Nos termos do voto do Desembargador Relator.

Brasília (DF), 18 de junho de 2019
(data do julgamento)

Brasilino Santos Ramos
Desembargador Relator



PROCESSO nº 0000893-10.2016.5.10.0007 - ACÓRDÃO 2.ª TURMA/2019 (AGRAVO DE PETIÇÃO (1004))

RELATORA: DESEMBARGADORA ELKE DORIS JUST

AGRAVANTE: ANTÔNIO RICARDO ALVES COSTA

ADVOGADO: JOSÉ EYMARD LOGUÉRCIO

AGRAVADOS: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

ORIGEM: 7.ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

EMENTA

LIQUIDAÇÃO DE CÁLCULOS. DECISÃO EM IMPUGNAÇÃO PRÉVIA. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. NÃO CABIMENTO DE RECURSO. A nova redação dada ao § 2º do art. 879 da CLT pela Lei 13.467/2017,

embora tenha imposto ao juiz o dever de ofertar às partes prazo de oito dias para apresentarem impugnação fundamentada para a conta elaborada e liquidada, em nada alterou o momento para o definitivo debate da conta exequenda, o que só ocorre com a citação do devedor e garantia do juízo, nos moldes dos artigos 880 e seguintes e art. 884 da CLT, em seus §§ 2º, 3º e 4º. No caso, o exequente insurge-se contra a decisão proferida em impugnação prévia dos cálculos de liquidação, cuja natureza é interlocutória, observado o contraditório precário possibilitado às partes, o que obsta a interposição imediata

de recurso (artigos 893, § 1º, e 897, alínea a da CLT e Súmula/TST 214). Agravo de petição do exequente não conhecido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de petição interposto pelo exequente contra a decisão das fls. 772/774, proferida pela juíza Érica de Oliveira Angoti, da MM. 7ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, que acolheu parcialmente a impugnação aos cálculos ofertadas pelas partes após a elaboração de perícia contábil e esclarecimentos prestados a partir dos questionamentos formulados pelas partes.

O exequente aponta erro nos cálculos elaborados pelo perito porque não houve o recálculo do adicional de incorporação a partir de 11/03/2016, com dedução dos valores pagos pela CEF, para apuração das diferenças devidas; ante a adoção de índice de reajuste inferior ao aplicado pela CEF e observados os valores calculados a menor nos reflexos em 13º salário; férias; licença prêmio e APIP (fls. 784/790).

A CEF apresentou a conta de liquidação que entende devida, nos termos da decisão agravada, conforme resumo de cálculos das fls. 793/796, bem como ofertou contraminuta ao recurso do exequente às fls. 799.

Dispensada a manifestação do

Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 102 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO ADMISSIBILIDADE

O agravo de petição é tempestivo e regular, inclusive quanto à representação processual (fls. 13/14).

Todavia, dele não conheço porque a decisão que julga a impugnação prévia de cálculos prevista no § 2º do art. 879 não é passível de recurso imediato, dada a sua natureza de contraditório precário e decisão interlocutória.

Para melhor compreensão, descrevo a marcha processual imprimida ao feito após o trânsito em julgado da decisão de conhecimento.

Devolvidos os autos ao juízo de origem, foi determinada inicialmente, em 12/07/2017, a liquidação do feito pelo Setor de Cálculos deste Regional (fls. 474), mas, observada a manifestação da Contadoria mencionada à fls. 477, às partes foi deferido o prazo de vinte dias para apresentarem os cálculos que entendiam devidos (fls. 477).

O exequente manifestou-se pela nomeação de um perito contábil (fls. 479/480 e 481), pedido que foi acolhido

pelo juízo da execução em 03/10/2017, conforme despacho à fls. 483.

Apresentado o laudo contábil em 15/01/2018, às partes foi deferido prazo de oito dias para “impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão” (fls. 534), conforme assim prevê o § 2º do art. 879 da CLT, em sua nova redação.

O exequente manifestou-se às fls. 536/541 e a executada às fls. 557/566, com determinação de vista à reclamada da impugnação do exequente e intimação do perito para prestar esclarecimentos (fls. 567).

A executada apresentou petição à fls. 571/572 e houve nova determinação de intimação do perito (fls. 573), o qual prestou os esclarecimentos registrados no laudo complementar das fls. 575/601, acompanhado das planilhas das fls. 602/627.

Deferida vista às partes do laudo complementar, o exequente e a executada ofertaram suas manifestações às fls. 630/637 e 639/652, respectivamente, para as quais o perito foi intimado a prestar novos esclarecimentos que vieram aos autos às fls. 709/771.

Sobreveio, então, a decisão ora agravada que julgou parcialmente procedentes as impugnações aos cálculos ofertadas pelas partes.

A descrição cronológica das ocorrências processuais é importante para situar o regramento a que se submete a decisão da impugnação aos cálculos, de forma que, no caso, aplica-se a alteração inserida na CLT por intermédio da Lei 13.467/2017, segundo o qual:

Art. 879 - Sendo ilíquida a sentença exequenda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos.

§ 1º - Na liquidação, não se poderá modificar, ou inovar, a sentença liquidanda nem discutir matéria pertinente à causa principal.

§ 1º-A. A liquidação abrangerá, também, o cálculo das contribuições previdenciárias devidas.

§ 1º-B. As partes deverão ser previamente intimadas para a apresentação do cálculo de liquidação, inclusive da contribuição previdenciária incidente.

§ 2º Elaborada a conta e tornada líquida, o juízo deverá abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.

[...]

A inovação legislativa, embora tenha imposto ao juiz o dever de ofertar às partes prazo de oito dias para apresentarem impugnação fundamentada para a conta elaborada e liquidada, em nada alterou o momento para o definitivo debate da conta exequenda, o que só ocorre com a citação do devedor e garantia do juízo, nos moldes dos artigos 880 e seguintes e art. 884 da CLT, em seus §§ 2º, 3º e 4º.

Sob este viés, por não se tratar de decisão terminativa ou definitiva, a sentença que examinou a impugnação prévia a os cálculos periciais não comporta a interposição imediata de recurso, conforme artigos 893, § 1º, e 897, alínea a da CLT e Súmula/TST 214.

Neste sentido, transcrevo trecho da obra do Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017, de autoria dos Juízes Antonio Umberto Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Stany Morais Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto (2017, p. 461):

Em resumo, a partir de agora, as partes passam a ter o direito à impugnação prévia da conta de liquidação (contraditório prévio), mas a insurgência contra a decisão de liquidação, depois desse contraditório, dá-se em momento posterior, mediante prévia garantia do juízo (contraditório diferido). Assim, a parte irresignada com a

decisão que acolher ou rejeitar a impugnação prévia não poderá interpor de imediato o agravo de petição, recurso somente manejável quando sobrevier a decisão dos embargos à execução ou impugnação à sentença de liquidação ou qualquer ato jurisdicional que implique a extinção do processo (reconhecimento de prescrição intercorrente, por exemplo).

Porque inalterada a natureza interlocutória da decisão que aprecia a discussão prévia dos cálculos de liquidação no novo regramento dado ao § 2º do art. 879 da CLT, transcrevo precedente deste Colegiado, em caso análogo, na vigência da redação anterior do referido dispositivo:

CÁLCULOS. IMPUGNAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. A decisão que aprecia a impugnação aos cálculos prevista no artigo 879, § 2º, da CLT, revela natureza interlocutória, não comportando recurso imediato (CLT, arts. 893, § 1º e 897, alínea a; Súmula 214 do TST). Dessa forma, ao devedor é dado manifestar seu inconformismo com a sentença de liquidação pela via dos embargos à execução, por força da literalidade do art. 884, § 3º, da CLT. (Processo 0001411-46.2011.5.10.0016, Relator: Desembargador João Amílcar Silva e Souza Pavan, Julgamento:

12/03/2014; Publicação: 21/03/2014)

Registre-se, por oportuno, que, no caso, sequer foram iniciados os procedimentos executórios, porque ausente homologação dos cálculos de liquidação pelo juízo da execução, citação do devedor e fluência do prazo para garantia do juízo.

Não conheço, portanto, do agravo de petição do exequente.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, não conheço do agravo de petição do exequente, ante a natureza interlocutória da decisão proferida em impugnação prévia aos cálculos.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento, decidir, por unanimidade, aprovar o relatório e não conhecer do agravo de petição interposto pelo exequente, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Ementa aprovada.

Brasília (DF), sala de sessões, 5 de junho de 2019.

Elke Doris Just
Desembargadora Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

Voto do(a) Des(a). ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA

A eminente Relatora não conhece o apelo, considerando a decisão homologatória de cálculos, mesmo após a alteração do artigo 879 pela Lei nº 13.467/2017, como meramente interlocutória e não passível de recurso de imediato.

Requeri vista para melhor reflexão, retornando os autos para acompanhar a eminente Relatora.

A alteração significativa ocorrida no artigo 879, § 2º, da CLT, a partir da Lei nº 13.467/2017, retirou o caráter antes facultativo da vista prévia para impugnação aos cálculos, sob pena de preclusão, como decorrente da alteração inicial empreendida então pela Lei nº 8.432/1992, inclusive resultando na duplicidade de modelos de exame dos cálculos de liquidação (com ou sem vista prévia às partes), para, doravante, resultar em modelo único, em que o Juiz da Execução “deverá abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.”

Num primeiro momento, causa perplexidade, então, a consideração de irrecorribilidade de imediato da decisão

homologatória de cálculos, a partir do novo modelo processual, porque, por óbvio, se as partes não podem depois discutir mais a conta em relação à qual tenham silenciado ou não apresentado a indicação prévia e precisa dos objetos de irrisignação, como exige o artigo 879, § 2º, da CLT, o efeito da preclusão resulta nada haver a discutir nos embargos que poderá, depois, garantida a execução, vir a opor, sendo o Executado, ou, sendo o Exequente, mediante a impugnação posterior, conforme disposto no artigo 884 da CLT.

Com efeito, operada a preclusão para a discussão dos cálculos, emerge ilógico, então, possa a parte opor embargos ou impugnação, senão para outros objetos ou para refutar, exatamente, a declaração de preclusão.

Nesse sentido, caminhava para considerar que, com a alteração empreendida pela Lei nº 13.467/2017, o modelo estabelecido para o artigo 879, § 2º, da CLT, resultaria, então, na recorribilidade imediata, por agravo de petição, inclusive para a saudável consolidação do valor da liquidação alcançada, evitando os desgastes da exigência de garantia despropositada ou de retomada de discussões acerca de valores, que poderiam ser ultrapassadas para a concentração em discussões próprias à fase constritiva ou de eventual discussão da própria extinção da execução, por alguma das hipóteses pertinentes.

Contudo, se percebo essa como a possível intenção primeira do legislador, não se concluiu por bem o arcabouço pertinente à fase de liquidação de sentença trabalhista, por quanto deixado

incólume pela reforma empreendida pela Lei nº 13.467/2017 o artigo 884, § 3º, da CLT, quando assevera que “Somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação, cabendo ao exequente igual direito e no mesmo prazo.”

O preceito pertinente aos embargos à execução e à impugnação posterior do exequente, portanto, acaba por remeter a discussão da decisão homologatória dos cálculos, mesmo agora sob o crivo do exame de efeitos preclusivos por eventual falta de impugnação prévia ou por impugnação apresentada em desconformidade ao exigido pelo artigo 879, § 2º, da CLT, ao reexame posterior em sede de embargos à execução ou de impugnação de exequente, pela exigência descrita pelo artigo 884, § 3º, da CLT, ainda que então para o reexame judicial da discussão contábil, em relação a os aspectos não precluídos, ou então para a reavaliação dos efeitos preclusivos que hajam sido de clarados, caso em que, mantidos, os embargos ou a impugnação, no particular, sequer ensejarão conhecimento, com devolução eventual ao Tribunal apenas para esse aspecto processual, se for a situação.

A consideração assim havida emerge, por óbvio, do aspecto hermenêutico clássico pertinente a não haver preceito legal inútil, no que resulta, então, que se o legislador pátrio, ao empreender a reforma decorrente da Lei nº 13.467/2017, alterou o artigo 879, § 2º, da CLT, sem alterar o artigo 884, § 3º, assim o fez para consolidar modelo único de exame dos cálculos de liquidação e para enunciar os efeitos preclusivos decorrentes

do silêncio ou da falta de fundamentação adequada quando da impugnação prévia, sem alterar os efeitos interlocutórios não-terminativos e assim a irrecorribilidade de imediato, dada a exigência persistente de que a própria decisão de liquidação apenas se considera impugnada quando da oposição de embargos pelo exequente, garantida a execução, ou da impugnação posterior do credor.

Há que se perceber, então, que a impugnação prévia descrita pelo artigo 879, § 2º, da CLT, dirige-se ao cálculo de liquidação, ainda passível do exame judicial, enquanto os embargos e a impugnação posterior, descritos pelo artigo 884, § 3º, da CLT, dirigem-se à decisão homologatória e não mais aos cálculos que lho antecedem.

Conquanto entenda fosse razoável o modelo de devolutividade imediata da questão da liquidação à instância revisional, inclusive para evitar a oneração indevida do devedor em caso de manifesta dissonância dos valores apurados com a coisa julgada estabelecida, curvo-me à compreensão de que o legislador, ao menos por ora, tendo deixado incólume o artigo 884, § 3º, da CLT, enunciou efeitos preclusivos à falta de impugnação prévia ou de impugnação desfundamentada ou inoportuna, sem desconsiderar o reexame primeiro das discussões contábeis, quando for o caso, ao próprio Juízo da Execução, praticamente deslocando aos embargos do devedor e à impugnação posterior do credor o efeito que se poderia considerar ao agravo de petição, noutra situação, não houvesse o preceito mantido resultado na persistência do caráter interlocutório não-terminativo da decisão homologatória dos

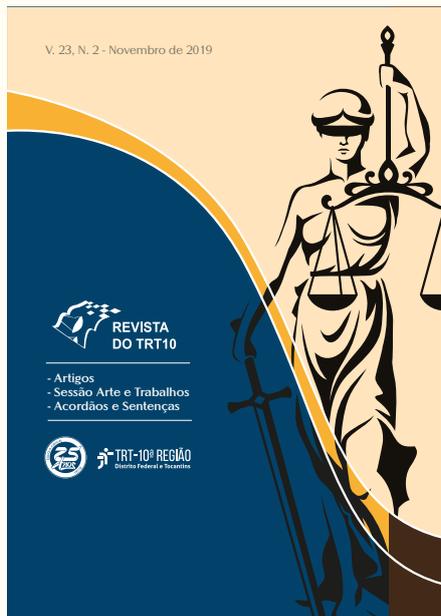
cálculos de liquidação trabalhista.

Consequentemente, ao menos por ora, a discussão havida em razão de impugnação prévia aos cálculos se devolve ao próprio Juízo da Execução, na forma do artigo 884, § 3º, da CLT, ainda quando para enunciar, no campo da inadmissibilidade dos embargos ou da impugnação posterior, haver ocorrido a preclusão à rediscussão pretendida que, por óbvio, apenas pode trafegar nos limites do que não haja antes precluído.

Apenas depois, então, proferida a sentença que examine os embargos ou a impugnação posterior do credor, caberá a interposição de agravo de petição, na forma do artigo 897 da CLT, para o reexame pelo Tribunal das matérias devolvidas à instância regional.

Concluindo, acompanho a eminente Relatora para também, com os presentes acréscimos, não conhecer o agravo de petição interposto pelo Exequente.

ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA
Desembargador



RECURSO ORDINÁRIO 0001089-61.2017.5.10.0001

RELATOR: DESEMBARGADOR ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA

RECORRENTE: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL - FENADSEF

ADVOGADO: VALMIR FLORIANO VIEIRA DE ANDRADE

RECORRIDA: COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB

ADVOGADO: PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA

RECORRIDA: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO - CNC

ADVOGADO: ANTONIO LISBOA CARDOSO

RECORRIDA: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO - CNTC

ADVOGADO: JOÃO VICENTE MURINELLI NEBIKER

EMENTA

SINDICAL: REPRESENTAÇÃO DOS EMPREGADOS PÚBLICOS DA CONAB - COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO (EMPRESA PÚBLICA FEDERAL) EM GRAU SUPERIOR: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL - FENADSEF.

Os empregados públicos da CONAB não são comerciários, por não se envolver a empresa estatal em comércio atacadista ou varejista, mas em regulação de

mercado e estoques estratégicos de produtos alimentares (produção, armazenamento e abastecimento nacional, além de garantias ao produtor rural), como atividade típica do Estado, sendo assim representados pelas entidades sindicais representativas dos trabalhadores no serviço público federal e, no âmbito superior, pela federação sindical pertinente.

Como a empresa estatal tem alcance nacional e quadro assim estruturado, a federação sindical representativa dos trabalhadores no serviço público federal deve atuar na negociação coletiva envolvendo os empregados públicos da CONAB (Constituição Federal, artigo 8º, III e VI).

Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido.

RELATÓRIO

Contra a sentença da lavra da Exma. Sra. Juíza Substituta Elysangela de Souza Castro Dickel, na MM. 1ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, que rejeitou as preliminares de inépcia, de ilegitimidade ativa, de litispendência e de coisa julgada, acolheu o ingresso da CNC e da CNTC como assistentes litisconsorciais e rejeitou igual ingresso da ASNAB e, no

mérito, julgou improcedentes os pedidos elencados na exordial, recorreu a Federação-Autora (FENADSEF) requerendo a reforma do julgado, assim declarando-os como legítimos representantes da categoria dos empregados públicos da Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB. Custas recolhidas. Juntou documentos.

Contrarrazões apresentadas pela CONAB e pela CNTC, permanecendo inerte a CNC.

Parecer ministerial pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

(1) ADMISSIBILIDADE

A CNTC invoca, em preliminar, a inadmissibilidade do apelo por deserto, alegando não haver recolhimento de depósito recursal.

Ocorre que a causa é meramente declaratória e não envolve antecipação executiva ou garantia similar, pelo que não se há que falar em depósito recursal, mas apenas em custas, devidamente recolhidas, pelo que preparado o apelo.

Rejeito a preliminar de inadmissibilidade.



O recurso ordinário interposto é tempestivo e regular, assim como as contrarrazões: conheço.

Observo, contudo, haver cópia do apelo, protocolada em mesmo dia e horário, apenas com a indicação do timbre, pelo que, considerada a unirrecorribilidade, apenas examino o primeiro apelo sindical: não conheço o segundo apelo interposto.

Também não conheço os documentos juntados com o recurso, eis que não se evidenciam como novos.

(2) MÉRITO

O MM. Juízo de origem indeferiu a pretensão exordial, no que recorre a Federação Autora no sentido de se declarar os empregados da Ré sindicalmente enquadrados nos sindicatos dos trabalhadores de serviços públicos federais em cada Estado e assim, em grau superior, da Federação ora Recorrente, sob o fundamento de que a atividade da CONAB não é comercial e assim não são comerciários seus empregados públicos, mas vinculada à atividade de estoque regulador nacional e abastecimento, além de garantia de renda ao produtor rural, envolvendo atividade de Estado em função estratégica do Governo Federal, invocando ainda precedente desta egrégia Segunda Turma em favor da tese inicial.

Assiste razão à Recorrente.

A controvérsia posta na presente demanda refere-se à representatividade sindical dos empregados públicos da CONAB (Companhia Nacional de Abastecimento).

No polo ativo do processo está a FENADSEF como agregadora de diversos sindicatos representantes de servidores públicos federais.

Ao apreciar o RO-0001389-88.2011.5.10.0015, esta egrégia Segunda Turma Regional, por acórdão da minha lavra, considerou a representação dos empregados públicos da CONAB a cargo dos sindicatos de trabalhadores no serviço público federal, restando assim ementado o acórdão:

EMENTA:

SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS: CONSIDERAÇÃO DA EXPRESSÃO “LATO SENSU” SE E ENQUANTO DEFERIDO REGISTRO SINDICAL OU EXISTENTE PRÉVIO ESTATUTO AVERBADO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO A RECONHECER O ALCANCE DA REPRESENTAÇÃO SINDICAL TAMBÉM DE EMPREGADOS PÚBLICOS, SOB PENA DE LEITURA RESTRITIVA PARA CONSIDERAÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE APENAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS “STRICTU SENSU”, ASSIM OS SOB REGIME ESTATUTÁRIO.

Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido.

Na ocasião, apenas não foram considerados como representantes sindicais as entidades que tinham representação restrita a servidores públicos estatutários, mas tal não se percebe na representação federativa da parte Autora, que alcança os empregados públicos federais.

Por isso, na mesma linha, tenho como legítimos representantes da categoria que agrega os empregados públicos da CONAB (Companhia Nacional de Abastecimento) os Sindicatos vinculados à Federação Autora, assim legítima representante sindical em grau superior, levando-se inclusive em consideração a atividade preponderante da CONAB, que envolve as políticas públicas de armazenamento e abastecimento alimentar, além de garantias ao produtor rural, distanciadas da atividade meramente comercial para alcançar finalidade diversa, típica do Estado, no campo estratégico da segurança alimentar nacional.

Os empregados públicos da CONAB não são, portanto, comerciários, não se envolvendo a empresa estatal em comércio atacadista ou varejista, mas em regulação de mercado de produtos alimentares, como a atividade típica do Estado, cumprindo-lhe regular estoques e valores mínimos de produtos alimentares, inclusive em garantia do

produtor rural, com atuação na produção, armazenamento e abastecimento nacional de alimentos.

Nesse desiderato, observo que o acórdão regional referido já salientara, então, que, a par da representação sindical reconhecida, não se havia como admitir pudessem os sindicatos locais negociarem coletivamente em prol e além da sua base territorial, atingindo interesses de empregados da CONAB de bases diversas, ou mesmo obter negociação exclusiva para seus representados, porquanto a afetar, assim, a estrutura nacional da empresa e a perverter a isonomia necessária entre seus empregados, citando então, no particular, precedente da Colenda Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho quando descreve que “(...) em dissídios coletivos suscitados perante o Tribunal Superior do Trabalho, em face de empresa de âmbito nacional, os legitimados a figurar no processo são as federações e confederações de trabalhadores (...)” “(...) Logo, não se legitimam para a causa os Sindicatos profissionais Suscita ntes, todos de base estadual (...)” (TST - SDC, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro - DC 7535-86.2011.5.00.0000 - Acórdão publicado no DEJT de 21.06.2012).

Contudo, no campo sindical negocial, a Federação Autora assume, então, papel de relevo pela congregação das entidades sindicais de base.

Por isso, emerge procedente o pedido de declaração da Federação Autora como regular representante sindical da categoria dos empregados públicos da CONAB, para participação das negociações coletivas, com nulidade, a teor do artigo 8º, III e VI, da Constituição Federal, daquelas em que obstada a participação devida.

Com relação às multas pretendidas na exordial, observo que a causa tem natureza declaratória e não permite envolver obrigação de fazer para fato incerto e ainda não ocorrido, sendo certo que, em havendo caso concreto que inobserve, relativamente àqueles reconhecidos como representantes, a devida representação para a negociação coletiva, tal fato deverá ser trazido em demanda própria e não em indevido desdobramento da presente causa.

Os pedidos exordiais emergem parcialmente procedentes, nos limites das declarações requeridas, pelo que dou parcial provimento ao apelo.

(3) CONCLUSÃO

Concluindo, rejeito a preliminar de inadmissibilidade, conheço o recurso ordinário interposto pela Federação Autora e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, assim para declará-la a legítima representantes da categoria dos empregados públicos da CONAB,

em grau sindical superior (federativo), sobretudo para participação obrigatória nas negociações coletivas envolvendo a empresa pública e seus empregados públicos, nos termos da fundamentação.

Consequentemente, inverte o ônus da sucumbência, mantendo as custas em R\$ 100,00, calculadas sobre o valor dado à causa de R\$ 5.000,00, agora a cargo das Rés.

É o voto.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os os integrantes da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento: aprovar o relatório, conhecer e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Ementa aprovada.

Brasília (DF), 22 de maio de 2019.
(data do julgamento)

Alexandre Nery de Oliveira
Desembargador Relator