



Revista do Tribunal Regional
do Trabalho da 9ª Região

EDIÇÃO ESPECIAL

REFORMA TRABALHISTA

Estudos desenvolvidos
pela Escola Judicial
do TRT da 9ª Região



COORDENADORAS

Morgana de Almeida Richa

Ana Paula Sefrin Saladini

Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

EDIÇÃO ESPECIAL

REFORMA TRABALHISTA
Estudos desenvolvidos pela Escola Judicial do
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região

Coordenadoras
MORGANA DE ALMEIDA RICHIA
ANA PAULA SEFRIN SALADINI
NANCY MAHRA DE MEDEIROS NICOLAS OLIVEIRA

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

PRESIDENTE

Desembargadora Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu

VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Nair Maria Lunardelli Ramos

CORREGEDOR REGIONAL

Desembargador Sérgio Murilo Rodrigues Lemos

CONSELHO ADMINISTRATIVO DA ESCOLA JUDICIAL

Desembargador Cassio Colombo Filho (Diretor)

Desembargador Aramis de Souza Silveira (Vice-Diretor)

Juíza Titular Morgana de Almeida Richa (Coordenadora)

Juiz Titular Luciano Augusto de Toledo Coelho (Vice-Coordenador)

Desembargador Célio Horst Waldraff

Desembargador Eliázer Antonio Medeiros

Juiz Titular Marcus Aurelio Lopes

Juiz Titular Leonardo Vieira Wandelli

Juíza Substituta Vanessa Karam de Chueiri Sanches

Juiz Substituto Roberto Wengrzynowski

Juíza Substituta Camila Gabriela Greber Caldas (Presidente da AMATRA IX)

Capa: Assessoria da Escola Judicial - TRT 9ª Região

Catálogo na Fonte: Núcleo de Biblioteca - TRT 9ª Região

Diagramação e impressão: Hellograff Artes Gráficas Ltda.

Endereço eletrônico: www.trt9.jus.br

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região/ Tribunal Regional do Trabalho. Escola Judicial; v. 1, n. 1, 1976 -. Curitiba, 1976.

Semestral até o v. 16, n. 2, 1991.

Anual a partir do v. 17, n.1, 1992.

Semestral a partir do v. 21, n. 1, 1976.

Semestral com numeração contínua a partir do ano 27, n. 47, 2002.

Edição comemorativa de 2003, v. 28, n. 50, somente em CD-ROM.

Anual a partir do v. 39, n. 70, 2013.

ISSN-0100-5448 CCN-0685/7-8

1. Direito do trabalho - Periódicos. 2. Direito processual do trabalho - Brasil. 3. Justiça do Trabalho. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (9. Região).

CDU 331:34(05)

SUMÁRIO

PARTE I	
ASPECTOS GERAIS	7
1.1 A proposta de estudo sobre a Reforma Trabalhista pela Escola Judicial do TRT da 9ª Região	9
1.2 O desenvolvimento da Reforma Trabalhista no projeto acadêmico de 2018.....	15
1.3 Análise pedagógica da proposta desenvolvida em EAD e nas atividades presenciais	23
PARTE 2	
A PEDRA BRUTA: DIREITO MATERIAL NA REFORMA TRABALHISTA	29
2.1 Material didático do Curso de EAD	31
2.1.1 MÓDULO I: Incidência das alterações promovidas pela reforma sobre contatos em vigor. Direito intertemporal.	33
2.1.2 MÓDULO II: Autonomia e novas regras contratuais. Vínculo de Emprego. Empregado Hipersuficiente.	47
2.1.3 MÓDULO III: Limites na Negociação Coletiva. Liberdade Negocial. Autonomia Privada Coletiva. Art. 611 “A” e “B” Ultratividade da Norma Convencional. ...	55

2.1.4 MÓDULO IV: Jornada de Trabalho. Banco de Horas. Tempo à Disposição Jornada in itinere e intervalo intrajornada.	67
2.1.5 MÓDULO V: Nova disciplina do Dano Moral e seus efeitos.....	87
2.1.6 MÓDULO VI: Remuneração. Verbas salariais. Gorjetas. Equiparação Salarial.	103
2.1.7 MÓDULO VII: Rescisão Contratual. Dispensa coletiva. Termo de Quitação. Transação Extrajudicial.	125
2.2 As contribuições ao longo das discussões: os fóruns de debate	143

PARTE 3

LAPIDAÇÃO: DIREITO PROCESSUAL E REFORMA 179

3.1 Material didático do Curso de EAD Direito Processual.....	181
3.1.1 MÓDULO I: Reflexos das modificações na prática da audiência trabalhista.	183
3.1.2 MÓDULO II: Os impactos na hora de sentenciar.....	213
3.1.3 MÓDULO III: Readequações na rotina de despachar	241
3.1.4 MÓDULO IV: Reflexos na execução	277
3.2 As contribuições ao longo das discussões: os fóruns de debate.....	301

PARTE 4

O MOSAICO: DISCUSSÕES E CONCLUSÕES EXTRAÍDAS DOS DEBATES REALIZADOS NA 8ª SEMANA

INSTITUCIONAL DO TRT DO PARANÁ 335

4.1 Reflexos das Alterações Processuais na Audiência Trabalhista.....	337
4.2 Direito intertemporal e remuneração	339
4.3 Negociado Versus Legislado	343
4.4 Honorários de Sucumbência e Justiça Gratuita	345
4.5 Jornada de Trabalho	349

PARTE 5

AS CONFERÊNCIAS PROFERIDAS NA

8ª SEMANA INSTITUCIONAL 353

5.1 Conferência Magna e Primeira Conferência Internacional <i>Prof. Doutor Luís Miguel Poiares Pessoa Maduro</i>	355
--	-----

5.2 Segunda Conferência Internacional	
<i>Prof. Doutor Marco Olivetti</i>	373
5.3 Sistema Recursal no TST após a Reforma Trabalhista	
<i>Ministro Breno Medeiros</i>	387
5.4 Hermenêutica Jurídica	
<i>Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior</i>	397
5.5 Prevalência do Negociado sobre o Legislado	
<i>Ministro Douglas Alencar Rodrigues</i>	411
5.6 A modernização da Legislação Trabalhista e a Instrução Normativa 41/2018	
<i>Ministro Aloysio Corrêa da Veiga</i>	425

PARTE 6

CONSIDERAÇÕES FINAIS	437
-----------------------------------	------------

REFERÊNCIAS	439
--------------------------	------------

ANEXOS:

FUNDAMENTOS NORMATIVOS	445
-------------------------------------	------------

ANEXO I: Lei Nº 13.467/2017.....	447
ANEXO II: Medida Provisória Nº 808/2017	475
ANEXO III: Instrução Normativa TST Nº 41/2018.....	483
ANEXO IV: Recomendação TST Nº 3/2018.....	487
ANEXO V: Provimento CGJT Nº 1/2019.....	489

PARTE I
ASPECTOS GERAIS

**1.1 A proposta de estudo sobre a
Reforma Trabalhista pela Escola
Judicial do TRT da 9ª Região**

A REFORMA TRABALHISTA NA ESCOLA JUDICIAL DO TRT-PR

CÁSSIO COLOMBO FILHO

“A evolução do ser humano é a evolução de sua consciência; e a evolução da consciência é a evolução da cultura”

GOFFREDO TELLES JÚNIOR

O conhecimento do direito e das relações sociais constitui a base de atuação dos magistrados trabalhistas, pelo que seu domínio deve ser pautado em standards - patamares mínimos comuns de competência e performance que possibilitem uma atuação judicial independente, para preservação do estado democrático do direito e asseguarção dos direitos dos cidadãos.

Há consenso mundial no sentido de que juízes têm de ser submetidos a uma formação sólida e própria, além de constantemente capacitados, pelo que a existência de entidades diretamente voltadas à formação e ao aperfeiçoamento de magistrados tornou-se imperativo em muitas culturas, levando à instalação de entidades institucionais exatamente para este fim.

A Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região integra este rol de instituições, sendo responsável pelo design, conteúdo e implementação da educação judicial da magistratura do trabalho paranaense e dos auxiliares da Justiça, cuja ampla produção acadêmica tem o registro impresso nessa edição especial temática da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, edição 2018-2019.

Muito honrado pela confiança depositada por meus pares na nobre missão de conduzir a Escola Judicial do TRT da 9ª Região, biênio 2018/2019, primeiro dirigente eleito na história deste Tribunal, assumi o cargo de Diretor da Escola com grande entusiasmo e planos de incrementar a formação inicial e continuada de

magistrados e servidores, seguindo três linhas prioritárias de desenvolvimento: 1ª) técnico-científica; 2ª) tecnológica; 3ª) neurocientífica.

Para a formação técnico-científica, em 2018, os dois grandes focos foram: **direito previdenciário**, em especial na área de previdência privada complementar, até para atender a demanda imediata de magistrados e servidores quanto ao FUNPRESP-JUD e, também debates relacionados às propostas de “reforma da previdência”; e **alterações decorrentes da chamada “reforma trabalhista”**, implementada pelas Leis 13.429 e 13.467, ambas de 2017, que causaram grande perplexidade dado o elevado número de alterações e mudança das estruturas relacionadas ao mundo do trabalho.

A fim de sistematizar o estudo da “reforma trabalhista”, optei por dividi-la em quatro grandes eixos: 1º) *modernização da legislação trabalhista*; 2º) *diminuição dos custos de contratação*; 3º) *negociado sobre o legislado*; e 4º) *contenção da litigiosidade*. O passo seguinte foi estabelecer programa de estudos e desenvolver estratégia de abordagem das questões mais relevantes.

Ao longo do ano realizamos diversos eventos e seminários, presenciais e “ensino a distância” – EaD, nos quais preocupamo-nos em evitar discussões norteadas por ideologias, para desbordar as barreiras decorrentes da polarização emanada dos debates políticos envolvendo eleições dos Poderes Executivo e Legislativo. Também buscamos prestigiar a “prata da casa”, com a realização de treinamentos que oportunizaram a atuação de membros da própria magistratura paranaense, na condição de instrutores.

Sob a gerência da Coordenadora Pedagógica da Escola Judicial, Juíza Morgana de Almeida Richa, formou-se espontaneamente um grupo de magistrados comprometidos com a construção do conhecimento, constituído pelos Juízes Ana Paula Sefrin Saladini, Leonardo Vieira Wandelli, Luciano Augusto de Toledo Coelho, Vanessa Karam de Chueiri Sanches e pela colega aposentada Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira, que participaram como professores e monitores nos cursos de EaD.

Um pensamento também me moveu: “ninguém merece ficar assistindo a vídeo-aulas nas quais um professor fala por horas sobre um assunto maçante, ou ficar dias e dias sentado ouvindo palestras”. A meu ver, e com o devido respeito a quem adota tais práticas, a *andragogia*, assim entendida como “a arte ou ciência de orientar adultos a aprender” (Malcolm Knowles), requer mais, muito mais.

O ensino de adultos, ainda mais juízes, portadores de elevada capacidade intelectual e profundo conhecimento jurídico, não pode limitar-se ao sistema de aulas discursivas nas quais o instruendo fica inerte ouvindo, vendo ou assistindo a monólogos de supostos mestres que nem sempre têm conhecimento ou intelecto superior ao de seus alunos.

Os termos constantemente evocados em minha mente eram “ensino construtivista”, a partir dos interesses dos instruendos e “interação” mediante participação ativa dos alunos.

Após planejamento, que envolveu o debate entre o Conselho Administrativo e a equipe de servidores da Escola Judicial, surgiu o nome da educadora Ritze Pereira Ferraz da Costa, a qual apresentou um novo modo de desenvolver o Ensino a Distância, com propostas de “metodologias ativas de conhecimento”.

Pronto: estabelecemos objetivos sistematizados, plano de ensino, métodos, equipe científica, corpo docente e equipe de apoio. A partir daí, todos arregaçaram as mangas e desenvolveram um trabalho árduo e profícuo, cuja preparação demandou muito tempo, criatividade e suor, e culminou na realização da 8ª edição da Semana Institucional da Magistratura. O encontro reuniu cerca de 170 magistrados de 1º e 2º graus do Tribunal do Trabalho Paranaense, no período de 10 a 13 de setembro de 2018, com atividades que tomaram os dias inteiros em tais períodos.

Além do conteúdo denso das palestras voltadas para os quatro eixos da reforma trabalhista, juristas de renome nacional e internacional, dentre os quais diversos ministros do Tribunal Superior do Trabalho, ocuparam-se das palestras, seguidas de atividades práticas de metodologias ativas de conhecimento, que utilizaram as técnicas: World Café, Debate em Quatro Cantos, Aprendizagem baseada em Problemas, Rotação por Colmeias e Sessão Dialogada/Cumbuca - atividades essas coordenadas pela já nominada equipe científica.

O resultado foi participação massiva e ativa dos colegas magistrados e uma avaliação extremamente positiva de todos os envolvidos.

Particularmente, percebi uma expressiva mudança, decorrente da quebra de paradigmas educacionais e de métodos de trabalho, profissionais e democratizados, que abre caminho para que prossigamos no período que ainda nos resta de gestão.

Esta publicação contém um pouco de todo este trabalho, uma compilação de estudos e atividades da “8ª Semana Institucional”, com profundas lições, como as do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, impressões internacionais de Miguel Poiars Maduro e Marco Olivetti, e explicações de Ministros do TST, além dos resultados das comissões temáticas. Material rico e genuíno, construído sobre fundamentos teóricos, que foram desenvolvidos na prática.

Mais uma vez, com humildade agradeço a confiança que me foi depositada, congratulando-me com todos os que colaboraram para concretização deste projeto, e desejo boa e proveitosa leitura!

Curitiba, 1º semestre de 2019.

**1.2 O desenvolvimento da
Reforma Trabalhista no projeto acadêmico de 2018**

MORGANA DE ALMEIDA RICHÁ

“A existência em si, por sua própria natureza, nunca é isolada. Existe apenas na comunicação e na consciência da existência dos outros. (...) a existência só pode se desenvolver na vida compartilhada dos seres humanos que habitam num mundo dado, comum a todos eles”.

HANNAH ARENDT

Um dos maiores desafios das Escolas Judiciais dos Tribunais do país está na construção de modelos de formação e aperfeiçoamento de juízes e servidores que, dada a relevância das funções que exercem, demandam contínua qualificação profissional específica e atualização.

O conhecimento é a fonte de que se servem esses profissionais, na junção de ideias, noções e conceitos que possibilitem alcance mais profundo da realidade com a qual operam voltada à relação humano/social inserida no mundo do trabalho, permeada pelos conflitos recorrentes no peculiar cosmos jurídico que diz respeito à Justiça do Trabalho, incumbida de responder as demandas envolvendo o capital e o trabalho.

Importa dizer que o ato de conhecer em questão conecta o encontro do desenvolvimento teórico com a realidade sobre a qual se debruça, num movimento que deve buscar diferentes percepções, ao tempo em que vai construindo os diversos significados para os objetos em estudo.

Alicerçada em tais premissas a Escola Judicial tem o escopo de abrir o leque de compreensão das dimensões do conhecimento teórico, de modo que a prática seja o reflexo de um processo de amadurecimento conjunto, a partir do corpo que representa o universo da magistratura trabalhista em nosso estado.

Percebida a necessidade de abertura da “estrada do conhecimento” desde as

primeiras luzes da atual gestão da Escola Judicial do TRT/PR¹, logo se estabeleceu o primeiro eixo de atividades programadas para o ano de 2018, cuja essência diz respeito ao momento delicado e complexo vivenciado na seara das relações do trabalho.

Assim é que no percurso que segue está situada a centralidade das alterações contempladas pela Lei nº 13.467/2017, na esteira do cenário descortinado com a implementação da Reforma Trabalhista, tema esse, de plano, objeto da abertura do ano letivo da Escola Judicial em 2018.

Identificada a espinha dorsal do trabalho acadêmico, a demanda da Reforma Trabalhista apresentou-se dividida em dois grandes eixos, representados pelas alterações concernentes ao direito material e ao direito processual, cuja capilaridade de inserção, num primeiro momento, demandou a adoção de método de ensino a distância, ideal para alcançar os diversos magistrados e servidores em suas diferentes unidades de jurisdição, a par da extensão temporal permitida para a formação.

O desafio seguinte foi o de promover o aprendizado por meio dos cursos EaD em modelo diferenciado, concebido pelas mais modernas técnicas disponíveis na modalidade a distância, possibilitando repensar o conceito e flexibilizar os formatos para atender de forma alargada o público de magistrados e servidores, bem assim a demanda por uma multiplicidade de ferramentas atrativas à apropriação do conhecimento.

Durante meses de dedicação e trabalho, métodos de conhecimento inovadores foram implementados pela Prof. Ritze Ferraz, no âmbito da EJud9, em conjunto com os membros da Comissão Científica², formada por magistrados dedicados ao saber compartilhado entre alunos e mediados pelo professor, num entrelaçamento de informações em que a construção do conhecimento ganha contornos abrangentes.

O novo papel do formador como arquiteto do percurso, percebido durante as incontáveis reuniões da Comissão, resultou nos excelentes debates promovidos no decorrer dos cursos a distância, utilizadas ferramentas disponíveis no ambiente virtual, envolvendo entrevistas, enquetes, questionários, glossários, dentre outras técnicas para aprimorar a comunicação, o que resultou na expressiva contribuição dos alunos e tutores naquilo que se compreende como aprendizagem colaborativa.

A obra que temos a honra de apresentar conta com o valoroso material didático desenvolvido especialmente para os cursos em EaD, mediante a contribuição dos juízes contudistas Dra. Ana Paula Sefrin Saladini, Dra. Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira e Dr. Roberto Dala Barba Filho.

No particular vale o registro de que, não descurada a compreensão de que a ideologia impregna o corpo do conhecimento, o conteúdo apresentado congrega

1 Biênio dezembro de 2017 a novembro de 2019, sob a direção do Desembargador Cássio Colombo Filho.

2 Dra. Ana Paula Sefrin Saladini, Dr. Leonardo Vieira Wandelli, Dr. Luciano Augusto de Toledo Coelho, Dra. Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira e Dra. Vanessa Karam de Chueiri Sanches.

em sua essência abordagens técnicas da nova legislação, atendendo à necessidade de debate de temas e de situações concretas vivenciadas diariamente pelos nossos juízes e servidores, no escopo de conferir objetividade e neutralidade incorporada ao tratamento da ciência, cujo escopo é contribuir para o melhor entendimento do texto da Reforma Trabalhista.

O momento posterior materializado no livro decorre do conteúdo extraído da 8ª Semana Institucional da Magistratura do TRT-PR, ápice das atividades acadêmicas da Escola Judicial no ano, pois evento presencial permanente do calendário que reúne a quase totalidade dos magistrados, de primeiro e segundo grau, em espaço privilegiado de capacitação, aprimoramento e construção conjunta do saber.

Metaforicamente concebida, de um lado, na ideia do conhecimento como um processo de lapidação do diamante, evidenciado pelo desenvolvimento de habilidades, competências espraiadas numa multiplicidade de facetas cuja maior riqueza está contida na luminosidade e na exclusividade, nenhuma pedra é igual à outra. De outro, pretendeu-se na reunião dos magistrados na 8ª Semana Institucional a composição de um mosaico harmonioso, considerados os juízes diamantes lapidados e a Reforma Trabalhista o desenho maior retratado nos debates de aprendizado conjunto.

Mais uma vez a inovação pautou a aprendizagem dos trabalhos, desta feita na modalidade presencial, utilizadas metodologias ativas em que o protagonista da educação não é o docente, mas o aluno, personagem principal e maior responsável pelo processo de aquisição do conhecimento, de maneira autônoma e participativa, empregado o avanço tecnológico como elemento potencializador do aprendizado.

A Comissão Científica figurou na condição de magistrados facilitadores, verdadeiros arquitetos cognitivos que selecionaram materiais e estratégias para ministrar o conteúdo com habilidade técnica e sensibilidade, orientados pelo trabalho profissional especializado, que culminou com a seleção dos métodos Quatro Cantos, Colmeia, Cumbuca, Aprendizagem Baseada em Problema e World Café.

Na esteira a abordagem do conteúdo pedagógico em cinco módulos liderados por coordenadores de salas, debatedores e redatores, dividido em cinco macro temas ensejadores de acalorados debates: reflexos das alterações processuais e audiência; direito intertemporal e remuneração; negociado e legislado; honorários de sucumbência e justiça gratuita; jornada de trabalho.

Por certo, as conclusões extraídas dos debates presenciais da Semana integram o mosaico do conhecimento coletivo sintetizado nessa obra.

Finalmente, conferências especialmente selecionadas foram proferidas no coarçamento das linhas mestras determinantes do programa; a profundidade da temática segue na transcrição das extraordinárias interlocuções.

Em entrevista, o professor português Miguel Poiars Maduro (*Diálogo das Cortes e Defesa dos Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Multinível*), na vanguarda do constitucionalismo europeu, deixou importante mensagem sobre a necessidade de harmonização dos sistemas, ao destacar no diálogo entre as cortes e entre os juízes, a capacidade de continuar a exercer as controvérsias jurídicas,

interpretar as normas jurídicas, as fontes do direito, de forma mais sensível ao contexto de interdependência transacional em que vivemos e, portanto, de dar maior abertura ao que podemos aprender com outras jurisdições, e outros tribunais, mas também de forma a mitigar os riscos de conflitos com essas jurisdições.

Situada a história do constitucionalismo moderno como uma luta pelo reconhecimento e afirmação dos direitos humanos, o Professor Marco Olivetti (*Perspectivas dos Direitos Sociais no Constitucionalismo do Século XXI*), no encontro com a jornalista da EJ, referenciou no coração do constitucionalismo as liberdades e direitos políticos. Enquanto existirem Estados autoritários de extrema direita ou esquerda, os direitos sociais padecem de garantias, citando a título de exemplo a educação como instrumento para garantir as liberdades, de modo que necessário preservar o mínimo constitucional para todos.

Indagado sobre o novo conceito de transcendência incluído nos parágrafos do artigo 896 da CLT, o Ministro Breno Medeiros (Segurança Jurídica e as Inovações no Sistema Recursal no TST), considerou a modificação de todo o sistema recursal hoje existente. A realidade de uma terceira instância revisional dos processos descurava da determinação constitucional de uniformização da jurisprudência. Com a mudança, o TST vai praticamente selecionar as causas, geralmente as que contemplem transcendência jurídica, a fim de definir a aplicação da jurisprudência a ser observada pelos tribunais e juízes do país.

Sobre os principais desafios da atualidade no campo da hermenêutica jurídica, o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*Hermenêutica Jurídica*) identifica informalmente: em primeiro lugar a substituição da noção de sentido pela noção de argumento, lidamos com argumentos de todos os lados, desafio teórico muito grande na hora de tomar decisões; o segundo é uma espécie de mudança que se vê no judiciário, atualmente com configurações parecidas dos poderes legislativo e executivo, ele entra no terreno dos argumentos; o terceiro é a ostensiva politização do judiciário e a judicialização da política que acaba criando uma prática, um inter-relacionamento difícil de ser organizado.

Entrevistado, o Ministro Douglas Alencar Rodrigues (*Prevalência do Negociado sobre o Legislado*) destacou o giro fundamental no sistema de regulação entre o capital e o trabalho. Compreendido o protagonismo dos sindicatos conferido pelo constituinte de 88, devem ser observados os critérios de representatividade para que a negociação coletiva possa cumprir o seu papel, ocupar o lugar central de regulação das relações do capital e do trabalho. A discussão sobre avanço ou retrocesso vai depender muito da forma como essas novas regras serão praticadas, mas na linha do diálogo social o estímulo à negociação coletiva é sempre muito bem-vindo.

Por fim, o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga (*Modernização da Legislação Trabalhista e a Instrução Normativa 41 do TST*), presidente da comissão que elaborou a Instrução Normativa, referenciou à EJ a importância do texto, no sentido de objetivar uma orientação para toda a sociedade, os destinatários da norma em geral, não só da magistratura trabalhista. O TST tem uma função maior de uniformizar

o entendimento sobre as relações de trabalho e o processo do trabalho no Brasil, necessário que haja uma ordem jurídica indicada em todas as situações. Buscou-se nortear aspectos processuais, sobretudo da aplicação no tempo, como se vai entender a aplicação da lei naquelas relações jurídicas pré-existentes, por certo incabível força vinculante.

O transcurso percorrido inequivocamente contempla o resultado que se apresenta como fruto do trabalho coletivo, conta com a participação dos integrantes da Comissão Científica da Escola Judicial e demais juízes e servidores do TRT/PR, colaboradores de preciosas visões sobre a Reforma Trabalhista na variedade dos temas abrangidos pela Lei nº 13.467/2017, aos quais cumpre nesse momento registro de especial agradecimento pela visão e empenho no constante aprimoramento da cultura jurídica de nosso Regional.

Encerro a apresentação da obra na certeza de que somente poderemos *conhecer, aprender, e nos refazer* a todo instante (evoluir) no compartilhamento do conhecimento uns com os outros.

1.3 Análise pedagógica da proposta desenvolvida em EAD e nas atividades presenciais

*RITZE FERRAZ
CONSTRUTORA, DESCONSTRUTORA, APRENDIZ*

Ao receber o convite da Escola Judicial do TRT do Paraná para construir estratégias de aprendizagem dos eventos de capacitação, refleti sobre a importância de agregar métodos que promovessem a aprendizagem focada no aluno, como protagonista do processo, em uma relação cooperativa e renovada com os demais sujeitos propulsores da construção do saber.

Parti da premissa de que educar é transformar. E que para tanto seriam necessários métodos e técnicas para instigar a construção do conhecimento pelo aluno, visando à aplicação da teoria nos contextos da vida, na transposição do estudo para a prática dos procedimentos e atitudes necessárias no trabalho.

Na minha vivência educacional, observo que a transposição do conteúdo teórico para a aplicação em contextos do trabalho ainda é um desafio para nós, os educadores.

Daí a importância do foco no aluno.

Ao analisar o público alvo dos cursos promovidos pela Escola, encontrei magistrados e servidores com competências solidificadas em relação à comunicação, argumentação, interpretação, crítica e conteúdo normativo. Como dizia Paulo Freire, não eram uma “tábua rasa”. Como adultos experientes e conhecedores de várias matérias estavam prontos para fazer conexões, pesquisar e ir além do conteúdo teórico. Consequentemente, as atividades das ações de capacitação deveriam oportunizar a busca, a interação e a resolução de problemas.

A prática pedagógica não poderia prescindir de levar em conta atividades que permitiriam aos alunos – magistrados e servidores - aprenderem perguntando, pesquisando, trabalhando coletivamente, planejando e organizando, diante da diversidade de opiniões e pontos de vista, bem como o respeito ao outro, a si mesmo e ao meio social e ambiental.

Essa abordagem tornaria o ambiente motivador e instigaria o aluno a construir conhecimentos das mais variadas disciplinas. E exigiria uma atitude construtivista dos participantes, pois haveria um percurso com momentos de confronto entre o que já existe e o que é novidade.

Isso permitiria que o sujeito do aprendizado inventasse soluções originais ou parcialmente originais para as situações. Originais do ponto de vista do indivíduo e não, necessariamente, de uma perspectiva global ou coletiva. Ao reinvestir nas construções feitas a partir do que já foi experimentado, entendido ou dominado, seria possível solucionar problemas ou lidar com uma situação inédita (PERRE-NOUD, 1999).

A formação dos alunos, portanto, seria colaborativa e integral, na medida em que haveria a troca entre os pares.

Pallof e Pratt (2002, p. 53) lembram que é importante desenvolver no grupo de alunos a sensação de comunidade, a fim de que o processo seja bem sucedido, na medida em que os participantes dependem uns dos outros para alcançar os resultados exigidos pelo grupo.

Para isso, seria preciso que o professor, magistrado, trabalhasse na perspectiva do conhecimento construído coletivamente a partir das ferramentas disponíveis. A ele caberia o papel de estimular a participação coletiva para garantir a efetividade da relação. Propor situações em que o aluno fosse o sujeito da construção do seu conhecimento e sua significação para a prática. Não apenas comunicar conceitos.

O intercâmbio de informações, talentos, conhecimentos foi a tessitura da teia de aprendizagem. A proposta foi trazer o aluno para a interação com o magistrado formador, os demais alunos e o conteúdo, em um nível complexo.

Um espaço vivo de trocas, resultados e pesquisas, com o objetivo de promover debates, sínteses, ampliação de entendimento e experimentação.

Trazer o contexto do aluno para o contexto da aprendizagem significativa.

Aluno aprendendo:

Sozinho, com o colega, em grupo e com o professor.

Sala presencial ou virtual ou ensinagem híbrida.

Foram propostas técnicas da metodologia ativa como: Estudos de caso, aprendizagem baseada em problemas, quatro cantos, aula invertida, circuito – colmeia e worldcafé.

Os objetivos dos novos métodos foram a construção de novos caminhos:

Do aprendizado linear para a hipermídia;

Da instrução para a construção e descoberta;

Educação focada no professor para a educação baseada no aluno;

Da assimilação do material para a busca de conteúdos em rede;

Do conhecimento abstrato para a construção de produtos para o trabalho;

Para o aprendizado aplicado na vida.

Após a análise das avaliações constata-se que os objetivos foram atingidos, que o professor tornou a prática proveitosa e prazerosa, ou como sugere Mihaly (1999 apud MORAES, 2003), transformou a experiência de aprendizagem em experi-

ências de fluxo, ou seja, aquela em que o aluno foi estimulado o tempo todo no desenvolvimento de competências e habilidades para a vida e para a humanidade.

Por fim, pode-se dizer que foi construída uma rede de conhecimentos com ramificações para caminhos de inovação e aprendizagem significativa.

Para mim, uma honra, participar ativamente do processo de construção.

Compartilho um texto de Rubem Alves, pois ilustra bem a proposta da Escola Judicial do TRT do Paraná, uma escola que é asa:

Escolas que são gaiolas existem para que os pássaros desaprendam a arte do voo.

Pássaros engaiolados são pássaros sob controle.

Engaiolados, o seu dono pode levá-los para onde quiser.

Pássaros engaiolados sempre têm um dono. Deixaram de ser pássaros.

Porque a essência dos pássaros é o voo.

Escolas que são asas não amam pássaros engaiolados.

O que elas amam são pássaros em voo.

Existem para dar aos pássaros coragem para voar.

Ensinar o voo, isso elas não podem fazer, porque o voo já nasce dentro dos pássaros.

O voo não pode ser ensinado.

Só pode ser encorajado.

Há escolas que são gaiolas e há escolas que são asas. Escola Judicial do TRT do Paraná, uma escola que é asa.



Ilustração: Arnaldo Pedrosa

PARTE 2

A PEDRA BRUTA: DIREITO MATERIAL NA REFORMA TRABALHISTA

2.1 Material didático do Curso de EAD

*ROBERTO DALA BARBA FILHO
NANCY MAHRA DE MEDEIROS NICOLAS OLIVEIRA*

O curso foi dividido em sete módulos semanais, com as seguintes temáticas:

Módulo I: Incidência das alterações promovidas pela reforma sobre contratos em vigor. Direito intertemporal.

Módulo II: Autonomia e novas regras contratuais. Vínculo de Emprego. Empregado Hipersuficiente.

Módulo III: Limites na Negociação Coletiva. Liberdade Negocial. Autonomia Privada Coletiva. Art. 611 “A” e “B”. Ultratividade da Norma Convencional.

Módulo IV: Jornada de Trabalho. Banco de Horas. Tempo à Disposição. Jornada in itinere e intervalo intrajornada.

Módulo V: Nova disciplina do Dano Moral e seus efeitos.

Módulo VI: Remuneração. Verbas salariais. Gorjetas. Equiparação Salarial.

Módulo VII: Rescisão Contratual. Dispensa coletiva. Termo de Quitação. Transação Extrajudicial.

2.1.1 Módulo I: Incidência das alterações promovidas pela reforma sobre contratos em vigor. Direito intertemporal.

1. Aplicação intertemporal e direitos adquiridos

As modificações relacionadas ao direito material do trabalho são aplicáveis aos novos contratos de trabalho firmado após o período da *vacatio legis*, mas também produzem efeitos sobre os contratos já em vigor. Dimensionar estes efeitos é uma tarefa hercúlea, e permanentemente em construção, haja vista que envolve não apenas o reconhecimento da validade e de incidência da norma, mas também a análise de como essa aplicação se relaciona com a proteção constitucional aos direitos adquiridos, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, e como ele se manifesta à luz dos princípios que regem o direito do trabalho.

A aplicação das normas alteradas em direito material pela Reforma é imediata, como, aliás, ocorre com todas as regras jurídicas postas, uma vez observado eventual período de vacância. Não há dúvida, neste aspecto, que os novos contratos firmados sob a égide da nova lei a ela se submetem, mas persiste alguma discussão a respeito da aplicação das novas regras aos contratos em curso, respeitadas, em todos os casos, os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada, conforme regra basilar de Estado de Direito insculpida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e também o disposto no art. 6º do Decreto-Lei 4.657/42, também conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil (atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme redação da Lei 12.376/2010), que dispõe:

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.

A CLT possui norma de transição similar, ao estabelecer no art. 912 que “Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação”.

No que diz respeito à eficácia intertemporal da reforma, é evidente que não existe discussão a respeito de duas situações, seja do ponto de vista material, seja do ponto de vista processual: 1) quando a relação jurídica material ou processual já findou e produziu todos os seus resultados sob a vigência da norma anterior, no qual evidentemente observa-se a norma anterior; e 2) quando as relações materiais ou processuais se iniciaram sob a lei nova, caso em que incidem, quando pertinentes, os dispositivos trazidos com a lei nova.

A discussão mais relevante diz respeito aos casos em que a relação de direito material ou processual ainda está em vigor ou pendente, produzindo seus efeitos jurídicos.

Não há dúvida de que as alterações promovidas pela Lei 13.467/17 no que concerne aos efeitos sobre os contratos individuais em vigor encontram seus limites precisamente na existência de coisa julgada (não afetando, por conseguinte, direitos reconhecidos judicialmente e já transitados em julgado, mesmo em se tratando de prestações sucessivas e parcelas vincendas), no ato jurídico perfeito (assim entendidos aqueles que já foram pactuados entre as partes e já se encontram em condições de serem exercidos, exigidos, ou aguardam apenas o cumprimento de seu termo ou condição inalteráveis), assim como nos direitos adquiridos.

Para Vicente Rao o direito adquirido é assim caracterizado:

A) o direito adquirido é consequência de um fato, seja um acontecimento independente da vontade do titular, seja quanto o ato que resulta da vontade exteriorizada;

B) a lei que está em vigor ao tempo em que este fato ou ato se verifica é que deve atribuir o efeito jurídico de criar um direito subjetivo;

C) para que o direito subjetivo decorrente possa surgir, é necessário que estes fatos estejam perfeitos e acabados, conforme a lei em vigor ao tempo;

- D) o direito deve estar efetivamente incorporado ao patrimônio, não constituindo direito adquirido as meras possibilidades ou faculdades jurídicas abstratas, nem as expectativas de direito;
- E) incorporam-se ao patrimônio não apenas os direitos que podem ser exercidos desde logo, mas também aqueles sujeitos a termo ou condição suspensiva;
- F) a norma superveniente deve respeitar esses direitos e os efeitos que se verificaram sob seu império.

Sob o prisma acima, todo o direito que possua assento exclusivamente sobre uma previsão legal não se incorpora ao patrimônio de qualquer pessoa na condição de direito adquirido, devendo ser observado apenas enquanto subsistir a previsão legal. Hipótese diversa ocorre nas situações em que o direito, ainda que previsto em lei, também seja assegurado por outras fontes normativas, tais como contratos individuais de trabalho. Nessa hipótese efetivamente as disposições contratuais se incorporam ao patrimônio jurídico das partes e estão protegidas seja na condição de ato jurídico perfeito, seja na condição de direito adquirido, e o fato de haver alteração na fonte heterônoma não afeta os efeitos produzidos pelas demais fontes de direito, e nem mesmo a Lei 13.467/17 dispõe de forma contrária neste aspecto.

Tome-se como exemplo uma das revogações expressas de direito mais significativa promovidas pela Reforma Trabalhista, que foi a extinção das horas *in itinere* impostas positivamente. Não existe, segundo a visão acima, direito adquirido ao cômputo do tempo de serviço na forma prevista em lei, razão pela qual a alteração do critério de cálculo, expressamente afastando o direito à integração das horas *in itinere*, atinge os contratos que já existiam antes das alterações promovidas pela Reforma trabalhista. Nada impede que esse efeito, contudo, seja modulado pela incidência de outros elementos sistêmicos, como o princípio da segurança jurídica ou da estabilidade econômica do trabalhador, isso sem adentrar em outras temáticas, como a previsão deste direito em eventual norma convencional e sua incorporação ao contrato individual de trabalho, notadamente no que se refere à sua ultratividade no período anterior às alterações promovidas pela reforma e os efeitos que projeta para o futuro.

Sob outra perspectiva, também pode ser argumentado que a todo direito corresponde necessariamente uma obrigação, e que o princípio da legalidade, também assegurado constitucionalmente, garante que ninguém será obrigado a nada exceto em virtude da lei. Nesse caso, a lei impunha, seja por força da construção jurisprudencial interpretativa anterior, seja por ocasião da positivação expressa ocorrida posteriormente, o cômputo do período correspondente. O advento da alteração legislativa que expressamente afasta essa obrigação legal produz efeitos imediatamente após o período de vacância. Situação diversa, contudo, ocorre nas hipóteses em que o cômputo das horas *in itinere* estava previsto em contrato individual de trabalho ou mediante acordo ou convenção coletiva, hipóteses nas quais, no primeiro caso, o direito está incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador, e, no

segundo, deve ser observado por força da norma convencional (sendo certo que a integração das normas convencionais aos contratos individuais de trabalho e seus efeitos será examinada no tópico próprio relativamente à extinção da ultratividade da norma convencional, no módulo III deste curso).

Observe-se a seguinte lição de José Affonso Dallegrave Neto³ ao versar sobre direito intertemporal:

[...] o que fora avençado diretamente pelas partes (norma autônoma mais favorável) deve ser tido como direito adquirido, integrando, pois, o patrimônio jurídico do empregado que se beneficiou de sua vigência ainda que por um período provisório[...] ao revés, as leis, sentenças normativas e demais fontes heterônomas que contemplarem direitos com expressa vigência transitória, não terão o condão de estenderem suas benesses ad perpetuum a seus destinatários. Em caso de silêncio da lei no que tange ao seu prazo de vigência, presumir-se-á por tempo indeterminado; em se tratando de sentença normativa o prazo máximo presuntivo será bienal.

Tem-se, portanto, que para se aplicar o direito de forma intertemporal é necessário distinguir três situações, sendo elas os *facta praeterita*, *facta pendentia* e *facta futura*. Por *facta praeterita* entendem-se todos os fatos que ocorreram antes do advento da nova lei, e cujos efeitos já foram inteiramente regulados pela lei anterior, aplicando-se, por isso mesmo, o direito vigente à época de sua constituição. Já os *facta pendentia* são aqueles cujos efeitos se projetam no tempo, regulando-se os efeitos anteriores ao advento da lei pela lei vigente ao tempo em que os mesmos fatos se constituíram e os posteriores pela lei nova. Naturalmente, nesse caso, se os *facta pendentia* possuírem origem em fonte autônoma de direito - prestigiadíssima pela reforma- é claro que a própria fonte de direito pode indicar qual lei regerá os efeitos do negócio jurídico, porque nesse caso a vontade das partes, dispositiva, substitui os efeitos que eram previstos na lei revogada. Finalmente, os *facta futura* dizem respeito a situações cuja constituição e efeitos foram produzidos pela lei nova. Como a lei trabalhista possui aplicação imediata (observada, naturalmente, a *vacatio legis*) suas alterações produzem efeitos sobre todos os *facta futura*.

As restrições contidas na própria CLT às alterações das condições de trabalho do empregado dizem respeito a limitações à negociação individual destas condições mais benéficas em detrimento do trabalhador e se dirigem exclusivamente às hipóteses de condições que se incorporaram ao patrimônio jurídico do trabalhador seja por força contratual, seja mesmo unilateral do empregador, como ocorre nos regulamentos de empresa. Em se tratando de condições de trabalho definidas em fonte autônoma de direito, e que já se incorporou ao patrimônio jurídico do trabalhador,

3 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Inovações na legislação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2000, p. 86.

não há dúvida de que as alterações heterônomas promovidas não afetam em nada estas condições pois já se incorporaram como direito adquirido. O grande desafio é identificar os institutos, e, mais do que isso, os aspectos de determinado instituto que já estavam efetivamente incorporados por força de fonte autônoma de direito, daqueles que possuíam base exclusivamente heteronormativa e por conseguinte não sujeitos à incorporação contratual, e tudo isso sem sequer passar pelo desafio de se tentar projetar quais direitos que eram fruto de construção jurisprudencial o TST consolidará posicionamento no sentido de terem se incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador, notadamente em respeito ao princípio da segurança jurídica.

2. Integração heteronormativa e aplicação subsidiária do direito comum

Sob o aspecto da integração das alterações ao ordenamento jurídico trabalhista a Reforma traz alteração significativa em uma pedra basilar do direito material do trabalho, que era a antiga redação do parágrafo único do art. 8º, agora convertido em § 1º.

De fato, até o advento da Lei 13.467/17 o então parágrafo único determinava que o “direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

A CLT fazia alusão exclusivamente a “direito comum”, colocando-se assim na condição de “direito especial”. Ainda assim, nunca pairaram dúvidas a respeito do fato de que por “direito comum” deveriam ser entidades todas as normas extravagantes ao direito do trabalho, aplicáveis aos particulares de forma geral, tais como o Código Civil ou o Código Comercial na época.

A lei condicionava, contudo, a aplicação do direito comum a dois critérios: 1) a existência de omissão legislativa, decorrente do fato de a aplicação ser puramente subsidiária e 2) a inexistência de incompatibilidade da norma com os princípios fundamentais do direito do trabalho.

A Lei 13.467/17 suprime a alusão à compatibilidade, passando a aludir exclusivamente ao fato do direito comum ser fonte subsidiária do direito do trabalho.

A necessidade de omissão legislativa permanece, até mesmo porque a existência de normativo trabalhista expresso a respeito de determinado fato ou negócio jurídico já bastaria para afastar a incidência da norma de direito comum em face da norma especial derrogar a aplicação da norma geral.

A questão mais significativa diz respeito à supressão da alusão à necessidade de compatibilidade da norma de direito comum com o direito do trabalho.

A finalidade da supressão da referência à compatibilidade é um tanto confusa, mas ao que tudo indica houve uma preocupação do legislador com alguma eventual resistência, em particular da jurisprudência trabalhista, em absorver ou acolher a aplicação de normas extravagantes ao direito do trabalho, ainda que omissa a legislação trabalhista especial sobre o tema, em virtude de uma genérica alusão à incompatibilidade.

É claro que a alteração não pode ser entendida no sentido de ter tornado irrelevante ou inócua a existência, ou não, de compatibilidade entre as normas, já que isso é um requisito elementar de interpretação lógica do direito, nem, naturalmente, de negar a eficácia normativa dos princípios, até porque a alusão aos princípios enquanto fontes normativas e de aplicação do direito permanece no art. 8º, além de outras referências, como no art. 481, da CLT.

Vale neste particular um breve parêntese relativo à distinção de regras e princípios, no que se pode valer da já clássica lição de Robert Alexy⁴:

Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como “mandamentos definitivos”. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como, também, essencialmente por princípios opostos.

Não há dúvida de que a força normativa dos princípios pode levar à superação da interpretação ou efeitos de uma determinada regra jurídica, mas a capacidade dos princípios de derogarem a aplicação de regras dentro do sistema jurídico, capacidade esta, aliás, fixada ela própria por uma regra, sempre foi anacrônica.

E esse anacronismo se refletia, na prática, na invocação do permissivo (ou da vedação, conforme o ângulo que se analise) contida na redação original do parágrafo único do art. 8º, em uma constante confusão entre o que seriam efetivamente tais “princípios fundamentais” e o que eram, na prática, meras políticas legislativas.

A supressão decorrente da Reforma, por conseguinte, não afasta a força normativa dos princípios no direito brasileiro, tampouco seu papel de aplicação, interpretação e integração do direito expressamente reconhecido no art. 8º, caput, cuja redação não foi alterada, tampouco impede a interpretação lógico-sistêmica, mas apenas veda que os princípios sejam invocados na condição não de normas, mas de regras capazes de invalidar e operar no mesmo plano lógico que as regras subsidiárias que poderiam (e deveriam) ser aplicadas ao caso concreto.

A alteração promovida no art. 8º, por outro ângulo, abre a possibilidade de aplicação da legislação civil quando o direito do trabalho, reconfigurado pela Re-

4 ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 85.

forma trabalhista, possa se mostrar mais prejudicial, podendo-se cogitar, por exemplo, da aplicação do princípio da função social do contrato quando se mostrar mais benéfico ao trabalhador.

3. *Limites legais à interpretação normativa e vontade das partes*

As alterações mais questionáveis produzidas pela Reforma neste ponto dizem respeito aos §§ 2º e 3º introduzidos ao art. 8º.

O § 2º estabelece que:

§ 2º. Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

O problema que surge neste ponto é que os Tribunais Regionais ou o Tribunal Superior do Trabalho firmam seus entendimentos em súmulas ou enunciados, e fazem-no por entender que estão no regular exercício da jurisdição, e por entenderem que o entendimento ali cristalizado está em consonância com a legislação aplicável e as normas constitucionais que vigoram no país. Não existe nenhuma súmula ou enunciado editado por qualquer Tribunal do país cuja *ratio decidendi* seja a de que está ilegalmente restringindo direitos ou inconstitucionalmente impondo obrigações não previstas em lei.

Tome-se como parâmetro, por exemplo, a ideia de uma interpretação “extensiva”, que excedesse aos limites do que é imposto legalmente ou restringisse aquilo que a norma estabelece. Nesse caso a crítica de Ronaldo Lima dos Santos⁵ é precisa:

A apreensão do fenômeno jurídico aponta para a inexistência ontológica desses tipos de interpretação. Só poder-se-ia falar em interpretação declarativa, restritiva ou extensiva se o texto normativo contivesse, per si, um significado unanimemente acolhido, claro e isento de dúvidas. A determinação do sentido originário ou primeiro que se entende compreendido no texto normativo já é objeto de interpretação ou suposição do intérprete; equivale a afirmar que o enunciado tomado como parâmetro para averiguação da declaração, restrição ou extensão é um texto previamente deduzido pelo intérprete, sendo ele mesmo, por isso, fruto da interpretação.

Além disso, é inócua em grande medida. Primeiro porque eventual inconstitucionalidade dos entendimentos sumulados ou dos enunciados já estaria desafiada pelos sistemas de controle de constitucionalidade, tanto concentrado quanto difuso,

5 SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 320.

previstos no Brasil, e não será por óbvio a disposição inserida no § 2º que a garantirá. Segundo, em particular em se tratando de eventual entendimento que se entenda ilegal, o controle desta legalidade é exercido precisamente pelos Tribunais Regionais e, em última instância pelo TST, através dos mecanismos recursais existentes, não havendo sentido que a regra determine que o próprio órgão que é responsável pela uniformização legal do direito seja proibido de proferir decisões ilegais, já que a regra infraconstitucional não confere a qualquer outro órgão superior o controle dessa suposta ilegalidade.

Para ilustrar essa questão, aborde-se o tema sempre útil das lacunas do direito, que não raras vezes estão na gênese do que se entende como sendo o fruto de um ativismo judicial ou de imposição ilegal de obrigações.

Ao criticar a existência das lacunas jurídicas, Hans Kelsen⁶ ensinava:

Segundo esta teoria, o Direito vigente não é aplicável em um caso concreto quando nenhuma norma jurídica geral se refere a este caso. Por isso, o tribunal que tem de decidir o caso precisa colmatar esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica. O essencial desta argumentação reside em que a aplicação do Direito vigente, como conclusão do geral para o particular, não é possível neste caso, pois falta a premissa necessária, a norma geral. Esta teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta.

[...] a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicado do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada.

Pelo teor do § 2º, é possível afirmar com segurança que esse entendimento estaria de acordo com a visão do legislador da Reforma, nas situações em que as lacunas jurídicas foram reconhecidas judicialmente para impor obrigações que, em tese, não estavam expressamente previstas em lei. Os exemplos nesse sentido abundam, e alguns deles serão inclusive tratados nos tópicos a seguir, como a própria construção jurisprudencial das horas *in itinere*, ou ainda da aplicação por analogia dos institutos da prontidão e sobreaviso a todos os trabalhadores, e não apenas aos ferroviários.

Vicente Rao⁷, apoiado em Ennecerus, apontava quatro situações em que a in-

6 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p 273-274.

7 RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 502-503.

interpretação por analogia pode ser necessária: 1) quando a lei aponta apenas orientação geral, fixando critérios que não discriminam as particularidades do caso; 2) quando a norma é omissa, hipóteses em que a omissão pode ser intencional, não prevista ou porque a questão não ocorrera antes até o surgimento da norma; 3) quando as normas em conflito se contradizem, tornando-se ineficazes e 4) quando a norma existente é inaplicável por abranger casos ou consequência que o legislador não teria contemplado.

Tomando-se o último exemplo mencionado por Vicente Rao, haveria o que se denomina de lacuna axiológica. Carlos Nino⁸ destaca a questão, explicando que:

Uma lacuna axiológica aconteceria, então, quando um caso está correlacionado por um sistema normativo com uma determinada solução e há uma propriedade que é irrelevante para esse caso de acordo com o sistema normativo, mas deveria ser relevante em virtude de certos padrões axiológicos. [...] O que ocorre é que, como os juristas e juízes consideram que o legislador não teria estabelecido a solução que prescreveu se tivesse reparado na propriedade que não considerou, concluem que a solução estipulada – mas que acham ilógica ou injusta – não deve ser aplicada ao caso, constituindo-se uma lacuna.

A auto integração como método de preenchimento das lacunas da lei pela utilização da analogia sempre pode redundar em críticas a respeito de eventual ilegalidade ou exacerbação da atividade judicial a respeito. Como a analogia pode ser legal e jurídica - e no primeiro caso se recorre a uma norma e no segundo caso a princípios gerais do direito - as hipóteses de reconhecimento de obrigações jurídicas que extrapolam a literalidade das regras positivadas sempre estará presente. Pode-se inclusive afirmar que ao abrir ainda mais a tessitura do direito do trabalho à aplicação de normas do direito comum, afastando a exigência de compatibilidade, potencialmente abre-se ainda mais o horizonte para o reconhecimento de obrigações que não estavam expressamente reconhecidas na legislação especial do trabalho, mas atraídas pela aplicação subsidiária do direito comum.

E se o § 2º inserido já era criticável e criticado em face da sua tentativa de restrição jurisprudencial, o § 3º dá um passo além e atinge a manifesta inconstitucionalidade, ao prescrever:

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

8 NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 340.

O parágrafo em exame padece de várias limitações que podem ser arguidas.

A primeira é a possibilidade de se alegar sua inconstitucionalidade em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado no art. 5º, XXXV da CF. É válido e compreensível que o legislador, ao prestigiar a autonomia privada coletiva, imponha *pari pasu* um princípio de intervenção mínima na vontade das partes, mas estabelecer um princípio como padrão de julgamento ou interpretação a ser observado não é o mesmo que simplesmente vedar o direito fundamental a todos garantidos de postular perante o Poder Judiciário que aprecie lesão ou ameaça a direito contida neste instrumento.

Além disso, o parágrafo em comento parece sugerir que o exame da validade das Convenções e acordos coletivos deveria se restringir exclusivamente à verificação de seus aspectos formativos formais, e não do conteúdo de suas disposições, quando, na verdade, o próprio texto da reforma estabelece restrições à autonomia da vontade que ensejam, necessariamente, o exame do conteúdo das disposições negociais de forma a aferir sua validade, como se abordará posteriormente na seção relativa ao direito coletivo do trabalho.

Ao fazer alusão ao art. 104 do Código Civil, que disciplina os elementos essenciais do negócio jurídico, o texto da reforma faz clara opção de filiação à corrente contratualista das convenções e acordos coletivos, implicando que as regras de hermenêutica para seu exame deveriam ser as mesmas dos contratos em geral, notadamente no que se refere à ênfase à vontade subjetiva das partes, manifestada no “princípio da mínima intervenção” no que foi estatuído. Todavia, daí não se deduz a ideia de que haveria alguma teoria de interpretação específica a ser aplicada às normas coletivas, diferente da aplicável a todas as demais fontes de direito. Como assinalava Délio Maranhão⁹:

As normas resultantes das convenções coletivas e das sentenças normativas da Justiça do Trabalho devem ser interpretadas tal como se interpretam as normas legais, porque tanto a convenção como a sentença contém regras de direito: são fontes formais do direito, leis no sentido material.

Finalmente, essa restrição de acesso ao Poder Judiciário, a par da sua potencial inconstitucionalidade, também encontra dificuldades no fato de que os pactos coletivos se aplicam “ultrapartes”, para sujeitos que não participaram diretamente da relação jurídica coletiva.

De que forma, nesse aspecto, seria possível cogitar uma restrição quanto ao conteúdo daquilo que poderia ser questionado e apreciado pelo Poder Judiciário a respeito dos contratos coletivos de trabalho pelo trabalhador individualmente considerado ou mesmo pelo empregador, nos casos de convenção coletiva de trabalho? O que dizer, nesse cenário, da existência ou mesmo conteúdo de dissídios coletivos de natureza jurídica que visam precisamente a interpretação do conteúdo

9 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et al. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed, vol. 1. São Paulo: LTr, 2003, p. 195.

do contrato coletivo de trabalho sem questionar sua “conformidade” aos elementos essenciais do negócio jurídico?

Importante salientar, igualmente, que a Lei 13.467/2017 não altera a Constituição Federal, não afasta a aplicação das Convenções da OIT e de outros Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos nem desconstrói toda a hermenêutica construída no direito do trabalho ao longo de décadas.

Nesse sentido súmula aprovada na 7ª Semana Institucional da Magistratura do TRT-PR:

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

A aplicação da Lei 13.467/2017, portanto, não poderá se dissociar dos princípios já sedimentados no direito do trabalho.

4. Normas de direito material de aplicação imediata

Como já salientado, como regra geral as normas trazidas pela Lei 13.467/2017 terão aplicação imediata, não havendo que se falar em direito adquirido em face da nova lei. Assim, a quase totalidade das normas de direito material poderão ser imediatamente aplicadas aos contratos em vigor.

Segundo Homero Batista Mateus da Silva¹⁰, são autoaplicáveis as normas relativas a:

Conceito de tempo à disposição do empregador (art. 4º, em especial o § 2º);

Multas pela ausência de registro profissional (art. 47);

Não reconhecimento das horas in itinere (art. 58, § 2º);

Regulamentação do trabalho a tempo parcial (art. 58-A);

Banco de horas (art. 59);

Regime de 12 x 36 (art. 59-A e art. 60, parágrafo único, observado o estabelecido pela MP 808/2017);

Critérios para a compensação de jornada (art. 59-B e 61, § 8º);

Intervalo intrajornada (art. 71, § 4º);

10 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 198-199.

Teletrabalho (art. 75-A e seguintes);
Fracionamento das férias (art. 134);
Fixação dos danos morais (art. 223-A e seguintes, alterado pela MP 808/2017, que fixou parâmetros com base nos limites máximos dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social);
Trabalho da gestante e da lactante (art. 394-A e 396, normas também alteradas pela MP 808/2017);
Uso de logomarca e manutenção do uniforme (art. 456-A);
Requisitos da equiparação salarial (art. 461).
Requisitos para a rescisão contratual (art. 477, 477-A e 477-B), rescisão por comum acordo (art. 484-A) e a justa causa por perda da habilitação para a profissão (art. 482-m);
Prestação de contas anual (art. 507-B);
Eleição de representantes não sindicais dos empregados (art. 510-A);
Facultatividade da contribuição sindical (arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602);
Tese do negociado sobre o legislado – respeitando-se a vigência das normas coletivas – autoaplicável para as convenções celebradas a partir de 11.11.2017.

Não seriam autoaplicáveis, segundo o mesmo autor¹¹, as normas relativas a:

Contrato de trabalho intermitente (art. 452-A – também alterado pela MP 808/2017, a qual inseriu os artigos 452-B A 452-H) – seria necessária uma conversão de regime de contratação e existem várias incompatibilidades. Somente por meio de novo contrato de trabalho, salientando-se que dispensa seguida de readmissão pode resultar em readmissão fraudulenta (como nas figuras de empregado que se torna cooperado, empregado que se torna autônomo e situações semelhantes);
Possibilidade de contrato individual derrogar norma coletiva para trabalhadores com curso superior e salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (art. 444, parágrafo único) – as normas contratuais poderiam ser fixadas além dos limites da lei e da norma coletiva, mas não de forma retroativa. Caso de irretroatividade da lei. Também aqui dispensa e readmissão para adequação aos novos critérios poderia sugerir fraude, nos termos do art. 9º da CLT (não revogado pela Lei 13467/2017);
Cláusula compromissória de arbitragem (art. 507-A) – cláusula que deve ser estabelecida na celebração do contrato. Somente poderá ser pactuada em contratos novos, celebrados após a vigência da nova lei;

11 SILVA, Homero Batista Mateus da. Ob. cit., p. 199-201.

Alteração da natureza jurídica das parcelas salariais (arts. 457 e 458) – alterações que resultem em diminuição da renda do trabalhador configuram violação ao princípio da irredutibilidade salarial não poderiam atingir contratos de trabalho em vigor.

2.1.2 Módulo II: **Autonomia e novas regras contratuais. Vínculo de Emprego. Empregado Hipersuficiente.**

1. Vínculo de emprego e condição de autônomo

O conceito de vínculo de emprego para o direito do trabalho está associado diretamente às definições do que se considera um empregado e um empregador, constantes no *caput* dos arts. 2º e 3º da CLT. Nenhum destes dispositivos foi alterado pela reforma trabalhista. Portanto, os requisitos e elementos necessários para a configuração de uma relação de trabalho qualificada nos moldes celetistas, que é a condição de emprego, como a pessoalidade, a onerosidade, a habitualidade e a subordinação, não sofreram quaisquer alterações.

Conquanto a relação de subordinação entre empregado e empregador não seja o único elemento identificador da relação de emprego, ela sempre foi o componente mais significativo para fins de configuração de uma relação de emprego, muito embora possa estar presente mesmo em relações que não possuem essas características em função da ausência de outros componentes, como no trabalho eventual, por exemplo. Com efeito, a ausência dos demais elementos caracterizadores da relação de emprego sempre conduziu à configuração de outras relações de trabalho para além daquelas moldadas pela norma consolidada, como a ausência de onerosidade que potencialmente conduz ao reconhecimento de trabalho voluntário, ou a ausência de pessoalidade que somada a outros elementos pode configurar uma relação de trabalho avulso.

Não se pode ignorar, contudo, que o enfoque na subordinação sempre serviu a um propósito muito importante para a disciplina das relações de trabalho, que era o de servir de guia para a separação entre as figuras por vezes muito próximas

do empregado – trabalhador subordinado na forma disciplinada pela legislação do trabalho – e o trabalhador autônomo.

Nada impede, é claro, que mesmo em face da ausência de subordinação a relação de trabalho autônomo possa também apresentar a ausência de outros elementos.

Diferentemente do contrato de trabalho eventual, que rigorosamente não possui uma legislação disciplinadora específica, ou mesmo do trabalho voluntário, cuja disciplina legal se limita à bastante enxuta Lei 9.608/98, o trabalho autônomo está associado a uma diversidade significativa de negócios jurídicos que versam sobre esta modalidade de relação de trabalho, tais como a representação comercial (lei 4886/65), agência e distribuição (arts. 710 a 721 do Código Civil), empreitada (arts. 1237 a 1247 do Código Civil) e prestação de serviços (arts. 1216 a 1236 do Código Civil).

É o que se aponta ao abordar boa parte dessas modalidades contratuais é o fato de que, rigorosamente falando, existe neles também algum grau de subordinação entre contratante e contratado, variando, contudo, na sua intensidade.

Para parte da doutrina o eixo da distinção entre trabalhador subordinado e autônomo desloca-se do componente de subordinação para a questão atinente à assunção dos riscos (e benefícios) oriundos da exploração do negócio. Esse deslocamento está em consonância, em certa medida, com a “definição” de trabalhador autônomo contemplado pela Lei 8.213/91, que em seu art. 11, V, “h”, alude à “a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não”.

É claro que se pode objetar a esse deslocamento do eixo no sentido de que ele resolve o problema da existência de subordinação (ainda que com variados matizes) na relação de trabalho autônomo, mas não soluciona de forma eficaz o dilema do princípio da alteridade (que supõe a assunção pelo empregador dos riscos do negócio), posto que nada impede que a assunção do risco pelo prestador de serviços na prática decorra de uma transferência ilícita do risco do negócio ao trabalhador.

O que se observa é que não apenas não houve alteração nas disposições legais que disciplinam as características e elementos do contrato de emprego, como tampouco houve efetiva alteração legislativa no que se refere ao debate doutrinário e jurisprudencial a respeito dos elementos de uma relação de trabalho autônomo.

Neste pano de fundo não se pode deixar de expressar certa surpresa com uma das principais polêmicas que surgiram por ocasião da aprovação da reforma trabalhista, em decorrência da inserção do art. 442-B, na CLT, que estabeleceu:

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

É imperioso observar que o art. 442-B inserido originariamente pela reforma sequer definia o que era o trabalhador autônomo, razão pela qual, sob esse prisma,

não resolve quaisquer dos dilemas enfrentados a respeito de seu conteúdo. Mais do que isso, ele tampouco revoga, ou autoriza que se negue vigência, aos elementos caracterizadores da relação de emprego conforme exposto anteriormente.

Este dispositivo, que fora fortemente questionado por ocasião da aprovação da Lei 13.467/17, foi um dos mais alterados pela Medida Provisória 808/17, que modificou seu *caput* assim como inseriu sete parágrafos no seu bojo. No *caput*, com efeito, a alteração foi muito mais de terminologia do que de conteúdo, passando a rezar:

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

Os três primeiros parágrafos inseridos, contudo, mudaram a direção da Reforma no que se refere à questão da exclusividade:

§ 1º É vedada a celebração de cláusula de exclusividade no contrato previsto no *caput*.

§ 2º Não caracteriza a qualidade de empregado prevista no art. 3º o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços.

§ 3º O autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo.

O que o art. 442-B (modificado pela MP 808/2017) estabelecia, primeiramente, eram elementos que não descaracterizam a relação de trabalho autônomo, ao assinalar que o trabalhador pode ser autônomo, quer seu labor seja contínuo, quer não.

Em sua redação original, o *caput* do artigo 442-B indicava que a prestação de serviço com exclusividade ou não era irrelevante para fins de caracterização da autonomia. Embora os componentes de exclusividade ou de continuidade não apareçam em momento algum nas discussões antes assinaladas, não se pode ignorar o fato de que lamentavelmente não é raro que tais elementos, notadamente a questão da exclusividade, sejam apresentados pelas partes interessadas como “indicativos” da autonomia ou da relação de empregando, forçando reiteradas e repetidas decisões jurisprudenciais esclarecendo sua irrelevância.

Entretanto, a inserção dos parágrafos ao art. 442-B certamente conferiria, a partir da MP 808/201, maior relevância no componente da exclusividade, eis que estabelecia uma vedação expressa em seu parágrafo primeiro à possibilidade de celebração de cláusula de exclusividade nesta modalidade contratual.

Cessada a vigência da MP 808/2017, todavia, o artigo 442-B retoma sua redação original. Restaurada a redação original do artigo em comento, fica autorizada a contratação de trabalho autônomo com cláusula de exclusividade.

Tal autorização, todavia, não altera a conclusão de que, presentes todos os elementos fático-jurídicos da relação de empregado, a relação entre as partes será de emprego, e não de trabalho autônomo, ainda que assim formalmente contratado.

A lei, por óbvio, não veda que o trabalhador autônomo preste serviços a apenas um tomador de serviços, nem condiciona o reconhecimento da autonomia ao fato de necessariamente haver mais de um tomador.

A seu turno, a referência ao cumprimento das formalidades legais também reforça a ideia de que existem determinadas modalidades de trabalho autônomo, tais como o de representante comercial, em que não vigora o princípio da informalidade e a própria legislação desta modalidade de trabalhador autônomo estabelece condições e formas bastante específicas para sua validade, cuja ausência pode tranquilamente implicar o reconhecimento do vínculo de emprego, sendo certo que o dispositivo legal, neste aspecto, reforça a importância do cumprimento destas formalidades como condição para o reconhecimento da autonomia do trabalhador. Aliás, a se entender que o novel dispositivo passe a condicionar o reconhecimento da relação de trabalho autônomo ao preenchimento dos requisitos formais de validade do contrato, poderia haver inclusive um recrudescimento no reconhecimento desta modalidade contratual, em detrimento até mesmo do princípio da primazia da realidade. Observe-se, por exemplo, as seguintes ementas do TST:

RECURSO DE REVISTA. REPRESENTANTE COMERCIAL. AUSÊNCIA DE REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE. IRREGULARIDADE FORMAL. A jurisprudência desta Corte orienta que a ausência de inscrição do representante comercial no respectivo Conselho Regional é irregularidade formal, que não possui aptidão para descaracterizar a representação comercial quando presentes os elementos materiais do art. 1º da Lei nº 4.886/65. Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR - 4473-46.2011.5.12.0014 Data de Julgamento: 17/02/2016, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/02/2016.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. REPRESENTANTE COMERCIAL. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO NO CONSELHO PROFISSIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 2º DA LEI Nº 4.886/1965 NÃO CONSTATADA. DESPROVIMENTO. A decisão recorrida pautou-se na análise dos fatos e provas trazidos aos autos para concluir pela inexistência do alegado vínculo de emprego. E, nesse quadro, tendo o Colegiado considerado que a realidade fática que ressaí dos autos indica a natureza autônoma do serviço prestado, a mera inexistência de registro do Agravante no conselho profissional não tem o condão de desconstituir a natureza da relação havida, tratando-se de elemento formal que não se sobrepõe à realidade constatada. Diante disso, não se vislumbra, no acórdão objurgado, violação ao art. 2º

da Lei nº 4.886/1965. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR-809-28.2011.5.01.0009, Relator Desembargador Convocado Tarcísio Régis Valente, 14/10/2015, 5ª Turma, DEJT 23.10.2015).

Inegável a orientação atual do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que mesmo que se constate alguma irregularidade formal em contratos de trabalho autônomo é possível o reconhecimento da relação desta natureza caso comprovados seus elementos materiais.

O que a norma parece indicar, nesse aspecto, é efetivamente um reforço à importância do preenchimento dos requisitos formais como indicativo da existência da relação de trabalho autônomo, cujo preenchimento em cada caso concreto influenciará de forma decisiva a distribuição do ônus da prova.

Este tipo de interpretação a dispositivo análogo não é novidade sequer no direito brasileiro, sendo certo que o exemplo mais famoso e recente nesse sentido foi a inserção do parágrafo único ao art. 442 da CLT, pela Lei 8.949/94, fixando que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

Nem poderia ser diferente o entendimento, já que a presunção *iuris et de iure* nestas hipóteses equivaleria, na prática, à efetiva violação ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, não surpreendendo, portanto, que não tenha encontrado suporte tampouco na jurisprudência, sendo ilustrativa a seguinte ementa do TST sobre a questão:

RELAÇÃO DE EMPREGO. CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA. COOPERATIVA DE COLHEDORES DE CITRUS. A decisão regional em que se concluiu acerca da existência de fraude na arregimentação de trabalhadores para a colheita de frutas cítricas, mascarando a relação de emprego, com a intermediação de cooperativa de trabalho, não permite a aferição da alegada violação ao parágrafo único do art. 442 da CLT, art. 5º, XVIII, art. 174, e art. 187, VI, da Constituição Federal, pois implicaria no revolvimento de fatos e provas (Enunciado nº 126 do C. TST). Os arestos transcritos não versarem sobre as mesmas circunstâncias fáticas do caso concreto, e não abrangem todos os fundamentos da decisão recorrida (Enunciados 23 e 296 do C. TST). Não conheço. Processo: ED-RR - 588070-50.1999.5.15.5555 Data de Julgamento: 02/10/2002, Relator Juiz Convocado: João Ghisleni Filho, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 18/10/2002.

Nota-se que não houve por parte da jurisprudência qualquer resistência ao fato de que, independentemente da alteração legislativa promovida no caso da relação entre cooperado e cooperativa, ainda assim a relação estaria sujeita ao exame judicial a respeito da existência de elementos do vínculo de emprego capazes de caracterizar a fraude na forma do art. 9º da CLT (que tampouco foi alterado pela reforma).

A tendência dessa forma é a de mesmo que se verifique o preenchimento de todas as condições formais para a pactuação de contrato de trabalho autônomo, tal circunstância não afasta, por óbvio, o exame judicial a respeito do conteúdo material da relação de forma a se aferir eventual fraude na contratação, e, por conseguinte, a formação de vínculo de emprego entre as partes.

Isto tudo não significa, por fim, que o preenchimento dos requisitos formais legais seja irrelevante no caso concreto, posto que gera efeitos em caráter manifesto no tocante à distribuição do ônus da prova a esse respeito.

Isso porque é corrente o entendimento de que, uma vez admitida a prestação de serviços por parte do contratante, porém negada a existência de vínculo de emprego, incumbe ao réu comprovar a modalidade de contratação diversa dos moldes celetistas, por se tratar de fato obstativo ao reconhecimento de vínculo de emprego postulado pela parte autora.

Tal entendimento, ademais, está em consonância com a distribuição do ônus da prova na forma do CPC, e que a reforma também incorpora à CLT através da modificação do art. 818 que será examinada adiante.

2. Liberdade negocial no contrato de emprego

É muito claro que houve uma manifesta intenção de privilegiar a autonomia privada, e conferir maior liberdade e poder normativos aos negócios jurídicos firmados entre trabalhadores e seus empregadores (ou contratantes).

De forma geral essa orientação em favor de conferir maior liberdade negocial foi destinada em especial ao exercício da autonomia privada coletiva, ilustrada de forma contundente no art. 611-A, que será apreciado mais detalhadamente, e que estabeleceu um longo rol, ainda que exemplificativo, de institutos jurídicos passíveis não apenas de negociação coletiva, como também de que as cláusulas normativas decorrentes dessas negociações tenham a capacidade de derrogar as regras legalmente previstas a seu respeito, que, neste aspecto, tornam-se dispositivas.

No que diz respeito à negociação individual, contudo, a reforma de maneira geral é um pouco mais comedida. É verdade que ela autoriza a instituição de banco de horas pela via de acordo individual, mas ainda assim mais limitado em sua duração (art. 59, § 5º); admite a fixação de jornada 12x36 de forma individual; também admite a pactuação do contrato intermitente e do regime de teletrabalho individualmente também, isso para citar alguns exemplos mais marcantes. Mas de maneira geral as hipóteses de exercício da autonomia privada individual apenas expandiram naqueles institutos em que expressamente se reconheceu essa possibilidade, e muitas vezes com efeitos limitados, preponderando, ainda assim, a regra geral de que as partes detêm plena liberdade de negociação individual, porém respeitados os

limites legais, imperativos neste particular, inclusive aqueles que estariam sujeitos à negociação coletiva, na forma do art. 444, da CLT.

Neste cenário, talvez a mudança mais radical de orientação normativa da CLT pela reforma tenha sido a introdução do parágrafo único ao art. 444, da CLT, com a seguinte redação:

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.

Muito embora a abrangência prática e efetiva de trabalhadores que possam negociar com esse amplo espectro de liberdade seja bastante limitada - já que infelizmente uma porção muito pequena de trabalhadores no Brasil auferem salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (cujo teto é de R\$ 5.531,31 desde janeiro de 2017, de modo que o dobro alcançaria R\$ 11.062,62) - ainda assim, para estes trabalhadores, o parágrafo em exame autoriza que seja feita, de forma individual, a mesma negociação estabelecida entre sindicatos ou entre sindicatos e empregadores.

Embora a CLT procure ressaltar em mais de uma ocasião a liberdade negocial das partes, a verdade é que mesmo quando o faz deixa claro, como ocorre no *caput* do art. 444, que esta liberdade deve ser exercida dentro dos moldes - progressivamente mais restritos pelo aumento do pano de fundo normativo - das normas imperativas do direito do trabalho, e também da negociação coletiva. Pode-se dizer com tranquilidade, inclusive, que excetuadas as hipóteses em que a legislação expressamente autoriza a negociação individual, ela rigorosamente não é permitida a respeito de qualquer instituto cuja incidência sobre todos os contratos seja mandatária pela CLT. Em um evidente rompimento com as diretrizes gerais do direito privado, as normas trabalhistas sempre se orientaram no sentido de que, uma vez estabelecida a norma protetiva, a negociação individual a seu respeito é proibida, salvo expressa autorização legal.

E essa subordinação da vontade individual, como assinalado, não é apenas à lei em sentido estrito, mas também aos negócios jurídicos coletivos firmados através de convenção ou acordo coletivo de trabalho, sendo que a subserviência da vontade individual é assinalada tanto no *caput* do art. 444, quanto no art. 619, da CLT.

Essa restrição é representativa do princípio geral de irrenunciabilidade dos direitos trabalhista, e expressa por Arnaldo Süssekind¹² quanto apontava categori-

12 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et al. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed, vol. 1. São Paulo: LTr, 2003, p. 210.

camente que “são irrenunciáveis os direitos que a lei, as convenções coletivas as sentenças normativas e as decisões administrativas conferem aos trabalhadores, salvo se a renúncia for admitida por normas constitucional ou legal ou se não acarretar uma desvantagem para o trabalhador ou prejuízo à coletividade”. Opondo-se, assim, aos direitos resultantes do próprio exercício da autonomia privada individual, ao destacar que “os direitos resultantes de cláusulas contratuais a que não correspondem preceitos do *jus cogens* são, em princípio, renunciáveis e transacionáveis, desde que não ocorra vício de consentimento e não sejam desatendidas as regras a respeito estipuladas pela lei”¹³.

O parágrafo único incluído no art. 444 inverte por completo essa orientação do ordenamento jurídico trabalhista, passando a conferir preponderância do negociado individual, tanto sobre a lei, quanto sobre o negociado coletivamente, afastando para os trabalhadores que nele se enquadram a aplicação do *caput* do artigo, além de outros dispositivos que submetem a vontade individual aos negócios coletivos, assim como à lei, desde que limitados aos institutos previstos expressamente no art. 611-A, “entre outros” que não se considerem disposição mínimas e essenciais de proteção ao trabalho.

Como é virtualmente impossível que a legislação estabeleça um critério objetivo exaustivo, preciso e inquestionável a respeito de quem seriam estes trabalhadores, a opção pelo critério de remuneração do trabalhador foi eleito pelo legislador. Como regra, tais trabalhadores efetivamente recebem uma remuneração muito diferenciada dos demais, muitas vezes acima da média do trabalhador brasileiro, e é isso que é representado pela norma em comento. Como a própria reforma retirou o caráter remuneratório, como se verá na sequência, de parcelas como prêmios, abonos, e, em especial, gratificações ajustadas (art. 457, §§ 1º e 2º), precisamente as parcelas que compõe grande parte do valor pago a estes empregados, é óbvio que os trabalhadores que receberão a remuneração no sentido muito mais estrito consagrado pela nova redação dos parágrafos do art. 457 da CLT se tornarão ainda mais rarefeitos.

É claro que podem existir trabalhadores que, mesmo em face de uma remuneração diferenciada, ainda assim tenham sido tolhidos no exercício de sua manifestação de livre vontade, ou que a mesma tenha sido viciada por algum motivo no momento da pactuação. A reforma trabalhista não revogou o art. 9º da CLT, razão pela qual, caso se entenda que houve fraude na pactuação individual de tais trabalhadores, os atos negociais praticados serão anuláveis.

13 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et al. Ob. Cit., p. 200.

2.1.3 Módulo III: Limites na Negociação Coletiva. Liberdade Negocial. Autonomia Privada Coletiva. Art. 611 “A” e “B”. Ultratividade da Norma Convencional.

1. Autonomia da vontade coletiva e o “negociado sobre o legislado”

Se fosse necessário eleger uma nota de corte característica do conteúdo da Reforma, sem dúvida alguma ela reside no prestígio à autonomia da vontade. Esta autonomia privada foi privilegiada no aspecto individual, abrindo-se maior espaço para a negociação direta entre as partes da relação de emprego, como se verifica na pactuação do banco de horas (art. 59, § 5º), jornada 12x36 (art. 59-A), extinção de contrato por comum acordo (art. 484-A), para se destacar apenas alguns exemplos.

A preponderância mais significativa foi conferida à autonomia privada coletiva, e a ampliação do espaço de incidência da negociação coletiva, sobrelevado em especial com a inclusão dos arts. 611-A e 611-B à CLT, sendo certo que este último, apesar de versar sobre os objetos ilícitos de negociações coletivas, na prática reforça o rol exemplificativo contido no art. 611-A.

Ao mesmo tempo, foram esses alguns dos dispositivos da Lei 13.467/2017 mais duramente criticados pela doutrina e pelos operadores do direito.

A doutrina aponta que a negociação coletiva deve se orientar por oito princípios gerais¹⁴: 1) da compulsoriedade negocial, segundo o qual os sujeitos coletivos não podem se recusar à negociação sob pena negar sua própria razão de existir e colocar por terra o instituto; 2) do contraditório, que estabelece que como os interesses são quase sempre antagônicos as partes chegam a um acordo de interesses

14 SANTOS, Enoque Ribeiro. **Negociação coletiva de trabalho nos setores público e privado**. São Paulo: LTr, 2015, p. 114.

pela via dialética; 3) da boa-fé, que se aplica a todos os contratos (art. 113, do Código Civil), e deve vigorar tanto na fase negocial quanto na fase de implementação do que foi negociado; 4) da igualdade, por meio do qual se entende que os polos contratantes nas negociações coletivas situam-se no mesmo nível de igualdade de poder e de persuasão; 5) de informação, segundo o qual deve haver transparência nas informações, em especial a respeito da condição econômico e financeira da empresa, de forma a apurar sua capacidade de atender aos pleitos; 6) da razoabilidade, que é uma extensão do anterior, de tal forma a que as conclusões do processo negocial cheguem a resultados que são possíveis de serem atendidos, sem um peso econômico exagerado sobre o empregador; 7) da paz social, por meio do qual a negociação coletiva visa conciliar a responder as demandas e necessidades de ambos os lados no período de sua vigência; 8) da colaboração, segundo o qual todos os partícipes da negociação devem demonstrar disposição para cooperar e agir em solidariedade aos interesses uns dos outros, ainda mais em um período de revitalização do direito do trabalho por meio da negociação coletiva.

A Reforma faz uma opção decisiva em favor da autonomia privada ao dispor no caput do art. 611-A, introduzido na CLT, que o negociado coletivamente prepondera sobre a lei quando dispuser sobre os diversos temas que dispõe em seus 15 incisos (“*art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre*”), além de assinalar que o rol seria puramente exemplificativo.

Ainda que se possa questionar a técnica legislativa de fixar um rol puramente exemplificativo, consignando no *caput* uma tessitura muito mais aberta ao aludir a “entre outros”, o que se verifica é que esse dispositivo marca um momento decisivo de passagem da predominância do caráter imperativo das regras de direito material do trabalho para um viés muito mais dispositivo, ao menos sob o prisma da negociação coletiva.

Apenas para se ilustrar o ponto, sob a égide da legislação anterior Alice Monteiro de Barros¹⁵ entendia que a convenção coletiva jamais poderia contrariar a lei, em face da vedação contida no art. 444, da CLT, e que a primazia da lei sobre o negociado também decorreria do art. 9º da CLT, embora admitindo que essa vedação foi flexibilizada pela Constituição de 1988 ao permitir, por exemplo, a redução salarial por meio de norma convencional.

Após a reforma trabalhista, e especialmente conjugando-se tanto o disposto no art. 611-A quanto também a alteração do critério de relação entre acordos coletivos e convenções coletivas, já não é mais possível se entender que permanece essa construção “dinâmica”, em que o intérprete sempre aplicaria ao caso concreto a norma que entendesse mais favorável porque o caráter derogatório da norma convencional é expresso na CLT. E se isso já não se extrai da literalidade do *caput*, o § 2º incluído no mesmo artigo torna essa conclusão ainda mais evidente:

15 BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 1189.

§ 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.

Privilegia-se assim uma modalidade de flexibilização de regras trabalhistas que podem ser tanto criadoras de direitos para muito além das previsões legais, mas que pode ser igualmente vista como prejudicial ao trabalhador, dependendo de seu conteúdo e da avaliação do intérprete, sem que isso, contudo, implique qualquer ilícito ou invalidade da negociação.

O que muda com a introdução dos arts. 611-A e 611-B é precisamente o ponto de equilíbrio nesta relação. Enquanto pela interpretação dominante até então vigente a balança se inclinava em favor da fonte heterônoma, que condicionava a validade das fontes autônomas à necessária implantação de “padrões setoriais” superiores, e exigia que mesmo em tais casos a transação incidisse apenas sobre parcelas de indisponibilidade relativa, a Reforma amplia de forma categórica quais parcelas devem ser consideradas disponíveis, limitando em seu art. 611-B quais dispositivos se consideram indisponíveis em caráter absoluto, consagrando, assim, o regime dispositivo.

2. Rol de permissões legais de negociação

Ao se analisar o rol das permissões negociais coletivas, exemplificadas no art. 611-A, da CLT, temos vários exemplos dessas redundâncias ou de repetições de permissões que já se encontram consagradas em outros dispositivos. São os casos dos incisos I (jornada de trabalho) e II (banco de horas), que já estavam consagrados no art. 59, *caput* e § 2º; IV (adesão ao PSE), que já era prevista na Lei 13.189/15; XV (participação nos lucros e resultados), que já era previsto na Lei 10.101/00.

Uma outra categoria abrange aqueles contratos que foram expressamente introduzidos pela reforma, como o item VIII (teletrabalho e trabalho intermitente), embora a alusão a sobreaviso também seja importante, já que o instituto vinha sendo adotado por analogia com sua previsão específica ao trabalho ferroviário, sendo conveniente a possibilidade de sua negociação com contornos específicos para cada atividade. Nesta mesma situação se enquadra o inciso VII (representante de trabalhadores no local de trabalho).

Outros versam sobre questões que poderiam inclusive ser impostas unilateralmente pelo empregador, e a respeito das quais nunca houve qualquer vedação a que fossem, ao invés, pactuadas negocialmente, como são os casos dos itens V (plano de cargos e salários), VI (regulamento empresarial), X (modalidade de registro de jornada de trabalho).

Ainda aquelas previsões que versam sobre procedimentos que já vinham sendo adotados mesmo antes da reforma em caráter inclusive individual, não havendo óbice, por conseguinte, à negociação coletiva, como o inciso XI (troca do feriado) e

IX (remuneração por desempenho e produtividade), e XIV (prêmios de incentivo em bens ou serviços), valendo lembrar especificamente quanto a estes últimos o fato de que a Lei 13.467/17 lhes retirou a natureza remuneratória.

Há, contudo, permissões que colidem com entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário, ou efetivamente desafiam entendimento maior sobre a sua incidência, como os incisos III (intervalo intrajornada), XII (enquadramento de grau de insalubridade) e o inciso XIII, que autoriza a prorrogação de jornada em ambiente insalubre (inciso que foi revogado pela Medida Provisória 808/17, a qual alterou a redação do inciso XII de forma a incluir no mesmo a questão pertinente à prorrogação da jornada em insalubridade, mas que volta a constar do artigo 611-A em razão do fim da vigência, em 23.4.2018, da Medida Provisória 808/2017).

Uma das alterações mais polêmicas foi precisamente a do inciso III, permitindo a redução do intervalo intrajornada pela via convencional, até um mínimo de 30 minutos, para jornadas superiores a seis horas.

Carlos Alberto Gomes Chiarelli¹⁶, por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, entendia que a norma insculpida no art. 71, relativa ao intervalo intrajornada, seria de ordem pública, insuscetível de negociação entre as partes, por se tratar de norma de proteção mínima. Todavia, assinala que o intervalo interjornada de 11 horas, a seu turno, era considerado de natureza menor, e por isso mesmo sujeito à disposição pela via da negociação coletiva.

Este entendimento perdurava até os dias atuais, sendo inclusive consagrado na Súmula 427, II, do TST, com a seguinte redação:

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

O alvo da reforma neste ponto é tão claramente o entendimento jurisprudencial reproduzido que o parágrafo único do art. 611-B textualmente estabelece:

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Vale observar que limitação da negociação do intervalo a 30 minutos está de acordo com o limite mínimo de negociação que já era admitido pela Portaria 1095/2010 do MTE em seu art. 1º, § 3º.

Conforme destaca Homero Batista da Silva¹⁷, há possibilidade de invalidação dessa cláusula pelo Poder Judiciário, inobstante o constante no parágrafo único do

16 CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Trabalho na constituição**. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1989, p. 134.

17 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 116.

art. 611-B, ao argumento de que a redução do intervalo para refeição, caso não oferecidas condições adequadas, pode colidir com o propósito de redução de acidentes de trabalho (art. 7º, XXII, CF), inclusive porque permanece vigente o art. 71, § 3º que trata da necessidade de autorização prévia da autoridade trabalhista para a redução do intervalo.

Mais delicada e polêmica do que esta alteração são os permissivos contidos nos incisos XII e XIII do art. 611-A, que autorizam a pactuação do enquadramento no grau de insalubridade e a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, independentemente de autorização ministerial prévia. A Medida Provisória 808/17 havia revogado o inciso XIII e modificado o inciso XII, que passou a vigorar com a seguinte redação:

XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

Com o término da vigência da MP 808/2017, em 23.4.2018, o texto original foi restabelecido.

A questão comporta uma preocupação importante. A caracterização de um agente como insalubre não se trata de decisão ideológica ou puramente jurídica ou econômica, mas tecnicamente médica. Os efeitos que a exposição a agentes insalubres pode produzir sobre o ser humano são questões permanentemente debatidas, estudadas, e inclusive constantemente revistas. Se mesmo do ponto de vista técnico o risco a que o trabalhador está submetido gera dificuldade para o corpo especializado de técnicos envolvidos em sua definição, que dizer da capacidade das partes, sem a devida assessoria técnica, de corretamente dimensionar esse risco? É importante assinalar que vários agentes insalubres inclusive variam seu potencial lesivo conforme o tempo de exposição, o que evidencia a preocupação de que a realização de horas extras em condições insalubres possa resultar em prejuízos à saúde dos trabalhadores envolvidos. Já o grau de enquadramento é questão que já transborda para aspectos jurídico e econômicos, porque guarda relação menos com o potencial lesivo do agente, e mais com o nível de desestímulo que se procura imprimir à atividade insalubre mediante a incidência de adicionais progressivamente maiores para agentes mais prejudiciais. Além disso, possui também uma clara finalidade de incentivo ou à supressão destas atividades ou a medidas que visem a reduzir a insalubridade ou, preferencialmente neutralizá-la por completo.

Versando a respeito do adicional de periculosidade (e não de insalubridade), o TST inicialmente firmou entendimento através da Súmula 364, II, que “A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao

tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos”. Esse entendimento, contudo, foi revisto posteriormente, e encaminhado em sentido diametralmente diverso, fixado atualmente no mesmo item II, da Súmula 364:

II - Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, § 1º, da CLT).

Ainda que trate da periculosidade, tal entendimento também passou a ser adotado com relação ao adicional de insalubridade pelo TST, vedando-se a negociação proporcional a seu respeito.

A legislação alteradora não faz alusão à fixação proporcional da insalubridade, mas tão-somente ao enquadramento do seu grau, sendo neste aspecto mais restritiva do que as hipóteses de proporcionalidade que paulatinamente passaram a ser vedadas jurisprudencialmente. Ainda assim, tal circunstância não modifica o fato de que se trata de matéria **essencialmente** técnica, sendo difícil visualizar de que forma as partes, sem a devida assistência técnica e parecer apropriado, possam ser capazes de corretamente dimensionar seu impacto.

Há, de outro lado, evidente contradição entre o contido no art. 611-A, XII, que autoriza a negociação coletiva a estipular livremente o grau do adicional de insalubridade, e o previsto no art. 611-B, inciso XVII, que estabelece que normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho constituem inclusive objeto ilícito de negociação coletiva, o que pode conduzir à invalidação da norma pelo Poder Judiciário.

O art. 611-A, embora estabeleça que a pactuação de cláusulas compensatórias não constitui elemento de validade do ato, pelo menos na hipótese do § 3º impõe essa exigência, ao assinalar:

§ 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.

É evidente que a previsão de proteção de emprego em tais ocasiões surge como verdade cláusula compensatória das disposições convencionais que tenham implicado redução de jornada ou salário.

Por outro lado, estabelece que, ainda que a existência de cláusula compensatória não seja necessária, toda vez que ele existir e seja anulada a cláusula que visa a compensar, também deverá ser declarada a nulidade da cláusula compensatória (§ 4º).

Convém assinalar que nesses casos a cláusula compensatória deverá ser expressamente assinalada no contrato coletivo, posto que qualquer adoção de “compensação tácita” ou mesmo que as partes entendam logicamente inseridas podem gerar instabilidade e insegurança e sujeitar, neste ponto, o reconhecimento da cláusula compensatória à interpretação da existência desta entabulação lógica ou tácita.

3. Rol de vedações e objetos ilícitos

Ao contrário do art. 611-A, o art. 611-B é muito mais extenso, até mesmo por não ter natureza exemplificativa, mas fixar, em tese, quais são os temas que constituem objeto ilícito da negociação coletiva.

Homero Batista da Silva¹⁸ destaca que, inobstante o legislador da reforma haja estabelecido que o rol do artigo 611-B é taxativo (“exclusivamente”), essa afirmação seria desprovida de rigor científico posto que existem assuntos que não devem, por outros fundamentos jurídicos e legais, ser tratados por meio de norma coletiva. Como exemplo de matérias não passíveis de negociação coletiva, conforme jurisprudência do TST, o referido autor destaca a concessão de reajuste salarial contrário à lei de Política Salarial (Súmula 375 do TST), cláusulas com efeitos retroativo, descontos superior a 70% do salário, ao arrepio do art. 82, parágrafo único (não alterado pela Reforma), cláusulas discriminatórias entre sindicalizados e não sindicalizados, condições ou restrições à garantida de emprego da gestante, dentre outros.

Nesse sentido, portanto, o art. 611-B também não é exaustivo, admitindo-se a existência de outras restrições às negociações coletivas emanadas do texto constitucional, conforme hermenêutica já construída sobre a matéria.

Importante destacar, de outro lado, que várias das vedações contidas no art. 611-B rigorosamente versam sobre direitos assegurados constitucionalmente, que nem poderiam ser negociados mediante autorização infraconstitucional. São os casos dos incisos III (depósitos mensais e indenização do FGTS), IV (salário mínimo), V (13º salário), VI (remuneração do trabalho noturno superior a do diurno), VII (proteção salarial), IX (repouso semanal remunerado), X (adicional de 50% das horas extras), XI (direito às férias e terço de férias); XV e XXX (proteção do mercado de trabalho da mulher), XVI (aviso prévio proporcional), XVII (normas de saúde, higiene e segurança), XVIII (adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas), XX (seguro contra acidentes de trabalho), XXI (prazo prescricional), XXII (isonomia salarial), XXIII e XXIV (proteção ao trabalho infantil), XXV (isonomia entre empregados e avulsos), XXVII (direito de greve).

Outros sequer dizem respeito a direitos ou obrigações trabalhistas entre as partes, mas sim a terceiros, em especial benefícios previdenciários, tais como os incisos

18 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 121-122.

I (normas de identificação profissional), II (seguro-desemprego), VIII (salário-família), XIII (licença-maternidade), XIV (licença-paternidade), XIX (aposentadoria), XXIX (tributos e créditos de terceiros).

Aliás, até mesmo a ordem dos incisos segue de forma muito próxima a ordem dos incisos constantes no art. 7º, da Constituição Federal. Rigorosamente falando, os únicos acréscimos que não estão inseridos nas hipóteses acima dizem respeito à duração das férias (inciso XI), já que a Constituição Federal se limita a prever seu gozo, mas não a duração, e o acréscimo, no inciso XXVI, da vedação de imposição de contribuição sindical sem anuência prévia do empregado, o que já foi objeto de exame em tópico anterior.

Ainda assim, o rol de vedações, que se restringe em larga e ampla medida apenas a confirmar que os direitos constitucionalmente garantidos não podem ser objeto de negociação coletiva, apenas reforça a orientação da Reforma de privilegiar e autorizar a disposição convencional a respeito de praticamente todo o restante do conteúdo das relações laborais.

4. Ultratividade da norma convencional

Todas essas questões se tornam ainda mais relevantes quando se discute a ultratividade da norma convencional. Ronaldo Lima dos Santos¹⁹ sumariza a questão da divergência de interpretação quanto ao tema:

O ponto comum entre as diversas correntes é que todas elas consideram que a problemática da incorporação ou não das cláusulas dos convênios coletivos aos contratos individuais de trabalho diz respeito somente às cláusulas normativas, isto é, àquelas que preveem condições para reger as relações individuais de trabalho, não abrangendo, assim, as normas obrigacionais, que seriam sempre temporárias, razão pela qual há um relativo consenso sobre a cessação dos seus efeitos quanto expirada a vigência da norma coletiva.

Por mais de duas décadas essa questão, embora sempre debatida, estava razoavelmente pacificada através da Súmula 277, do TST, que em sua redação original estabelecia que “as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”.

Este entendimento vigorou desde sua redação original, em 1988, passando por várias revisões e redações, como as ocorridas em 2003, e também em 2009, em que a redação acima foi convertida com algumas alterações estilísticas no item I, e acrescido o item II à súmula, com a seguinte redação:

19 SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das normas coletivas**, 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 251.

I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II - Ressalva-se da regra enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.

A ressalva inserida no item II, longe de mostrar uma sinalização em sentido contrário à do item I, reforçava-a, haja vista que reconhecia expressamente que apenas por um momento, em razão de alteração legislativa específica, a incorporação das cláusulas convencionais ao contrato individual de trabalho foi reconhecida no direito brasileiro. Com efeito, a Lei 8.542/92, que versava a respeito da política nacional de salário, incluía em seu art. 1º, § 1º, a seguinte disposição:

§ 1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho.

Apesar da inusitada inserção topológica e temática desta previsão legal, a verdade é que o dispositivo em questão deixava pouca dúvida de que, a partir de sua vigência, as cláusulas convencionais efetivamente passaram a integrar os contratos de trabalho, ainda que sujeitas potencialmente à redução ou supressão por contrato coletivo ulterior.

Conforme consignado no item II da Súmula 277, esta previsão legal foi posteriormente revogada pela Lei 10.192/2001, daí a ressalva temporal assinalada na nova redação sumular.

A partir da alteração promovida pela EC 45/2004 no § 3º do art. 114 da CF – que estabeleceu que o poder normativo, ainda que restringido em certas hipóteses, estava obrigado a respeitar cláusulas anteriormente convencionadas, não podendo suprimi-las sem nova negociação²⁰ – o TST, considerando o contido no § 2º do art. 114 da CF, alterou seu entendimento, passando a admitir a ultratividade das normas convencionais, estabelecendo na redação atual da Súmula 277:

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Mesmo antes do advento da Lei 8.542/92 já havia quem entendesse que as cláusulas normativas se incorporavam aos contratos individuais, independentemen-

20 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 125.

te do expresse reconhecimento legal. Nessa linha de pensamento, Enoque Ribeiro dos Santos²¹ já entendia que as normas convencionais se incorporavam ao contrato de trabalho em razão do art. 114, § 2º, da CF, que alude ao respeito às condições mínimas de trabalho fixadas e convenionadas anteriormente.

Como ressaltado por Homero Batista da Silva²², a alteração no entendimento do TST trouxe uma nova dinâmica para as negociações coletivas: se antes os empregados tinham pressa na negociação sob pena de ficarem privados de vantagens adquiridas, a partir do setembro de 2012 os patrões passaram a ter pressa nessa negociação, porque no caso de silêncio ou inexistência de negociações prevaleceria o instrumento normativo anterior.

Em outubro de 2016 a Súmula 277 teve sua eficácia suspensa por meio de decisão liminar proferida pelo STF (ADPF 323), sem que a decisão haja sido levada a Plenário até o advento da Lei 13.467/2017. Caso o STF acompanhe o entendimento do TST no sentido de que o § 3º do artigo 114 efetivamente autoriza a ultratividade da norma coletiva, o § 3º do art. 614 da CLT deverá considerado inconstitucional.

Estabelece o referido § 3º do art. 614, da CLT que “§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”.

A vedação absoluta à ultratividade, preconizada pela norma reformada, ignora o fato de que sempre existirão cláusulas convencionais que por sua própria natureza produzem efeitos para o futuro, ainda que não reiteradas sistematicamente em convenções ou acordos coletivos posteriores. Como explica Amauri Mascaro Nascimento²³:

As cláusulas de natureza obrigacional não se incorporam nos contratos individuais de trabalho porque não tem essa finalidade e, dentre as cláusulas normativas, há que se distinguir, em razão do prazo estabelecido e da natureza da cláusula, aquelas que sobrevivem e as que desaparecem. Um adicional por tempo de serviço é, por sua natureza, algo que se insere nos contratos individuais de trabalho, se as partes não estipularem condições ou limitações à sua vigência. Um adicional de horas extraordinárias é obrigação que, tendo em vista a sua natureza, vigora pelo prazo em que a convenção coletiva perdurou. Desse modo, a resposta depende da verificação, em cada caso concreto, da cláusula em questão.

21 SANTOS, Enoque Ribeiro. **Negociação coletiva de trabalho nos setores público e privado**. São Paulo: LTr, 2015.

22 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 125.

23 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**, 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 316.

Com efeito, como imaginar uma cláusula que estabeleça o benefício de um triênio a um empregado, sendo que a própria convenção coletiva ou acordo coletivo não terão vigência trienal de forma a garantir a observância do próprio direito que entabula? Cláusulas normativas que estabelecem direitos e benefícios conforme a antiguidade do trabalhador, e progressivos por força de sua própria natureza, evidentemente projetam seus efeitos para o futuro, se não por se incorporarem ao contrato individual de trabalho, ao menos porque a própria natureza da parcela assim o exige.

É possível argumentar que nada impede que normas convencionais estabeleçam, de preferência expressamente, sua observância e vigência para o futuro, ainda que além do período de vigência da própria norma convencional que foi a fonte deste direito, sempre sujeitas à possibilidade de revisão, redução, supressão ou ampliação por contrato coletivo posterior.

2.1.4 Módulo IV: Jornada de Trabalho. Banco de Horas. Tempo à Disposição. Jornada in itinere e intervalo intrajornada.

1. Jornada de trabalho e tempo à disposição

A primeira alteração relativa à jornada de trabalho é apenas de redação no parágrafo único do art. 4º, suprimindo o veto incidental no texto que fora introduzido pela Lei nº 4.072/62 (sendo conveniente lembrar que na Constituição de 1988 essa modalidade de veto sequer é permitida, já que o art. 66, § 2º, embora admita o veto parcial, exige que abranja texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea). Apenas para fins de registro histórico, embora a Lei 4.072/66 haja expressamente introduzido o cômputo do período de serviço militar para efeitos de indenização e estabilidade, o STF firmou entendimento, através da Súmula 463²⁴, que mesmo antes desta modificação o afastamento por serviço militar já implicava contagem para fins de indenização e estabilidade.

O caput do art. 4º, mantido pela Reforma, é fundamental em qualquer discussão relacionada à jornada de trabalho e contagem de tempo de serviço. A noção de que todo o período em que o empregado está à “disposição” do empregador computa-se como tempo de serviço para todos os efeitos claramente não resolveria boa parte das discussões, já que fatalmente a definição do preciso momento em que o empregado está à “disposição” para poder cumprir obrigações contratuais - ainda mais com todas as ferramentas tecnológicas e de trabalho remoto atualmente existentes - seria bastante elástica. A alusão ao fato de que por tempo “à disposição” se entenderiam as ocasiões em que o trabalhador estaria

24 Súmula 463 do STF: Para efeito de indenização e estabilidade, conta-se o tempo em que o empregado esteve afastado, em serviço militar obrigatório, mesmo anteriormente à L. 4.072, de 1.6.62.

aguardando ou executando ordens restringiu um pouco o conceito, mas não eliminou por completo as dúvidas a respeito da matéria.

Questões relativas ao que se entende por tempo efetivamente à disposição permeiam de forma bastante presente a rotina forense, como se observa da necessidade inclusive de fixação de entendimentos pela via sumulada, como a Súmula 429²⁵, do TST.

Naturalmente, as ocasiões em que o empregado se encontra efetivamente executando ordens de serviço, como regra, são muito mais facilmente visualizáveis, embora não sejam raras discussões sobre algumas atividades preparatórias, mas que figuram como condições necessárias para o cumprimento de uma ordem (tais como separar o material que será utilizado em uma determinada operação, ou ligar todos os equipamentos necessários para viabilizar a execução de um serviço). Se, mesmo quando se procura identificar as ocasiões em que o empregado está efetivamente executando ordens o conceito de disposição por vezes desafia a inteligência jurídica, mais ainda nas hipóteses em que estaria aguardando tais ordens, tendo em vista a linha relativamente tênue que por vezes separa o trabalho que está em momento de suspensão ou interrupção contratual (com um período intervalar) e os momentos em que se encontra apenas ocioso por ausência de qualquer incumbência delegada pelo seu empregador.

A novidade na tentativa de solução dessas situações limítrofes foi a inclusão do § 2º do art. 4º, que afasta do cômputo como tempo à disposição do empregador o período em que o empregado adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para “exercer atividades particulares”:

§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

- I - práticas religiosas;
- II - descanso;
- III - lazer;
- IV - estudo;
- V - alimentação;

25 Súmula 429 do TST: Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

- VI - atividades de relacionamento social;
- VII - higiene pessoal;
- VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

Inicialmente, parece que a primeira parte do texto do § 2º seria um tanto ociosa. Não há razão lógica para se fazer alusão aos minutos residuais autorizados pelo art. 58, § 1º da CLT se o próprio *caput* já estabelece que o tempo destinado às atividades que disciplina não deverá ser computado como tempo de serviço sob hipótese alguma. Ora, o art. 58, § 1º, da CLT, versa sobre tempo que indubitavelmente computa-se na jornada de trabalho, apenas isentando o pagamento de eventuais horas extras decorrentes dentro dos limites de tolerância que fixa por uma questão de razoabilidade e política legislativa. Mas os minutos residuais previstos no art. 58, § 1º, são tempo de trabalho efetivo para todos os demais fins, e devem inclusive ser consignado nos cartões de ponto, razão pela qual sua alusão em um texto que versa a respeito de fatos e atos que não devem ser computados na jornada mais confunde do que ajuda.

A impressão que a alteração passa aqui, contudo, é de uma certa desconfiança, seja com relação à jurisprudência, seja com relação ao intérprete.

Do ponto de vista jurídico, a alusão à exclusão de “atividades particulares” já deveria bastar para direcionar a interpretação do dispositivo de lei nesse ponto, já que não haveria possibilidade alguma de que a lei esgotasse todas as possibilidades imagináveis de atividades voluntárias e particulares que um empregado pode optar por fazer dentro do estabelecimento do empregador. Ainda assim, o legislador optou por indicar as atividades particulares que não devem ser computadas na jornada, e, não satisfeito, ainda incluiu a genérica referência “entre outras”, o que particularmente neutraliza a utilidade da lista exemplificativa e deixa claro que a intenção era restringir a atividade interpretativa nesse ponto, sempre uma opção legislativa questionável.

A primeira hipótese versada, do empregado procurar refúgio no estabelecimento do empregado por razões de segurança ou climática não encerra maiores dificuldades, sendo evidente que nesse caso o empregado estaria apenas se protegendo e não efetivamente executando ou aguardando qualquer ordem do empregador. O fato de permanecer nas dependências do empregador para praticar alguma liturgia religiosa própria ou mesmo para confraternizar com colegas de trabalho também não traz maiores desafios, sendo claro, contudo, que todo ser humano que trabalha em contato com outros acabará tendo contato social com seus colegas mesmo durante a execução ou aguardo de ordens do empregador, sendo que o ponto divisor de águas aqui é precisamente o fato de que esse contato social se dê fora do contexto de cumprimento das obrigações contratuais.

As atividades de descanso, lazer, alimentação e higiene pessoal, contudo, podem gerar situações mais controvertidas. É claro que a reforma neste ponto visa apenas estabelecer que o simples fato de uma pessoa usufruir períodos de descanso, lazer, alimentação ou higiene dentro do estabelecimento do empregador por si só não significa, por óbvio, que estaria cumprindo ou aguardando ordens. Mas, novamente, o contexto da situação é que definirá o resultado. Isso porque nada impede que esses períodos sejam, na verdade, institucionalizados, e não um reflexo de uma atividade particular livremente exercida pelo trabalhador.

Não se pode ignorar, nesse aspecto, que inicialmente o entendimento predominante no TST era no sentido de que *“o tempo gasto pelo empregado com troca de uniforme, lanche e higiene pessoal, dentro das dependências da empresa, após o registro de entrada e antes do registro de saída, considera-se tempo à disposição do empregador, sendo remunerado como extra o período que ultrapassar, no total, a dez minutos da jornada de trabalho diária”*, como se depreendia da redação original da OJ 326, da SDI-1.

Claro que na hipótese da orientação jurisprudencial reproduzida todo o período correspondente a estas atividades já estava contemplado no período efetivamente registrado de trabalho pelo empregado, sendo certo que se tratava de um entendimento que visava fazer frente às alegações de defesa no sentido de que, embora houvesse nos cartões de ponto registro de horas extras, tratava-se de tempo em que, na verdade, o empregado estaria trocando o uniforme, alimentando-se ou cuidando de sua higiene pessoal.

A orientação jurisprudencial em exame foi cancelada em razão de sua incorporação à Súmula 366, do TST, cuja redação atual reza:

Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal, pois configurado tempo à disposição do empregador, não importando as atividades desenvolvidas pelo empregado ao longo do tempo residual (troca de uniforme, lanche, higiene pessoal, etc).

Observe-se que na forma da redação da Súmula 366, o período destinado à troca de uniforme naturalmente integra a jornada, e neste cômputo podem estar abrangidas atividades como a troca de uniforme, lanche e higiene pessoal, o que conduz à interpretação natural de que tais períodos devem ser computados na jornada para todos os efeitos, ainda que possam não gerar horas extras se não excederem a dez minutos diários da jornada registrada. É importante frisar que, pelo entendimento sumulado, não se tratam de dez minutos adicionais à tolerância já prevista legalmente (até porque a construção jurisprudencial da noção destes minutos residuais precede à alteração legislativa do art. 58, § 1º já mencionado), mas

sim do conteúdo desse tempo à disposição e de que forma se dará o cômputo de eventuais horas extras decorrentes.

Com relação aos períodos de lanche, ademais, a Súmula 118, do TST, estabelece que “os intervalos concedidos pelo empregador na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada”.

Não há dúvida, neste aspecto, que as inserções dos incisos V, VII e VIII juntamente com o § 2º do art. 4º, visam enfrentar tais entendimentos.

É natural que os intervalos livremente instituídos pelo empregador durante a jornada sejam naturalmente destinados a atividades de descanso, lazer e alimentação de seus empregados, e nem por isso deixará de integrar a jornada para todos os efeitos, mesmo após a reforma. As hipóteses versadas nos incisos ainda se submetem à condicionante do caput que é a permanência nas dependências por ato voluntário do próprio trabalhador, e não em razão da concessão de intervalos por liberalidade do empregador, até porque não se pode conceber que o empregador acabe prolongando por iniciativa própria e unilateral o tempo de permanência do empregado dentro da empresa, em prejuízo do convívio social e familiar do trabalhador, sem que esse período seja computado dentro da jornada.

A questão da higiene pessoal também pode levar a algumas dúvidas. Nas hipóteses em que o empregador apenas autoriza o empregado a utilizar as dependências da empresa para asseio pessoal, em caráter facultativo, claramente se insere na previsão do artigo, razão pela qual não se computa na jornada de trabalho. Situação bastante diversa. Quando, todavia, a realização da higiene é exigida como condição para o exercício das atividades - como higienização de mãos em atividades de manipulação farmacêutica ou biológica - esse período de higienização deve ser entendido como tempo despendido em cumprimento de ordens do empregador.

A atividade de estudo também pode gerar alguma controvérsia, mas dependendo do contexto em que está inserida. Novamente, se o trabalhador estiver simplesmente permanecendo nas dependências do empregador para realizar estudos por conta própria, não exigidos nem impostos pelo empregador, tal período não se computa na jornada. Todavia, se o período de permanência se refere à realização de curso, aulas, ou estudos exigidos pelo empregador para atingimento de metas específicas ou como condição para o exercício da atividade, aí evidentemente trata-se de período de cumprimento de ordens do empregador, sendo irrelevante, neste particular, se o empregado se beneficia pessoalmente dos frutos do curso ou do estudo.

Por último, a legislação versa sobre um tema muito corriqueiro no dia a dia forense que é o cômputo, ou não, do período destinado à troca de uniforme. A jurisprudência sobre a matéria se dividia em pelo menos três grandes possibilidades. Uma delas, inclinada no sentido de que se o empregador exige o uso de uniforme, então o tempo despendido para sua troca equivale a cumprimento de ordem do empregador, e, por conta disso, fosse realizado no local de trabalho ou em casa, deveria ser computado como tempo à disposição. Aliás, em tal hipótese, como visto,

o entendimento se refletia tanto em orientação jurisprudencial da SDI-I como na atual Súmula 366 do TST. Outra possibilidade, diametralmente oposta, que entendia que a utilização de uniforme é realizada em benefício do próprio trabalhador, que poupa suas próprias roupas particulares do desgaste e da exposição à sujeira no ambiente de trabalho, e, portanto, não se trataria de cumprimento de ordens em favor do empregador. Finalmente, uma terceira corrente que limitava as hipóteses de cômputo do período de troca de uniforme apenas quando exigido que o trabalhador fizesse a troca de roupa dentro da empresa.

O legislador da reforma manifestamente se filiou à última corrente, ao estabelecer que não se computa na jornada a troca de uniforme quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa. É claro que se depreende daí que, a *contrario sensu*, quando esta troca de uniforme precisar ser realizada na empresa (como ocorre, por exemplo, com parte do uniforme e equipamento dos vigilantes armados), o tempo correspondente deve ser computado na jornada para todos os efeitos (é dizer: quando houver registro de ponto, o mesmo deve ser registrado antes da troca de uniforme na entrada, e apenas após a troca de uniforme na saída).

2. Jornada de trabalho controlada e regime compensatório

Mais propriamente no que se refere à jornada de trabalho tradicionalmente controlada, a primeira alteração no tópico relativo à jornada de trabalho afeta o *caput* do art. 59, mudando em grande parte apenas sob o prisma estilístico e melhorando a terminologia adotada, apontando com razão que a prorrogação de duas horas a que alude diz respeito à duração diária do trabalho, e cindindo a referência anterior mais ampla de “contrato coletivo de trabalho” para especificar acordos e convenções coletivas, mantendo a possibilidade jamais questionada de que o regime de prorrogação, até o limite de duas horas, seja pactuado também por acordo individual. A Reforma suprime a necessidade de que o acordo de prorrogação seja firmado necessariamente por escrito, o que está em consonância com a maior informalidade que a Reforma introduz para as pactuações de labor extraordinário, de forma verbal e também de forma tácita, como se verá, o que implicará provavelmente a revisão do item I, da Súmula 85, do TST, que exigia acordo escrito como condição de validade.

Da mesma forma, a modificação do § 1º apenas adequa o texto anterior à norma constitucional, fixando o adicional mínimo de 50% para as horas extras prestadas em regime de prorrogação, já que a CLT ainda mantinha a alusão anterior a 20%.

O novo texto também mantém o § 2º do art. 59 com relação à possibilidade de adoção de regime de compensação, assim como sua pactuação mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, bem como o banco de horas em módulo máximo anual, desde que respeitada a duração máxima diária de dez horas. Todavia, introduz novidade com a inclusão do § 5º no art. 59, ao expressamente admitir que o banco de horas seja fixado mediante acordo individual escrito (observe-se que

com relação ao banco de horas nesse caso ainda há exigência de que seja reduzido a termo, diferentemente do que ocorre com a pactuação de labor extraordinário em regime de prorrogação de jornada). De forma a diferenciar do banco de horas firmado através dos contratos coletivos, a Reforma limita o módulo do banco de horas firmado individualmente a 6 meses.

Além disso, a reforma autoriza também uma modalidade mais restritiva de banco de horas, para compensação em módulo mensal, que pode ser firmada individualmente, e nesse caso admite que não será necessária a pactuação expressa, podendo ser tácito ou escrito. O § 6º do art. 59, que introduz essa novidade, não alude à pactuação verbal, mas é evidente que esta possibilidade está contida na admissão de pactuação tácita.

Uma das alterações mais comentadas e polêmicas da Lei 13467/2017, em sua redação original, contudo, diz respeito à inclusão do art. 59-A, prevendo pela primeira vez em caráter expresso e de forma geral, a possibilidade da pactuação de compensação de jornada em regime 12x36, nos seguintes termos:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

As razões para o acolhimento desta modalidade excepcional de compensação que, ao menos à primeira vista, enseja violação à limitação de duas horas extras diárias, é assinalada na seguinte ementa da lavra do Min. Aloysio Silva Corrêa da Veiga, utilizada inclusive em um dos precedentes adotados para a formulação da Súmula 444:

RECURSO DE EMBARGOS. JORNADA DE TRABALHO EM REGIME DE 12X36. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. VALIDADE. HORAS EXTRAORDINÁRIAS APÓS A 10ª DIÁRIA. A jornada de trabalho de 12 x 36 é extremamente benéfica ao trabalhador, e é adotada usualmente em específicos ramos de atividade como hospitais, segurança, p. ex.. Nesse regime a jornada excedente de 12 (doze) horas é compensada com um período maior de descanso, 36 (trinta e seis) horas, e, principalmente, com a redução das horas trabalhadas ao final de cada mês. Enquanto o trabalhador que cumpre 44 (quarenta e quatro) horas de trabalho semanais e jornada normal de

oito horas, limitações previstas no inciso XIII, do artigo 7º da Carta Magna, acaba por trabalhar 220 (duzentas e vinte) horas por mês. O trabalho mensal do empregado sujeito ao regime 12 x 36 não suplanta, jamais, as 192 (cento e noventa e duas) horas, como no presente caso. Deste modo, não há como se retirar a validade do regime, pela concessão de horas extraordinárias após a 10ª diária, com base no art. 59, § 2º, da CLT, sob pena de se retirar a validade do acordo de compensação de jornada, historicamente adotado por diversas categorias, para adoção do regime de 12 x 36 horas, mediante participação da entidade sindical, e que possibilita ao empregado, após uma jornada maior de trabalho, de doze horas, o descanso determinado, de trinta e seis horas, baseado na livre negociação havida entre as partes, não havendo se falar em jornada prejudicial ao trabalhador, sequer alegada. Embargos conhecidos e desprovidos. (TST-E-RR-804/2001, Relator Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, DJ de 26/09/2008).

Manifesto, assim, o entendimento de que o elástico do intervalo inter-jornada do mínimo legal de 11 para 36 horas compensava a duração diária extraordinária de 12 horas.

Ainda assim, a Reforma flexibiliza a adoção do regime 12x36 ao permitir a pactuação individual dessa modalidade de contratação. A alteração se mostra polêmica porque virtualmente todos os precedentes que reconheciam a validade desta modalidade de compensação excepcional se assentavam no prestígio constitucional à autonomia privada coletiva, e a previsão legal para a pactuação individual desta modalidade de compensação, infringindo o limite de duas horas fixado em artigo anterior, solapa a construção doutrinária e jurisprudencial do instituto.

Por ocasião da edição da Medida Provisória 808/17, contudo, foi alterada a redação prevista inicialmente pela Reforma Trabalhista, conferindo ao art. 59-A a seguinte redação:

Art. 59-A Em exceção ao disposto no art. 59 e em leis específicas, é facultado às partes, por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

§ 1º A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73

§ 2º É facultado às entidades atuantes no setor de saúde estabelecer, por meio de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, horário de trabalho de doze horas seguidas por

trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Observe-se que a redação do *caput* do art. 59-A imprimida pela MP 808/2017 prestigiava o entendimento jurisprudencial mais generalizado no sentido de que o regime de compensação 12x36 só pode ser pactuado por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, sendo que apenas o § 2º passaria a estabelecer uma regra de exceção, e ainda assim limitada ao setor de saúde, autorizando a fixação desta modalidade compensatória para os trabalhadores destas entidades por intermédio de acordo individual escrito.

Todavia, cessada a vigência da MP 808/2017 em 23.4.2018, o texto volta à redação original da Lei 13.467/2017, autorizando a adoção do regime de 12x36 inclusive por acordo individual escrito. O § 1º, inserido pela medida provisória, voltou a ser o parágrafo único e foi suprimido o § 2º que havia sido incluído.

Outra crítica que pode ser levantada é a de que o parágrafo único vai muito além ao estabelecer que a remuneração mensal paga pelo labor no sistema 12x36 “*abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados*”. Não havia pacificação jurisprudencial a esse respeito, mas havia uma inclinação nítida no sentido de que efetivamente se considerasse que o regime adotado implicaria a compensação dos domingos laborados, mas não a dos feriados, o que não dispensaria a concessão de folga específica.

Não se ignora a existência de diversos contratos coletivos estabelecendo expressamente a compensação dos feriados também por esta modalidade, mas quando silentes não eram raras as decisões que entendiam como compensados apenas os domingos. Do ponto de vista do contraste entre os dias úteis laboradas em regime 12x36 e os dias úteis que seriam laborados por um trabalhador sujeito à duração constitucional do trabalho, parece haver poucas dúvidas que mesmo considerando-se compensados os feriados ainda assim o regime 12x36 implica maior período de descanso mensal para o trabalhador sujeito a este regime; de outro lado, também é uma questão matemática a circunstância de que, quanto mais dias se consideram compensados, menos significativa se torna a contrapartida à jornada de 12 horas. Ainda assim, na forma prevista no parágrafo único do art. 59-A, a compensação abrangerá todos os repousos semanais e os feriados, salvo disposição em contrário mais benéfica ao empregado.

A parte final do parágrafo único do art. 59-A - mantida também na MP 808/2017 - ao prever que serão consideradas compensadas as horas laboradas em prorrogação ao período noturno no regime 12x36, é mais um exemplo de alteração legislativa que mira entendimento jurisprudencial em sentido contrário, no caso, representado pela OJ 388, da SDI-1, do TST, que estabelece que “*o empregado submetido à jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, que compreenda a totalidade do período noturno, tem direito ao adicional noturno, relativo às horas trabalhadas após as 5 horas da manhã*”. Também aqui, em face de alteração legislativa promovida, é muito provável que a orientação ceda ante a literalidade da norma.

Se a polêmica circundando a expressa possibilidade de adoção do regime 12x36 mediante acordo individual não bastasse, a Lei 13.467/2017 também insere o parágrafo único ao art. 60, da CLT, dispensando especificamente os trabalhadores sujeitos ao regime 12x36 da licença prévia para adoção de regime de prorrogação em atividades insalubres. Essa alteração vem sofrendo inúmeras críticas da doutrina, considerando-se que, via de regra, a exposição por mais de 8h diárias a agentes insalubres pode não ter seus efeitos neutralizados pelo simples fato de existirem mais folgas semanais. Exemplo de tal situação seria a exposição a pressão sonora elevada por mais de 8h, com possível comprometimento da audição do trabalhador. A crítica que se faz, também aqui, é de um certo descompasso entre o novo dispositivo legal e as normas de segurança e higiene de trabalho que não foram revogados pela lei ordinária.

Esta, aliás, é outra alteração que fere de morte o entendimento insculpido na Súmula 85, do TST, agora no inciso VI, que consagra a necessidade de inspeção prévia.

Dentro da característica de atacar, ou defender, pela via legislativa, determinados entendimentos jurisprudenciais sumulados, a lei também introduz o art. 59-B, na CLT, com a seguinte redação:

Art. 59-B O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

Parágrafo único. A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.

O *caput* do artigo, com pequenas diferenças de redação, praticamente reproduz o entendimento consubstanciado na Súmula 85, III, do TST:

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

A alteração legislativa corrige a utilização inapropriada da expressão “jornada semanal”, pela mais correta “duração semanal”, embora recaia na redundância de aludir à “jornada diária”.

Ultrapassado esse ponto, contudo, o entendimento jurisprudencial em tela sempre teve como alvo evitar o enriquecimento ilícito, bem como preservar não apenas a boa-fé das partes da relação, como também privilegiar a realidade laboral. Via de regra a duração diária e semanal do trabalho contratado é fixada no contrato individual de trabalho, mas como por vezes esse contrato não é firmado por escrito,

mas verbalmente, a compensação de jornada pactuada acaba também sendo fixada verbalmente, o que é possível pela reforma, ou decorre tacitamente do modelo de horas de labor observado.

Dessa forma, ainda que não exista um acordo coletivo ou individual estabelecendo expressamente a adoção de compensação de jornada, é intuitivo que um trabalhador que preste serviços por 08h48min de segunda à sexta-feira, com folga aos sábados, está sujeito a um regime de compensação de jornada com supressão do labor aos sábados. Nesse aspecto, o objetivo do entendimento jurisprudencial consolidado foi o de atender a essa realidade contratual equilibrando, de um lado, o respeito ao fato de que houve a supressão de labor e efetiva compensação das horas laboradas e, de outro, procurando estabelecer alguma sanção a quem deixava de pactuá-lo formalmente por escrito, com expressa manifestação de vontade das partes, concedendo ao trabalhador o pagamento do adicional das horas laboradas que ultrapassasse o limite diário.

Aliás, levando em consideração a flexibilização promovida no que diz respeito às exigências legais para pactuação do regime de compensação de jornada, o mais provável é que a súmula restrinja mais as hipóteses de violação da duração máxima semanal ou violação dos módulos temporais de banco de horas, do que propriamente em razão de algum descumprimento de requisito formal. É mais provável que doravante as exigências formais sejam tratadas pela via de negociação coletiva do que impostas legalmente.

O entendimento jurisprudencial em tela possuía uma coerência interna pelo fato de que o item I da Súmula 85 deixava claro que a compensação de jornada deveria ser ajustada necessariamente por escrito. Nesse caso, o acordo tácito não era considerado legal no sentido de atender às exigências para sua validade, meramente modulando-se os efeitos práticos das horas extras decorrente da inobservância da exigência de acordo escrito.

A previsão pela Reforma de pagamento do adicional mesmo quando a compensação seja tácita parece indicar uma contradição com a redação conferida ao § 6º do art. 59, que expressamente estabelece que a compensação de jornada pode ser firmada mediante acordo “tácito”. Ora, o objetivo da jurisprudência ao modular o efeito do acordo tácito de forma a ser devido o adicional era precisamente estabelecer um meio termo entre a plena validade dessa forma de pactuação (que tornaria inócua a exigência de que o acordo de compensação fosse firmado por escrito), e sua absoluta nulidade (que implicaria torná-lo sem efeito e assim equiparar uma compensação que foi efetivamente observada com situações em que ela foi violada).

Ao prever a validade do acordo de compensação tácito no art. 59, § 6º, na prática criaram-se duas consequências diferentes para o acordo tácito. Nas situações em que o acordo tácito implicar a existência de compensação (ou banco de horas) em módulo mensal (ou inferior a ele), a sua adoção é perfeitamente válida e tal circunstância, por si só, não enseja o pagamento de quaisquer adicionais. Já nas hipóteses que não se amoldarem ao parágrafo em exame, aí então se aplicará

o disposto no art. 59-B, com o pagamento do adicional de horas extras para as horas efetivamente compensadas caso não se exceda o limite máximo semanal.

Já o parágrafo único introduzido no art. 59-B, longe de validar entendimento jurisprudencial dominante, procura combatê-lo. Com efeito. Ao estabelecer que a prestação de horas extras habitual não descaracteriza acordo de compensação e o banco de horas, a nova norma colide frontalmente com o entendimento até então estabelecido no item IV da Súmula 85, do TST:

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.

Obviamente, colide também com o item V da mesma súmula que fixava o entendimento de que mesmo os efeitos parciais conferidos ao acordo de compensação nas hipóteses versadas não se aplicariam à compensação na modalidade de “banco de horas”. O art. 59-B não estabelece qualquer distinção neste particular, e admite sua aplicação inclusive para acordos tácitos que, como visto, podem abranger inclusive modalidades de banco de horas, tal como o banco de horas em módulo mensal introduzido pelo § 6º do art. 59.

O exame do entendimento sumulado revela que aqui também o TST optara por uma modulação de efeitos. Mesmo considerando descaracterizado o acordo de compensação de horas, mantivera os efeitos que já reconhecera antes no item III para os acordos tácitos, determinando o pagamento do adicional de horas extras para as horas efetivamente laboradas, e o pagamento da hora integral, acrescida do adicional, para as horas extras que não fossem destinadas à compensação.

Na prática o efeito que essa “descaracterização” gerava, como regra, era o acréscimo à condenação do pagamento do adicional de horas extras sobre as horas efetivamente compensadas, já que as demais horas extras que levaram a essa descaracterização ou já tinham sido devidamente pagas no curso do contrato de trabalho (e nesse caso não haveria condenação adicional ao seu pagamento em razão do abatimento) ou não tinham sido pagas e nesse caso haveria a condenação mesmo que o regime de compensação fosse considerado válido.

O art. 444, da CLT, cujo *caput* foi mantido mesmo após a reforma, estipula que as partes são livres para pactuar o conteúdo de suas relações de trabalho desde que não ofendam as disposições de proteção ao trabalho, os contratos coletivos e as decisões das autoridades competentes. A seu turno, o art. 611, da CLT, em seu *caput* e § 1º, estabelece que as Convenções e os Acordos Coletivos de trabalho podem estipular as condições de trabalho aplicáveis no âmbito das respectivas representações, cuja eficácia é reconhecida pela Constituição Federal em seu art. 7º, XXVI, com expressa referência à faculdade de adoção do regime de compensação de jornada

(art. 7º, XIII). Destarte, mesmo antes da reforma que, como se verá na sequência, ampliou os efeitos e o horizonte de negociação convencional, já era possível admitir-se tal cumulação quando prevista convencionalmente.

Vale destacar que mesmo a redação anterior do art. 59, da CLT, tampouco impunha qualquer restrição à cumulação dos regimes de adimplemento do labor extraordinário, cumprindo ressaltar que o § 2º do mesmo dispositivo (mantido após a reforma) estabelece que “poderá ser dispensado o acréscimo de salário” mediante acordo de compensação de jornada, o que não obsta sua coexistência.

Independentemente dessa questão, parece que mesmo após a reforma ainda é possível que as horas extras possam descaracterizar a validade de regimes de compensação de jornada em diversas situações, como, por exemplo, quando ultrapassarem o limite legalmente admitido de horas extras diárias, ou quando os próprios termos dos acordos de compensação e prorrogação de jornada firmados individual ou coletivamente não sejam respeitados.

A Lei 13.467/2017 também modifica a redação do § 1º do art. 61, suprimindo a necessidade de comunicação ao Ministério do Trabalho das hipóteses em que foram prestadas horas extras, ainda que não pactuado previamente acordo de prorrogação ou compensação de jornada, nas hipóteses de necessidade imperiosa de serviço a que se refere o *caput*.

3. Jornada “*in itinere*”

As horas *in itinere* sem dúvida alguma se inserem no debate mais amplo do conceito de tempo à disposição do empregado com relação ao empregador, já examinado anteriormente, mas a ela se preferiu dedicar um tópico inteiro seja em razão da frequência dos debates que ocorrem na rotina contenciosa trabalhista, seja pelo fato de que se trata de um instituto que, surgido primeiramente por meio de construção jurisprudencial, foi alçado à condição de direito positivo pela Lei 10.243/2011, sofreu uma leve restrição pela Lei Complementar 123/2006, e agora sofre nova modificação, retirando-lhe o caráter impositivo.

As horas *in itinere* surgiram como uma construção jurisprudencial, em especial na década de 1970, como resposta ao trabalho ainda predominantemente rural quando o local da prestação de serviços localizava-se em ponto de difícil acesso ou simplesmente inacessível aos trabalhadores, exigindo que o empregador, como condição para o próprio desenvolvimento de sua atividade, fornecesse o transporte aos trabalhadores, via de regra por longos trajetos.

Observe-se, a esse respeito, o fundamento da decisão do Ministro Raymundo de Souza Moura no RR 3.220/76, que é precisamente um dos precedentes utilizados para a atual redação da Súmula 90, I, do TST, sobre o tema:

A sentença da Junta, confirmada pelo Acórdão recorrido, reconhece que os autos desenvolvem suas atividades em local de difícil acesso, no meio

rural, Por motivos óbvios, a empresa lhes fornece condução gratuita até os locais de trabalho. Esta condução demanda tempo relativamente grande. Assim declarando, a sentença todavia nega a pretensão, por entender que os trabalhadores não ficam à disposição do empregador no trajeto.

Ocorre que não se trata, evidentemente, de rotineira condução do local de residência dos empregados até à sede do estabelecimento patronal, mas – está apurado pelas instâncias ordinárias – de condução do estabelecimento até o local de difícil acesso, nas matas, onde operam os reclamantes. Verifica-se que a condução é imprescindível à própria execução do serviço, não dispondo de outro meio os trabalhadores, e daí o fornecimento pela empresa, a interesse de seu negócio. As horas decorridas no itinerário devem ser contadas como parte da execução do trabalho, dadas as circunstâncias peculiares do caso.

Também utilizado como precedente para a redação da súmula a decisão proferida no RR 4.378/77, da lavra do Ministro Coqueijo Costa, nos seguintes termos:

Tempo em que o empregado está à disposição do empregador é de serviço, para todos os efeitos legais (CLT, artigo 4). É dessa natureza aquele gasto no transporte fornecido pela empresa para o local de trabalho, no interesse mais dela do que dos trabalhadores. Se o servidor (sic) é prestado longe do centro urbano, em local não servido por linhas regulares de transporte, empenha-se a empresa em arrebatar o seu pessoal até o lugar da prestação, onde se efetua o corte de mato e o plantio e que, por isso mesmo, varia sempre com horas extraordinárias, as do tempo dispendido na condução dos reclamantes, conforme se apurar em execução²⁶.

Observe-se que em ambos os precedentes, e nos demais que também são referidos para a redação do precedente, já estavam inculpidas as exigências de que: 1) o transporte fosse fornecido pelo empregador; 2) que o local fosse de difícil acesso. Todavia, também é muito claro, desde então, que o cômputo do período de deslocamento neste transporte é excepcional, justificado pelas circunstâncias peculiares de cada caso, e referindo-se a trabalho realizado em zona rural – inclusive de mata – distante dos centros urbanos. Na decisão do RR 3.220/76, em conformidade com a jurisprudência vigente à época, o período de horas *in itinere* considerado inclusive era limitado a, no máximo, duas horas extras diárias, em observância ao limite de horas extras diárias admitido legalmente pela CLT.

26 Curioso notar, neste particular, que a decisão meramente reconhece que o tempo correspondente deve ser computado como horas extras, mas remete à liquidação da execução o cálculo efetivo do tempo a ser considerado.

A construção jurisprudencial do TST sempre foi perfeitamente compreensível sob o viés do impacto que isso gerava na vida do trabalhador. A ausência de qualquer balizamento que decorreria do entendimento de que o período de transporte não se computa na jornada poderia levar perfeitamente a extremos de trabalhadores que rigorosamente ficariam afastados do convívio social e familiar por dez, doze, quatorze, dezesseis horas por dia, computando-se a jornada, os intervalos e os períodos de deslocamento de ida e volta para o local de difícil acesso. Aliás, é manifesto que a preocupação precípua da jurisprudência nesse sentido foi precisamente estabelecer limitações ou desestímulos ao elastecimento desenfreado do período de deslocamento de forma a permitir uma efetiva desconexão do trabalhador e o usufruto do seu tempo nas demais esferas de sua vida pública e particular.

Já em 2001 fora introduzida o § 2º ao art. 58, da CLT, estabelecendo que “o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução”.

A normatização do instituto correspondia, assim, ao entendimento jurisprudencial que evoluíra para abranger o fornecimento de transporte pelo empregador tanto nas hipóteses de local de difícil acesso, quando não servido por transporte público.

Em 2005 o TST reuniu e consolidou seus entendimentos a respeito do instituto na Súmula 90, com a seguinte redação:

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978) II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere". (ex-OJ nº 50 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995) III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". (ex-Súmula nº 324 - Res. 16/1993, DJ 21.12.1993) IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 - Res. 17/1993, DJ 21.12.1993) V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001).

Já não mais subsiste, então, a limitação a duas horas extras diárias em decorrência das horas *in itinere*, como também se deixou para trás o nascedouro da

jurisprudência, limitada a locais de difícil acesso, em especial distantes dos centros urbanos, passando-se a englobar também a simples ausência de transporte público (independentemente da circunstância de que o empregado poderia se utilizar de diversos outros meios de transporte para chegar ao local de trabalho).

Mais do que isso, passou-se a admitir inclusive que os trechos que não fossem servidos por transporte público poderiam, por si só, ensejar o cômputo do deslocamento neste trajeto em particular como horas *in itinere*, circunstância que nem sequer era contemplada nos precedentes ou na ratio decidendi que levou a essa construção jurisprudencial.

A reação a essa ampliação do conceito de horas *in itinere* não tardou, e surgiu com a Lei Complementar 123/2006, que incluiu o § 3º ao art. 58, da CLT, nos seguintes termos: “Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração”.

A Lei 13.467/2017 revogou o § 3º do art. 58 (que versava sobre a pactuação das horas *in itinere* para microempresas e pequenas empresas) e alterou radicalmente o § 2º do art. 58, o qual passou a ter a seguinte redação:

§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

É sensível que a redação, que na prática implica uma mudança completa de direção no desenvolvimento do instituto, constitui uma reação à Súmula 90 do TST.

Na forma apresentada é evidente que é possível que as partes da relação de trabalho pactuem coletivamente a duração da jornada *in itinere*, assim como sua natureza, na forma da parte final da redação do § 3º revogado. O problema é que assim como a positivação absoluta anterior desestimulava trabalhadores a negociarem coletivamente o instituto, a nova redação não encoraja em nada os empregadores a negociarem um período de tempo que a lei categoricamente assinala não ser tempo à disposição.

4. Intervalo intrajornada

No tocante ao intervalo intrajornada, a reforma trabalhista apenas modifica a redação do § 4º do art. 71. Mas afirmar que ela “apenas” modifica esse dispositivo pode indicar que seria mais uma alteração estilística quando, na verdade, em uma única alteração de parágrafo, a reforma claramente ataca não apenas um, mas dois entendimentos jurisprudenciais consolidados a respeito do instituto.

O artigo 71 da CLT disciplina o direito ao intervalo intrajornada para as jor-

nadas de trabalho contínuo cuja duração exceda a seis horas, prevendo a concessão de uma hora de intervalo mínimo, e um limite máximo de duas horas, que pode ser elástico por via de acordo escrito ou contrato coletivo em contrário.

Por algum tempo houve cizânia jurisprudencial e doutrinária a respeito da consequência legal à infração do art. 71, da CLT, que foi sepultada por ocasião do advento da Lei 8.923/94, que inseriu precisamente o § 4º ao art. 71, estabelecendo que “quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho”.

Tal alteração afastou os questionamentos dirigidos às decisões judiciais que deferiam o pagamento, de forma análoga ao das horas extras, do período suprimido do intervalo intrajornada, além do questionamento quando à ofensa ao princípio da legalidade, além de também reforçar o entendimento de que tal pagamento teria natureza remuneratória, em razão da singela inclusão do infinitivo “remunerar” no parágrafo em comento. A alteração não teve aprovação unânime da doutrina. Alice Monteiro de Barros²⁷, por exemplo, entendia que a “inserção do referido § 4º no art. 71 da CLT estimula o empregado a trabalhar nos intervalos para refeição, em detrimento de sua própria saúde. O mais correto teria sido manter-se a redação anterior, mas elevando-se as multas administrativas na hipótese de violação aos preceitos que dispõem sobre pausas e descansos”.

Independentemente da existência de alguma crítica da doutrina, a jurisprudência sedimentou-se rapidamente na interpretação do artigo, conferindo, em um primeiro momento, não apenas o direito ao pagamento do intervalo violado, como também reconhecendo sua natureza remuneratória para fins de cálculo, reflexos e incidência de contribuições legais. Nos últimos dez anos essa construção foi ainda além, entendendo ser devido não apenas o pagamento do intervalo violado, como também do pagamento integral da hora suprimida, ainda que a supressão tenha sido parcial, consolidando-se os entendimentos a respeito do instituto de forma centralizada na Súmula 437, do TST:

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque

27 BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 644.

este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.

A reforma demonstra nítida preocupação e contrariedade com o entendimento sumulado acima, e o ataca diretamente quanto aos itens I, II e III.

Estabelece a nova redação conferida ao art. 71, § 4º:

A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Observe-se que a nova redação explícita desde seu começo que tanto a ausência de concessão intervalar, quanto sua concessão parcial, conferem ao trabalhador o direito de perceber o pagamento previsto em lei, porém restrito ao período violado, e não de forma integral, como consagrado pela redação atual da Súmula 437 em seu item I.

Já no que diz respeito à natureza jurídica da parcela, a fixação positiva da natureza jurídica indenizatória do pagamento do período intervalar suprimido certamente faz renascer o já bastante longo debate a respeito da natureza jurídica das verbas condicionadas, tais como as horas extras e adicionais como insalubridade, periculosidade, noturno, entre outros.

Em face da literalidade da alteração promovida pela reforma, a natureza jurídica da parcela fica definida em lei como indenizatória, razão pela qual nem mesmo a habitualidade seria capaz de modificar a natureza do valor devido pela infração intervalar. Há de se salientar, todavia, o entendimento doutrinário no sentido de que não é a lei que estabelece o caráter salarial ou indenizatório de uma parcela, mas sim a natureza jurídica da qual se reveste a parcela. Como afirma Homero Batista da Silva²⁸,

28 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 51.

“a natureza jurídica de uma parcela não depende da lei ou da vontade das partes, mas da natureza do instituto”. A alteração promovida pela Lei 13467/2017, no particular, portanto, pode não ser suficiente para afastar a discussão jurisprudencial sobre a natureza jurídica dos valores pagos a título de intervalo parcial ou totalmente suprimido.

Entretanto, parece claro que com relação aos intervalos que eram deferidos com base em aplicação analógica do art. 71, CLT tais como o intervalo interjornada previsto no art. 66, da CLT, a alteração da natureza jurídica conferida ao intervalo intrajornada também poderá acompanhar o raciocínio da adoção por analogia, não havendo sentido em se impor o pagamento do intervalo interjornada, por exemplo, por analogia ao intervalo intrajornada, extraíndo a obrigatoriedade do pagamento e mesmo o adicional desse dispositivo, mas não importando consigo a natureza jurídica ora atribuída legalmente.

2.1.5 Módulo V: Nova disciplina do Dano Moral e seus efeitos

As pretensões relacionadas à reparação de dano extrapatrimonial decorrente de relações de trabalho, juntamente com as pretensões relativas à jornada de trabalho, estão entre as mais frequentes na rotina contenciosa trabalhista.

Muito embora seja uma questão que surge com frequência no âmbito das relações laborais, é um tema com relação ao qual, rigorosamente, jamais se ressentiu a ausência de normativo expresso a respeito. Até porque, a própria construção doutrinária e jurisprudencial do instituto do dano extrapatrimonial historicamente foi feita *praeter legem*, sem que houvesse uma regulação específica sobre o tema.

Do ponto de vista do direito do trabalho, nunca houve qualquer dificuldade, incompatibilidade, incongruência ou contradição com a aplicação às causas de dano moral do normativo deste instituto jurídico previsto em outros diplomas legais, até mesmo porque a localização topológica de sua disciplina dentro do ordenamento jurídico em nada afetava sua aplicação no âmbito do direito do trabalho. A lesão moral, ou extrapatrimonial, refere-se à violação de direitos da personalidade inerentes a todo ser humano, e, sob esse prisma, fundamentais. Carece de lógica jurídica que a lesão extrapatrimonial possua normativos diferentes, incompatíveis ou até mesmo excludentes por razões de organização judiciária – o que não guarda nenhuma relação com o tema – ou em decorrência da relação jurídica subjacente a esta lesão. É claro que diferentes tipos de relação jurídica podem possuir particularidades e manifestações do dano ou da conduta do agente que lhes são próprias, mas a fundamentação jurídica do instituto permanece (ou deveria permanecer) a mesma, quer estivéssemos tratando de uma relação de consumo, de uma relação de trabalho, ou qualquer outro negócio jurídico ocorrido dentro da sociedade.

Surpreende neste aspecto que o legislador tenha entendido haver não apenas

a necessidade de uma legislação específica relativa ao dano extrapatrimonial decorrente das relações de trabalho, mas inclusive haver inserido minúcias que não se encontram rigorosamente sobre o tema na disciplina normativa de qualquer outra relação jurídica no direito brasileiro, a ponto de dedicar-lhe um título inteiro incluído no texto da CLT (título II-A), com a inclusão dos arts. 223-A a 223-G, na CLT. Por ocasião da edição da Medida Provisória 808/17, contudo, foram estabelecidas alterações na redação do art. 223-C e 223-G, assim como incluídos parágrafos ao art. 223-G.

É a Reforma, neste ponto, já abre com um artigo deveras polêmico, ao estabelecer, no art. 223-A, que “aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.”

A circunstância de um determinado título estabelecer que seu conteúdo se aplica às relações jurídicas subjacentes ao diploma legal em que está inserido não é nenhuma inovação, contudo o texto legal traz a polêmica inserção da expressão “apenas”, estabelecendo uma intenção, com grande potencial de inconstitucionalidade, de que os danos extrapatrimoniais que regula só podem ser reconhecidos, caracterizados, disciplinados e reparados dentro dos estritos limites do título inserido na CLT.

Seria compreensível uma previsão legal nesse sentido (ainda que também de duvidosa constitucionalidade) se estabelecesse que os conceitos e, principalmente, critérios de fixação da reparação fixados no título se aplicam, aí sim, apenas às relações de trabalho. Nesse sentido o que a lei ordinária estaria determinando seria uma vedação da utilização, por analogia, dos dispositivos que introduz sobre o tema, vetando, por exemplo, que a limitação de valores indenizatórios ali previstos pudesse ser utilizada como referencial ou subsidiariamente para outras relações jurídicas.

Mas não é o que diz a norma, no qual a expressão “apenas” faz alusão a quais dispositivos legais as partes (e, por conseguinte, os juízes) poderiam se utilizar a respeito do tema em se tratando de relações de trabalho.

A lei ordinária não poderia excluir a utilização da própria Constituição Federal, a título ilustrativo, do direito a ser interpretado e aplicado a esse tipo de violação. Se até mesmo a Constituição Federal, em seu art. 5º, §§ 2º e 3º não exclui a adoção de previsões sobre direitos individuais contidas em tratados internacionais (até mesmo com força de emenda constitucional, na forma do § 3º), obviamente não caberia à lei infraconstitucional estabelecer essa interpretação.

Curiosamente, a expressão restritiva “apenas” talvez fosse desnecessária caso a própria Reforma não houvesse alterado a previsão legal que limitava a aplicação subsidiária do direito comum à hipótese de omissão, e também compatibilidade de institutos jurídicos. Se houvesse ainda esta determinação, a existência de uma previsão legal expressa sobre o tema já implicaria a inexistência de omissão apta a afastar a incidência de outros diplomas legais sobre a questão (salvo, uma vez mais, de caráter superior à lei ordinária).

É possível argumentar que a única interpretação possível, conforme a Constituição, do artigo em exame seja a de que a restrição ao uso de legislação supletiva ou subsidiária ao tema se limite à adoção de outros referenciais legais de mesmo nível

hierárquico ou inferior, preservando, contudo, a adoção e observância das normas de nível superior.

E mesmo do ponto de vista de normas de mesma hierarquia a tentativa de restrição imposta legalmente enfrentará dificuldades hermenêuticas patentes. Ora, a reparação do dano extrapatrimonial é apenas um aspecto do direito à reparação calcado em responsabilidade civil de forma geral. A se interpretar literalmente o dispositivo legal então estar-se-ia dizendo que seria vedada a adoção de quaisquer dos artigos de todo o Título IX do Código Civil ao versar sobre a responsabilidade civil? Nesse caso se o pedido de dano moral estiver fundado em alegada prática de crime e questão relativa à existência do fato ou sua autoria já estiver definida no juízo criminal essa circunstância será irrelevante no processo do trabalho porque está prevista no art. 935, do Código Civil e não na disciplina trabalhista específica sobre o tema?

Caso se entenda pela constitucionalidade da disposição em exame, a interpretação neste caso deve ser não apenas sistêmica, como decorrente do fato que efetivamente ela está inserida em um sistema, razão pela qual a alusão à restrição “apenas” deve se limitar ao entendimento de que a restrição deve ser observada a respeito dos elementos e conteúdo expressamente abordado no capítulo próprio da CLT, sem prejuízo da adoção supletiva ou subsidiária de normas previstas em outros diplomas legais, quando não contradigam as regras próprias definidas para o dano extrapatrimonial decorrente das relações de trabalho.

Outra alteração polêmica neste particular foi introduzida também no art. 223-B, ao estabelecer que: “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”.

O art. 223-B traz pelo menos duas importantes e impactantes definições em uma primeira análise.

A primeira delas é o reconhecimento expresso, e, portanto, positivado, da existência do dano existencial. Observe-se, inclusive, que o dispositivo legal confere autonomia a ambas as figuras, apontando que o dano extrapatrimonial pode ser moral, ou existencial, em um expresso reconhecimento de que se está tratando de esferas diferentes de lesão extrapatrimonial.

A segunda questão que gerou polêmica foi a referência, ao final, de que os titulares do direito à reparação são as pessoas físicas ou jurídica que tenham sido moral ou existencialmente ofendidas. A preocupação quanto a este item é a de que teria negado a possibilidade de reconhecimento da lesão moral em ricochete. Não parece esta a melhor interpretação do dispositivo. O que o art. 223-B estabelece é que a lesão extrapatrimonial possui caráter personalíssimo, e não se transmite, por conseguinte, a terceiros. Assim, se um trabalhador, por exemplo, venha a ficar paralítico em razão de um acidente de trabalho, a ninguém mais cabe a titularidade da pretensão de reparação extrapatrimonial em virtude da lesão decorrente do acidente sofrido, a não ser o próprio empregado atingido. Todavia, isso não significa

que a lesão sofrida pelo trabalhador não gere repercussões em ricochete para outras pessoas, tais como seu cônjuge ou filhos, que sejam, por si só, passíveis de reparação. O que a norma veda é que exclusivamente em razão do sofrimento pessoal do trabalhador pelo acidente sofrido um terceiro venha postular indenização por ricochete. A pretensão reparatória, neste caso, fica evidentemente condicionada à demonstração, pelo pretendente, da existência de uma lesão na sua esfera moral ou existencial própria em decorrência de ação ou omissão do empregador do trabalhador, de forma que o próprio pretendente tenha sido vítima, nesta esfera, dos efeitos da conduta do empregador.

Tanto isso é verdade que a Medida Provisória 808/17, ao introduzir o § 5º ao art. 223-G fazia alusão expressa à reparação de danos oriundos da morte do trabalhador, hipótese na qual evidentemente o direito à reparação não pertence ao *de cujus*.

Vale notar, também, que a norma versa exclusivamente sobre a legitimidade do titular presuntivo do direito a postular a reparação, em nada influenciando, por exemplo, questões outras, tais como a definição da competência material para apreciação dos pedidos.

Os artigos 223-C e 223-D admitem que o dano extrapatrimonial pode ocorrer em face de pessoas físicas, assim como admite expressamente que a pessoa jurídica também figure como vítima da lesão.

O art. 223-C estabeleceu originariamente que os bens juridicamente tutelados dessa forma para a pessoa física seriam a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física. Por ocasião da edição da Medida Provisória 808/17 o artigo passou a ter a seguinte redação:

Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural.

A medida provisória, portanto, ampliou os bens expressamente consagrados como juridicamente tutelados, e retirou a alusão à pessoa física, colocando em seu lugar a expressão pessoa natural, o que não resultava em nenhuma alteração do ponto de vista prático, já que as expressões são sinônimas, observando-se apenas a nomenclatura mais usualmente utilizada na legislação civil de pessoa natural, em detrimento de pessoa física que está geralmente associada à legislação tributária, embora nesse caso com certa dose de preciosismo porque as expressões são facilmente intercambiáveis.

Cessada a vigência da MP 808/2017 em 23.4.2018, o artigo 223-C retornou à sua redação original, estabelecendo que os bens juridicamente tutelados para a pessoa física seriam a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física.

Ao se interpretar este artigo em consonância com a intenção manifestada no art. 223-A, então apenas a ofensa a algum destes bens expressamente indicado caracterizaria a lesão moral. Conquanto a maior parte das lesões de cunho moral decorrente de relações de trabalho possivelmente possa ser enquadrada de forma ampla em cada um desses bens indicados, a verdade é que a ofensa a qualquer direito da personalidade que seja garantido constitucionalmente também permitiria a reparação em causas decorrentes da relação de trabalho, valendo notar que, como regra, todos os direitos da personalidade em que se fundam as pretensões de reparação moral estão, em última análise, consagrados constitucionalmente.

Na mesma toada, o art. 223-D estabelece que no caso de pessoa jurídica os bens diriam respeito à imagem, à marca, ao nome, ao segredo empresarial e ao sigilo da correspondência. Também aqui vale a mesma ressalva aposta com relação ao artigo anterior sobre a pretensa tentativa de limitação dos direitos da personalidade tutelados juridicamente.

Em momento algum destas definições, contudo, a legislação alude ao dano estético de forma independente e autônoma, integrando a integridade física, autoestima e saúde em sentido amplo no conceito de dano moral.

Veja-se a lição de José Affonso Dallegrave Neto²⁹ sobre o tema:

É inadequado falar na "acumulação do dano moral com o dano estético", uma vez que o dano estético importará, necessariamente, em dano material ou estará compreendido no conceito de dano moral. Assim, por exemplo, imagine-se a mutilação de um dedo em acidente do trabalho. O dano estético, nesse caso não será um terceiro gênero, mas representará o próprio dano material em relação às despesas de eventual cirurgia (estética e/ou reparadora) ou mesmo da incapacidade laborativa decorrente da amputação e, cumulativamente, encontrar-se-á compreendido no conceito de dano moral no que tange à ofensa da honra objetiva e subjetiva da vítima em face da dor e da vergonha que a amputação lhe infligiu, máxime a de conviver com a mutilação parcial do membro superior. Ressalva, contudo, que "não estamos a negar a existência dos danos estéticos, mas apenas a sua autonomia científica". Na prática, os danos estéticos são passíveis de existência, estando, pois, sujeitos à indenização, porém como integrar do conjunto de bens que compõem o patrimônio moral e/ou material da vítima.

O art. 223-E, ao estabelecer que "são responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão" não traz grande novidade. O agente do ilícito - que pode ser mais de um - é o responsável pelo dano que tenha causado. Do ponto de

29 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 169.

vista das relações de trabalho o que a norma aponta é que um determinado ilícito extrapatrimonial, ainda que decorrente de um único fato, pode ser atribuído a mais de um agente, seja quando vários trabalhadores praticam ato contra a pessoa jurídica ou física de seus empregados, seja quando este mesmo empregador age por intermédio de vários prepostos, ou paralelamente a estes, de forma a gerar o dano moral. Pela disposição em exame um trabalhador ofendido em decorrência de ofensas ou agressões praticadas por um gerente, ilustrativamente, poderia ajuizada demanda não apenas em face de seu empregador, postulando reparação pelo ocorrido, como também em face do próprio preposto responsável pelo ato ilícito. Da mesma forma, preserva-se eventual direito de regresso do empregador que venha a ser condenado por ato de preposto contra o agente responsável pela prática do ato ilícito.

O art. 223-F estabelece:

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º. Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

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

A possibilidade de cumulação do pedido de dano moral e dano material, garantida pelo *caput* do artigo, bem como a autonomia de suas respectivas reparações, prevista nos parágrafos do dispositivo, não constituem novidade, e tratam de questão que já estava razoavelmente pacificada tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O § 1º, aqui, visa apenas estabelecer um requisito a ser observado em sentenças a respeito do tema de forma a não permitir a acumulação, em um único valor, das importâncias devidas em face dos danos morais e materiais que venham a ser reconhecidos.

Isso não significa que lesões de caráter patrimonial não possam refletir em esferas extrapatrimoniais, sendo importante a distinção entre dano moral direto e indireto.

O artigo final deste título (art. 223-G) é certamente o mais polêmico de todos eles, contudo, devendo por isso mesmo ser analisado separadamente, a começar pelos incisos vinculados ao *caput*, que estabelecem quais elementos devem ser observados pelo magistrado ao apreciar, e naturalmente valorar, o pedido de reparação:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

I - a natureza do bem jurídico tutelado;

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III - a possibilidade de superação física ou psicológica;

- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

Os elementos a serem considerados para fins de apreciação do pedido por danos morais já eram uma preocupação doutrinária e jurisprudencial mesmo antes da reforma. Maurício Godinho Delgado³⁰ entende que a avaliação do dano e sua reparação passam necessariamente pelo exame: 1) da natureza do ato ofensivo e o tipo de bem tutelado; 2) da relação do ato com a comunidade, relativamente a sua repercussão e intensidade; 3) quanto à pessoa do ofendido relativamente seu sofrimento pessoal, sua posição familiar e comunitária; 4) no tocante à pessoa do ofensor, especialmente sua posição socioeconômica, dolo ou culpa e reiteração do comportamento; 5) a existência de retratação ou reparação já realizadas pelo ofensor.

De forma geral, portanto, os elementos consagrados legalmente já vinham sendo sugeridos pela doutrina, e, regra geral, observados pela jurisprudência, com maior ou menor grau de explicitação em suas decisões. Dúvida pode surgir no sentido de ser necessária, em face do disposto acima, a manifestação expressa pelo magistrado a respeito de cada um dos elementos. A ausência de expressa alusão ou referência a cada um destes elementos não implicará de forma alguma em nulidade da sentença por ausência de fundamentação, até porque muitos deles talvez nem sequer sejam relevantes em alguns casos, ou sejam auto evidentes (por exemplo, não são necessárias maiores explicações sobre a possibilidade de superação física ou extensão e duração dos efeitos de um trabalhador que tenha sofrido uma amputação de um braço). O que é necessário, como ocorre em toda a fundamentação, é que o magistrado procure deixar muito claro ao jurisdicionado os elementos que levaram à formação de seu convencimento, indicando em cada caso os elementos relevantes que foram considerados para chegar à conclusão e, em especial, a valoração da sanção, o que leva à segunda parte deste dispositivo.

A parte mais controversa da alteração reside nos parágrafos do art. 223-G, no qual o legislador pretende impor uma indenização tarifada dos danos morais.

Não se ignora, de fato, que a questão relativa à fixação do valor da reparação do dano extrapatrimonial seja uma das mais tormentosas relativamente a este tema, e que muita doutrina e jurisprudência já tenham se debruçado sobre o tema.

30 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 583-584.

A ausência de qualquer limitação ou predefinição objetiva de valores anteriormente era objeto de elogio pela doutrina. José Affonso Dallegrave Neto³¹ destacava que “a legislação positiva é omissa na tarifação dos danos morais e assim o faz de forma acertada, vez que, pela própria natureza dos direitos imateriais de personalidade, não é possível aplicar valores nominais e imutáveis a todas as situações concretas, indiscriminadamente”.

Ao procurar dar sua contribuição ao tormentoso tema, o legislador da Reforma adotou a criticável (e já declarada inconstitucional em situações similares) opção pela tarifação da indenização, introduzindo com o art. 223-G os §§ 1º, 2º e 3º, com a seguinte redação original:

§ 1º. Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

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

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

A Medida Provisória 808/2017 alterou a redação do § 1º e do § 3º, que passariam a contar com o seguinte texto:

§ 1º. Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação;

I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou

IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do

31 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 185.

limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
 § 3º. Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

Pode-se dizer que a redação trazida pela Medida Provisória 808/2017 melhorava o dispositivo em alguns aspectos, mas continuavam a existir diversas deficiências nos parágrafos em exame.

A primeira delas consiste na suposição de que a indenização deve ser arbitrada segundo o pedido, e não conforme a causa de pedir. Não coincidem, nem há litispendência entre demandas, quando embora o pedido seja o mesmo (e.g. indenização por danos morais), a causa de pedir seja distinta (i.e., um pedido de danos morais em razão de humilhações e um pedido de danos morais decorrente de violência física). Se um trabalhador, em determinada situação, foi ofendido verbalmente ou humilhado por ato do seu empregador, tal circunstância pode justificar o ajuizamento de uma demanda em razão desse fato, com pedido indenizatório. Se, alguns meses depois, ele for agredido fisicamente, tal circunstância também pode ensejar um pedido indenizatório por esse fundamento, e evidentemente se estará tratando de situações distintas. Se o mesmo pedido pode possuir diferentes causas de pedir, e se cada causa de pedir justificaria, por si só, pretensões autônomas em diferentes ações, evidentemente quando há um pedido de indenização por danos morais fundamentado em diferentes causas de pedir, cada uma delas bastaria para justificar uma indenização específica, sem que isso implique acumulação de indenizações, já que decorrerão de violações distintas. A vedação de acumulação, nesse caso, só pode ser interpretada como se referindo ao mesmo fato e a mesma causa de pedir, portanto.

Por outro lado, a fixação em indenização única parece estar em consonância com o critério já defendido anteriormente no sentido de que a indenização por danos estéticos, decorrentes de um mesmo fato danoso, estaria subsumida à indenização única devida a título de danos morais.

Nada impede, contudo, que a jurisprudência e a doutrina que pensam de forma diversa visualizem, também na questão do dano estético, uma causa de pedir distinta, e, nesse caso, passível também de reparação própria. Como lembra Mauro Schiavi³²:

[...] mesmo estando o dano estético compreendido no gênero dano moral, a doutrina e a jurisprudência evoluíram para deferir indenizações distintas quando esses danos forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis. O dano estético está vinculado ao sofrimento pela deformação com sequelas permanentes, facilmente percebidas, enquanto o dano moral está ligado ao sofrimento e todas as demais consequências nefastas provocadas pelo acidente. Desse modo,

32 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 233-234.

o dano estético materializa-se no aspecto exterior da vítima, enquanto o dano moral reside nas entranhas dos seus dramas interiores; o primeiro, ostensivo, todos podem ver; o dano moral, mais encoberto, somente alguns percebem.

O fato do art. 223-C expressamente consignar a saúde, a autoestima e a integridade física no mesmo conjunto amplo de dano moral dificulta essa interpretação de que se trataria de uma causa de pedir diversa do dano moral decorrente de um mesmo ato ou fato jurídicos.

A segunda deficiência é a tarifação segundo a gravidade de ofensa. É a típica solução que, na prática, cria mais dificuldades do que resolve. Não existe como definir em caráter objetivo o que seria uma ofensa moral de natureza “leve” e uma ofensa de natureza “média”, e, rigorosamente falando, tampouco a norma procura fixá-las, sabendo que isso seria inócuo. Se o artigo 223-G já havia definido quais elementos deveriam ser sopesados pelo julgador, cada um com sua respectiva influência na formação do convencimento do magistrado a respeito dos agravantes, atenuantes e gravidade do caso, parece indene de dúvidas que a fixação do valor (e, por conseguinte, da gravidade da lesão), deveria ser deixada ao razoável arbítrio judicial, não auxiliando em nada a tarifação segundo a suposta natureza da lesão exceto para estabelecer um limite total que o magistrado deve observar, e criar uma discussão inócua e vazia de conteúdo a respeito do fato da ofensa ser leve ou média, por exemplo. E neste aspecto a circunstância de que a Medida Provisória haver alterado a base de cálculo de referência do salário do trabalhador para o limite máximo do Regime Geral da Previdência Social não alterava substancialmente a discussão.

De qualquer sorte, cessada a vigência da MP 808/2017, volt a prevalecer a redação original do § 1º do art. 223-G, que tem como base de cálculo o salário contratual do ofendido.

A legislação pressupõe que o raciocínio jurídico do magistrado o leva a um enquadramento mental, geral e abstrato de uma determinada lesão em um quadro predeterminado de gravidade da ofensa, para, com base nesse enquadramento, chegar a um determinado horizonte de valores, quando na verdade com base na aferição de elementos – tais como aqueles consignados nos incisos do *caput* – o magistrado já valora o dano a ser reparado e lhe atribui uma importância pecuniária, se for o caso. Na prática, portanto, o que ocorrerá é que o valor fixado pelo magistrado é que acabará definindo o enquadramento da lesão de acordo com seu suposto grau de ofensa, e não o contrário. Na prática, assim, o único limitador efetivo que a lei impõe é o valor máximo a ser indenizado, de 50 vezes o último salário contratual do ofendido, segundo a redação original, que pode ser dobrado em caso de reincidência (entre partes idênticas na redação original).

Uma das principais polêmicas na redação original dos incisos do § 1º consistia na fixação de um limite de valor com base no salário do ofendido, como se a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade,

a saúde, o lazer e a integridade física de um ser humano - para ficar apenas nos bens expressamente tutelados pela norma – variasse de acordo com o valor do seu salário. Tais bens da vida, assim como todos os direitos fundamentais, possuem pretensão de universalidade, e, como tais, devem ser tutelados para todos os seres humanos pelo simples fato de serem seres humanos, sendo irrelevante, para fins de valoração da indenização por dano extrapatrimonial, a situação socioeconômica do ofendido. Aliás, a própria natureza dos direitos extrapatrimoniais reside precisamente na sua absoluta indiferença ao patrimônio do seu titular.

O que se verificava é uma preocupação exagerada em definir critérios objetivos para a fixação de valores, sem atentar para o fato de que o critério sugerido efetivamente culmina em injustificável – e possivelmente inconstitucional – privilégio e prestígio monetário a direitos que não devem guardar nenhuma relação com a situação econômica pessoal do ofendido³³.

A segunda opção criticável na redação original é a de se exigir, como condição para elevação da indenização, a reincidência do dano entre as mesmas partes. O caráter educacional e preventivo da reparação por danos morais visa sempre o futuro, como fator de estímulo à correção da conduta e inibitório de sua prática. Ao limitar o acréscimo de valor indenizatório apenas à reincidência entre as mesmas partes, a norma solapa o caráter preventivo e pedagógico da sanção, deixando de visualizar o fato de que a reiteração da conduta que já foi considerada ilegal em um determinado caso é por si só antijurídica e ofende a direitos fundamentais, e por isso mesmo deve ser tolhida e não tolerada toda a vez que o ato ilícito atinge mais vítimas em razão da manifesta insuficiência de eventual valor indenizatório fixado em demandas anteriores como elemento de dissuasão da conduta.

Deve-se se unir na indenização, portanto, não apenas o caráter puramente compensatório da vítima como também, quando constatada a reincidência e reiteração do comportamento ofensivo em face de outras vítimas, a manifesta necessidade do caráter punitivo e pedagógico.

33 Observe-se nesse sentido a sugestão de João Luiz Vieira Teixeira: “uma regra, de nossa autoria, e que vem cada vez mais conquistando adeptos e sendo replicado, país a fora, e que nos parece um pouco mais acertada, é aquela que determina, no caso de pequenas empresas, o pagamento de 1 a 10 remunerações por ano de trabalho (dependendo da gravidade do dano), limitada a um máximo (teto) de 20 vezes a maior remuneração do trabalhador. No caso de empresa de porte médio, o valor obtido seria multiplicado por 1,5 e, no caso de grandes empresas, por 2”. (TEIXEIRA, João Luís Vieira. **O assédio moral no trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 104). É o típico caso em que se observa uma preocupação válida com o balizamento da sanção em face da capacidade econômica do ofensor (já que de forma diversa seria inócua pela incapacidade de pagamento), mas se cai na armadilha de objetivar o valor em face da condição econômica do ofendido.

Com o fim da vigência da MP 808/2017, a qual dava nova redação ao § 3º do art. 223-G, perdeu-se a oportunidade de corrigir essa distorção e de permitir a elevação do valor da indenização em caso de reincidência da conduta por qualquer uma das partes que tenham figurado em ação diversa envolvendo a mesma conduta lesiva. A alteração da redação original atendia ao caráter preventivo e educacional da sanção, de forma que a reiteração da mesma conduta lesiva, ainda que em face de outras pessoas (e.g. conduta lesiva do empregador em face de vários empregados diferentes) pudesse ser sancionada em dobro.

Discussão pode surgir também a respeito do momento em que se verifica a reincidência. Uma possibilidade é adotar por analogia o conceito contido no art. 63, do Código Penal, que estabelece que a reincidência se verifica no momento em que o agente comete uma prática ilícita após já ter sido condenado, com trânsito em julgado, por ilícito anterior. Sob esse prisma, só pode ser considerado reincidente o agente do ilícito que já tenha sido condenado, antes da prática do novo ilícito, por decisão anterior transitada em julgada. A distinção é importante e opera efeitos práticos. Tome-se o seguinte exemplo: um empregador que cometer um mesmo ato ilícito danoso em face de vários empregados, porém antes de qualquer decisão judicial reconhecendo a conduta lesiva em caráter extrapatrimonial, não poderá ser considerado reincidente, ainda que venha a ser reiteradamente condenado em diversas ações contemporâneas pela mesma conduta, já que o ato ilícito, mesmo que atingindo uma pluralidade de trabalhadores, teria ocorrido antes da prolação da decisão condenatória transitada em julgado.

Assim, somente poderá ser considerado reincidente o agente que vier a incidir em novo ilícito após uma condenação transitada em julgada em virtude de uma conduta lesiva. Observando tal circunstância, a Medida Provisória 808/17 introduziu o § 4º, estabelecendo que efetivamente deveria ser observada a existência de uma decisão condenatória transitada em julgado, assim como fixou um prazo de dois anos para que verifique, a partir do trânsito em julgado, a reincidência em ofensa idêntica, como condição para configuração da reincidência. Cessada a vigência da medida provisória, o art. 223-G retorna à sua redação original, o que exclui o § 4º que estabelecia um critério temporal e restaura a necessidade de identidade de partes para a configuração da reincidência.

Outra questão que surge neste aspecto diz respeito ao fato da reincidência dizer respeito à mesma conduta.

Pela analogia com o direito penal, a reincidência se configura pela prática de qualquer crime após o trânsito em julgado de outra sentença criminal, ainda que as condenações se refiram a crimes diferentes. Diversamente do que ocorre com a tipificação penal, é evidente que a caracterização do ilícito extrapatrimonial é muito mais fluida e menos objetiva. O § 4º introduzido pela Medida Provisória fazia

alusão a ofensa “idêntica”. Inobstante a retirada do § 4º pelo término da vigência da MP 808/2017, e considerando-se que rigorosamente a reincidência não precise decorrer da prática de conduta ilícita absolutamente idêntica, a finalidade preventiva e educacional da sanção só tem sentido se for possível estabelecer um nexos mais claro entre o fato gerador da sanção extrapatrimonial anterior, objeto de decisão transitada em julgado, e o novo ilícito que venha a ser praticado pelo empregador.

Suponha-se um empregador que venha a ser condenado, com trânsito em julgado, a título de indenização por danos morais em razão de ofensas orais praticadas por um determinado diretor em reuniões com trabalhadores, e após essa condenação venha a ser condenado em razão de palavras de baixo calão dirigidas por um gerente a subordinado através de mensagem eletrônica. Embora o fato não seja rigorosamente o mesmo, a natureza da ofensa e da conduta antijurídica é a mesma, razão pela qual é possível reconhecer a reiteração da conduta para fins de reparação por danos morais. Suponha-se, contudo, que a primeira condenação por danos morais tenha decorrido de retenção indevida da carteira de trabalho de um determinado trabalhador. Nessa última situação não se configuraria reincidência que justificasse a condenação em dobro.

Enquanto no processo penal a reincidência da prática criminosa deve necessariamente ser considerada na dosimetria da pena, no caso previsto na CLT a reincidência apenas pode ser considerada para essa finalidade, razão pela qual a distinção entre a natureza da conduta ilícita que levou à condenação por danos morais é um dos elementos que deve ser considerado pelo magistrado ao deliberar pela aplicação da sanção em dobro prevista no § 3º do art. 223-G.

Chama a atenção o fato de que o legislador, uma vez mais, opte por uma tentativa de tarifação que já fora inserida anteriormente, por exemplo, na Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), a respeito da qual já havia a Súmula 281, do STJ, expressamente assinalando que “*a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa*”. Houve também pronunciamento do STF, através da ADPF 130/2009, no sentido desta lei não ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, e não por critérios puramente formais, mas inclusive materiais, entre eles, a questão relativa à tarifação por danos morais, que era prevista nos artigos 51 e 52 da lei em exame. Observe-se o que dispunham tais dispositivos:

Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).

II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém;

III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de

crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

[...]

Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

Mesmo antes da ADPF 130/2009 o STF já contava com diversos precedentes indicando que a tarifação da reparação por danos morais prevista na Lei de Imprensa não fora recepcionada pela Constituição Federal. É exemplificativa nesse sentido a seguinte ementa da lavra do Ministro Carlos Velloso:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da Lei de Imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido.

Pelo entendimento do STF, qualquer tentativa de tarifação ou restrição à reparação por danos morais, prevista em lei ordinária, padeceria de inconstitucionalidade, por ofender o disposto no art. 5º, V e X, sendo bastante contundente a observação contida na ementa no sentido de que “estaríamos interpretando a

Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição”.

O Ministro Ricardo Lewandowski, ao acompanhar o voto do Ministro Celso de Mello, relator da ADPF 130/2009, ressaltou que:

[...] o princípio da proporcionalidade, tal como explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. [...] Já, a indenização por dano moral - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal. Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça.”

A Reforma, quanto a este tema, assim como as alterações promovidas pela medida provisória, não ataca rigorosamente nenhum dos elementos que levaram o STF a declarar que a Lei de Imprensa não fora recepcionada pela Constituição Federal, e nenhum dos fundamentos específicos que já haviam sido aventados naquela oportunidade a respeito da inviabilidade da legislação ordinária estabelecer qualquer tarifação relativamente à indenização por danos morais. Nesse cenário, a não ser que o STF de forma surpreendente venha a afrontar a *ratio decidendi* de diversos de seus precedentes a respeito dessa temática, a tendência natural é que se declare a inconstitucionalidade dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 223-G introduzidos pela Lei 13.467/17.

Isso não significa, é claro, que a questão da valoração da indenização por dano extrapatrimonial seja uma questão superada, nem elimina a importância de que se construam, jurisprudencialmente, alguns critérios de fixação das indenizações que sirvam de referência não apenas para julgamentos de casos similares, como também de orientação para as partes que atuam em juízo a respeito do tema. Nesse caso, não se trata de uma questão de indexação ou de monetização a priori da reparação devida, mas sim de um indicativo jurisprudencial que sinalize os critérios e a valoração usualmente adotados pelo juiz e pelo Tribunal na apreciação de casos análogos.

Nesse aspecto visa-se a conjugação do respeito ao direito à reparação e o princípio da segurança jurídica e conformidade de expectativas que são inerentes à própria atuação do Poder Judiciário na pacificação social. Como sustenta Marco Fridolin Sommer³⁴:

[...] a valoração dos danos pessoais de natureza extrapatrimonial resulta de uma combinação do princípio da reparação integral com regras de equidade. Para fins de satisfação integral, deve-se adotar um critério de tarifação judicial que leve em consideração a extensão do dano pessoal sofrido pela vítima: morte, gravidade das lesões corporais, efeitos sobre a vida de relação, danos estéticos, etc. Mediante critérios de equidade, adapta-se a tarifação judicial ao caso concreto, com base nas condições econômicas das partes e no grau de culpa da vítima ou do responsável. Na valoração do dano pessoal extrapatrimonial, recorrendo-se aos critérios de equidade, deve-se apenas tomar o cuidado para não desvirtuar a função essencialmente compensatória da responsabilidade civil.

É nesse sentido que Sebastião Geraldo de Oliveira³⁵ destaca como norte da dosimetria da indenização os seguintes elementos: 1) atender às finalidades básicas de compensação da dor e pedagógica de combate à impunidade; 2) centrar na pessoa da vítima a indenização compensatória e na pessoa causadora do dano a finalidade punitiva; 3) avaliar o grau de culpa do agente e a gravidade dos efeitos sobre a vítima; 4) atenuar ou agravar o valor da indenização conforme condição pessoal da vítima; 5) evitar que o valor sirva de enriquecimento ilícito da vítima ou ruína ao agente do ilícito; 6) fugir de extremos irrisórios ou montantes exagerados; 7) observar a situação econômica das partes para que se atenda à repercussão pedagógica e 8) atender à finalidade educacional da pena mesmo que a vítima tenha absorvido bem o dano.

A importância da utilização, portanto, de critérios e referenciais teóricos para fins de balizamento e definição da valoração do dano moral, com vistas à construção de parâmetros judiciais mais estáveis, seguros e razoavelmente previsíveis, está posta. A construção judicial através de elementos como os acima expostos, contudo, não se confunde de forma alguma com a tarifação ou limitação tarifada legalmente, e atende de forma muito mais adequada aos juízos de equidade e reparação integral que formam a essência da reparação dos danos extrapatrimoniais.

34 SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015. Observe-se inclusive em caráter incidental que o autor já apontava a inclusão do dano estético como um dos elementos de cálculo da reparação extrapatrimonial, e não separado ou independente desta.

35 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 227-228.

2.1.6 Módulo VI: Remuneração. Verbas salariais. Gorjetas. Equiparação Salarial.

1. *Verbas com natureza remuneratória*

Uma das características essenciais de um contrato de emprego é sua onerosidade. Nesse negócio jurídico, o trabalhador se compromete a prestar serviços mediante uma contraprestação a ser paga pelo empregador, que pode ser em dinheiro ou em utilidade (observados os percentuais máximos de utilidades previstos legalmente). Definido o valor a ser pago em razão da prestação de serviço, este se torna a principal e mais elementar obrigação do empregador com relação ao trabalhador que lhe presta serviços.

A esta contraprestação do empregador pelo trabalho que lhe é prestado dá-se o nome de salário, conforme clássica definição de Arnaldo Süssekind³⁶: “salário é a retribuição dos serviços prestados pelo empregado, por força do contrato de trabalho, sendo devido e pago diretamente pelo empregador que dele se utiliza para a realização dos fins colimados pela empresa”.

Segundo o artigo 1º da Convenção 95, da OIT:

[...] o termo “salário” significa, qualquer que seja a denominação ou modo de cálculo, a remuneração ou os ganhos susceptíveis de serem avaliados em espécie ou fixados por acôrdo ou pela legislação nacional, que são devidos em virtude de um contrato de aluguel de serviços, escrito ou

36 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et al. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 343.

verbal, por um empregador a um trabalhador, seja por trabalho efetuado, ou pelo que deverá ser efetuado, seja por serviços prestados ou que devam ser prestados.

Conforme se extrai do *caput* do art. 457, o conceito de salário só não é idêntico ao de remuneração porque esta última abrange também as gorjetas, valores pagos por terceiros diretamente ao trabalhador pelos clientes da empresa em função do serviço que lhes foi destinado.

Para os trabalhadores que não percebem gorjeta, remuneração e salários tornam-se rigorosamente sinônimos.

Todavia, nem toda a verba em razão da existência da relação jurídica entre empregado e empregador é salário. Por construção jurisprudencial, por exemplo, as parcelas condicionadas, tais como horas extras e adicional noturno, assumiam esta natureza jurídica exclusivamente em razão de sua habitualidade, e por vezes a própria legislação se encarrega de retirar a natureza remuneratória de uma dada parcela, como ocorreu expressamente com a reforma no que concerne ao valor devido pela violação ao intervalo intrajornada, conforme já apreciado anteriormente.

Ainda assim, a regra geral do direito do trabalho é a de presumir que todos os valores pagos em razão da prestação de serviços pelo empregado, e em função da relação jurídica que mantém com seu empregador constituem salário, salvo prova em contrário, cujo ônus, processualmente, é do empregador, por se tratar de fato modificativo a esta natureza presumida.

Esta presunção é muito acentuada em se tratando de valores pagos em pecúnia, mas vale também para o pagamento através de bens – em utilidade – como se verifica do art. 458, da CLT:

Art. 458 Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações “in natura” que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

Não se ignora que no caso de utilidades a lei expressamente afasta a natureza salarial de diversas destas utilidades, tais como, na CLT (art. 457, § 2º): vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; seguros de vida e de acidentes pessoais; previdência privada; o valor correspondente ao vale-cultural.

Além disso, mesmo a lei extravagante à CLT prevê a concessão (e por vezes a obrigatoriedade) de pagamentos de determinados valores ou utilidades, porém expressamente afasta sua natureza salarial. É o caso do vale transporte (Lei 7.418/85) e da participação nos lucros e resultados (art. 7º, XI, da Constituição Federal).

A CLT, contudo, não ignorava o fato de que as parcelas pagas em dinheiro em razão da prestação de labor poderiam assumir diversas formas e aspectos práticos, razão pela qual dispunha nos §§ 1º e 2º do art. 457 o seguinte:

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

§ 2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado.

A Lei 13.467/17, inicialmente, modificou ambos os parágrafos acima reproduzidos, estabelecendo um conceito muito mais restrito do que se considera salário, estabelecendo a seguinte redação para estes parágrafos:

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

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

Sobreveio a Medida Provisória 808/17, que novamente modificou a redação dos parágrafos acima, conferindo-lhes a seguinte redação:

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

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, limitadas a cinquenta por cento da remuneração mensal, o auxílio-alimentação, vedado o seu pagamento em dinheiro, as diárias para viagem e os prêmios não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de encargo trabalhista e previdenciário.

Com o fim da vigência da MP 808/2017, o dispositivo legal retoma a redação original imprimida pela Lei 13.467/2017.

Analisando inicialmente a única utilidade expressamente abordada na nova redação, afasta-se a natureza salarial do auxílio-alimentação, desde que a alimentação seja fornecida “*in natura*” pelo empregador, vedando o seu pagamento em dinheiro.

Neste sentido dispõe em sentido diametralmente oposto ao que fora estabelecido no artigo 458 da CLT sobre o benefício, desperdiçando, contudo, a oportunidade de sistematizar o tema adaptando a redação do art. 458 ao § 2º do art. 457.

Vólia Bomfim³⁷ entende que a caracterização da utilidade enquanto salário depende do preenchimento de quatro requisitos concomitantes, a saber: 1) concessão da utilidade; 2) que a utilidade seja benéfica; 3) que seja concedida de forma habitual e fornecida pelos serviços prestados; 4) que não haja lei retirando a natureza salarial da parcela.

A verdade é que no caso da alimentação fornecida pelo empregador, que a CLT inicialmente estabelecia como uma utilidade de caráter salarial, a Lei 6.321/76 já previa possibilidade de exclusão do auxílio-alimentação como verba salarial desde que a empresa fosse integrante do Programa de Alimentação do Trabalhador. Do ponto de vista lógico jurídico a excludente sempre teve pouco sentido. Ou bem se entende que a parcela se destina a ressarcir despesas realizadas pelo trabalhador em decorrência, ainda que indireta, da prestação de labor, e nesse caso possui natureza indenizatória em todos os casos; ou se entende que o objetivo é o de simplesmente retribuir o empregado pelo serviço realizado, e nesse caso possuiria natureza salarial em todas as circunstâncias. É de difícil compreensão a ideia de que a adesão a um programa de política governamental de caráter essencialmente tributário pudesse alterar a natureza jurídica de uma determinada parcela. Ainda assim, a previsão legal era incontornável, criando-se uma ruptura então entre a natureza jurídica da parcela se o empregador aderisse ou não ao Programa mencionado, e acolhida inclusive na Orientação Jurisprudencial 133, da SDI-1, do TST³⁸.

Some-se a isso que também a jurisprudência já vinha admitindo em larga escala que por força de expressa previsão convencional fosse excluída a natureza salarial da parcela, ainda que respeitada sua incorporação contratual anterior, como se desprende da Orientação Jurisprudencial 413, da SDI-I, do TST³⁹.

Como o pagamento de auxílio alimentação não é obrigatório por lei, mas constitui benefício cujo direito e obrigatoriedade pode ser livremente pactuado entre as partes, essa tese estava calcada na ideia de que a fonte de direito que institui uma

37 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 774.

38 OJ 133, da SDI-1, do TST: “A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do programa de alimentação ao trabalhador, instituído pela Lei nº 6.321/76, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum efeito legal”.

39 OJ 413, da SDI-1, do TST: A pactuação em norma coletiva conferindo caráter indenizatório à verba “auxílio-alimentação” ou a adesão posterior do empregador ao Programa de Alimentação do Trabalhador — PAT — não altera a natureza salarial da parcela, instituída anteriormente, para aqueles empregados que, habitualmente, já percebiam o benefício, a teor das Súmulas nºs. 51, I, e 241 do TST”.

obrigação não prevista em lei pode fixar sua natureza jurídica⁴⁰.

Além disso, não eram raras as decisões que entendiam que a parcela perderia sua natureza salarial caso houvesse desconto a qualquer título do trabalhador para seu custeio, mesmo que ínfimo.

A exclusão do caráter salarial do auxílio-alimentação fornecido “*in natura*” evidencia a evolução da jurisprudência, como também na própria política legislativa, tal como as alterações promovidas pela Lei 10.243/01 no art. 458, que já havia nítida inclinação no sentido de minimizar o impacto que a concessão de benefícios e vantagens não previstos em lei pudessem ter sobre a folha de pagamento do empregador, precisamente com a intenção de estimular o fornecimento *in natura* de tais benefícios a seus empregados.

Nesse sentido, a reforma ao afastar a natureza salarial do auxílio-alimentação em todas as hipóteses, corrige a distorção que fora provocada pela Lei 6.321/76. Evidencia também a necessidade de revisão de entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário, tais como a Súmula 241, do TST⁴¹.

Frise-se, contudo, que a lei é expressa no sentido de ser vedado o pagamento em dinheiro do auxílio-alimentação. Nesse caso a questão que surge são os efeitos decorrentes de tal infração, se implicariam mera infração administrativa ou afastariam a natureza indenizatória reconhecida legalmente.

Trata-se de situação similar à do vale-transporte, cujo fornecimento foi disciplinado pela Lei 7.418/85, porém o Decreto 9.5247/87 que o regulamenta estabelece em seu art. 5º que:

Art. 5º É vedado ao empregador substituir o Vale-Transporte por antecipação em dinheiro ou qualquer outra forma de pagamento, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. No caso de falta ou insuficiência de estoque de

40 Não se ignora a existência de doutrina que procurava distinguir a figura da alimentação concedida pelo empregador com o pagamento de vales ou “ajudas” alimentação previstas convencionalmente. Arnaldo Süssekind, por exemplo, observa que “vem-se generalizado a inclusão da cláusula em convenção ou acordo coletivo sobre a concessão de ajuda-alimentação para o trabalho após a jornada normal. Esse auxílio financeiro, porém, tem natureza indenizatória e não salarial, pois visa a compensar o maior esforço do trabalhador, proporcionando-lhe melhor alimentação” (SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et ali. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 361). O exemplo referido pelo mestre em sua obra conjunta faz alusão ao pagamento da alimentação após a jornada normal de trabalho (quando empregado passa a prestar horas extras), mas existem várias outras cláusulas similares também sem que exista tal condicionante e a ocorrência da condição não implicaria, necessariamente, a desnaturação da parcela. Destarte, mantenho entendimento de que a melhor explicação nestes casos reside na liberdade que a autonomia privada coletiva possui de definir se determinadas parcelas pagas sem previsão legal se integram ou não ao salário para todos os efeitos.

41 Súmula 241, do TST: O vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais.

Vale-Transporte, necessário ao atendimento da demanda e ao funcionamento do sistema, o beneficiário será ressarcido pelo empregador, na folha de pagamento imediata, da parcela correspondente, quando tiver efetuado, por conta própria, a despesa para seu deslocamento.

Não se ignora que no caso específico do vale-transporte há uma discussão incidental a respeito de o decreto haver extrapolado, ou não, os limites da lei que visa regulamentar, e que nesse sentido tal previsão seria ilegal. Mas ignorado esse aspecto, também aqui a discussão se daria sobre os efeitos da violação à vedação de fornecimento em dinheiro.

Em ambos os casos, contudo, a resposta é a mesma: o pagamento em dinheiro não modifica a natureza jurídica da parcela se for demonstrada a finalidade de seu pagamento. É absolutamente desprovido de sentido lógico jurídico que a forma de adimplemento de uma determinada obrigação modifique a natureza jurídica desta última. O que existe é um procedimento legal instituído para adimplemento da obrigação, segundo o qual o Estado, interferindo nas relações privadas, entende ser a forma mais adequada para o cumprimento. Nesse caso, a violação da política estatal implica exclusivamente a aplicação de sanção administrativa e não de alteração dos efeitos que o pagamento teria sobre o contrato existente entre as partes.

Reitera-se, contudo, que a pedra de toque nesse caso é a demonstração indene de dúvidas a respeito da finalidade a que se destinava o pagamento, de forma precisamente a evitar fraudes não somente a direitos do trabalhador como também à própria Receita.

Conforme reproduzido, a Lei 13.467/17 não se limitou a abordar o pagamento de utilidade, na forma do auxílio-alimentação, mas afasta a natureza salarial de parcelas tradicionalmente pagas em dinheiro, ainda que sob diferentes rubricas, que antes eram consideradas salários pela CLT.

De fato, a nova redação conferida pela reforma ao § 1º restringe a integração ao salário apenas da importância fixa estipulada, das comissões e das gratificações legais. Exclui, por conseguinte, a alusão anterior a percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos.

Com a Medida Provisória 808/17 sobreveio nova alteração e foi inserida a referência expressa às gratificações de função. O acréscimo sanava uma dúvida que surgira inicialmente pelo fato de que a maior parte das gratificações de função pagas não decorrerem de imperativo legal. Existem casos em que a lei alude à possibilidade de sua existência ou faculdade de sua instituição, mas são raras as gratificações de função cujo pagamento decorre de imposição legislativa. Tendo em vista que como regra as gratificações de função possuem uma importância fixa, é possível com base na redação original da Lei 13.467/2017 subsumir tais gratificações ao conceito mais amplo de importância fixa estipulada, porém a Medida Provisória tornava mais clara a inclusão da gratificação de função no conceito de salário.

O antigo § 2º do art. 457 da CLT já afastava a natureza jurídica salarial das

ajudas de custo, mas estabelecia a natureza salarial das diárias caso seu valor ultrapassasse a 50% do salário percebido pelo empregado. A redação que a Lei 13.467/17 conferiu ao § 2º afasta a natureza salarial das diárias para viagem em caráter absoluto e também expressamente afasta a natureza jurídica salarial dos prêmios, que não eram aludidos na redação original (a CLT se refere aos prêmios apenas no art. 193, § 1º, ao versar sobre adicional de periculosidade e ainda assim para determinar a exclusão da sua incidência na base de cálculo do adicional). Com a medida provisória, retornava-se à disciplina anterior no tocante às ajudas de custo, posto que se inseria uma vez mais a restrição a cinquenta por cento da remuneração mensal como limite para que a ajuda de custo possa ser considerada indenizatória. Cessada a vigência da Medida Provisória 808/2017, nenhum valor pago a título de ajuda de custo integra a remuneração.

Aborda-se, primeiro, talvez a mais significativa delas, que é a supressão da alusão às “gratificações ajustadas” no § 1º do art. 457 e a restrição, na nova redação, à incorporação salarial apenas de gratificações legais, pois possui efeitos mais drásticos tanto sobre a doutrina tradicional a respeito do tema quanto sobre a jurisprudência dominante.

As gratificações legais, por óbvio, são aquelas expressamente previstas em lei, derivando desta fonte do direito sua obrigatoriedade, tais como a gratificação de função prevista para o bancário no art. 224, § 2º, da CLT. Não é raro, entretanto, que empregadores estabeleçam, quer em pactos coletivos, quer em regulamentos internos, quer mesmo através de contratos individuais de trabalho, o pagamento daquilo que outrora se chamara de gratificações ajustadas.

Incluía-se tradicionalmente nesse conceito, as gratificações pagas pelo empregador a seus empregados quando estes atingiam condições ou metas pré-estabelecidas que ensejavam o direito ao pagamento dessa gratificação, tais como o pagamento de gratificações de produtividade, por tempo de serviço ou por assiduidade. Em todos esses casos, e com supedâneo na antiga redação, o entendimento fartamente majoritário era o de que tais parcelas possuíam natureza salarial. Conforme explicava Arnaldo Süssekind⁴² a respeito das gratificações ajustadas:

[...] toda dificuldade atinente à conceituação de determinada gratificação como salário consiste, portanto, na aferição, em cada caso, da existência ou não de um contrato pelo qual a empresa se obrigue a concedê-la em determinadas épocas e condições. Se existe essa obrigação, a gratificação é salário; caso contrário, representará uma liberalidade do empregador.

42 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et ali. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. 1. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 370

A jurisprudência inclusive admitia a possibilidade de que a gratificação assumisse contorno de ajuste tácito, como se infere da Súmula 152, do TST⁴³.

Com base na nova redação, contudo, não há alusão a tais gratificações ajustadas, que tampouco constam da nova redação conferida ao § 2º do mesmo artigo a respeito das importâncias habituais que não se inserem na remuneração. Parece clara, porém, a intenção do legislador não apenas de afastar a natureza salarial de tais parcelas, como também de subsumi-las ao conceito mais amplo de “prêmios”.

Na jurisprudência, o conceito de gratificação ajustada passou a assumir a feição de um valor pago em decorrência de um evento ou circunstância predeterminado, cujo preenchimento bastaria para adquirir o direito a sua percepção, tal como a gratificação por tempo de serviço (Súmulas 203 e 226 do TST).

No passado, a distinção entre prêmios e gratificações ajustadas era muito mais importante do que mero debate doutrinário porquanto se uma determinada parcela fosse considerada gratificação ajustada, possuiria natureza salarial, enquanto se fosse prêmio, não deteria tal condição.

Após a reforma, como a referência à “gratificação ajustada” simplesmente desapareceu, e foi excluída a natureza salarial dos prêmios, pareceu clara a absorção do instituto da gratificação ajustada pelo conceito de prêmio, e, por conseguinte, a exclusão de sua natureza salarial.

Observe-se que nesse particular a fonte de direito que institui o pagamento do prêmio (ou mesmo da gratificação, o *nomen juris*, como visto, é secundário) possui plena liberdade para definição de seu conteúdo. Como destaca Arnaldo Süssekind⁴⁴:

[...] ao instituir vantagem em favor dos seus empregados, a que não estava obrigado por norma jurídica, o empregador poderá estabelecer, livremente, o valor e a base de incidência da prestação, as condições para sua concessão e a vigência do ato. E as estipulações neste sentido, nascidas de um ato de liberalidade que por adesão expressa ou tácita (presumida) dos empregos se transforma em cláusula contratual não ensejam interpretação extensiva.

Tem-se, portanto, que o empregador, ao instituir um prêmio ou gratificação unilateralmente por meio de regulamento de empresa, ou mesmo pactuá-lo individual ou coletivamente, pode negociar livremente seu conteúdo, sua forma de cálculo, as parcelas que integram sua base de cálculo, assim como as parcelas que, eventualmente, possam a vir sofrer efeitos reflexos do seu pagamento, sem que isso, pela redação que fora atribuída ao § 2º pela Lei 13.467/17, implicasse natureza salarial à parcela. A Lei 13.467/17 inclusive, modificou a redação do § 4º do art. 457 (que fora revogado pela Lei 13.419/17), para estabelecer a seguinte conceituação de prêmio:

43 Súmula 152, do TST: O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de ajuste tácito (ex-Prejulgado nº 25).

44 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et ali. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 353.

§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.

A Medida Provisória 808/17, embora não tenha revogado expressamente a redação conferida ao § 4º acima reproduzido, introduziu, nova definição para o conceito de prêmio com a no § 22 ao artigo 457, com a seguinte redação:

§ 22. Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador, até duas vezes ao ano, em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro, a empregado, grupo de empregados ou terceiros vinculados à sua atividade econômica em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.

Tinha-se assim a insólita situação de que o mesmo artigo conceituava a mesma parcela em dois parágrafos distintos, e de forma diversa. Poder-se-ia argumentar com a revogação tácita do § 4º em razão da manifesta incompatibilidade com a regra posterior inserida no § 22. Todavia, com o fim da vigência da MP 808/2017, a discussão perde relevância.

Renova-se, assim, a discussão a respeito da distinção entre prêmios e gratificações ajustadas. Neste cenário atual podem ser antevistas as seguintes conclusões antagônicas: 1) que a supressão à alusão a gratificações ajustadas é significativa de que o legislador procurou excluir este conceito ambíguo do direito do trabalho, e subordinar todas as situações correspondentes ao conceito mais amplo de “prêmio”, caso em que o que antes era denominado de gratificação ajustada passa a ser regidos pelo conceito de prêmio, inclusive com a limitação legal; 2) que a diferença entre as figuras jurídicas persiste, sendo que as gratificações ajustadas perderam o caráter salarial, assim como os prêmios.

A Reforma manteve a exclusão da natureza salarial das parcelas pagas a título de “ajuda de custo”, considerando a ajuda de custo de forma ampla como indenizatória, sem qualquer limitação a percentual.

Parece claro que a previsão anterior na CLT se destinava a coibir a prática de fraudes com pagamento de diárias fictícias para afastar a natureza salarial dos valores pagos, mas a realidade ensina que as tentativas do legislador de prever comportamentos fraudulentos de forma casuística, ou tentar discipliná-los sob um enquadramento geral engessado sempre foram fadadas ao fracasso.

A raiz do problema nunca foi o percentual que a diária representava sobre o salário do empregado, mas o fato de o valor se destinar efetivamente a ressarcir e indenizar despesas do empregado ou não. Constatada esta destinação, a ausência de restrição percentual guarda mais sentido com a lógica subjacente ao instituto.

Finalmente, a Lei 13.467/2017 afasta a natureza salarial dos abonos, o que parece decorrer do fato de que o conceito de abono sempre foi bastante equívoco e ambíguo tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Essa ambiguidade era muito bem observada por Amauri Mascaro Nascimento⁴⁵:

Há abonos salariais e não salariais, tudo dependendo da natureza e das regras legais que lhe são atribuídas. O conceito de abono está relacionado com o de um pagamento excepcional. Porém, não tem havido muito rigor na observância dessas características. Há abonos que tem causas específicas e outros que são contínuos, de modo que dentre os complementos salariais o abono é multiforme e desfigurado, prestando-se para dar figura jurídica a pagamentos diferentes, o que dificulta uniformidade à sua concepção.

No que se refere às gorjetas, a Lei 13.467/17 não modificou quaisquer dispositivos pertinentes às gorjetas, até mesmo porque a Lei 13.419/17 já havia, antes dela, introduzido diversas alterações na disciplina jurídica conferida a esta parcela integrante da remuneração, modificando a redação do § 3º do art. 457, da CLT, bem como inserindo os § 4º a 11 no mesmo artigo.

A Medida Provisória 808/17 introduzia mais nove parágrafos ao tema, além de outros incisos, alterações que deixam de existir em razão do fim da vigência da referida medida provisória.

A preocupação clara do legislador no que diz respeito às gorjetas tem sido, nos últimos 50 anos, a questão da cobrança da taxa de serviço, em especial nos estabelecimentos de alimentação. O Decreto-Lei 229/67 havia inserido no § 3º da CLT o conceito de gorjeta, definindo como a importância paga espontaneamente pelo cliente ao empregado, como também o valor que for cobrado pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, e a qualquer título, destinado à distribuição aos empregados. Com pequenas alterações, com destaque para a inclusão do conceito também de “serviço”, a Lei 13.419/17 modificou a redação do § 3º do art. 457, que passou desde então a vigorar com a seguinte redação:

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados.

Desde a redação oriunda do Decreto-Lei 229/67 já era possível compreender que o conceito de gorjeta não se limitava a valores que fossem pagos espontaneamente e de forma direta ao trabalhador, mas abrangia, também, quaisquer valores

45 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria jurídica do salário**. São Paulo: LTr, 1994, p. 220.

adicionais que fossem cobrados pela empresa que fossem destinados à distribuição entre os empregados. Lamentavelmente, disseminou-se entre alguns empregadores a prática de embutir no preço cobrado aos clientes de seus estabelecimentos uma “taxa de serviço”, levando naturalmente os clientes a crerem que a importância correspondente se destinaria aos empregados que lhe atenderam, porém, este valor não era distribuído aos empregados sob o argumento de que esta não seria a “destinação” da parcela. Ora, é evidente que no momento em que se atribui um adicional na conta cobrada aos clientes com a identificação de que se trata de taxa de serviço, estabelece-se um nexos claro, para todos os envolvidos nessa relação jurídica, que este adicional se destina aos empregados que prestaram o serviço diretamente, caso contrário não seria necessário impor o adicional, mas simplesmente majorar o preço do produto ou serviço. Isso levou a reiteradas decisões dos Tribunais condenando as empresas que não repassavam tais valores a seus empregados a fazê-lo, sendo que nem mesmo quando havia previsão convencional autorizado a retenção deste valor, ainda que parcial, admitia-se esta possibilidade, anulando-se as cláusulas convencionais correspondentes, como se infere, a título de exemplo, da seguinte ementa:

TAXA DE SERVIÇO. RETENÇÃO ESTABELECIDADA POR MEIO DE NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. O Tribunal Regional considerou válida a norma coletiva que estabelece a forma de repartição da taxa de serviço, estabelecendo a destinação de 37% para a Reclamada e 3% para o Sindicato. Nos termos do art. 457 da CLT, as gorjetas compõem a remuneração do empregado, configurando norma mínima de proteção aos trabalhadores. Desse modo, em se tratando de valores destinados aos diversos empregados que direta ou indiretamente desempenham serviço em prol dos clientes da Reclamada, a determinação, por meio de acordo coletivo, de que parte das gorjetas seja destinada à Demandada e ao Sindicato é inválida, pois representa perda de mais de um terço do pagamento da parcela. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 10450-31.2013.5.05.0018 Data de Julgamento: 07/06/2017, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/06/2017).

O § 4º que fora inserido pela Lei 13.419/17 estabelecia que a gorjeta não seria considerada receita própria dos empregadores, e os critérios de distribuição e rateio entre os empregados seriam definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, mirando precisamente nos entendimentos jurisprudenciais que entendiam isso ser vedado mesmo mediante negociação coletiva.

Todavia, a Lei 13.467/17, de forma inadvertida, ou não, acabou criando uma confusão neste particular. Isso porque referida lei estabeleceu o conceito de prêmio na redação dada ao § 4º do art. 457. Em um primeiro momento pareceu se tratar de erro material, sendo que a intenção seria na verdade a de inserir um novo parágrafo ao art. 457, até mesmo porque a Lei 13.467/17 não fazia alusão, neste ponto,

ao fato de se tratar de uma nova redação de parágrafo pré-existente. A verdade, contudo, é que a Lei 13.467/17 acabou entrando em vigor com o conceito de prêmio sendo introduzido no § 4º, o que, para todos os efeitos, efetivamente revogou a disciplina que fora inserida a respeito das gorjetas no § 4º do mesmo artigo pela Lei 13.419/17.

Os parágrafos 5º a 7º evidenciam que os critérios de rateio e distribuição das gorjetas poderá, e preferencialmente deverá ser disciplinado por convenção ou acordo coletivo:

§ 5º. Inexistindo previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos §§ 6º e 7º deste artigo serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma do art. 612 desta Consolidação.

§ 6º. As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão:

I – para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador;

II – para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador;

III - anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de gorjeta.

§ 7º. A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá seus critérios definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros do § 6º deste artigo.

O § 5º estabelece uma regra de supletiva para as hipóteses em que os critérios não sejam definidos via instrumento coletivo, autorizando que os mesmos sejam entabulados e definidos por assembleia geral de trabalhadores, na forma do art. 612, da CLT, que versa precisamente sobre a assembleia geral a ser convocada por sindicato da categoria previamente à negociação de convenções ou acordos coletivos.

O inciso III do § 6º mantém a solução introduzida pela Lei 13.419/17 no tocante à forma de anotação das gorjetas na CTPS, questão sempre tormentosa,

posto que se trata de valor variável pago por terceiros. Neste caso, fixou-se o critério de que deverá ser anotada em CTPS a média recebida a título de gorjetas nos últimos doze meses da contratualidade, conforme estabelece o § 8º do art. 457. Caso o contrato seja extinto, deve ser anotada por ocasião da baixa da CTPS a média auferida no período de referência posterior à última média anotada, ou quando o próprio contrato foi inferior a doze meses. Por óbvio, devem as anotações na CTPS ser atualizadas a cada módulo de doze meses de modo a refletir a média das gorjetas no período correspondente.

2. Nova disciplina da equiparação salarial

Para encerrar o tema relativo à disciplina da remuneração após a reforma, imperiosa a análise das questões atinentes à equiparação salarial, precisamente por ser uma das mais relevantes e radicais, especialmente em seus efeitos tanto sobre a jurisprudência constituída quanto sobre as relações jurídicas materiais.

O art. 461, da CLT, que regulamenta a equiparação salarial no direito do trabalho, foi alterado em todos os seus dispositivos, exceto o § 4º, e ainda acrescido dos §§ 5º e 6º.

O princípio da igualdade de tratamento para todas as pessoas sujeitas a condições jurídicas iguais é garantido amplamente no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição Federal, em mais de uma ocasião, como se infere de forma geral do caput do art. 5º e seu inciso I, passando por normas relacionadas às relações de trabalho no art. 7º., XXX, XXXI e XXXII, até a própria CLT em seu art. 5º, ao fixar que a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

Sob o aspecto do direito à percepção do mesmo salário, o princípio da isonomia se manifesta de forma positiva segundo os critérios fixados no art. 461, da CLT, que foi alterado pela reforma para a seguinte redação:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

O caput do art. 461 foi modificado em dois aspectos principais em face de sua antiga redação.

Primeiro, foi acrescentada a vedação à discriminação por etnia, que se juntou à vedação a sexo, nacionalidade e idade. É claro que todo reforço destinado a garantir o tratamento isonômico das pessoas é importante, mas o acréscimo nesse caso era desnecessário porque sempre foi claro que a referência a sexo, nacionalidade e idade era puramente exemplificativa e não esgotava todas as garantias de tratamento isonômico, até porque o artigo 461 não pode ser interpretado isoladamente

no ordenamento jurídico brasileiro que veda a discriminação em sentido amplo. Assim, nunca houve dúvidas que outras formas de discriminação salarial que não guardassem relação com as atribuições exercidas, ou a qualidade e produtividade do trabalho, não eram aceitas.

A diferença prática da inclusão da vedação de discriminação por etnia está contida na inclusão do § 6º do artigo em comento que prevê pagamento de multa específica em favor do empregador caso comprovada a discriminação por esse fundamento, o que será melhor analisado na sequência.

A segunda alteração no caput é muito mais significativa, pois restringe o direito à equiparação salarial aos empregados que prestem serviços no mesmo estabelecimento.

O caput anterior não estabelecia qualquer distinção a respeito do estabelecimento, fazendo mera alusão apenas ao conceito de “mesma localidade”. Neste aspecto, a doutrina divergia a respeito da interpretação mais adequada, havendo quem entendesse que a localidade se referia ao local em que o trabalhador prestasse serviços, outros que poderia se tratar de zonas caracterizadas por um determinado custo de vida, e ainda outros fixando o conceito por critérios político-administrativos, como os limites de uma cidade.

O TST acabou firmando entendimento no sentido de que “mesma localidade”, a princípio, coincidiria com o conceito de Município, ou ainda, dependendo do caso, sua região metropolitana conforme entendimento atualmente cristalizado na Súmula 6, X:

X - O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana.

Esse entendimento nunca foi recebido de forma pacífica. Ainda assim, bastante razoável a defesa de Vólia Bomfim Cassar⁴⁶ quanto ao critério municipal, à vista da redação anterior, ao apontar que “o município é a menor base territorial de um sindicato e que cada entidade sindical pode estabelecer pisos salariais diversos para a categoria, conclui-se que correto está o entendimento da jurisprudência, porque a diferença salarial teria sua origem na norma coletiva”.

A alteração legislativa promovida restringe o conceito ainda mais, para limitar a um estabelecimento em particular.

Observe-se que a despeito do TST estabelecer o entendimento de que mesma localidade se referia a um mesmo município, ainda assim a noção de “mesma localidade” como sinônimo de estabelecimento permanecia incrustrada, havendo, por exemplo, expressa referência a ele na mesma Súmula 6, em seu item IV:

IV - É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita.

46 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 939.

A primeira dúvida que surge nesse caso, entretanto, é a própria extensão do significado que se procure atribuir a “estabelecimento”.

Sob o prisma do direito positivo, na forma do art. 1.142, do Código Civil, estabelecimento é “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Do ponto de vista de sua aceção pelo direito do trabalho, efetivamente o uso por vezes é equivocado, ou ambíguo, como pode se notar das diversas conotações contidas nos artigos. 160, 429, 71, § 3º, 168, § 4º e 355, da CLT.

A opção de política legislativa enfrenta muitas contradições tanto no aspecto prático quanto no aspecto do funcionamento do próprio ordenamento jurídico.

Primeiro porque na prática trata do estabelecimento como uma unidade absolutamente autônoma, dissociada da empresa da qual é mera manifestação física, como se cada um dos estabelecimentos de um mesmo empregador, em um mesmo município, por exemplo, não estivessem sujeitos às mesmas normas internas da empresa, ou não se sujeitassem aos mesmos acordos coletivos firmados pela empresa, ou não se sujeitassem as mesmas políticas salariais da empresa ou seus empregados não compartilhassem com os demais empregados da empresa os mesmos direitos.

Como iria se justificar em uma situação como essa, então, o exercício do *ius variandi* do empregador para determinar a transferência de um empregado de um estabelecimento para outro se as situações fáticas entre um e outro não se comunicam para fins de política salarial?

E mais, levando em consideração que permanece mesmo após a reforma a unicidade sindical a nível municipal, como entender que esses trabalhadores estariam prestando serviços em realidades isoladas e sem comunicação entre elas pelo fato de estarem em estabelecimentos distintos se os efeitos das normas convencionais, inclusive sob o aspecto das normas convencionais que disciplinam reajustes, pisos salariais, entre outras, deveriam ser observadas no mínimo de forma igualitária dentro do espaço territorial de um município?

Se entendermos que os limites da equiparação salarial estão restritos a um estabelecimento, e que os dispositivos contidos nos parágrafos se sujeitam aos limites do *caput*, então a diferença de dois anos de tempo de exercício da função também deveria ser apurada apenas quando exercida dentro de um mesmo estabelecimento? Porque, aparentemente, se o simples fato de um trabalhador exercer o cargo em estabelecimentos diferentes justificaria a discrepância salarial, é difícil fugir da conclusão de que a lógica subjacente é a que de a prestação de labor em diferentes estabelecimentos presume de forma absoluta, em caráter *iuris et de iure*, que as atribuições não são as mesmas, e, nesse caso, a diferença de tempo de serviço na mesma função, porém em estabelecimento diferente, não poderia ser oposta como impeditiva à equiparação salarial.

É o típico exemplo de alteração motivada por razões casuísticas que mais cria problemas do que os resolve (como, de regra, todas as alterações legislativas motivadas por razões casuísticas).

Se isso não bastasse a regra ainda não apenas não resolve como potencializa outros problemas. Tome-se como exemplo a situação de vendedores externos que atendam diferentes localidades, ainda que vinculado formalmente ao mesmo estabelecimento. Pela sistemática anterior não era difícil justificar que uma empresa com sede em São Paulo tivesse vendedores externos em Curitiba, Florianópolis e Porto Alegre, cada um deles atendendo seus respectivos estados e recebendo salários diferentes em razão das distintas localidades atendidas. Pelo critério adotado no caput, como todos estão vinculados ao mesmo estabelecimento (é muito comum que nem sequer haja um estabelecimento da empresa na localidade de atuação de cada um desses vendedores), então todos teriam direito à equiparação salarial mesmo trabalhando em regiões diferentes.

Do ponto de vista reflexo, contudo, a alteração resolve um dilema histórico a respeito da equiparação salarial, envolvendo empresas do mesmo grupo econômico. Essencialmente a discussão travava-se entre as teses de responsabilidade passiva e ativa dos empregadores que formassem o mesmo grupo econômico e a possibilidade, por conseguinte, de reconhecimento de equiparação salarial entre trabalhador de empresas diferentes de um mesmo grupo econômico.

Note-se que a circunstância de haver alusão a “mesmo empregador” nunca constituiu óbice a essa disputa, já que a premissa que gerava o debate era precisamente o fato de o grupo econômico poder ser considerado como empregador uno, ou não. Em face da nova redação, com restrição da equiparação ao mesmo estabelecimento, a tendência prática e lógica é que esse debate reste significativamente reduzido, já que a tendência natural será a de que trabalhadores empregados formalmente por empresas diversas não trabalhem no mesmo estabelecimento. Nas ocasiões em que o fizerem (já que ocorre inclusive de empresas de um mesmo grupo econômico se apresentarem na prática como prestadoras de serviços para outras empresas do mesmo grupo), tese possível será o reconhecimento de equiparação salarial entre trabalhadores de empresas distintas já que, sendo o mesmo grupo econômico, o labor no mesmo estabelecimento será a pedra de toque para a equiparação.

Outra hipótese seria a restrição aos casos em que Vólia Bomfim⁴⁷ denomina de “grupo promíscuo”, desde que, à luz da nova redação, o trabalho se verifique no mesmo estabelecimento:

47 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 937

[...] defendemos que a equiparação entre empregados do mesmo grupo econômico só é possível se o grupo for “promíscuo”, isto é, quando as empresas se confundirem em uma só, o que normalmente ocorre com o grupo horizontal. Quando o grupo não for “promíscuo”, o que normalmente ocorre no grupo vertical ou por subordinação, não caberá a equiparação salarial.

Note-se que a ideia de empregador único no caso de grupo econômico já é albergada pela redação da Súmula 129, do TST⁴⁸.

Outra mudança muito significativa ocorre com a alteração do § 1º do art. 461, que passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

Como se vê, a norma mantém a possibilidade de se opor o óbice de diferença de qualidade ou produtividade no serviço, assim como o óbice de dois anos na função entre o trabalhador e o paradigma da equiparação salarial, porém acrescenta, agora, mais um fator impeditivo: mais de quatro anos de serviço para o mesmo empregador.

A norma perpetua a diferença de qualidade e produtividade no serviço, embora na prática forense seja um critério de difícil comprovação.

A fixação de critério impeditivo duplo, tanto tempo de serviço para o empregador, quanto tempo na função, também ataca dissenso doutrinário que subsistiu por muito tempo, quer em caráter de interpretação da norma, quer em caráter de crítica a *lege lata*.

Com relação ao primeiro aspecto, o TST firmou jurisprudência, que já estava cristalizada em enunciado de súmula desde o início da década de 1980, de que o biênio impeditivo deveria ser calculado na função, e no emprego, e encontra-se atualmente refletida na Súmula 6, II, do TST.

Sob o viés do exame do tempo de serviço para o mesmo empregador, a inclusão do elemento, a princípio, não traz maiores dificuldades, já que a aferição do período de labor total prestado por um empregado ao empregador (ou seus sucessores) é relativamente fácil de aferir, já que independe das atividades efetivamente desempenhadas.

No que concerne ao tempo de função, que permanece como um dos quesitos, a sua aferição permanece tormentosa.

48 Súmula 129, do TST: A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

A diferenciação entre função e tarefa sem dúvida é de extrema utilidade para a solução dos conflitos individuais que surgem a respeito do tema, mas ainda assim permanecerá o principal núcleo de discussão em torno da configuração da equiparação salarial, posto que essencial não apenas para a caracterização do direito à equiparação salarial, como também para o próprio fato impeditivo de tempo de serviço na função.

Sob esse viés a distinção de tempo no emprego como um todo é muito mais objetiva e clara na maioria das vezes.

A Reforma altera também a redação dos §§ 2º e 3º do art. 461, relaxando as exigências de outro fator impeditivo: a existência de quadro de carreira:

§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional.

A alteração aqui também é multifacetada.

A supressão da exigência de homologação do quadro de carreira por órgão público deve ser bem recebida. Maurício Godinho Delgado⁴⁹ já criticava a exigência de homologação administrativa, entendendo ser anacrônico e fruto de um alto índice nível de interferência do Estado na atividade privada nas décadas de 1940 e 1950, assinalando que bastaria para tanto que o quadro de carreira instituído unilateralmente pelo empregador contasse com elementos eficazes e impessoais de promoção alternada.

Ocorre, contudo, que também o critério da promoção alternada foi suprimido pela alteração legislativa, passando a admitir tanto a alternância quanto o estabelecimento de critério exclusivo de antiguidade ou merecimento.

À luz da redação anterior, Mozart Victor Russomano⁵⁰ explicava que, rigorosamente, o empregador podia adotar, ou não, o quadro de carreira, inclusive consagrando qualquer critério de promoção ao trabalhador, já que a lei não exigia o contrário. O que a lei estabelece, registrava, é que se o quadro de carreira livremente adotado não contemplasse os requisitos de alternância de mérito e antiguidade, não possuiria eficácia como fato impeditivo ao pleito de equiparação salarial.

A sensação que passa a alteração neste aspecto é a de que se procurou prestigiar a livre iniciativa e a liberdade do empregador na condução de seu negócio,

49 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 743.

50 RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 5. Ed. Curitiba: Juruá, 1995, p. 342.

não se observando, contudo, como já destacava Russomano⁵¹, que o princípio de salário igual para trabalho igual é faceta de outro princípio, muito mais amplo, que constitui uma das mais notáveis e, certamente, a mais duradoura das conquistas da Democracia Liberal: a igualdade de tratamento dos homens perante a lei.

Ela é anacrônica mesmo em face do conteúdo da própria Reforma, que prestigia a livre convenção e pactuação contratual entre as partes e procurar reduzir ou restringir as hipóteses de arbítrio ou direito potestativo de uma parte em relação à outra.

A ideia de que o quadro de carreira (como instrumento, repita-se, de exclusão do direito à equiparação salarial pelas demais regras do art. 461, da CLT) pudesse ser validamente estipulado em observância a critérios de antiguidade tem todo o sentido porque efetivamente estabelece uma *ratio* impessoal, abstrata e objetiva de igualdade de tratamento a todos os trabalhadores. Ao possibilitar, contudo, o critério de merecimento em caráter exclusivo, a alteração anda mal em mais de um aspecto.

Primeiro, porque sujeita a todos os empregados ao arbítrio do empregador neste ponto. Mesmo que a legislação tivesse em mente a ideia de que o merecimento seria aferido por critérios puramente objetivos, a prática revela serem virtualmente inexistentes as situações nas quais o merecimento não passe, em maior ou menor medida, pelo critério subjetivo do empregador, mesmo até em empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Segundo, porque desprestigia contraditoriamente a própria importância do tempo de serviço, que a Reforma havia abraçado inclusive no § 1º. Se o legislador da Reforma entende que o tempo de serviço e dedicação à empresa é um elemento importante e decisivo para justificar diferenças salariais, é incongruente menosprezá-lo logo na sequência ao admitir quadros de carreira capazes de afastar esse elemento e subordiná-lo a critérios exclusivos de merecimento em todas as ocasiões.

Terceiro, porque rigorosamente não confere qualquer segurança ao próprio empregador, já que uma vez instituído o critério de merecimento, evidentemente menos objetivo e autoevidente do que o critério de antiguidade, sujeita a todo o momento que o critério possa ser potencialmente questionado judicialmente pelo empregado que se sentir lesionado, colocando em risco a implementação ou funcionamento de todo o quadro de carreira em decorrência.

A reforma neste tema acrescenta ainda dois parágrafos ao art. 461. O primeiro deles, o § 5º, com a seguinte redação:

§ 5º A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria.

51 RUSSOMANO, Mozart Victor. Ob. citada, p. 338.

O parágrafo acima aborda dois aspectos correlatos. O primeiro deles, fixando expressamente a exigência de contemporaneidade no cargo entre o trabalhador que postula a equiparação salarial e o paradigma.

Embora a contemporaneidade não fosse exigida expressamente na lei, a doutrina e a jurisprudência em absoluta maioria vinham exigindo como condição para aferição da isonomia, inclusive diferenciando a figura da sucessão e da equiparação. Süsskind⁵² destacava que se a lei condiciona a isonomia salarial ao confronto entre o trabalho de dois empregados, daí se extrairia que impõe a contemporaneidade dos serviços. Por isto mesmo, o sucessor do trabalhador que deixa definitivamente o emprego não teria direito aos seus salários.

Rigorosamente a sucessão de trabalhadores em um determinado posto de trabalho não é o antônimo de contemporaneidade ou simultaneidade, já que no caso da sucessão pressupõe-se que o trabalhador postulando a equiparação teria assumido o mesmo posto do paradigma, ou o lugar deste após seu desligamento, o que é apenas uma hipótese de ausência de simultaneidade, mas não a esgota.

A equiparação salarial condiciona sua verificação ao fato de o postulante e o paradigma terem desempenhado idêntica função em um mesmo período de tempo, e ao mesmo tempo.

A legislação não estabelece um indicador objetivo de tempo para caracterizar contemporaneidade, mas uma boa referência seria a adoção de período mínimo de 30 dias, não apenas porque o salário dos trabalhadores no período se referirá para o trabalhador mensalista a esse módulo temporal, como ele também é utilizado em institutos próximos, como o de salário substituição, na forma da Súmula 159, I, do TST.

Já a segunda parte do § 5º do art. 461 visa a abordar a sempre polêmica possibilidade de “equiparação em cadeia”, que André Luiz Paes de Almeida⁵³ conceitua como “sistemática de se pleitear equiparação com um paradigma que, por sua vez, já logrou ter aquele salário, em decorrência de decisão judicial na qual ganhou o direito de equiparação salarial com outro empregado”, estabelecendo o dispositivo a vedação a referências a paradigmas remotos como violação ao requisito de contemporaneidade, ainda que o beneficiado pelo paradigma remoto seja contemporâneo.

Nesse caso específico, o alvo claro é a Súmula 6, VI, do TST, que estabelece:

VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto: a) se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior; b) na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se

52 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et ali. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 431.

53 ALMEIDA, André Luiz Paes. **CLT e Súmulas do TST comentadas**. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2015, p. 151.

o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto, considerada irrelevante, para esse efeito, a existência de diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato.

Finalmente, a inclusão da “multa” prevista no § 6º do artigo em comento também é uma alteração que, embora louvável sob certos aspectos, levanta questões em outros, ao dispor que:

§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

De um lado, reforça a sanção ao comportamento discriminatório por parte do empregador, acrescentando uma penalidade pelo comportamento de até 50% do limite máximo dos benefícios do Regime da Previdência Social. Em um primeiro momento a finalidade dessa multa pode levantar algumas questões porquanto, em tese, os efeitos pessoais da discriminação implicariam naturalmente a dedução (e acolhimento, caso comprovado) de pedido de indenização por dano extrapatrimonial, parecendo, nesse caso, um “bis in idem”. Todavia, a incidência da multa em tela passa a ter sentido quando se recorda que, juntamente com a reforma, foi disciplinado também o regime de reparação de dano extrapatrimonial no direito do trabalho, estabelecendo uma tabulação e limite de valores máximos, como tratado no módulo anterior. Nesse cenário, a previsão da multa é importante porque permite uma sanção maior ao comportamento discriminatório do que eventual condenação oriunda do atingimento do teto de indenização extrapatrimonial previsto legalmente.

Do ponto de vista prático, contudo, é difícil compreender, nesse caso, a restrição da aplicação da multa apenas aos casos de discriminação por sexo ou etnia. Note-se que ela não é prevista sequer para outros casos que o próprio caput previa de discriminação, como idade ou nacionalidade.

Embora não chegue a ser uma novidade a previsão de sanção específica para determinadas modalidades de ato discriminatório (a própria Constituição Federal prevê tratamento diferentes para modalidades de discriminação, como a imprescritibilidade de crimes de racismo), e tampouco seja necessariamente inconstitucional tal previsão, talvez a reforma tivesse andado bem se houvesse previsto a aplicação da multa em questão para todas as hipóteses de infração à isonomia salarial por motivo de discriminação, ao invés de impor limitação a alguns casos.

2.1.7 Módulo VII: Rescisão Contratual. Dispensa coletiva. Termo de Quitação. Transação Extrajudicial.

1. Rescisão contratual por mútuo consentimento

Explica Süssekind⁵⁴ que “na terminologia do Direito, “rescisão” ou “resilição” é apenas uma das espécies de “dissolução” do contrato. “Cessação” (ou “terminação”) tem significado genérico, podendo a “cessação” do contrato se verificar por extinção ou “dissolução”. A “extinção” constitui o fim natural da relação ajustada enquanto a “dissolução” se verifica quando, no curso do contrato, advém ato ou fato determinante de seu fim. Por seu turno a “dissolução” pode ocorrer por meio de “rescisão” ou resilição, de “resolução”, “denúncia” ou “caducidade”, sendo que alguns autores consideram “rescisão” apenas a “dissolução” contratual fundada em nulidade”.

A possibilidade de extinção do contrato de trabalho por comum acordo foi uma das “novidades” mais comentadas a respeito da Reforma, embora rigorosamente jamais tenha sido vedada a prática no direito brasileiro.

Isso decorre, em parte, em razão da resistência de parcela da doutrina e da jurisprudência, anteriormente, a admitir a possibilidade prática desta modalidade de ruptura contratual.

Claro que quando se pensa nos contratos em geral, em especial aqueles que não se amoldam à figura do contrato por prazo indeterminado, as hipóteses de extinção contratual de comum acordo já eram fartamente conhecidas. Sempre que empregado e empregador pactuam ou um termo final para o contrato (uma

54 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et al. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 392.

data ou duração específica), ou uma condição resolutiva (um fato jurídico predefinido) naturalmente já estavam, na prática, pactuando a extinção do contrato de comum acordo. Também nas hipóteses de adesão a plano de demissão voluntária, na prática, se trata de extinção contratual de comum acordo, já que o empregador manifesta de seu lado a vontade de extinguir o contrato de trabalho daqueles trabalhadores que optarem pela adesão ao plano, ao mesmo tempo em que o trabalhador manifesta sua vontade aderindo aos termos do plano, se quiser, evidenciando a formação de um negócio jurídico bilateral.

Porém, mesmo nos contratos por prazo indeterminado nunca houve óbice legal à prática.

A Súmula 54, do TST⁵⁵, já fazia expressa alusão à modalidade de cessação contratual por acordo.

Não há dúvida de que um dos fatores que contribuiu decisivamente para o desuso da rescisão bilateral do contrato de trabalho foram a impossibilidade de levantamento dos depósitos em FGTS nessa modalidade de quitação contratual, a insegurança tanto de trabalhadores quanto de empregadores em adotar uma modalidade de extinção contratual que não estava expressamente prevista em lei, a incerteza a respeito de quais efeitos poderiam ser atribuídos a essa modalidade de extinção do contrato e também a desconfiança mútua que infelizmente ainda prevalece nas relações entre trabalhadores e empregadores no Brasil.

Essa desconfiança com qualquer outra modalidade de extinção contratual que não aquelas expressamente definidas em lei, na prática, induzia as partes a condutas ilícitas, visando precisamente fugir dos efeitos estanques que a legislação impunha às modalidades de extinção contratual positivadas em lei e mais adequadas à intenção das partes. Assim, passaram a se avolumar em todo o país os notórios acordos “informais” de rescisão contratual, tais como as situações em que o empregado “devolvia” ao empregador o valor da indenização da multa de 40%, e por vezes até o valor do aviso prévio, ao mesmo tempo em que o empregador simulava uma extinção do contrato de trabalho sem justa causa por sua iniciativa. Nesse caso o acordo na prática acabava redundando em violação direta

55 Súmula 54 do TST: “Rescindindo por acordo seu contrato de trabalho, o empregado estável op-tante tem direito ao mínimo de 60% (sessenta por cento) do total da indenização em dobro, calculada sobre o maior salário percebido no emprego. Se houver recebido menos do que esse total, qualquer que tenha sido a forma de transação, assegura-se-lhe a complementação até aquele limite.”

de dispositivo de lei, com efetiva fraude ao Erário, empurrando tanto trabalhador quanto empregador para a criminalidade⁵⁶.

É importante ter em mente que mesmo uma legislação refratária à livre disposição das partes, como era a marca registrada da CLT, ainda assim, em se tratando de relações de direito privado, o elemento volitivo e dispositivo ainda existe, servindo a norma, por mais impositiva que seja, como uma salvaguarda de efeitos jurídicos mínimos atribuídos a um determinado modelo de negócio jurídico.

Assim, quando a legislação estabelece que no caso de uma dispensa sem justa causa, por iniciativa do empregado, são devidos aviso prévio proporcional, 13º salário proporcionais, férias proporcionais acrescidas de 1/3, indenização de 40% do FGTS, além das verbas cujo direito já foi adquirido por ocasião da extinção do contrato de trabalho, tudo o que a legislação estabelece é um determinado grupo de efeitos jurídicos necessários, mas não limitados ou exaustivos, a determinada modalidade de negócio jurídico (no caso, dispensa sem justa causa pelo empregador). O mesmo pode ser dito quando estabelece que quando a iniciativa da extinção contratual é do empregado é este que passa a dever o aviso prévio a seu empregador e perde o direito à indenização de 40% do FGTS, por exemplo.

Nesse sentido, é muito claro que sempre houve espaço para a inserção de outros modelos de ruptura contratual que não aqueles engessados em lei. Um destes modelos foram precisamente os planos de demissão voluntária, que são uma modalidade bilateral de extinção do contrato no qual o empregador como regra incentiva o desligamento mediante uma indenização adicional e as partes pactuam outros efeitos jurídicos (geralmente enquadrando-os nas mais corriqueiras modalidades de extinção sem justa causa por iniciativa do empregador ou do empregado).

Fica fácil visualizar, sob esse ângulo, que seria muito tranquila e juridicamente aceitável a pactuação da extinção contratual de comum acordo entre as partes estabelecendo efeitos jurídicos que se localizassem em um intermédio entre os efeitos previstos para a extinção contratual por iniciativa do empregador e a extinção contratual por iniciativa do empregador.

O desuso dessa modalidade de extinção contratual é uma prova categórica de que o apego à segurança e previsibilidade de efeitos previstos em lei ainda é a tônica das relações de trabalho no Brasil, então não surpreende que no bojo da reforma tenha se sentido a necessidade de “assegurar” a empregados e empregadores o direito de extinção do contrato de trabalho de comum acordo. E o fez, nesse sentido, incluindo o art. 484-A, na CLT, com a seguinte redação:

56 Como destaca Jair Teixeira Reis: “Comete estelionato o agente que, utilizando-se de meios fraudulentos, efetua saques irregulares de valores de conta vinculada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e, utilizando-se do mesmo expediente, recebe, indevidamente, seguro-desemprego”. In REIS, Jair Teixeira. **Manual de rescisão do contrato de trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2015, p. 211.

Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I - por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;

II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

E assim como ocorre com as outras modalidades de extinção contratual, também aqui a opção do legislador foi estabelecer um agrupamento de efeitos jurídicos mínimos e ínsitos a essa modalidade de extinção contratual. Nesse caso, a escolha inicial pareceu bastante razoável, no sentido de ficar pela metade o valor que seria devido a título de duas parcelas associadas diretamente com a extinção do contrato de trabalho sem justa causa por iniciativa do empregador: o aviso prévio devido ao empregado e a indenização de 40%. A fixação pela metade de tais indenizações é perfeitamente compatível com o espírito de um acordo bilateral para cessação do contrato, embora, por óbvio, nada impeça que as partes fixem entre si valores superiores ao mínimo legal neste particular.

O critério de pagamento pela metade do aviso prévio e da indenização do FGTS com certeza foi inspirado na Súmula 14, do TST⁵⁷, que reflete o entendimento sobre as verbas rescisórias em caso de cessação contratual por justa causa recíproca. No caso, a extinção contratual de comum acordo gera em favor do empregado ainda mais benefícios rescisórios porque garante o pagamento das demais parcelas rescisórias na integralidade (i.e., férias proporcionais acrescidas de um terço e 13º salário proporcional). Quanto ao saldo de salário, é parcela devida mesmo em casos de rescisão por justa causa.

Note-se que com relação às demais parcelas rescisórias a reforma expressamente alude ao fato de serem devidas na íntegra.

A restrição à percepção do benefício do seguro-desemprego nesta modalidade de ruptura contratual também tem sentido, já que o instituto visa precipuamente à

57 Súmula 14 do TST: Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais.

proteção do trabalhador que é surpreendido pela perda do posto de trabalho, destinando-se assim a amparar o trabalhador em situação de desemprego involuntário, o que naturalmente não é o caso das hipóteses em que a extinção contratual ocorre por mútuo consentimento. Ainda assim, tal restrição ainda pode encorajar a adoção das práticas fraudulentas antes mencionadas, o que se espera reduzido após a institucionalização legal da rescisão por mútuo consentimento.

A limitação a 80% da movimentação da conta vinculada do FGTS, contudo, soa como capricho injustificado do legislador, e uma desconfiança com relação a ambas as partes da relação de emprego. Embora a natureza do FGTS seja discutida dependendo do ângulo pelo qual se aborde a origem dos depósitos ou sua gestão, ele é acima de tudo um direito do trabalhador em decorrência da existência do contrato de trabalho.

Se o trabalhador só pode sacar 80% do valor depositado durante o contrato extinto de comum acordo, isso relega os 20% restantes necessariamente às bem mais restritas hipóteses de movimentação do fundo legalmente admitidas, muitas das quais sequer acabam sendo exercidas pelo trabalhador ainda em vida.

Conquanto o legislador não tenha explicitamente estabelecido no art. 484-A, conclusão lógica é que o aviso prévio, pela metade, também se projetará no tempo de serviço, nos termos do art. 487 da CLT e demais disposições aplicáveis, inclusive para efeito de contagem da prescrição.

2. Nova hipótese de justa causa

Além da possibilidade de pactuação da extinção contratual de comum acordo, a Reforma também inseriu mais uma hipótese positivada de dispensa do empregado por justa causa, ao inserir a alínea “m” ao art. 482: “perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado”.

Em se tratando de empregado que desenvolve atividade que depende de habilitação específica (e.g. motorista de caminhão) ou o cumprimento de requisitos legais específicos (e.g. vigilante), a perda desta habilitação ou ausência de preenchimento dos requisitos legais impede, na prática, o efetivo exercício da função para a qual o empregado foi contratado. Embora a esmagadora maioria dos trabalhadores jamais fosse praticar um ato visando inviabilizar a prestação de serviços com a única finalidade de ser dispensado sem justa causa, ainda assim a perda objetiva desses requisitos caracteriza impossibilidade prática da perpetuação do vínculo.

Observe-se que a norma estabelece uma condicionante, que é a existência de conduta dolosa do empregado. Dolo este que, judicialmente, deve ser comprovado e demonstrado pelo empregador. Assim, eventual perda de habilitação ou de condição prevista legalmente por circunstâncias alheias à vontade do trabalhador, ou mesmo em virtude de conduta culposa do mesmo (abrangendo, neste ponto,

até mesmo a negligência ou imprudência), não constituem motivo justificado para rescisão contratual por este fundamento legal.

Observe-se a seguinte parcial de ementa do C. TST sobre o tema em análise:

DISPENSA POR JUSTA CAUSA. O Tribunal Regional manteve a reversão da demissão por justa causa do autor, exercente da atividade de escolta armada de transporte de mercadorias da reclamada, ao fundamento de que o prazo de 48 horas concedido ao autor para a renovação da habilitação de motorista se mostra inexequível e porque a exigência de regularização da carteira de habilitação não se insere nas hipóteses do art. 482 da CLT. A delimitação do acórdão regional, proferido pela Corte Regional na condição de última instância avaliadora da prova, na forma da Súmula 126 do TST, não revela a existência de elementos que comprovem ato de indisciplina e insubordinação, capazes de justificar a aplicação da pena máxima ao trabalhador, de demissão por justa causa, permanecendo intacto o art. 482, “h”, da CLT. Os arts. 161, 162, V, 164 e 298 da Lei 9.503/1997 não guardam relação direta com a discussão sobre demissão por justa causa, não se cogitando em afronta a sua literalidade, na forma do art. 896, “c”, da CLT. Recurso de revista não conhecido. (Processo: RR - 71800-78.2007.5.02.0029 Data de Julgamento: 20/09/2017, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/09/2017).

O que a lei visa coibir é a prática de atos voluntários, deliberados, intencionais do trabalhador que conduzam a esta perda de habilitação ou requisito legal. Assim, um motorista que venha a dolosamente causar um acidente de trânsito, além de ser um criminoso, e vier a perder a habilitação em razão deste fato, poderá ser dispensado por justa causa (além do enquadramento, nesse caso exemplificativo, de outras faltas graves). Por outro lado, na forma da redação, um motorista que venha a perder a sua habilitação em razão do acúmulo de “pontos” na carteira de habilitação em decorrência de eventual imprudência ou negligência (i.e., ultrapassar o limite de velocidade, avançar uma preferencial), não poderia ser enquadrado na hipótese específica da alínea, ainda que o acúmulo de violações o leve a perder a habilitação.

Na hipótese versada pela ementa transcrita anteriormente, a nova alínea tampouco seria aplicável, porque não houve qualquer indicação de conduta dolosa do trabalhador, mas apenas o não atendimento de um prazo (considerado exíguo na decisão) para que o trabalhador regularizasse sua carteira de habilitação. Note-se que mesmo no exemplo mencionado o trabalhador veio a perder a habilitação, e ainda assim isso não foi considerado motivo suficiente para a dispensa por justa causa, tampouco o será em face da alínea incluída eis que desprovido de dolo.

Sob certos aspectos a legislação é ainda mais tolerante do que a prática, ou mesmo o senso de razoabilidade, permitiriam. Suponha-se um vigilante que deixe de fazer cursos de reciclagem devidamente pagos pelo empregador e em razão disso

não possa exercer legalmente sua função, porém tenha deixado de comparecer aos cursos por motivos culposos, tais como se esquecer da data do curso, perder o horário para sua realização, entre outros. Em tais hipóteses não estaria inserido na alínea em exame, embora naturalmente seja possível enquadrar a conduta ilustrativa em outras hipóteses, tais como a desídia.

A verdade é que embora seja compreensível o motivo que levou o legislador a incluir a hipótese legal de perda da habilitação com situação de dispensa por justa causa, a restrição ao fato de que a conduta necessariamente precise ser dolosa torna a previsão legal de baixa utilidade prática, já que via de regra toda conduta dolosa do trabalhador que o leve a perder a habilitação ou o preenchimento dos requisitos legais para o exercício de uma profissão fatalmente já poderiam ser enquadradas em alguma das hipóteses legais anteriormente previstas para a dispensa por justa causa, como desídia, mau procedimento e improbidade.

3. *Dispensa coletiva*

Questão mais sensível, e criticada em especial à luz da jurisprudência que vinha se construindo no TST nos últimos anos, diz respeito ao tratamento legal que a Reforma confere à dispensa coletiva, ao estabelecer, no art. 477-A:

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

Obviamente que jamais houve exigência legal de que as dispensas individuais, ou mesmo plúrimas, quando atingem na mesma ocasião mais de um trabalhador, se sujeitassem à necessidade de qualquer autorização sindical ou celebração do pacto coletivo nesse sentido. O alvo da alteração promovida neste ponto sem dúvida alguma são as dispensas coletivas, em razão da crescente construção – e restrição jurisprudencial a respeito do tema.

Os entendimentos do TST sobre as condições de possibilidade da dispensa coletiva sofreram significativa alteração no passado recente, migrando de um entendimento inicial no sentido de que a ausência de qualquer vedação legal não impede a dispensa coletiva de trabalhadores, até o posicionamento atual no sentido de que a existência de prévia negociação coletiva é condição *sine qua non* de validade do ato de dispensa coletiva. Esta construção é bem exemplificada no seguinte excerto de voto da lavra do Min. Maurício Godinho Delgado:

Um ponto relevante a destacar é que a dispensa coletiva é questão grupal, massiva, comunitária, inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, a qual exige, pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III e

VI, a necessária participação do sindicato. Trata-se de princípio e regra constitucionais trabalhistas, e, portanto, critério normativo integrante do Direito do Trabalho (art. 8º, III e VI, CF). Por ser matéria afeta ao direito coletivo trabalhista, a atuação obreira na questão está fundamentalmente restrita às entidades sindicais, que devem representar os trabalhadores, defendendo os seus interesses perante a empresa, de modo que a situação se resolva de maneira menos gravosa para os trabalhadores, que são, claramente, a parte menos privilegiada da relação trabalhista. Nesse sentido, até que surja negociação coletiva trabalhista regular ou, alternativamente, o processo judicial trabalhista correspondente (dissídio coletivo), o ato potestativo e unilateral empresarial de dispensa coletiva seria inábil a produzir efeitos jurídicos, por não haver no direito coletivo trabalhista semelhante ato coletivo sem a participação do sindicato. Em síntese: as dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá lhe regular os termos e efeitos pertinentes. (Processo: RO - 173-02.2011.5.15.0000 Data de Julgamento: 13/08/2012, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 31/08/2012).

Analísado os fundamentos desta decisão, pode-se dizer que a alteração promovida visa atacar precisamente os motivos determinantes, em especial ao assinalar que as dispensas coletivas de trabalhadores seriam substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, enquanto o art. 477-A surge com redação absolutamente oposta, apontando para a inexistência de qualquer distinção para este fim.

Do ponto de vista socioeconômico, não pode haver dúvidas de que as dispensas em massa, ou coletivas, diferem substancialmente de dispensas individuais consideradas isoladamente. Está a se falar, neste caso, de centenas e por vezes até milhares de trabalhadores que são dispensados em uma única ocasião, ou em momentos muito próximos entre si, com consequências econômicas drásticas não apenas na esfera individual (o que já ocorre com a dispensa individual, naturalmente), mas sobre toda a comunidade, já que o impacto econômico dessa dispensa comunica-se à toda economia que gira em volta não apenas da produção da empresa (fornecedores, clientes e prestadores de serviços), como também à arrecadação de impostos locais e nacionais e, sobretudo, sobre a renda dos empregados e de suas famílias.

Este impacto é menos sentido em grandes centros urbanos, mas decisivos em pequenas comunidades que geralmente giram em torno de poucas alternativas de produção ou de empreendimentos.

Caso paradigmático de dispensa coletiva de grande repercussão foi da empresa Embraer, que em 19.02.2009 anunciou 4.270 demissões, em corte de 20% do efetivo de 21.362 empregados. O corte se concentrou na mão de obra operacional, administrativa e lideranças, incluindo a “eliminação de um nível hierárquico da sua estrutura gerencial”. Há recurso extraordinário pendente de julgamento no STF (autos 309/2009-000-15-00.4).

A jurisprudência construída na década de 2000, relativamente às dispensas coletivas, como se vê do acórdão antes referido, caminhou no sentido de que dispensas em massa deveriam ser precedidas de esforços de preservação do emprego, muitas delas inseridas na legislação trabalhista. Como ressaltado por Homero Batista da Silva, entendimento diverso não justificaria a inclusão, no ordenamento jurídico, de diversas normas visando a preservação do emprego, tais como:

- a. utilização do banco de horas para o enfrentamento da sazonalidade (art. 59 e seguintes, CLT);
- b. férias coletivas, sem necessidade de prévio aviso de trinta dias, como forma de redução de estoques (art. 139, CLT);
- c. autorização de conversão de contrato de jornada integral para contrato a tempo parcial (art. 58-A, CLT);
- d. suspensão temporária suspensão temporária do contrato de trabalho, com pagamento pelos cofres públicos de parte do seguro desemprego, mesmo sem rescisão contratual, (art. 476-A e parágrafos, CLT);
- e. redução salarial trazida pela própria reforma trabalhista: art. 611-A, § 3º, que estabelece negociação trabalhista com garantia contra dispensa imotivada no período de vigência do instrumento coletivo;
- f. adoção de planos de demissão voluntária para dispensa individual, plúrima ou coletiva, com previsão em norma coletiva, conforme previsto agora pelo art. 487-B, CLT;
- g. programas de proteção ao emprego, delineadas pela legislação esparsa (Lei 13.189/2015 - Institui o Programa de Proteção ao Emprego).

A discussão que se coloca a partir da alteração legislativa, como ressaltado pelo referido autor, será a de saber se a observância de todo esse microssistema de preservação dos postos de trabalho será mera liberalidade do empregador ou se, ao contrário, o empregador continuará a ter a obrigação de adotar tais medidas, no todo ou em parte, ou de justificar a sua não adoção antes de optar por dispensas coletivas⁵⁸.

Como a redação do art. 477-A afasta a necessidade de prévia negociação sindical para dispensas coletivas, caberá aos tribunais a análise do novo dispositivo legal em face da Constituição Federal, das demais normas do ordenamento jurídico, dos princípios do direito do trabalho e de toda a hermenêutica já construída em torno da matéria.

58 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 91.

3. *Formalização da rescisão contratual*

Sob o viés quantitativo das alterações promovidas pela Reforma, a temática da rescisão contratual - suas modalidades de adimplemento, a quitação de verbas trabalhistas devidas no curso da contratualidade e por ocasião de sua ruptura - está entre as mais significativas.

A legislação reformatória alterou o *caput* do art. 477, revogou os §§ 1º, 3º e 7º, revogou as alíneas “a” e “b” do § 6º, acrescentou o § 10, alterou o §§ 4º e 6º, incluiu o art. 477-B e ainda o art. 507-B, todos na CLT.

A alteração do *caput* do art. 477 efetivamente se mostrava necessária porque sua permanência na redação dada pela Lei 5.584/70 já se encontrava bastante ociosa, eis que ainda previa o pagamento da indenização consolidada por ocasião da rescisão contratual, que há muito foi substituída pela indenização de 40% sobre os depósitos atualizados do FGTS devidos durante a contratualidade.

Com a Reforma, o *caput* do art. 477 passa a ter a seguinte redação:

Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.

A redação é mais enxuta e objetiva do que a redação anterior, além de atualizada, passando a fazer alusão expressa à obrigação de efetuar a anotação da rescisão na CTPS, bem como efetuar o pagamento das parcelas rescisórias nos prazos e condições disciplinadas em seus parágrafos.

Apesar da distância topográfica na CLT, a revogação da exigência de homologação sindical do termo rescisório, com a revogação do parágrafo primeiro do art. 477, da CLT, está em consonância com a criação, no art. 507-B, da modalidade do termo de quitação anual de obrigações trabalhista, o qual exige, a seu turno, que haja a homologação pelo sindicato da categoria.

Uma das questões que se coloca, a partir da alteração legislativa, é a de saber quais os efeitos que essa revogação terá sobre a eficácia do termo de quitação assinado individualmente pelo empregado, e o reflexo deste entendimento na jurisprudência.

Para ilustrar essa questão, nada mais pertinente que a Súmula 330, do TST, que está diretamente associada à aplicação do § 1º do art. 477:

A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.
I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de

quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.

II - Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

Observe-se que a eficácia liberatória desta quitação estava condicionada à assistência da entidade sindical, assim como as ressalvas opostas também estariam inseridas no contexto desta assistência. Não se ignora que os efeitos da quitação estavam, e ainda permanecerão, previstos no § 2º do art. 477, mas a revogação do § 1º afeta uma condição que não apenas constava na redação sumulada, como também nos precedentes que a geraram, inclusive na decisão do incidente de uniformização de jurisprudência 275.570/96 que deu origem à primeira revisão do Enunciado.

Como o § 2º do art. 477 foi mantido, existem basicamente dois caminhos mais prováveis de encaminhamento da questão do ponto de vista judicial. A primeira delas seria a de se entender que a assistência sindical não era uma condicionante da eficácia liberatória do termo rescisório, pelo menos com relação às parcelas expressamente discriminadas, mas visava apenas atender à exigência formal de validade contida no § 1º, que, uma vez revogado, não afeta a substância dos efeitos previstos pelo § 2º da CLT, caso em que o entendimento sumulado transcrito se manteria basicamente incólume, com supressão apenas da necessidade de assistência sindical da categoria.

Sob outro viés, é defensável o entendimento de que a eficácia liberatória era qualificada pela assistência do sindicato da categoria, que homologava seus termos e poderia assistir o trabalhador em eventuais ressalvas que pretendesse opor ao termo, razão pela qual, revogada a assistência sindical, o termo passaria a ter eficácia de adimplemento exclusivamente dos valores nele inseridos, e não das parcelas em geral. Esse entendimento pode ser reforçado pelo fundamento de que a quitação das parcelas na forma até então prevista na Súmula 330, do TST, passou a ser regida pelo art. 507-B, da CLT, inserido com a seguinte redação:

Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

Do ponto de vista da lógica interna do ordenamento, não há negar que causa estranhamento inicial a possibilidade de que a assinatura individual no termo rescisório por parte do trabalhador tenha eficácia liberatória plena com relação às parcelas nele discriminadas, relativamente a todo o contrato de trabalho, enquanto para se obter efeito similar sobre as parcelas na vigência do contrato de trabalho

seria obrigatório firmar o termo junto ao sindicato de empregados da categoria, e, mesmo assim, com quitação de eficácia puramente anual.

Neste cenário a eficácia liberatória do termo de quitação desassistido é muito mais ampla do que a do termo anual.

O que se pode opor a este entendimento é o de que as modalidades não se confundem, já que no caso do art. 477 estar-se-ia falando de um termo rescisório do contrato de trabalho, e no art. 507-B um termo de quitação anual na vigência do contrato de trabalho. Nesse sentido pode-se acrescentar, novamente, que o grau de autonomia da vontade do trabalhador, por ocasião da rescisão contratual, é muito maior e menos dependente, ao menos economicamente, do empregador, do que eventuais termos de quitação assinados na vigência do contrato.

A construção da Súmula 330, do TST, é mais elegante e sofisticada, além de formalista, do que a disciplina legal, porquanto não apenas prevê a necessidade da assistência sindical e discriminação das parcelas, como também a possibilidade de oposição de ressalvas, que podem ser tanto do trabalhador individualmente considerado, como do sindicato. Aliás, essa era precisamente a finalidade precípua dessa assistência sindical no ato da homologação, para muito além do mero ato cancelatório. Como destacava Süsskind⁵⁹:

Essa assistência não significa “homologação”, nem corresponde apenas a “visto” do sindicato representativo da categoria do respectivo empregado ou das autoridades enumeradas na lei. O órgão assistente deve estar presente ao ato, cumprindo-lhe orientar o assistido e, com este, assinar o documento. A lei se refere a “assistência”, e não a “visto” ou *referendum*, precisamente porque considerou indispensáveis a presença e a orientação do sindicato ou das autoridades mencionadas.

Destarte, ainda que o § 2º do art. 477 da CLT tenha sido mantido incólume, tudo aponta para a iminente alteração do conteúdo da Súmula 330 do TST para se adequar a essa nova realidade, seja restringindo os efeitos da rescisão passada individualmente, seja atribuindo a ela os mesmos efeitos que até então eram atribuídos em caso de assistência sindical. É possível que em face da ausência da assistência sindical, a interpretação da eficácia liberatória do termo de rescisão firmado individualmente recrudesça.

Já a compreensão do art. 507-B inserido na CLT passa muito pela interpretação construída ao redor da Súmula 330, já que o dispositivo viabiliza a possibilidade de um termo de quitação anual, facultativo, porém sujeito à assistência do sindicato da categoria, prevendo, assim como o § 2º do art. 477, também a quitação anual das parcelas especificadas no termo. A exigência de que conste expressamente o fato de se tratar de quitação de um módulo anual está em consonância com o item II

59 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et ali. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 221.

da Súmula 330 que exige que no termo rescisório conste o período expressamente consignado no recibo de quitação (geralmente todo o período contratual nesses casos).

A revogação do § 3º é mero corolário da revogação do § 1º, haja vista que apenas previa que a atribuição de homologação atribuída ao sindicato da categoria ou autoridade ministerial poderia ser suprida, quando ausentes estas entidades, por representante do Ministério Público, ou Defensor Público, ou, na falta, por juiz de paz. O mesmo pode ser dito da revogação do § 7º, que apenas previa a gratuidade da assistência sindical na rescisão contratual, o que abre espaço, naturalmente, para que o sindicato dos empregados cobre valores para a homologação de rescisões contratuais quando as partes o procurarem de forma facultativa, ou ainda para os fins do termo de quitação anual.

A alteração do § 4º atualiza e moderniza as formas de pagamento previstas, já que até então a lei fazia alusão exclusivamente ao pagamento em dinheiro ou cheque. Passa a vigorar acrescida de dois incisos:

§ 4º O pagamento a que fizer jus o empregado será efetuado:

I - em dinheiro, depósito bancário ou cheque visado, conforme acordem as partes;

ou II - em dinheiro ou depósito bancário quando o empregado for analfabeto.

A reforma também altera o prazo para pagamento das verbas rescisórias, essencial em função da previsão da multa contida no § 8º do mesmo artigo em caso de atraso ou inadimplemento das verbas rescisórias. Extinguem-se as alíneas do § 6º, revoga-se o prazo de um dia útil imediato após o término do contrato de trabalho e generaliza-se o prazo de 10 dias que era previsto para as hipóteses de demissão por iniciativa do empregado, ausência de aviso prévio ou dispensa de cumprimento do mesmo:

§ 6º A entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverão ser efetuados até dez dias contados a partir do término do contrato.

O texto extingue a dualidade de tratamento quanto aos prazos para os contratos em que o aviso prévio foi rigorosamente cumprido e aqueles em que deixou de fazê-lo. Porém isso gera um problema que pode ter passado desapercibido pelo legislador, já que a norma faz alusão ao término do contrato. Na redação anterior, a circunstância de haver expresso tratamento dado ao aviso prévio, notadamente quando indenizado ou dispensado seu cumprimento, visava deixar claro que a projeção do aviso prévio não se computaria para fins de marco inicial do pagamento

das verbas rescisórias, embora o contrato se considere extinto apenas por ocasião do término da projeção do aviso prévio.

Na forma como apresentada a redação do § 6º, nada impede que se forme entendimento no sentido de que nos casos de dispensa de cumprimento do aviso prévio, ou de indenização do mesmo, o prazo para pagamento das parcelas rescisórias começaria a correr apenas após o término desta projeção, ocasião em que se aperfeiçoaria o término contratual. Não parece, contudo, que esta era a finalidade do legislador neste particular, carecendo até de sentido que o pagamento das verbas rescisórias fosse diferido em 40 dias ou mais exclusivamente em função da dispensa do cumprimento do aviso prévio. Até porque a hipótese de pagamento indenizado do aviso prévio visa precisamente antecipar o pagamento do valor rescisório correspondente a que teria direito o empregado em caso de dispensa por iniciativa do empregador, sem justa causa, e não o diferir para mais de um mês depois. A melhor interpretação para esse novo dispositivo, consoante magistério de Homero Batista da Silva⁶⁰, é considerar que o prazo de dez dias considera o término da prestação de serviços, seja como aviso prévio indenizado, seja com aviso prévio cumprido pelo trabalhador.

A alteração sepulta, por outro lado, e em favor do trabalhador, celeuma relativa à incidência da multa do art. 477, § 8º nos casos de ausência da entrega dos documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos “órgãos competentes”.

Como o § 8º do art. 477 alude expressamente ao § 6º do mesmo dispositivo, vigorava ainda forte jurisprudência no sentido de que a multa prevista era cabível apenas em atraso no pagamento das parcelas, e não da concessão dos documentos pertinentes à extinção contratual, tais como para habilitação para percepção do seguro-desemprego ou saque do valor depositado a título de FGTS. Como a dispensa sem justa causa tem que ser comunicada e é condição necessária para a obtenção do benefício, então a ausência do fornecimento desta documentação passa a ser hipótese ensejadora da multa prevista no § 8º do art. 477, da CLT.

Todavia, e atenta não apenas a essa questão, como também com vistas a desburocratizar o acesso do trabalhador ao seguro-desemprego e ao FGTS, a Lei 13.467/17 também acrescenta o § 10 do artigo em exame, com a seguinte redação:

§ 10. A anotação da extinção do contrato na Carteira de Trabalho e Previdência Social é documento hábil para requerer o benefício do seguro-desemprego e a movimentação da conta vinculada no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nas hipóteses legais, desde que a comunicação prevista no caput deste artigo tenha sido realizada.

60 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 90.

Doravante, a anotação da rescisão na CTPS do trabalhador basta para que o mesmo possa requerer o benefício do seguro-desemprego e movimentar sua conta vinculada, observadas as exigências legais, e, por conseguinte, sua realização é apta a afastar a mora da entrega das guias específicas, desde que a comunicação da dispensa seja realizada pelo empregador aos órgãos correspondentes. Não sendo fornecidas as guias, ou, na ausência destas, não efetuada a baixa na CTPS com a comunicação da dispensa, atraindo-se a incidência da multa do § 8º.

4. Efeito de adesão a plano de demissão voluntária

Por fim, a Reforma introduz o art. 477-B, que institucionaliza na CLT a possibilidade de adoção de Planos de Demissão Voluntária ou Incentivada:

Art. 477-B Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

Nunca houve vedação à adoção de planos de demissão voluntária e incentivada no Brasil, e eles já vem sendo utilizado de longa data, geralmente associados ao pagamento de indenização adicional aos trabalhadores que aderissem a eles, em troca de outras concessões, geralmente na forma da quitação plena prevista no dispositivo em tela. Evidentemente que em se tratando de um plano de ação a ser instituído necessariamente pela via de contrato coletivo, também por esta via poderão ser pactuados efeitos diversos.

Esta alteração colide frontalmente com o entendimento consubstanciado na orientação Jurisprudencial 270, da SDI-1, do TST⁶¹, que limita os efeitos da adesão ao PDV ou PDI à quitação das parcelas e valores correspondentes, estabelecendo-se um paralelismo, neste aspecto, com a Súmula 330, do TST, embora com redação ainda mais limitada, já que com expressa alusão à limitação por valores. Parte da doutrina trabalhista também acolhia esse entendimento, como ilustram Vilela Vianna e Dallegrave Neto⁶²:

[...] a indenização paga pela empresa em tais programas quita apenas as parcelas constantes do termo de rescisão. Eventual cláusula ou transação

61 OJ 270 da SDI-1, do TST: A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo.

62 DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Rescisão do contrato de trabalho**: doutrina e prática. São Paulo: LTr, 2001, p. 28.

extrajudicial que tencione à ampla quitação do contrato ou mesmo de verbas diversas daquelas consignadas no termo de rescisão será declarada nula (art. 9º da CLT) e conseqüentemente ineficaz.

Embora a alteração colida com o entendimento do TST a respeito do tema, a verdade é que a eficácia liberatória plena prevista em tais hipóteses já vinha sendo acolhida pelo STF, sendo emblemática a esse respeito a ementa da decisão proferida no RE 590415, da lavra do Ministro Roberto Barroso:

DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção nº 98/1949 e na Convenção nº 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”.

Observe-se que na decisão foi firmada tese jurídica de repercussão geral, estabelecendo que a adesão enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, precisamente na forma prevista pela reforma trabalhista e afastando, assim, o entendimento contrário insculpido na Orientação Jurisprudencial da SDI-1, do TST, que cai tanto em face do novo dispositivo inserido na CLT, como também por colidir com a tese de repercussão geral firmada pelo STF a respeito do tema.

2.2 As contribuições ao longo das discussões: os fóruns de debate

*ANA PAULA SEFRIN SALADINI
LUCIANO AUGUSTO DE TOLEDO COELHO
NANCY MAHRA DE MEDEIROS NICOLAS OLIVEIRA
VANESSA KARAM DE CHUEIRI SANCHES*

A proposta do curso:

O curso que abordou as modificações da Reforma na parte de direito material foi bem extenso, com duração de sete semanas. O material de apoio consistia não só em parte escrita, mas também em vídeo-aulas, gravadas pela magistrada Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira.

Para evitar evasão e desânimo, a cada módulo foram propostas diferentes indagações, ligadas ao tema central do módulo, com uma grande variedade de metodologias, conforme orientação dada pela professora Ritze Ferraz, que orientou os conteudistas e tutores ao longo dos dois cursos ministrados.

Abaixo, um resumo do modo como cada módulo foi abordado, com pequenas pílulas do rico conteúdo trazido pelos participantes.

MÓDULO I: Incidência das alterações promovidas pela reforma sobre os contratos em vigor

A proposta de atividade desse primeiro módulo foi que, a partir do estudo do conteúdo e das pesquisas e experiências, o aluno escolhesse uma das perguntas apresentadas pelos conteudistas do curso para responder.

A princípio foram apresentadas duas questões:

Primeira pergunta: Um trabalhador entra com uma ação trabalhista requerendo o pagamento de horas “in itinere” referente a um contrato com duração de 01/02/2016 a 01/03/2018. Qual seria a sua decisão, observadas as considerações efetuadas acerca do direito intertemporal, tendo em vista o que dispõe a Súmula 90 do TST, bem como a nova redação do artigo 58, parágrafo 2º da CLT (Lei 13467/2017). Esse trabalhador faria jus a tais horas? Em caso de resposta negativa, justifique sua conclusão a partir do princípio do direito adquirido.

Uma resposta interessante a essa pergunta foi a seguinte:

E se fosse feita uma aplicação analógica do disposto no artigo 294 da própria CLT (que versa sobre o tempo de deslocamento em atividades de mineração) e também da Lei 8.213/91, que dispõe sobre acidente de trabalho, em especial naquele ocorrido no percurso casa/trabalho? O que vocês acham? Seria uma interpretação de uma regra vigente, sem afrontar o artigo 58, § 2º, com a nova redação?

A resposta dada a essa questão foi a seguinte: *Conforme a página 8 do módulo I, as horas in itinere são devidas até 10 de novembro de 2017 e depois não serão mais devidas por força da Lei 13.467/2017. Trata-se de aplicação imediata da lei nova aos contratos em curso, conforme o art. 912 da CLT. Não há direito adquirido com base na Súmula 90 ou na redação anterior do art. 58, § 2º da CLT, porque não há direito adquirido a estatuto jurídico. Entretanto, se as horas in itinere estiverem previstas em CCT/*

ACT serão devidas pelo prazo de vigência da norma coletiva, eis que o fundamento para o pagamento não é a lei, mas o contrato coletivo. Se o pagamento estiver previsto em cláusula expressa do contrato individual de trabalho é possível especular sobre a ocorrência do ato jurídico perfeito com relação à cláusula contratual que estabelece essa condição de trabalho, a qual prevaleceria em razão da autonomia da vontade. Trata-se, entretanto, de mera hipótese acadêmica, de ocorrência real improvável. Destaco que a comissão de jurisprudência do TST propôs a ultratividade da Súmula 90, considerando que haveria aderência do direito às horas in itinere aos contratos individuais de trabalho. Esse entendimento, contudo, não é coerente com a característica do contrato de trabalho em relação às prestações sucessivas, cuja obrigatoriedade se renova à medida em que o contrato é executado, critério que é utilizado para a definição do prazo prescricional por exemplo. Também não é compatível com a excepcionalidade do pagamento de horas in itinere, circunstância que também se verifica no caso de adicional de insalubridade, por exemplo, que é suprimido quando o agente insalubre é neutralizado. Além disso, a política judiciária desaconselha a ultratividade, porque estimula o desemprego pela substituição de contratos antigos por contratos novos, como o próprio parecer da comissão reconhece na página 9: “não se ignora que semelhante exegese apresenta o efeito perverso de constituir um estímulo a despedida de empregados mais antigos e, portanto, mais onerosos para o empregador.

Segunda pergunta: Uma trabalhadora foi admitida em 02.12.2002 e permanece com o contrato vigente até a presente data. De 20.10.2007 a 21.11.2017 exerceu função gratificada ininterruptamente. Alega que a partir de 22.11.2017 deixou de exercer função de confiança, por ordem do seu empregador, bem como de receber a gratificação correspondente. Considerando as regras e princípios que regulam o direito intertemporal e a nova redação do artigo 468 da CLT, dê a sua opinião a luz do caso concreto apresentado. E se a concretização da condição para implementação da gratificação prevista na Súmula 372 do TST tivesse ocorrido apenas após a vigência da Lei 13.467/2017 (por exemplo, uma empregada que recebeu gratificação de função de 10/05/2008 a 10/05/2018), qual seria o seu entendimento?

Resposta dada por uma magistrada: Considerando que a trabalhadora em questão embora tenha trabalhado por mais de dez anos em função de confiança e percebendo função gratificada, por determinação do empregador reverteu ao cargo efetivo em 22/11/2017, portanto, quando já vigente a Lei 13.467/2017, não faz jus à incorporação da gratificação ao salário. Neste sentido, em conformidade com o projeto de revisão da jurisprudência consolidada do TST: “O novo § 2º do art. 468 da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467, parece-nos aplicável também ao contrato de trabalho em curso em 11/11/2017, no caso do empregado que, então, já implementara 10 anos de exercício de função de confiança, mas ainda não incorporara a gratificação de função porque não houve reversão ao cargo efetivo”. Com efeito, trata-se de norma de direito material e de aplicação imediata, nos termos do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e artigo 912 da CLT. Tratando-se a questão da incorporação da gratificação de matéria sumulada (mas, não de Súmula Vinculante), não há, direito adquirido (ainda que os dez antes tenham sido completados antes de 11/11/2017), trata-se da hipótese de mera expectativa de direito. Assim,

a proposta de alteração da Súmula 372 do TST, para incluir o item III e fazer constar: “Em face do que dispõe o § 2º do art. 468 da CLT, com a redação da Lei nº 13.467/17, a partir de 11 de novembro de 2017, a alteração contratual que implique destituição do empregado do exercício de função de confiança ou de função comissionada, com ou sem justo motivo, não assegura o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.” Situação diversa, no entanto, se o empregado reverteu ao cargo de origem e teve incorporada à gratificação à remuneração. Nesta hipótese, considerando o princípio da irredutibilidade salarial (CF, artigo 7º, inciso VI), não haveria possibilidade de supressão da gratificação sob a alegação de aplicação do disposto pelo § 2º do art. 468 da CLT. Quanto à segunda parte da pergunta, pelos mesmos fundamentos, reputo que igualmente, que a trabalhadora não tem direito à incorporação da gratificação.

Quanto a esse questionamento, a resposta foi no seguinte sentido: *“Penso que se o empregado, na data do início da vigência da Lei 13.467, já exercia o cargo de confiança há mais de dez anos, hipótese em comento, tem direito adquirido à incorporação da gratificação de função, nos termos do entendimento até então pacificado pela Súmula 372 do TST. Trata-se da aplicação dos princípios da segurança jurídica e da estabilidade financeira.*

Reconheço que a matéria é polêmica, uma vez que nunca houve disposição legal expressa a garantir o direito à incorporação da gratificação após dez anos de exercício da função de confiança, mas argumento que as recentes reformas legislativas no sistema processual elegeram, de forma até obsessiva, a necessidade de observância de precedentes e súmulas de tribunais superiores, por exemplo, no art. 489, VI, do CPC, de forma que dúvidas razoáveis não pairavam sobre o direito do empregado à incorporação até a entrada em vigor da Lei 13.467. Subsiste, portanto, aqui, a necessidade de respeito aos princípios já referidos.

Por outro lado, pelos mesmo fundamentos, se as condições para implementação do direito somente ocorrem após 11.11.2017, entendo que o empregado não teria direito à incorporação”.

A argumentação em relação a esse questionamento: *Considerando que normas de direito material tem aplicação imediata conforme art. 912 da CLT, ressalvada a garantia constitucional ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF e art. 6º LICC), e que o direito à incorporação da gratificação de função não estava assegurada por lei, mas sim por um entendimento jurisprudencial consolidado no item I da Súmula 372 do TST, embasado no “princípio da estabilidade financeira” do empregado que tivesse exercido a função gratificada por mais de 10 anos, comungo do entendimento da colega, no sentido de que, em ambas as hipóteses, ou seja, ainda que o trabalhador tenha completado os dez anos antes da vigência da nova lei, não existe direito adquirido a uma interpretação jurídica constante de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais. Oportuno relembrar que a instabilidade vivenciada pelas constantes alterações de entendimentos jurisprudenciais consolidados em Súmulas e OJs sempre causou perplexidade tendo sido firmado, inclusive, o entendimento de que o princípio da irretroatividade das normas não se lhes aplicaria justamente por não deterem o status de lei. Basta*

lembrar o caso da alteração do item III da Súmula 244 do TST, que passou a dispor em 27.09.2012 que “A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”, simplesmente alterando um entendimento jurisprudencial praticamente pacificado diante da anterior redação que assim dispunha (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000): “Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa”. O novo entendimento passou a se aplicar a situações já consolidadas sob a égide do entendimento sumulado anterior sem que tivesse vingado qualquer tese de direito adquirido à redação anterior da súmula. A propósito, não vejo como enquadrar a hipótese de cumprimento de requisitos estabelecidos em entendimentos jurisprudenciais no conceito de direito adquirido tutelado pelo Texto Constitucional.

Depois de responder a uma das perguntas, o estudante deveria apresentar sua própria pergunta aos demais, em uma sequência de perguntas e respostas.

Questões bem interessantes foram levantadas nos debates, seguindo abaixo alguns exemplos:

Um trabalhador que completou de forma descontínua mais de dez anos de recebimento de gratificação pelo exercício de função de confiança, antes da reforma, e teve suprimido o pagamento de tal gratificação após a reforma, possui direito a manutenção da gratificação baseado no princípio da irredutibilidade e da estabilidade econômica?

Há quem defenda que os contratos em curso (iniciados antes da vigência da Lei 13467/2017) serão colhidos pela reforma trabalhista. Como a reforma, no entanto, em diversos pontos, retrocedeu ou mesmo retirou direitos, não haverá casos em que, no final das contas, ocorrerá uma redução na remuneração líquida do empregado? É possível, portanto, defender essa tese, não obstante o princípio constitucional da irredutibilidade salarial? Ou haveria algum outro princípio de maior peso a sustentar a aludida tese?

Mesmo que a implementação da condição para gratificação prevista na Súmula 372 do TST ocorra apenas após a vigência da Lei 13.467/2017”, não teria a consequência de precarizar contratos de trabalho nos quais o empregador prefira demitir o empregado do que correr o risco de reverter-lo ao seu cargo efetivo, suprimir a gratificação de função e eventualmente ser posteriormente condenado ao pagamento da parcela?

No grupo de trabalho coordenado pela magistrada Vanessa Karam de Chueiri Sanches foram apresentadas as seguintes perguntas e respostas de destaque:

Numa ação trabalhista ajuizada em 10.1.2018 a viúva de um trabalhador falecido em 20.11.2017 em decorrência de acidente de trabalho ocorrido por culpa do empregador em 30.10.2017, postula indenização por danos extrapatrimoniais. Nesse caso, a apreciação da questão deve ser norteadada pelos critérios da lei anterior ou da lei nova (arts. 223-A a 223-G da CLT), inclusive no que concerne à titularidade do direito e ao *quantum indenizatório*?

Os contratos a termo em geral não se sujeitam a garantia provisória de emprego porque possuem características especiais que o tornam incompatível com os fenômenos que implicam restrição ao direito patronal de rescindir unilateralmente o contrato de trabalho. Vale dizer, o advento do termo prefixado não decorre da vontade exclusiva do empregador, senão de um pacto anterior e bilateral, no qual trabalhador e empregador concordam em cumprir as obrigações contratuais e legais pelo tempo estipulado. Considerando os termos do art. 10, II, b da ADCT e da Súmula 244, III do TST. É possível dizer, relativamente à aplicação da Súmula 244, III do TST, que houve superação do seu entendimento (art. 489, VI do CPC) pelo disposto no art. 8º, § 3º da CLT?

A lei anterior mantinha amplo conceito de “grupo econômico” e o atual art. 2º, § 2º (alterado pela Lei 13.467/2017) e § 3º (incluído pela Lei 13.467/2017) apresentam novas regras para a configuração do grupo econômico. Qual a validação das novas regras em contratos de trabalho que tenham se iniciado na lei antiga e com término sobre as normas atuais.

Estudamos que a previsão contratual anterior à alteração legislativa de determinado direito o incorpora ao patrimônio jurídico do trabalhador, configurando direito adquirido. Estudamos, ainda, que o Direito comum permanece como fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, considerando a previsão expressa na CLT de contrato ou disposições contratuais tácitas, tanto anterior à reforma (art. 442) quanto posterior (artigos 59, § 6º, e 59-B), o que dizer da legalidade da alteração, nos contratos em curso, de direitos regularmente concedidos antes da reforma, ainda que não positivados em contratos individuais ou normas coletivas? Ainda, sob a perspectiva dos institutos de direito comum da *supressio* e *surrectio*, estes também não se incorporariam ao contrato?

Destaque também para as perguntas elaboradas por magistrados que participaram do grupo coordenado pela juíza Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira:

Primeiro: Um trabalhador admitido em 15/11/2017 que continua com o contrato de trabalho vigente e possui jornada 12x36. O trabalhador sempre cumpriu tal jornada, sem qualquer prorrogação. À época da admissão havia Convenção Coletiva de Trabalho prevendo a possibilidade de contratação de tal jornada de trabalho, entretanto, a vigência da norma coletiva encerrou-se em fevereiro de 2018 quando ainda vigente a Medida Provisória nº 808, de 14/11/2017. Não foi firmada nova Convenção Coletiva de Trabalho em período posterior a fevereiro de 2018. Em conformidade com a Medida Provisória, somente seria possível a pactuação de tal modalidade de jornada por negociação coletiva. Com o encerramento da vigência da Medida Provisória, aplica-se o artigo 59-A da CLT que dispõe sobre a possibilidade de acordo individual quanto à jornada 12x36. Em caso de reclamação trabalhista postulando o pagamento de horas extras excedentes da 8ª hora diária, como ficaria o julgamento? Há possibilidade de sustentar que durante o período em que se encerrou a vigência da Convenção Coletiva de Trabalho, mas vigente a Medida Provisória, não são devidas horas extras?

Segundo: Considerando-se um trabalhador contratado antes da reforma (2015), sem previsão contratual relativa à violação do intervalo intrajornada, sempre recebeu o adicional de horas extras de 1h em função do contido no artigo 71, § 4º, da CLT (sempre usufruiu o intervalo legal de apenas 30min), a ele se aplica (a partir de 11.11.2017) a natureza indenizatória e o pagamento apenas do período suprimido, conforme previsão na nova legislação?

No mesmo módulo, um dos magistrados formulou a seguinte questão: Considerando-se um trabalhador contratado antes da reforma (2015), sem previsão contratual relativa à violação do intervalo intrajornada, sempre recebeu o adicional de horas extras de 1h em função do contido no artigo 71, § 4º, da CLT (sempre usufruiu o intervalo legal de apenas 30min), a ele se aplica (a partir de 11.11.2017) a natureza indenizatória e o pagamento apenas do período suprimido, conforme previsão na nova legislação?

A questão foi respondida por uma magistrada da seguinte maneira: De acordo com a regra geral de direito intertemporal, aplicam-se as normas alteradas pela Reforma imediatamente aos contratos de trabalho em curso, de forma que a partir de 11.11.2017 aos trabalhadores é devido o pagamento apenas pelo período suprimido do intervalo e de natureza indenizatória, conforme nova previsão contida no art. 71, § 4º da CLT. Na verdade, acredito que o pagamento pelo período suprimido e de natureza indenizatória pode até mesmo ser aplicado aos fatos ocorridos antes da alteração legislativa, já que não se tratava de aplicação de lei, mas de entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 437 do TST, que não mais se sustenta. Contudo, no caso específico, acredito que em que pese a ausência de previsão contratual expressa, o pagamento integral das horas de supressão de intervalo intrajornada durante a contratualidade incorpora ao patrimônio do trabalhador, já que pode ser visto como um acordo tácito entre as partes. Assim, e entendido como condição contratual firmada entre as partes, ainda que tacitamente, a esse trabalhador não se aplicaria a nova regra legal, sob pena de ofensa ao direito adquirido.

No grupo coordenado pelo juiz Luciano Augusto Toledo de Coelho, foi feita a seguinte compilação de contribuições de diversos alunos:

Em aplicação do direito de forma intertemporal, cabe ressaltar que uma lei nova tem aplicação imediata, considerando a *vacatio legis*, e irretroativa (*tempus regit actum*). Trata-se de uma aplicação geral quanto às normas de direito, inclusive a CLT já trazia disposição desse sentido (art. 912, CLT), bem assim o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nesse sentido, não haveria discussão quanto a aplicação da Lei 13.467/2017 para contratos iniciados e finalizados após sua vigência, bem como para aqueles iniciados antes de sua vigência e finalizados após.

Ainda:

No que tange a aplicação das mudanças trazidas pela Lei 13.467/2017 nos contratos iniciados antes de sua vigência e que permaneceram em vigor, observe-se que no texto revogado o trabalho em tempo parcial era limitado a 25 horas semanais e que o § 4º do art. 58-A prevê que: “Na hipótese de o contrato de trabalho em regime de tempo parcial

ser estabelecido em número inferior a vinte e seis horas semanais, as horas suplementares a este quantitativo serão consideradas horas extras para fins do pagamento estipulado no § 3º, estando também limitadas a seis horas suplementares semanais”. Desta forma, as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista são perfeitamente aplicáveis aos contratos de trabalho já em curso e que permaneceram ativos após a vigência da Lei 13.467/2017.

Sob a perspectiva do direito intertemporal, é certo que a lei nova tem aplicação imediata, resguardado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, consoante dispõe o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto 4.657/1942) e o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Outrossim, não se aplica às relações jurídicas já consolidadas antes de sua vigência (tempus regit actum). Em que pese a regra geral de aplicação imediata prevista no artigo 6º do Decreto-Lei nº 4.567/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010), as normas de natureza material e de natureza híbrida (material/processual) devem respeitar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV), de modo a não surpreender os litigantes e garantir a segurança jurídica, sobretudo diante da impossibilidade de se exigir o cumprimento de requisitos até então inexistentes no ordenamento jurídico, como atribuição de valores aos pedidos formulados na inicial (artigo 840 § 1º da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017).

Em respeito ao art. 5º, XXXVI, da CF/88, art. 912 da CLT e art. 6º da LINDB, as alterações legislativas promovidas pela Lei nº 13.467/2017, apesar de terem aplicação aos contratos de trabalho ainda ativos por ocasião da sua entrada em vigor, não poderão afetar fatos até então consumados sob égide da lei anterior, nem direitos adquiridos e a coisa julgada. Sabendo que a lei não pode ter efeito retroativo e tendo como critério para incidência do instituto a data de ajuizamento da ação (o texto da lei diz “ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato”), salvo eventual erro de raciocínio, se a execução já estava em trâmite significa que a ação foi ajuizada antes da vigência da Lei 13.467/17. Logo, a regra não pode retroagir para alcançar situações pretéritas. Penso que se o contrato de trabalho encontra-se em vigor na vigência da Lei 13.467/2017 deve ser aplicada a regra do artigo 457, § 2º, da CLT, que alterou a natureza jurídica das gratificações, abonos e prêmios, pois a irredutibilidade salarial não alcança parcelas acessórias ao salário, como é o caso do adicional noturno e do adicional de insalubridade, ilustrativamente. Obviamente que a alteração legislativa não alcançaria gratificações, abonos ou prêmios com natureza salarial previstas em regulamento da empresa ou em instrumento coletivo de trabalho, por estarem amparadas em fontes próprias.

MÓDULO II: Autonomia de trabalho e novas regras contratuais

Nesse módulo se trabalhou com a apresentação de Problemas & Intervenções, em uma corrente sequencial. O primeiro problema posto foi o seguinte: *Em um caso concreto, presentes os requisitos da relação de emprego, mas diante de uma contratação formal de “prestador de serviços autônomo”, que tem formação superior e recebe R\$ 20.000,00 por mês, o dispositivo do art. 442-B, acrescido pela reforma, impede a declaração do vínculo de emprego? Quais princípios de direito do trabalho seriam aplicáveis ao caso para a superação da literalidade da norma?*

O primeiro aluno que respondesse ao problema deveria, por sua vez, criar um novo problema a ser respondido pelo próximo aluno, e assim sucessivamente.

Um detalhe: o problema e a solução deveriam observar uma regra básica: não poderiam ter mais de cinco linhas cada um. O aluno até poderia citar uma referência externa (como um link) para fundamentar sua resposta ou questão, mas a ideia era exercitar a capacidade de análise e síntese!

A resposta à pergunta inicial foi a seguinte:

Não há impedimento para se reconhecer o vínculo de emprego, pois presentes os requisitos da relação de emprego prevalece o princípio da primazia da realidade. Nesse sentido, o contrato de autônomo é nulo, pois são nulos os atos praticados com intuito de fraude (art. 9º da CLT). O fato do trabalhador ter formação superior e remuneração acima de R\$ 11.062,62 apenas permite a livre estipulação contratual quanto às matérias referidas no art. 611-A da CLT, conforme previsão do parágrafo único do art. 444 da CLT.

Algumas questões interessantes que foram apresentadas na sequência:

Com fulcro na primazia da realidade, é possível se reconhecer a autonomia de um representante comercial, sem que se tenha observado as formalidades da Lei 4.886?

É possível, a partir da introdução do parágrafo único do artigo 444 da CLT, que na contratação de um trabalhador com curso superior e salário base de R\$ 20.000,00 acordem as partes a sua não submissão ao que for acordado em norma coletiva, inclusive em relação à eventual reajuste salarial?

Pode o contrato de trabalho de um empregado que preencha os requisitos do art. 444, parágrafo único, da CLT, que trabalhe em condições de insalubridade em grau máximo, prever o pagamento do respectivo adicional em percentual menor do que o previsto no art. 192 da CLT? E a norma coletiva, também pode estabelecer previsão semelhante?

Uma cláusula negociada prevê a redução do intervalo intrajornada para 30 minutos. Essa norma será válida para o empregado que precisar andar 15 minutos do seu posto de serviço até o local de refeição e vice-versa?

No grupo dos magistrados, coordenado pela juíza Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira, ressaltam-se as seguintes perguntas e respectivas respostas:

Pergunta elaborada por uma magistrada: *Baseando-se no fato do empregado X receber salário base de R\$12.000,00 e ter formação em nível superior, a empresa não concedeu ao mesmo, na data-base, o reajuste previsto na CCT e propôs ao mesmo uma redução salarial em razão de problemas financeiros. Com o aceite de X foi celebrado um aditivo contratual com uma redução de 10% em seu salário base. Pode ele agora exigir a aplicação imediata dos reajustes previstos nas normas coletivas da categoria?*

Resposta dada por outra juíza: *Considerando que a Lei 13.467/2017 não revogou o artigo nono da CLT, poderá o empregado X exigir judicialmente os reajustes previstos nas normas coletivas da sua categoria. Todavia, para tanto, deverá provar eventual limitação no exercício da sua manifestação de livre vontade ou mesmo vício em na pactuação do aditivo contratual.*

Pergunta efetuada por um dos alunos-magistrados: *No caso de um trabalhador que perceba remuneração superior a 2TBPS seria lícita a pactuação de pagamento de gratificação de função equivalente a 40% do salário e designação de que o trabalhador exerce função de confiança, estando isento de controle de jornada?*

Resposta apresentada por uma das colegas: *“No caso de um trabalhador que perceba remuneração superior a 2TBPS seria lícita a pactuação de pagamento de gratificação de função equivalente a 40% do salário e designação de que o trabalhador exerce função de confiança, estando isento de controle de jornada?”*

Entendo ser lícita essa pactuação, inclusive com isenção de pagamento de horas extras, tendo em vista o contido no artigo 444. Sendo que o parágrafo único do artigo, que prevê essa pactuação para os trabalhadores com remuneração superior a 2 TBPS, não limita essa negociação às hipóteses previstas no artigo 611-A, mas sim informa que se aplica também a essas hipóteses.

No grupo coordenado pela magistrada Vanessa, ela deu destaque à seguinte pergunta: *Como se daria a aplicação das teorias da subordinação estrutural ou reticular para aferição de vínculo empregatício com empregado contratado como autônomo?*

Já no grupo de discussão coordenado pelo juiz Luciano Augusto Toledo de Coelho, foi feita a seguinte compilação de contribuições de diversos alunos:

Muito embora o art. 442-B da CLT trate do não reconhecimento de vínculo de emprego para trabalhadores autônomos, há que se analisar o caso concreto para verificação da presença ou não dos requisitos caracterizadores da relação de emprego em conformidade com o art. 3º da CLT, que não foi objeto de alteração pela Lei 13.467/2017. O caso proposto informa a presença dos requisitos da relação de emprego, de modo que a mera previsão contratual de “prestação de serviços autônomos” e a disposição legal supramencionada não são suficientes para afastar a aplicação dos princípios que regem o Direito do Trabalho, sobretudo o princípio da primazia da realidade. Incide no caso em tela o chamado princípio do “contrato realidade”, devendo ser verificadas pelo magistrado as circunstâncias fáticas que se extraem da relação jurídica havida, de modo a haver o enquadramento como contrato de emprego, nos moldes estabelecidos no art. 3º da CLT. Ainda que se admita a pactuação individual entre empregador e empregado “hipersuficiente”, as regras imperativas e direitos irrenunciáveis não podem ser objeto de acordo pelas partes, como o caso do direito ao reconhecimento de vínculo de emprego (CLT, art. 29 e seguintes e CF, art. 7º).

O art. 442-B da CLT refere-se apenas a uma contratação regular de autônomo, assim como o faz o art. 442, parágrafo único, quanto aos associados de cooperativa e os tomadores desta. O grande diferencial entre a relação de emprego e a relação de trabalho autônoma é a subordinação jurídica. O mero fato de uma pessoa trabalhar de forma contínua e mesmo com exclusividade, portanto, não é suficiente para que se reconheça a existência de um vínculo de emprego, pois são fatores passíveis de serem verificados em ambas as relações de trabalho. A verificação da existência de subordinação jurídica, no entanto, muito dificilmente será feita com base no que está redigido num documento, até porque ela se materializa na forma como o trabalho é executado. O que deve ser analisado para a verificação da existência de um verdadeiro contrato de prestação de serviços autônomos, portanto, é a realidade, o que efetivamente se verifica no mundo dos fatos (princípio da primazia da realidade). Na hipótese de fraude à legislação do trabalho, trabalhando o autônomo como verdadeiro empregado, há de ser aplicado o art. 9º da CLT e ser reconhecida a existência de vínculo de emprego.

Diante do fato de que a norma fixou um patamar de remuneração bastante considerável, isso se comparado aos valores médios de remuneração no Brasil, entendendo não ser cabível o reconhecimento do vínculo de emprego, pois os valores citados atendem aos princípios constitucionais de garantia da dignidade da pessoa humana. Há que se fazer uma análise teleológica do artigo 444, § único da CLT e abstrair do instituto o espírito da norma. O artigo 444, § único da CLT tem abrangência geral e não estabelece área de atuação profissional para o enquadramento. Sendo assim, pode-se desprender do instituto que atendidas as características de qualificação do trabalhador e patamar salarial (duas

vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social), não se pode considerar o trabalhador hipossuficiente na relação, não podendo ser alegada a abusividade nem a fraude do contrato de representação.

O art. 3º da CLT não foi alterado pela Lei nº 13.467/2017 e assim, se um trabalhador presta seus serviços com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação, a relação é de emprego, ainda que tenha sido formalizada a contratação como trabalhador autônomo. O mero atendimento das formalidades legais para a contratação como autônomo não afasta a qualidade de empregado porque o que vale é o contrato realidade. Nem a remuneração acima do padrão estabelecido pelo parágrafo único do art. 444 da CLT obsta o reconhecimento do vínculo de emprego, à medida que a liberdade de negociação individual restringe-se às hipóteses do art. 611-A da CLT, entre as quais, não foi incluída a disposição pelo trabalhador de sua condição de empregado e por consequência, a renúncia por inteiro de todos seus direitos trabalhistas. Ainda, é de especial relevância observar que o art. 9º da CLT também não foi alterado pela Lei nº 13.467/2017 e por isso, a contratação fraudulenta de um empregado sob a roupagem de um prestador de serviços autônomo, não terá eficácia para fins de impedir a aplicação do direito do trabalho. É aplicado, nesse contexto, o princípio da primazia da realidade sobre a forma.

MÓDULO III: Negociação coletiva e liberdade negocial

Nesse módulo se trabalhou com uma atividade de pesquisa: o aluno deveria fazer uma pesquisa a respeito do tema apresentado, partindo do seguinte pressuposto:

A jurisprudência do STF, ao definir que os tratados de direitos humanos que não cumpram o procedimento do art. 5º, § 3º da Constituição têm estatura supralegal, abriu o espaço para o controle de convencionalidade das leis. A OIT, em duas manifestações recentes, mostrou-se preocupada com o fato de que a Reforma Trabalhista não teria cumprido o disposto nas Convenções 144 e 154 relativas às consultas tripartites prévias necessárias à validade do processo legislativo. Também emitiu manifestação exortando o Brasil a rever pontos da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) que tratam da prevalência de negociações coletivas sobre a lei. No relatório do Comitê de Peritos da OIT, publicado em 07/02/2018 o organismo internacional pede que o governo torne a legislação compatível à Convenção nº 98, norma ratificada pelo Brasil que trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva e que estaria sendo violado pelo fato de permitir-se nos arts. 611-A e 611-B negociação coletiva abaixo dos patamares legais e, bem assim, no art. 444, parágrafo único, ao permitir que o chamado hipersuficiente negocie abaixo dos patamares de convenção coletiva.

Foram indicados dois links de referência para início de pesquisa, além do texto da OIT: uma notícia no site do Ministério Público do Trabalho, referindo-se a um

pedido da OIT para que o Brasil revisasse alguns pontos da reforma trabalhista⁶³ e outro que dava acesso a um texto em formato PDF produzido pela OIT (*Application of International Labour Standards 2018*)⁶⁴.

Na sequência da pesquisa o aluno deveria escrever uma síntese de seus resultados em um texto de até 8 linhas, e poderia também trazer o resultado da pesquisa em arquivo anexo ou citar o link.

O mais difícil foi cumprir o desafio de explicar em oito linhas. A seguir, algumas respostas de quem (quase) conseguiu o intento:

Primeiro: *Para o STF, assim também para o professor Valério Mazzuoli, o controle de convencionalidade em face de tratados de direitos humanos não internalizados sob o rito de emenda à Constituição somente pode se dar mediante controle difuso. Dessa forma, acredito que o magistrado possa fazer uma “declaração incidental de inconveniência” baseando-se nos diversos tratados internacionais afrontados pela novel legislação trabalhista, já que não se pode atacar pela via abstrata em face do parâmetro convencional (pois as normas internalizadas pela via ordinária teriam apenas natureza material constitucional). Nesse caso, acredito que na possibilidade e na necessidade de “atacar”, pontualmente, os artigos da Lei 13.467 entendidos como inconvenientes*⁶⁵.

Segundo: *A fim de trazer mais luz para o debate acerca do Controle de Convencionalidade, transcrevo a seguir interessante trecho da conclusão do artigo “OS JUÍZES BRASILEIROS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE AMBIENTAL”, do juiz de direito “Lídio Modesto da Silva Filho”, publicado em setembro de 2014 na Revista da AJURIS: “... o Brasil vem exercendo o controle de convencionalidade, ainda que timidamente, mas por parte apenas de uns poucos Magistrados, sem que houvesse orientação neste sentido ou que fosse o tema expressamente tratado. É claro que ainda é um desafio os juízes brasileiros aplicarem o conteúdo dos tratados internacionais em suas atuações, embora deveriam também fazer uso deles como ferramentas de interpretação do direito interno. O CNJ deveria implementar uma proposta de diretriz de lege lata e recomendar aos Magistrados e tribunais brasileiros que realizem o controle judicial da convencionalidade em suas atuações, proporcionando uma harmonização do ordenamento doméstico com os mecanismos internacionais de proteção do meio ambiente, que já estão integrados ao sistema jurídico pátrio [sem grifo no original]. Inúmeros são os desafios para que se efetive este novo formato de atuação, embora uma nova perspectiva possa surgir, caso o CNJ implemente essa diretriz e influencie positivamente a magistratura brasileira, porquanto lhes iria permitir formular a interpretação do dispositivo que mais se ajuste às*

63 Endereço eletrônico: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/4c15af61-9744-4d5c-b4e8-bf59b06f22c8

64 Endereço eletrônico: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_617065.pdf

65 A aluna citou os seguintes links de pesquisa: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades> e <https://www.conjur.com.br/2017-mai-14/entrevista-valerio-mazzuoli-especialista-direito-internacional>.

questões ambientais, contribuindo para maior homogeneidade de sua aplicação, além de salvaguardar a posição do País frente às suas obrigações internacionais”.

Terceiro: *Ao pesquisar sobre o tema encontrei um artigo escrito por Ingo Sarlet: “controle de convencionalidade dos tratados internacionais”⁶⁶. Em suma, para o professor, independentemente da hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (convenções) operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são, ou não, hierarquicamente inferiores. Ele critica a posição do STF quanto à distinção dos tratados aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, CF dos demais tratados aprovados por maioria simples, além de não entender correto distinguir, para efeito de controle de *convencionalidade*, apenas uma parte dos tratados de direitos humanos. Ao final, aponta que o controle de *convencionalidade* não é exclusivo ao Poder Judiciário, cabendo semelhante atenção do Poder Legislativo e Executivo. Por fim faço a seguinte consideração: a importância das normas internacionais de direito do trabalho e sua internalização fica mais evidente diante do atual cenário vivenciado após a globalização e consequente descentralização produtiva das empresas, na medida em que atividades das grandes multinacionais são transferidas para países que possuem mão-de-obra barata e condições desumanas de trabalho. Há, deste modo, transferência da atividade produtiva para além da fronteira de determinadas empresas. Assim as normas internacionais seriam uma forma de homogeneizar os direitos trabalhistas dentro dessas redes globais, de modo que o controle de *convencionalidade* representa importante mecanismo para aplicação de tais patamares.*

No grupo coordenado pela juíza Nancy destacam-se as seguintes contribuições:

Primeiro Magistrado: *O controle de convencionalidade foi reconhecido pelo STF no julgamento de RE e HC que tratavam da prisão civil de depositário infiel, ao final considerada ilícita por insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas por sua interpretação à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos. Na síntese de Luiz Flavio Gomes, as normas convencionais possuem nível supralegal e servem de paradigma apenas para o controle difuso de convencionalidade, enquanto os tratados aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, p. 3º, da CF ostentam nível constitucional e servem de paradigma ao controle de constitucionalidade concentrado (perante o STF) ou difuso (perante qualquer juiz, incluindo-se os do STF). Portanto, as normas da OIT podem servir ao controle difuso de convencionalidade das normas da Reforma Trabalhista.*

Segunda Magistrada: *Em que pese a Convenção nº 98 da OIT, elevada à categoria de direitos humanos fundamentais pela OIT, e assim possuir nível supralegal, prevalecendo sobre dispositivos de lei ordinária, não verifico, em controle de convencionalidade, qualquer ofensa ao direito de sindicalização e de negociação coletiva nos dispositivos da Reforma Trabalhista que tratam especificamente da prevalência do negociado sobre legislado, assim como à Convenção 154, que versa sobre o incentivo à*

66 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-10direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>.

negociação coletiva. Já a Convenção 144 relativa às consultas tripartites prévias necessárias à validade do processo legislativo sequer vale como paradigma para controle de convencionalidade, já que não versa sobre direitos humanos, e, portanto, não possui valor supralegal.

Terceiro Magistrado: *A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu art. 23, elenca o direito a condições justas e favoráveis de trabalho como direito humano, de modo que as convenções da OIT são tratados de direitos humanos. Logo, servem como paradigma de controle de convencionalidade. Entendo que esse não é o caso, porém, da Convenção 144, visto que ela cuida de um aspecto formal – consultas tripartites para aplicação das normas internacionais do trabalho – e não de direitos humanos. Portanto, não serve como critério de controle de convencionalidade da Lei 13.467/17. Por outro lado, a meu ver, não há conflito com as Convenções 98 e 154, porque, do ponto de vista geral e abstrato, o direito de negociação coletiva do empregado – ainda que hipersuficiente – não é automaticamente afastado pela nova regra do art. 444 da CLT.*

O destaque no grupo coordenado pela juíza Vanessa foi a explanação de um servidor que, ao analisar se o parágrafo único do artigo 444 da CLT (introduzido pela Lei 13.467/2017) estaria em conformidade com a aplicação e eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, e se seria possível defender que o conceito de ‘trabalhador hipersuficiente’, somado ao princípio constitucional da autonomia da vontade, legítima a sua negociação direta com o empregador, mesmo naquilo que viola direitos fundamentais, como por exemplo, enquadramento do grau de insalubridade (artigo 611-A, inciso XII):

A simples percepção de salário mensal igual ou superior ao parâmetro do artigo 444, parágrafo único, da CLT não reflete igualdade substancial (legitimadora da autonomia privada) entre as partes do contrato de emprego, de onde não justificaria o retorno ao contratualismo clássico, como aparentemente pretendido, neste aspecto, com a Reforma Trabalhista. Ainda que não fosse assim, o que se admite apenas para argumentar, permanecería inviável, sob o prisma constitucional, permitir que empregador e empregado hipersuficiente disponham, válida e indiscriminadamente, sobre todo e qualquer matéria constante do art. 611-A da CLT. Afinal, se essa manifestação de vontade tem, segundo nova lei, “a mesma eficácia legal”, ou seja, a mesma eficácia da lei, também deve, como a lei, ter sua validade condicionada à observância da Constituição.

*Pensemos, por exemplo, no médico que trabalha como empregado em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas. Se, de acordo com o Anexo XIV da NR 15, seu trabalho é insalubre em grau máximo, não é o fato de receber salário mensal igual ou superior a duas vezes o teto do RGPS que lhe permitirá ajustar com seu empregador insalubridade em grau médio ou mínimo. Isso porque “o trabalho em lugar insalubre não é juridicamente relevante só enquanto um adicional legal de 40%, 20% ou 10% sobre o salário mínimo, mas especialmente como um possível e eventual dano à saúde – direito fundamental” (COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa de direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre:*

Livraria do Advogado, 2003, p. 180). Ora, tratando-se a saúde de direito fundamental e, por conseguinte, indisponível, “a possibilidade de negociação, neste campo, deve ser extirpada, e a vontade reconhecida como inexistente. A manutenção da visão de contratualidade explicitada pela autonomia da vontade serve para esvaziar a teoria dos direitos fundamentais” (idem, ibidem).

MÓDULO IV: Jornada de trabalho

A dinâmica do módulo IV partiu da seguinte pergunta:

Você entende que o parágrafo 6º do artigo 59 da CLT (introduzido pela lei 134567/2017) ao dispor que “é lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês”, estendeu à hipótese de compensação tácita também a modalidade de compensação através de banco de horas?

Para esta pergunta o aluno deveria dar uma das seguintes respostas: SIM, NÃO ou NÃO ME POSICIONEI SOBRE O TEMA.

Caso a resposta fosse positiva, o aluno deveria explicar de que forma, na prática, seria viabilizada essa modalidade de compensação, a fim de preservar a segurança jurídica do empregado, de modo que este não fosse surpreendido mensalmente com eventuais descontos de bancos de horas negativo, cujos parâmetros não foram formalmente fixados.

Caso a resposta fosse negativa, deveria dizer como justificar a impossibilidade de celebração de acordo tácito de banco de horas, se a única limitação imposta pelo parágrafo 6º está baseada no aspecto temporal.

Na hipótese de a resposta for *ainda não me posicionei*, o aluno deveria apontar qual o principal empecilho para a sua tomada de posição.

No final, as respostas tabuladas no grupo B (tutora Ana Paula) foram as seguintes:

SIM	NÃO	NÃO ME POSICIONEI
9	16	2

A ideia era a seguinte: qualquer que fosse a resposta, se abriria a partir daí outras possibilidades de debates a partir do tema questionado. Não se buscou trabalhar com “certo e errado”, mas sim fazer uma pesquisa sobre os posicionamentos e seus fundamentos. Ainda, quem quisesse trazer suas indagações a respeito dos assuntos tratados no módulo também poderia fazer isso, observada a dinâmica proposta.

Foi um módulo que gerou muitos debates, tanto em razão da temática quanto da metodologia adotada.

No grupo coordenado pela juíza Nancy, um dos magistrados que respondeu “não” à primeira pergunta argumentou que *o comando normativo que emerge do parágrafo 6º do artigo 59 da CLT não tem como destinatário o banco de horas. De fato, este instituto está indicado nos parágrafos 2º e 5º do art. 59 da CLT, residindo ali seus critérios, diretrizes, limites e alcance. Assim: a) para bancos de horas de mais de seis meses até 12 meses a regência legal é o parágrafo 2º e exige norma coletiva; b) para bancos de horas de até seis meses a matéria está regulada pelo parágrafo 5º e pode ser feita por ajuste individual. Consequentemente banco de horas de um mês também está inserido nesse parágrafo; c) para compensação semanal o intérprete deve utilizar o parágrafo 6º, admitindo-se o acordo tácito.*

Uma das juízas participantes lançou interessante questionamento: **É possível sustentar que o empregado, após finalizada sua jornada de trabalho, e enquanto aguarda o encerramento de todos os turnos de trabalho da empresa (que variam de dez em dez minutos) para que seja transportado por meio de locomoção fornecido pela ré (não havendo outra forma de deslocamento até mesmo por se tratar de local de difícil acesso), esteja à disposição de sua empregadora, mesmo após a nova redação atribuída ao artigo 4º da CLT?**

O questionamento foi respondido por outro colega nos seguintes termos: *NÃO, o empregado não está à disposição do empregador no intervalo entre o término da jornada de trabalho efetiva e o embarque no meio de locomoção fornecido pelo empregador. Conforme o art. 58, § 2º da CLT, o tempo despendido desde a residência do empregado até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador. O art. 58, § 2º combinado com o art. 4º, § 2º define o tempo à disposição do empregador como aquele de efetiva prestação de serviço, excluindo o deslocamento entre a portaria e o posto de trabalho e também a certas atividades como a preparação para o trabalho quando não é realizada no próprio local de trabalho. Portanto, é possível especular que nem todo o tempo registrado em cartão-ponto será tempo à disposição do empregador. Por exemplo, quando o registro de entrada é feito na portaria da empresa e o empregado se dirige ao vestiário para trocar de roupa, depois vai ao refeitório para tomar café, em seguida vai ao almoxarifado para*

apanhar a ferramenta, depois participa de uma reunião motivacional e só então inicia a operação da máquina. A jornada efetiva só começará quando o operador liga a máquina.

Um dos juízes respondeu da seguinte maneira à mesma indagação: *Não, por expressa disposição legal. Nesse tempo de espera do transporte o trabalhador não está aguardando ou executando ordens, não está trabalhando, conforme art. 4º. O fato de ser o local de difícil acesso e não haver outra forma de deslocamento não o transforma em tempo à disposição. Entendimento contrário levaria à interpretação de que também o deslocamento teria tal natureza, em desacordo com a inovação legal (art. 58, § 2º).*

O destaque no grupo coordenado pela juíza Vanessa foi a justificativa de resposta da opção pelo NÃO, por um aluno-servidor: *Entendo que o texto do “caput” do art. 60 da CLT contempla uma regra (que proíbe prorrogação de jornada em atividade insalubre) e uma exceção (que permite prorrogação de jornada em atividade insalubre quando autorizada pela autoridade competente). Sob este prisma, a meu ver o art. 611-A da CLT apenas criou uma nova exceção, que permitiria prorrogação de jornada em atividade insalubre quando autorizada em contrato coletivo. Seria como dizer que, nas atividades insalubres, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas individualmente se autorizadas pela autoridade competente ou por contrato coletivo. Segundo Maria Helena Diniz, “só haverá antinomia real se, após a interpretação adequada das duas normas, a incompatibilidade entre elas perdurar” (In **Conflito de normas**. São Paulo: Saraiva. 1987, p. 23-4). Assim, concluo que não há antinomia, pois a interpretação acima proposta, que pressuponho adequada, mantém a compatibilidade entre os dispositivos legais em comento. Não estou, com isso, querendo dizer que o inciso XIII do art. 611-A da CLT me parece compatível com a Constituição e com os princípios de Direito do Trabalho. Estou dizendo apenas que esse dispositivo legal me parece compatível com o art. 60.*

MÓDULO V: Danos extrapatrimoniais

A atividade nesse módulo foi gráfica e lúdica, consistente em simulação de um ambiente de Instagram. A proposta foi que cada participante ilustrasse o módulo e os impactos sentidos após a leitura do texto através de uma postagem gráfica: poderia ser foto uma foto, um pequeno vídeo, imagens extraídas da internet, desenhos (inclusive de autoria do próprio aluno), enfim, o que o aluno considerasse o melhor meio de demonstrar graficamente sua análise.

Os alunos apresentaram muita coisa interessante, em especial charges retiradas da rede mundial de computadores.

O número de intervenções foi livre, exigindo-se apenas que estivesse dentro do tema, o que possibilitou um universo de intervenções, considerando a temática abordada (dano moral). A postagem deveria ser autoexplicativa, dispensando textos, mas os colegas eram livres para comentar as postagens.

No grupo de magistrados foram apresentadas charges, desenhos, fotos e vídeos sobre assédio moral, revista íntima, acidente de trabalho, assédio sexual, discriminação salarial por sexo, discriminação racial e trabalho infantil.

Em se tratando de um curso longo (sete semanas de atividades), a ideia foi também dar uma folga nos textos escritos, para tornar mais leve a convivência.

MÓDULO VI: Remuneração

Prosseguindo na ideia de que cada módulo tivesse uma dinâmica diferente, os tutores apresentaram a seguinte proposição:

O art. 7, a, do Protocolo de S. Salvador assegura o direito a trabalho igual por salário igual e, no item “c”, o direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço;

Já o PIDESEC, art. 7º, a, impõe “remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção”, garantindo no item “c” igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;

Ocorre que os §§ 2º e 3º do art. 461 na redação da Lei 13.467/2017 afastam o direito à equiparação mediante norma interna que preveja plano de salários com promoções feitas apenas por merecimento ou apenas por antiguidade. Parece ser clara a inconvencionalidade, a invalidar a nova norma.

A partir dos textos iniciais e das pesquisas que fizesse, o próximo participante deveria apresentar um contraponto à proposição inicial, em até 8 linhas, apresentando um novo aspecto da questão ou se contraponto à proposição feita; poderia também optar por abrir um novo ponto/proposição, em até 8 linhas. Os seguintes poderiam tanto fazer um novo contraponto nos pontos já abertos, prosseguindo e aprofundando a discussão ou abrir um novo ponto.

O objetivo era que com a dinâmica se discutisse fundamentadamente diversos aspectos controversos e incertezas do conteúdo do módulo, desenvolvendo um ambiente de aprendizagem colaborativa.

Uma servidora respondeu:

Um contraponto: os artigos e, principalmente os itens citados (“c”), das normas internacionais, por tratarem exclusivamente do direito à promoção na carreira, não impõe óbice à aplicação dos §§ 2º e 3º do artigo 461 da CLT, com sua nova redação. Exigem a presença cumulativa dos requisitos de merecimento e antiguidade apenas para a promoção, e não para a equiparação salarial.

Um outro ponto: para que se admita a existência de plano de cargos e salários, estabelecido por norma interna da empresa, apto a afastar o direito à equiparação salarial, seria razoável exigir prova, pela ré, de que os empregados tinham plena ciência de todos os requisitos para a ascensão, em homenagem ao direito à informação nas relações de trabalho, consectário da boa-fé objetiva?

Outra servidora apresentou a seguinte resposta:

Ponto: Os prêmios, considerados como liberalidades do empregador como contraprestação pelo desempenho do empregado além do esperado, não integram a remuneração, podem ser suprimidos a qualquer tempo e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário, de acordo com o artigo 457, § 2º, da CLT.

Contraponto: Caso o “prêmio” seja contratualmente acordado, fica descaracterizada a sua natureza de prêmio e deve prevalecer o entendimento de que a parcela faz parte da remuneração e não pode ser suprimida.

Já uma terceira disse o seguinte:

Contraponto: assim como destacado na reportagem da Folha de São Paulo indicada pela Professora Ana, a nova redação do art. 457 da CLT (sem se considerar a breve alteração promovida pela Medida Provisória, natimorta) abre a hipótese de pagamento de prêmios, habituais, sem sequer integrar o salário de contribuição. Essa alteração parece “cobertor pequeno”: ou descobre os pés ou descobre os ombros; incentiva os empresários ao pagamento de prêmios pela ausência de recolhimentos, porém promove a redução de recolhimentos previdenciários. Tanto assim que a reportagem destaca que diversas empresas já têm em mente elaborar planos de pagamento de prêmios e não mais de bônus para que não precisem recolher os encargos necessários.

Ponto: o pagamento de premiação poderá ser feito pelo empregador e caso no futuro ele pretenda suspender e cancelar o pagamento da premiação, tais situações poderão ocorrer sem o risco de quando for retirado/cancelado vir a ser considerado como parcela irredutível e direito adquirido do empregado.

O debate prosseguiu entre os alunos e foi muito interessante e construtivo.

No grupo coordenado pela juíza Nancy, alguns dos pontos e contrapontos apresentados pelos participantes:

Concordo que, na forma do art. 461, § 4º, prêmios, ainda que habituais, não integram a remuneração e podem ser suprimidos. A habitualidade como critério de integração à remuneração e impossibilidade de supressão decorreu de interpretação jurisprudencial e doutrinária. O raciocínio básico era de que a habitualidade na concessão do prêmio estabeleceria a presunção de que o patrão contraiu a obrigação de continuar efetuando o pagamento, desde que configuradas as condições a que costuma/costumava subordinar o pagamento do prêmio. Afastada tal presunção por expressa disposição do legislador, in-

viável a persistência da interpretação no sentido de que a habitualidade confira por si só o direito à integração. Diversamente, a meu ver, se pode entender se constatada alguma fraude (art. 9º, da CLT), caso em que a integração é plenamente defensável, mesmo com a nova redação do artigo 461 da CLT.

Em relação à equiparação salarial, o "caput" do art. 461 da CLT menciona a prestação do serviço no mesmo estabelecimento comercial. Não vejo como utilizar esse parâmetro de vinculação (entendido como "unidade autônoma") para o fim de promover a equiparação de vendedores externos, atuantes em zonas com características totalmente distintas, com demandas distintas e clientela distinta. A meu ver, não podemos interpretar o dispositivo celetista apartado do norte conferido pela Constituição, pois, na verdade, o art. 461 da CLT apenas serve ao propósito de dar aplicabilidade ao princípio constitucional da isonomia e coibir a discriminação. E é sob essa perspectiva que a equiparação de vendedor externo deve ser analisada.

Com relação aos prêmios (art. 457 § 2º da CLT) penso que o pagamento habitual o torna com características mais semelhantes a salário produção. De qualquer forma, a redação é clara, se comprovado que o pagamento se dava em razão "de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades", mesmo que habitual (e aí, que enfatizo a maior dificuldade em tal prova), não terá natureza salarial. Com relação a expressão mesmo estabelecimento comercial e o trabalhador externo, entendo, como os demais colegas, que dependerá exclusivamente da prova. Porque a diversidade do local, muitas vezes, já evidencia a distinção do serviço prestado, o que afasta a equiparação.

Como já dito e redito, no direito pátrio há elementos suficientes para repelir desigualdades. Mas talvez faça um contraponto (final) às argumentações expostas: o princípio da igualdade visa justamente tratar de modo desigual os desiguais, e o que a lei buscou foi isso. Se lida dessa forma, não há inconstitucionalidade. Assim, as questões relativas ao mesmo estabelecimento etc. faz, sentido, sim. E também não vejo inconstitucionalidade nas promoções quando feitas por critério só de mérito ou só de antiguidade. Ninguém tem direito propriamente a ser promovido, mas sim a não ser discriminado. Se o empregador lança mão de um critério ele não pode é criar distinções injustificadas a partir do seu próprio eixo, isso é, no próprio critério em si considerado.

MÓDULO VII: Rescisão Contratual

A atividade para encerrar o curso foi também diferente e interativa. Os alunos foram orientados que fizessem uma entrevista com um profissional, ou criassem uma entrevista imaginária com um profissional fictício (dirigente sindical, trabalhador, advogado, empresário, o que entendesse pertinente), acerca do posicionamento sobre os artigos 477-A e 477-B da CLT e seus efeitos sociais. A entrevista deveria ser composta por duas questões com pergunta e resposta. Na sequência, o aluno deveria postar o resultado no grupo.

Os dispositivos legais eram os seguintes:

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

Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

A grande maioria dos alunos se saiu com uma solução criativa: utilizando textos publicados na rede mundial de computadores, criaram entrevistas fictícias com personagens reais.

Uma das alunas compartilhou o seguinte texto:

A partir de artigo publicado no CONJUR, simulei uma entrevista com Procurador Regional do Trabalho aposentado Raimundo Simão de Melo:

O novo ordenamento jurídico trabalhista possibilitou três modalidades de dispensa: a individual, a plúrima e a coletiva, podendo o empregador agir livremente, sem

*obedecer a qualquer conduta antecedente. Científica e juridicamente existe igualdade de tratamento entre as três modalidades de dispensa acima? De fato, são iguais? Qual a natureza jurídica de cada um destes tipos de dispensa? Primeiramente é preciso saber e fazer rápida reflexão sobre o que é dispensa individual, plúrima e coletiva, para, a partir de então, analisar-se como deve ser feita a correta interpretação do artigo 477-A da CLT à luz da Constituição Federal do Brasil. Dispensa individual: o trabalhador dispensado é devidamente reconhecido e identificado pelo empregador; Dispensa plúrima: o empregador, motivado por um fato em comum, previsto ou não em lei, resolve dispensar identificados empregados; Dispensa coletiva: caracteriza-se quando o empregador não atinge um empregado ou um grupo determinado de trabalhadores, mas vários empregados indeterminados (Cf. Cláudio Jannotti da Rocha, “A dispensa coletiva da Reforma Trabalhista analisada à luz do direito constitucional e da teoria dos precedentes”, p. 325 e seguintes, in *Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária*, São Paulo, LTR, 2017). Como se vê, não é possível equiparar as três situações acima, quer juridicamente, quer em relação aos seus efeitos. Além do mais, padece de inconstitucionalidade o artigo 477-A da CLT. Sua redação é atécnica, não científica, é incongruente. O seu objetivo claro foi afastar a tutela sindical sobre um dos temas mais importantes que envolve as relações de trabalho, qual seja, a demissão coletiva de trabalhadores e, com isso, proteger o empregador em face do trabalhador, da coletividade, do Estado e do interesse social. O dispositivo legal acima é formalmente inconstitucional, porque de acordo com o artigo 7º e inc. I da Constituição Federal, “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (grifados). Como se vê, somente lei complementar, que exige quórum específico, poderá tratar sobre dispensa imotivada, que é o mesmo que despedida arbitrária ou sem justa causa. Como o artigo 477-A da CLT foi inserido na CLT por lei ordinária, ele é inconstitucional formalmente. No aspecto material a lei “oficializa” grande absurdo jurídico, igualando o que, por natureza, é desigual: dispensas individuais, plúrimas e coletivas! É o mesmo que querer tampar um orifício redondo com uma tampa quadrada; é o mesmo que dizer por decreto que leite é preto. Quando a lei decreta a inutilidade e desnecessidade de autorização prévia das entidades sindicais para a dispensa coletiva, viola o princípio da solução negociada e é absolutamente incongruente com a própria reforma trabalhista, que diz buscar a solução negociada!*

Já outra aluna-servidora fez as seguintes considerações, partindo do texto encontrado em “Reforma trabalhista em perguntas e respostas”, de José Geraldo de Santana Oliveira, consultor jurídico da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CONTEE:

Da leitura do artigo 477-A da CLT, novo dispositivo incluído pela Lei 13.467/2017, que promoveu a denominada Reforma Trabalhista, é possível reputar válida a dispensa da homologação da rescisão contratual perante a entidade sindical profissional, mesmo no caso de dispensa coletiva?

Advogado de empresa: Sim, não é mais necessária a homologação perante o sindicato, nem mesmo diante das dispensas coletivas, o que se revela positivo tendo em vista a desburocratização dos trâmites exigidos para a extinção do contrato de trabalho. A intenção do legislador, alcançada pela inclusão do dispositivo legal em tela, foi possibilitar um acesso mais fácil ao saque do FGTS e habilitação ao seguro desemprego, o que será feito independentemente do motivo da rescisão contratual e do tempo de duração do vínculo empregatício bastando, para tanto, a mera anotação da data de extinção na CTPS, e a comunicação, pelo empregador, aos órgãos competentes. A dispensa em massa ocorre nos casos em que efetivamente não é mais possível manter os postos de trabalho, não havendo razão para que se conclua em sentido contrário, já que sem empregados não há empresa.

Advogado de reclamante: É temerosa a previsão do dispositivo celetista em tela. A intervenção da entidade sindical e também do Poder Judiciário Trabalhista é necessária a fim de minimizar os efeitos desastrosos da dispensa em massa, na maioria das vezes decorrente da mera liberalidade do empregador. Em homenagem à função social da propriedade, tem o empregador o dever de adotar medidas que ao menos mitiguem os danos gerados pela dispensa em massa, ou que ao menos a justifiquem, o que pode ser feito com a tutela do sindicato profissional. Em resumo, a questão é saber se, efetivamente, a dispensa em massa e os efeitos dela decorrentes, inclusive perante a economia brasileira, se justificam em nome do mero poder econômico, e em muitos casos, em razão da má administração da empresa.

O empregado poderá se recusar a assinar o termo de rescisão de contrato de trabalho na empresa e exigir que este seja homologado pelo seu sindicato?

Isto somente será possível se a convenção e/ou acordo coletivo fizer esta exigência. Caso contrário, não. Não havendo determinação em instrumento coletivo de trabalho, o empregado terá de assiná-lo na própria empresa, devendo, contudo, consultar previamente o sindicato sobre o que pode ser assinado e o que não pode, notadamente se estiver doente — com ou sem licença médica —, ou portador de estabilidade, qualquer que seja a sua natureza, hipóteses que vedam a sua demissão.

Um terceiro aluno, por sua vez, construiu a seguinte fundamentação:

Qual a sua opinião sobre a desnecessidade da interferência sindical na dispensa coletiva, conforme estipulado no art. 477-A da CLT?

O legislador trabalhista contrariou a jurisprudência do C. TST. Jurisprudência essa que seguia a tendência do direito comparado (Convenção 158 da OIT). O que se deve ter em mente é que a dispensa coletiva interfere na vida de toda a comunidade que se estabelece ao redor de uma grande empresa. Afeta não só os trabalhadores, mas a sociedade como um todo. Por isso é impossível a equiparação da dispensa coletiva e da dispensa individual. A norma cria uma ficção jurídica que se distancia da realidade. É como se o legislador criasse uma norma estabelecendo que o céu é vermelho. Ainda que juridicamente válida, a eficácia da norma é mitigada pela realidade.

As consequências da dispensa coletiva afetam também o Estado, que deixa de arrecadar com tributos (imposto de renda, por exemplo) e passa a ter que arcar com diversos benefícios previdenciários constitucionalmente assegurados. A participação sindical permitia que essas mazelas inerentes à dispensa coletiva fossem minimizadas. Um exemplo é que o sindicato poderia indicar características das pessoas que deveriam ser dispensadas primeiro. Por exemplo, seria mais interessante que os jovens mais qualificados fossem dispensados antes dos mais velhos, devido a maior facilidade de reinserção no contrato de trabalho.

Houve casos em que a participação sindical resultou na manutenção de todos os empregos. Após a intervenção sindical, o empregador preferiu reduzir o salário, por meio de convenção coletiva, e utilizar de institutos com o lay-off. Tais medidas, possíveis graças à assistência sindical, viabilizaram a manutenção do sustento de diversas famílias.

Essas são as razões que me levam a crer que o legislador agiu mal ao instituir a norma inculpada no art. 477-A da CLT. Ademais, entendo que a norma é formalmente inconstitucional, pois a dispensa só poderia ser regulada por meio de lei complementar (art 7º, I, CF).

Em relação ao PDV, qual a sua visão sobre a força conferida pelo art. 477-B da CLT ao referido instituto?

Aqui o legislador seguiu a tendência jurisprudencial do E. STF. A Corte Suprema cada vez mais confere autonomia à liberdade coletiva. O STF já havia julgado no exato sentido da norma.

Me agrada a finalidade da norma. O Instituto do PDV não pode resultar em surpresa para o empregador. A empresa não pode ser surpreendida com verbas a serem quitadas após a regular adesão ao PDV. A partir do momento em que o empregado firma pacto com a assistência sindical, presume-se que foi alertado quando aos direitos que estão sendo abrangidos.

No grupo coordenado pela juíza Nancy, de magistrados, transcreve-se uma das entrevistas, escolhidas entre vários textos muito criativos:

Entrevista verdadeira com um trabalhador e transcritas literalmente as palavras do entrevistado, salvo quanto as expressões entre parêntesis:

1. O Senhor considera importante ou necessária a intervenção do sindicato por ocasião da homologação de uma hipotética rescisão do contrato de trabalho? Por quê?

Resposta: “Sim. Gostaria de ter a presença de alguém do sindicato para não ficar desamparado, porque (o representante sindical) tem mais conhecimento das leis e dos meus direitos”.

2. O Senhor considera que a lei está “certa” ou entende que a dispensa coletiva de centenas de trabalhadores deve ser tratada diferentemente do que uma dispensa sem justa causa de um único trabalhador?

Resposta (após o entrevistado ler o artigo da lei e da explicação do que é uma dispensa coletiva): “Acho que a lei deve mesmo tratar igualmente os dois casos. A lei deve ser igual para todos e (o fato de) várias pessoas serem demitidas em um mesmo momento não altera o problema, para melhor ou para pior.

3. O Senhor concorda com a quitação geral decorrente de adesão a um PDV?

Resposta (após várias perguntas do entrevistado sobre o que é um PDV e ele lembrar de um amigo dele que aderiu a um PDV do Banco do Brasil e outro com adesão ao PDV do Banespa): “Acho justo! Se aceitou, e não era obrigado a aceitar, que arque com as consequências! A nossa assinatura deve valer alguma coisa, né?!”.

Considerações finais:

A variedade de dinâmicas e metodologias adotadas ao longo do curso permitiu que os alunos mantivessem o interesse e a participação, embora se tratasse de um curso denso e com longa duração (sete semanas). Praticamente não existiram desistências e abandonos ao longo do curso, o que tornou a experiência interessante e enriquecedora, tanto para tutores quanto para participantes. A análise final de aproveitamento foi excelente, com avaliação bem positiva por parte dos servidores e magistrados que participaram das atividades propostas.

PARTE 3

LAPIDAÇÃO: DIREITO PROCESSUAL E REFORMA

3.1 Material didático do Curso de EAD Direito Processual

ANA PAULA SEFRIN SALADINI

O curso de direito processual foi dividido em quatro módulos, cada um deles abordando um enfoque do dia a dia do magistrado.

Assim, o Módulo 1 foi organizado pensando nos reflexos das modificações na prática da audiência trabalhista, e analisou os seguintes aspectos: Vigência da norma e aplicação intertemporal. Das exceções, em especial a de incompetência em razão do lugar. Efeitos do arquivamento da reclamação trabalhista. A apresentação da defesa no processo eletrônico. Novas questões quanto à revelia. A representação da reclamada em audiência e as novas regras quanto à pessoa do preposto. Inversão do ônus da prova e procedimento para sua declaração. Aplicação de multa à testemunha.

O Módulo 2 pensou na perspectiva dos impactos na hora de sentenciar, com as seguintes temáticas: Litisconsórcio nas ações anulatórias de cláusulas convencionais. Cláusula compromissória de arbitragem. Gratuidade de justiça. Honorários periciais e de sucumbência. Litigância de má fé. Desistência da ação.

O Módulo 3, por sua vez, dirigiu-se à análise das readequações na rotina de despachar, abordando os seguintes tópicos: prescrição intercorrente; contagem de prazos; novas regras quanto a custas e depósito recursal; petição inicial e pedido; processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial; procedimento de produção antecipada de provas e ação de exibição de documentos.

Por fim, o Módulo 4 dirigiu-se aos reflexos na execução, em especial: procedimento a ser observado na homologação da sentença de liquidação; execução ex offi-

cio; grupo econômico; sucessão de empregadores; desconsideração da personalidade jurídica; responsabilidade do sócio retirante.

A ideia, aqui, estava em abrir as discussões sob perspectivas específicas do dia a dia na atividade judicante, pensando em problemas práticos que envolveriam o cotidiano do trabalho a partir das alterações legislativas abordadas. As discussões, nesse sistema, se revelaram bem interessantes.

3.1.1 MÓDULO 1: Reflexos das modificações na prática da audiência trabalhista.

1. Audiência trabalhista: alterações decorrentes da reforma.

Ao alterar a redação dos artigos 800, 818, 840, 841, 843, 844 e 847, além de acrescentar o art. 793-D à CLT, a Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, promoveu alterações relevantes no procedimento da audiência trabalhista, em especial quanto ao procedimento da exceção de incompetência em razão do lugar, do modo de apresentação da defesa, às consequências do arquivamento da demanda e à representação do empregador em audiência. Ainda, inovou ao possibilitar que se estendam os efeitos da pena de litigância de má fé à testemunha e adotou de forma expressa a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que já havia sido incorporada ao CPC de 2015.

Essas alterações levam à necessidade, ainda, de se questionar a eventual pertinência de adoção de procedimentos de saneamento dos autos, para evitar maior complexidade e dispêndio de tempo quando da audiência. Além disso, importante analisar a questão da data inicial da vigência e da aplicação intertemporal das novas normas.

Essas as questões que a presente aula se propõe a discutir, inicialmente.

2. Vigência e aplicação intertemporal dos novos dispositivos.

No aspecto da vigência temporal das alterações legais, embora com divergências iniciais, a maior parte da doutrina indicou que a nova lei estaria vigente (e, portanto, geraria efeitos) a partir de 11 de novembro de 2017, inclusive, sendo essa

a opinião de Teixeira Filho (2017, p. 240), de Martinez (2018, p. 16) e do TST, quando da edição da Instrução Normativa nº 41/2018, que dispõe sobre a aplicação das normas processuais da CLT alteradas pela Lei 13.467/2017.

A intertemporalidade da aplicação das novas regras tem suscitado dúvidas e gerado debates, ainda que em menor dimensão do que tem ocorrido no que se refere às alterações havidas no direito material, considerando os contratos em curso.

Para os processos iniciados a partir de então, não há dúvidas que a tramitação se dará totalmente sob as novas regras. A discussão se centra na aplicação dos novos dispositivos processuais para os processos que já haviam sido distribuídos anteriormente a essa data.

A regra geral para aplicação de direito intertemporal, no campo processual, está estabelecida no art. 14 do CPC, que adota a teoria do isolamento dos atos processuais:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

De modo semelhante dispõe o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DL 4.657/42): “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Não obstante a clareza da teoria adotada pelo CPC, em algumas hipóteses, em que a norma processual também cria obrigações de direito material, como no caso de incidência de honorários advocatícios, parte da doutrina entende que, como se está diante de um instituto de natureza bifronte (material e processual ao mesmo tempo), isso permite que se aplique a nova regra processual apenas aos casos ajuizados após a vigência da nova lei. Foi a perspectiva de adoção dessa teoria a responsável, em parte, pelo ajuizamento massivo de demandas até a véspera da vigência da nova lei.

Outros argumentos também são apresentados em prol dessa tese. Martinez⁶⁷, por exemplo, adverte que se deve dar especial valor ao princípio da confiança na análise da intertemporalidade da lei no aspecto processual:

Apesar de saber-se que as novas regras processuais se aplicam imediatamente, não se pode, porém, deixar de prestigiar o princípio da confiança, assim entendido o mandado orientador que se funda na proteção da legítima expectativa de não ser surpreendido, e ao final prejudicado, com uma atitude contrária à que normalmente se esperaria de quem incutiu confiança sob o fundamento da estabilidade das circunstâncias envolventes. Deseja-se dizer aqui que, numa sociedade em que se

67 MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista**: entenda o que mudou. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 18.

difunde a ideia de não prolação de decisões-surpresa, não se poderá aplicar retroativamente regras processuais de uma lei nova a processos iniciados sob a égide de lei antiga quando essas regras novas venham a produzir uma verdadeira mudança de paradigma e, cumulativamente, a impor prejuízos financeiros, o que se vê claramente nas matérias que dizem respeito à concessão da justiça gratuita (e consequentemente ao regime de custas) e à sistemática dos honorários de sucumbência (periciais e advocatícios).

No mesmo sentido, em relação à nova regra de honorários, foi aprovado o Enunciado nº 98, na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela ANAMATRA em outubro de 2017, entendendo que a norma se aplicará apenas às novas demandas, e não às ajuizadas sob o sistema processual anterior.

A divisão de interpretação conforme o instituto processual também restou evidenciada na magistratura do trabalho paranaense, na aprovação do seguinte enunciado, quando da 6ª Semana Institucional, em setembro de 2017:

- a) Lei processual no tempo. Petição inicial. Aplicação do princípio *tempus regit actum*. Os novos requisitos da petição inicial previstos na Lei nº 13.467/2017, que deu nova redação ao § 1º do art. 840 da CLT, somente serão exigíveis a partir das reclamações trabalhistas ajuizadas a partir da vigência da referida lei.
- b) Honorários de sucumbência. A regra prevista no art. 791-A da CLT, introduzida pela Lei nº 13.467/2017, que previu a incidência de honorários de sucumbência, somente se aplica aos processos cujas ações foram ajuizadas a partir da vigência dessa lei.

Após longos debates, a Instrução Normativa nº 41, aprovada através da Resolução 221, de 21 de junho de 2018, estabeleceu de forma geral o seguinte parâmetro de intertemporalidade: a aplicação da lei é imediata mas não atinge situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da norma anterior (art. 1º). Acabou por fazer separação, conforme a hipótese, em ações ajuizadas antes e depois da vigência da lei, como se dá no caso de honorários sucumbenciais, aplicáveis apenas às novas demandas (art. 6º).

A instrução normativa, em que pese seu nome, não tem caráter vinculante, mas visa demonstrar o posicionamento não exaustivo do TST sobre a aplicabilidade das normas processuais trazidas a lume com a reforma, como consta dos considerandos prévios da Resolução. Certamente terá enorme influência nos rumos da jurisprudência, portanto.

Logo, o que se percebe é que existe grande polêmica em relação à aplicação intertemporal das normas processuais, embora a tendência seja de aplicação imediata, na maior parte dos casos. Tendo em vista essas divergências, eventuais peculiarida-

des de cada alteração serão analisadas caso a caso, ao longo do texto, inclusive sob a perspectiva da IN 41/18.

3. Das exceções, em especial a exceção de incompetência em razão do lugar

O procedimento tradicional no processo do trabalho foi sempre de apresentação da exceção de incompetência territorial em audiência, sendo forma de exceção que acarretava a suspensão do andamento do processo até sua decisão. Mas, como tinha que ser apresentada em audiência, sua interposição não evitava que o empregador tivesse que se deslocar ao juízo que estava inquinando de territorialmente incompetente para apresentar essa forma de defesa processual.

Com a vigência do CPC de 2015, que estabeleceu novo procedimento para alegação de incompetência, o legislador civilista deixou de lado a apresentação na forma de exceção e determinou que as alegações de incompetência (absoluta ou relativa) deveriam ser apresentadas como preliminar de contestação; nesse caso, a contestação poderia ser protocolada no foro do domicílio do réu, com comunicação ao juiz da causa preferencialmente por meio eletrônico; ainda, estabeleceu que a alegação de incompetência acarretaria a suspensão da realização de audiência de conciliação ou mediação, se designada, até a definição da competência, quando então seria novamente incluída em pauta (art. 337, II, e 340 do CPC).

Essa modificação do CPC, somada ao silêncio da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, que disciplinou de forma não exaustiva a aplicação do CPC ao processo do trabalho, trouxe ao debate se o procedimento designado no art. 800 da CLT (*apresentação na forma de exceção com suspensão do andamento do feito*) estava ou não superado pela nova regra do CPC (*apresentação na defesa com suspensão da audiência designada*). As opiniões se dividiam.

A questão, em boa hora, considerando a controvérsia e insegurança reinantes, foi abordada na reforma trabalhista, através da alteração do texto do artigo 800 da CLT, estabelecendo um procedimento intermediário entre os dois caminhos: apresentação na forma de exceção, mas previamente à audiência, e com suspensão da audiência designada. Esse procedimento, a princípio, parece atender a necessidade da celeridade e da efetividade processual, ao mesmo tempo que facilita o acesso do réu à Justiça também do ponto de vista econômico, evitando que a alegação de incompetência se torne meio demasiado oneroso ao excipiente.

Em certa medida, entretanto, repassa o custo da demora do processo ao autor da demanda, pois traz em si nova hipótese de suspensão do andamento do feito e a retirada da pauta de audiência, inevitavelmente atrasando a primeira tentativa de conciliação. Conforme Mauro Schiavi⁶⁸, o instituto chega “rompendo os princípios da unicidade e concentração do processo do trabalho, visando a facilitar o acesso à

68 SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho de acordo com o novo CPC e a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 679.

justiça pelo reclamado, mas, por outro lado, pode provocar demora significativa na tramitação do feito”.

Antes, o texto do artigo 800 da CLT era o seguinte:

Art. 800. Apresentada a exceção de incompetência, abrir-se-á vista dos autos ao exceto, por 24 (vinte e quatro) horas improrrogáveis, devendo a decisão ser proferida na primeira audiência ou sessão que se seguir.

A partir da alteração trazida pela Reforma Trabalhista, passou-se a prever que:

Art. 800. Apresentada exceção de incompetência territorial no prazo de cinco dias a contar da notificação, antes da audiência e em peça que sinalize a existência desta exceção, seguir-se-á o procedimento estabelecido neste artigo.

§ 1º Protocolada a petição, será suspenso o processo e não se realizará a audiência a que se refere o art. 843 desta Consolidação até que se decida a exceção.

§ 2º Os autos serão imediatamente conclusos ao juiz, que intimará o reclamante e, se existentes, os litisconsortes, para manifestação no prazo comum de cinco dias.

§ 3º Se entender necessária a produção de prova oral, o juízo designará audiência, garantindo o direito de o excipiente e de suas testemunhas serem ouvidos, por carta precatória, no juízo que este houver indicado como competente.

§ 4º Decidida a exceção de incompetência territorial, o processo retomará seu curso, com a designação de audiência, a apresentação de defesa e a instrução processual perante o juízo competente.

Nota-se, então, que não mais se exigirá o comparecimento do excipiente na primeira audiência, o que lhe evitará o custo de deslocamento, que pode ser alto, em especial quando a distância a percorrer for muito grande.

Como o procedimento trabalhista acarreta a imediata inclusão em pauta do feito para fins de tentativa de conciliação, a consequência imediata da apresentação da exceção será a incontinenti suspensão da audiência já designada, até a decisão da exceção, independente de despacho nesse sentido, conforme Teixeira Filho⁶⁹.

Para que seja admitida a exceção, entretanto, o excipiente deve cumprir três requisitos cumulativos: a) observar o prazo estabelecido, fixado em 05 (cinco) dias a contar da data do recebimento da notificação; b) promover a apresentação da exceção antes da data designada para a audiência; c) atender à exigência de apresentar “peça que sinalize a existência desta exceção”.

69 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 110.

A discussão sobre a questão da forma de apresentação da alegação de incompetência, portanto, restou superada pela nova redação do art. 800 da CLT: não pode mais ser alegada como preliminar de contestação, mas deve ser suscitada no prazo preclusivo de 5 dias a contar do recebimento da notificação inicial pelo reclamado. Se não observado esse prazo e procedimento, a alegação deverá ser considerada prejudicada pela ocorrência de preclusão.

No que tange à anterior polêmica sobre a aplicação do artigo 340 do CPC ao processo do trabalho, alguns doutrinadores, como Mauro Schiavi e Carlos Henrique Bezerra Leite, têm se posicionado no sentido de que não há lacunas no novo regramento trabalhista que requeira a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, bem como que não haveria possibilidade de compatibilizar os procedimentos e princípios atinentes ao âmbito trabalhista e cível, nesse assunto.

Na sequência da distribuição do incidente, ela será instaurado pelo magistrado, que deverá formalizar, em despacho, a determinação de suspensão e retirada de pauta, intimando os demais interessados (reclamante/excepto e eventuais litisconsortes) para que se manifestem igualmente no prazo preclusivo de 05 (cinco) dias.

Considerando o princípio da preclusão, pode-se concluir que a ausência de manifestação pelo excepto acarretará a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo excipiente na exceção, mas não a acolhida automática das alegações: competirá ao juiz decidir de forma antecipada esse incidente, pois os fatos se tornaram incontroversos, o que dispensa a produção de outras provas; na decisão, deverá observar as regras previstas na legislação processual trabalhista acerca do foro competente para o ajuizamento da ação, sendo relevante lembrar que as regras de fixação do foro competente previstas no art. 651 da CLT não foram alteradas.

Caso se entenda necessária a realização de audiência, essa poderá ocorrer, garantindo-se ao excipiente, nesse caso, a oitiva (tanto de seu depoimento pessoal quanto das testemunhas por ele indicadas) por meio de carta precatória, a ser enviada ao Juízo que indicou como competente para julgamento da lide. Esse procedimento também decorre da ideia de se evitar custos de deslocamento do excipiente para a promoção da exceção. Pela lógica do sistema, o excepto deverá ser ouvido no juízo excepcionado, o mesmo ocorrendo em relação às testemunhas por ele indicadas, se ali residirem, embora nada impeça (pois ausente vedação legal) que eventuais testemunhas indicadas pelo excepto também sejam ouvidas mediante carta precatória, se domiciliadas fora da jurisdição do juízo excepcionado.

Somente após a decisão da exceção de incompetência territorial é que o processo prosseguirá com seu curso, determinando-se nova data para audiência no juízo tido como competente, onde será tentada a conciliação e, se frustrada, se seguirá a apresentação de defesa e a produção de provas.

A alteração do procedimento garante flexibilidade à parte que tiver interesse em excepcionar o juízo, embora também abra margem à utilização de um artifício de postergação da audiência, o que pode obstruir o princípio da celeridade e da economia processual. Se constatado o uso evidentemente indevido e protelatório

do procedimento pelos réus, compete ao juízo aplicar as penas por litigância de má fé, com observação das hipóteses do art. 793-B da CLT, em especial seus incisos IV (oposição de resistência injustificada ao andamento do processo) e VI (provocação de incidente manifestamente infundado).

Recomenda-se que se dê atendimento preferencial a tais exceções, buscando a garantia dos princípios da celeridade e efetividade processuais, com análise prioritária das peças de exceção de incompetência territorial, de forma que, se possível, o processo não venha a se prolongar no tempo em virtude da alegação, e, ainda, não se mantenham ocupados na pauta horários de audiências que já estão suspensas por força de lei.

No que diz respeito ao direito intertemporal: observada a regra do isolamento dos atos processuais somado à eficácia imediata da lei a partir de 11 de novembro de 2017, a interpretação intertemporal que parece ser a mais adequada a essa alteração seria a aplicação da nova sistemática imediatamente a todas as hipóteses de notificação de audiência ocorridas a partir da data da vigência da lei, independentemente da data da distribuição do feito. Para as notificações efetivadas anteriormente, permanece a sistemática anterior.

A IN 41/18 foi nesse caminho: *Art. 11. A exceção de incompetência territorial, disciplinada no art. 800 da CLT, é imediatamente aplicável aos processos trabalhistas em curso, desde que o recebimento da notificação seja posterior a 11 de novembro de 2017 (Lei 13.467/2017).*

Segue-se uma sugestão de despacho de recebimento e processamento da exceção:

A exceção é tempestiva e está devidamente sinalizada no sistema, estando cumpridos os requisitos estabelecidos no art. 800 da CLT, com redação vigente a partir de 11 de novembro de 2017.

Assim:

1 - Recebo a exceção de incompetência territorial, com suspensão da audiência já designada. Retire-se o feito de pauta, com liberação do horário para designação de outra audiência.

2 - Intimem-se o excepto e eventuais litisconsortes para que apresentem manifestação no prazo de cinco dias, querendo, sob pena de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo excipiente; na mesma oportunidade o excepto deverá indicar, de forma justificada, sob pena de preclusão, se tem outras provas a serem produzidas, especificando-as, em caso positivo, inclusive em relação ao foro em que pretende ouvir testemunhas;

3 - Com a manifestação, ciência ao excipiente, por cinco dias, para eventual impugnação de documentos juntados e especificação justificada de provas que acaso pretenda produzir, devendo, na oportunidade, indicar se pretende se utilizar da faculdade de ser ouvido e fazer ouvir as testemunhas que venha a indicar mediante carta precatória a ser enviada ao juízo que indica como competente, tudo sob pena de preclusão;

4 - Caso ausente manifestação do excepto, dê-se ciência ao excipiente e eventuais litisconsortes e voltem conclusos para decisão antecipada do incidente.
Local e data.

Por fim, esclarece-se que, quanto às **exceções de impedimento e suspeição**, os dispositivos legais que as regem não foram alterados (artigos 801 e 802, CLT).

4. Efeitos do arquivamento da ação trabalhista

Na tradição do processo do trabalho, a ausência do reclamante à audiência inicial importava apenas na extinção do feito sem julgamento de mérito, denominada no art. 844 da CLT como *arquivamento da reclamação*. A praxe, em tais casos, era dispensar o trabalhador do recolhimento das custas sempre que fosse beneficiário da justiça gratuita, o que ocorria na maior parte das vezes. A única penalidade legal prevista para quem fosse negligente em comparecer em juízo era a do art. 732 da CLT (com vigência ainda mantida), pelo qual o trabalhador que desse causa por duas vezes seguidas ao arquivamento ficaria com o direito de distribuir ação na Justiça do Trabalho suspenso pelo prazo de seis meses.

Nesse panorama, o número de casos extintos em razão da ausência do trabalhador à audiência inicial era grande. Para se ter uma ideia, no Relatório Geral da Justiça do Trabalho⁷⁰ referente ao ano de 2016, 26,9% (182.351) das ações propostas na Justiça do Trabalho no ano de 2016 e que correram sob o rito sumaríssimo foram resolvidas por arquivamento, desistência ou extinção, enquanto 17,9% (359.244) das submetidas aos demais ritos procedimentais foram resolvidas por esses mesmos motivos.

Em que pese o *caput* do art. 844 da CLT tenha sido mantido pela Lei 13.467/2017, a esse artigo foram acrescentados outros parágrafos que atribuíram novos efeitos que podem ser considerados punitivos à ausência do reclamante na audiência. No texto trazido pela Reforma o artigo 844 passou a vigor com os seguintes acréscimos:

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

70 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho:** 2016, p. 110.

A justificativa para a alteração processual, constante do relatório do projeto de lei 6.746/2016, da Câmara dos Deputados, seria “desestimular a litigância descompromissada”.

A interpretação literal dos parágrafos acrescidos faz concluir que será necessariamente exigido do reclamante o pagamento das custas processuais quando ele não comparecer à audiência inicial, causando o arquivamento da demanda, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, e desde que não comprove motivo legalmente justificável, no prazo de 15 (quinze) dias. Ainda, que o recolhimento prévio de tais custas passa a ser pressuposto processual, conforme Martinez⁷¹, para propositura de nova demanda.

Essas alterações têm sido objeto de ampla discussão e precisam ser analisadas em seus múltiplos aspectos.

O primeiro aspecto que se discute diz respeito à possibilidade legal de exigir de quem é beneficiário da Justiça Gratuita o pagamento de custas processuais, acarretando inegável barreira econômica de acesso à justiça, na tradicional classificação de Capeletti. Isso porque, nos termos do art. 98, § 1º, I, do CPC, aplicável de forma subsidiária ao processo do trabalho, a gratuidade da justiça compreende, dentre outras despesas, a isenção das custas processuais. A questão, inclusive, foi objeto de propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 5.766/2017) por parte da Procuradoria Geral da República. Na peça de ingresso, dentre outros argumentos, a PGR sustenta 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”, investindo “contra garantia fundamental da população trabalhadora socialmente mais vulnerável” e alvejando “a tutela judicial de seus direitos econômicos e sociais trabalhistas”.

A ADI 5.766/2017 teve seu julgamento iniciado em 10 de maio de 2018, conforme informações constantes do site do STF⁷², em seguida suspenso em razão de pedido de vistas do Ministro Luiz Fux. Foram inicialmente proclamados os votos do Ministro Relator, Roberto Barroso, e do Ministro Edson Facchin. Esse último acolhe integralmente a ação, mas o relator declarou em seu voto que a ação seria apenas procedente de forma parcial, e, numa interpretação conforme a Constituição, consubstancia as seguintes teses relativa à questão da cobrança de custas em arquivamento: “1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários”. [...] “3. É legítima a cobrança

71 MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista**: entenda o que mudou. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 223.

72 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5766**: andamento processual.

de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento”. A questão, entretanto, ainda demanda continuidade de julgamento.

Luciano Martinez⁷³ sustenta que a alteração legislativa carece de lógica, posto que a ausência injustificada não altera o estado de miserabilidade do trabalhador:

O § 2º tornou mais onerosa a ausência do reclamante [...]. Nesse ponto duas questões importantes são salientadas: a primeira está relacionada à discussão da litude da cobrança de custas de quem é beneficiário da justiça gratuita pelo simples fato de não ter comparecido à primeira sessão sem motivo legalmente justificável. É razoável apenar quem se encontra em estado de miserabilidade somente porque deixou de comparecer à primeira sessão? Isso inverte o seu estado de carência financeira?

O segundo aspecto prático a ser observado diz respeito à possibilidade de dispensa das custas dos trabalhadores que comprovarem, no prazo de 15 dias, que existiu motivo justificado. Aqui, duas questões se destacam: (a) se o prazo de quinze dias tem natureza preclusiva ou não e (b) quais seriam os motivos legalmente justificáveis.

É razoável entender, observado o princípio protetivo, que também impera no âmbito da interpretação das normas no processo do trabalho, que esse prazo não poderia ser considerado preclusivo: assim, mesmo depois de iniciada a própria execução das custas, caso fosse apresentada justificativa aceitável para a ausência, seria razoável declarar a isenção, considerando inclusive que se trata de trabalhador que já teria sido beneficiado previamente pela concessão dos benefícios da Justiça Gratuita.

Quanto aos motivos legalmente justificáveis, a lei não os estabeleceu em ordem exaustiva ou exemplificativa, o que remete a questão à interpretação do magistrado, observadas as diretrizes da prudência e do bom senso. Luciano Martinez⁷⁴ argumenta que a literalidade da disposição parece indicar que o motivo legalmente justificável terá sede em lei e ali será previsto como uma justificativa para ausências, sendo que seriam motivos legalmente justificáveis, entre outros, aqueles previstos no § 2º do art. 843 da CLT (doença ou outro motivo ponderoso) e no art. 223 do CPC/2015 (a justa causa como evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário). Já Mauro Schiavi⁷⁵ afirma que os motivos legalmente justificáveis são os previstos no art. 473 da CLT (faltas justificadas ao trabalho), além de doença devidamente comprovada por atestado médico que impeça sua locomoção até o local da audiência.

73 MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista**: entenda o que mudou. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

74 MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista**: entenda o que mudou. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 223.

75 SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho de acordo com o novo CPC e a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 611-612.

Todos esses motivos arrolados pela doutrina podem ser considerados legalmente justificáveis, assim como qualquer motivo que o juiz considerar como razoável para justificar a ausência, aplicando-se, nesse caso, a regra do art. 843, § 2º, da CLT: *qualquer motivo ponderoso devidamente comprovado*. Ponderoso, lembre-se, pode ser entendido como algo que tem importância, que é relevante; e ponderação significa bom senso, prudência, de acordo com o vernáculo. Logo, pode-se concluir que deve ser considerável justificável, para fins de isenção de custas, todas as hipóteses legalmente previstas para ausência à audiência ou ao trabalho, somadas a quaisquer motivos alegados e comprovados que o juízo entender como relevantes a justificar a ausência do autor.

Por fim, deve-se analisar a hipótese do § 3º, que estabelece um pressuposto de admissibilidade de nova demanda por trabalhador que já teve a demanda anterior arquivada.

Primeiramente, é de se questionar se referida norma não padece de vício de constitucionalidade, uma vez que estabelece espécie de pressuposto processual de desenvolvimento válido do processo que acarreta a necessidade de recolhimento de custas por parte de quem já teve reconhecido que é juridicamente necessitado. A rigor, a norma caminha em sentido oposto à garantia constitucional do acesso ao Poder Judiciário, bem como da assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados (art. 5º, LXXIV, CF).

Manoel Antônio Teixeira Filho⁷⁶ argumenta que o autor poderá ajuizar, novamente, a ação, tenha pago ou não as custas a que foi condenado, na medida em que o § 3º do art. 844, da CLT, que *condiciona* o exercício da ação ao pagamento das custas processuais é escancaradamente inconstitucional, por transgredir a garantia inscrita no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição. No mesmo sentido, Schiavi⁷⁷ assevera que o condicionamento do ajuizamento de nova ação ao prévio recolhimento das custas devidas em outro processo no caso de autor beneficiário da justiça gratuita viola tanto o princípio constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF) quanto o princípio da assistência judiciária integral (art. 5º, LXXIV, CF).

Recentemente, o TRT da 3ª Região (Minas Gerais) enfrentou a questão em caso concreto, entendendo que não seria possível a cobrança das custas e nem a exigência de seu recolhimento para ajuizamento de nova demanda. Conforme a fundamentação da decisão, proferida nos autos do ROPS 0011766-24.2017.5.03.0106, com relatoria do juiz convocado Cléber Lúcio de Almeida⁷⁸:

76 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 156.

77 SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho de acordo com o novo CPC e a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 612.

78 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. **Acórdão proferido nos autos do ROPS 0011766-24.2017.5.03.0106**. Relator Juiz Convocado Cleber Lúcio de Almeida, 1ª Turma. Belo Horizonte, 16 de abril de 2018.

[...] conforme o art. 836 da CLT, do beneficiário da justiça gratuita não pode ser exigido depósito prévio para efeito de ajuizamento de ação rescisória, o que aponta no sentido de que o fato de a parte não ter condições de arcar com os custos do processo não pode impedir o seu acesso à justiça, o que também decorre da previsão no sentido de que são isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita (art. 899, § 10, da CLT), indicando esta última disposição legal que sequer o acesso ao duplo grau de jurisdição pode ser negado à parte que não tem condições de arcar com os custos do processo, mesmo que ela tenha, conforme reconhecido em decisão judicial, descumprido a legislação trabalhista [...] Não fosse isto, a CLT já contempla penalidade para a hipótese de arquivamento do processo resultante do não comparecimento injustificado do reclamante na audiência, como se vê do seu art. 732, o que atrai a aplicação, à hipótese em exame, da regra segundo a qual é vedada a dupla punição da mesma falta. Acrescente-se que não encontra respaldo em nossa ordem jurídica a utilização da exigência de pagamento de custas como forma de punição da parte, notadamente com vista a impedir ou, no mínimo, dificultar, o seu acesso à justiça.

Superada a questão da constitucionalidade, que também deverá ser objeto de apreciação em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (sem prejuízo de eventual análise, até lá, em controle difuso de constitucionalidade), remanescem dois aspectos de ordem prática: (a) se o pressuposto estende-se a qualquer nova demanda a ser ajuizada ou apenas a uma nova demanda a ser ajuizada em face do mesmo empregador; (b) se pode ser declarada a falta de pressuposto de ofício pelo juiz ou se haverá necessidade de alegação pela parte.

Mais uma vez, observado o princípio da proteção, a interpretação da norma, caso considerada constitucional, deve ser feita de forma restritiva, mesmo porque se trata de medida de ordem inegavelmente punitiva: apenas impediria a propositura de nova demanda em face do mesmo empregador que havia sido arrolado como réu na ação anteriormente extinta.

Quanto ao segundo questionamento, observado o disposto no CPC, art. 337, a falta de recolhimento prévio das custas poderia ser enquadrada na hipótese do inciso XII daquele dispositivo legal (*falta de caução ou outra prestação que a lei exigir como preliminar*), matéria que deve ser conhecida de ofício pelo magistrado, conforme § 5º do mesmo dispositivo legal. Portanto, seria cognoscível de ofício, mesmo sem a suscitação pela parte interessada.

Ainda, é de se salientar que o procedimento citado diz respeito tanto à audiência una quanto à audiência inicial, na medida que em ambas as hipóteses a ausência injustificada acarretará o arquivamento da demanda.

Quanto à intertemporalidade da norma, a IN 41/18, em seu art. 12, aponta que essas alterações só devem ser aplicadas às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017.

5. A apresentação da defesa no processo eletrônico

O procedimento padrão para apresentação da defesa no processo do trabalho está previsto no art. 847 da CLT: na frustração da tentativa de acordo, o reclamado terá prazo de até 20 minutos para apresentação de defesa na forma oral.

A forma prevista pela legislação já havia sido, na prática, superada pela apresentação da defesa escrita, em mesa, no momento da audiência, sendo raras as situações em que os empregadores apresentavam defesa oral, mesmo antes da implantação do processo eletrônico. Em geral, se limitavam às situações de *jus postulandi*. Com a implantação do processo eletrônico e a impossibilidade de juntar a defesa por mídias físicas, a saída alternativa encontrada para permitir que primeiro se tentasse a conciliação e só depois, se frustrada, se apresentasse a defesa, foi passar a conceder prazo para juntada a posteriori de defesa e documentos, via sistema informatizado.

No entanto, a reforma também acrescentou um parágrafo único ao art. 847 da CLT, com a seguinte redação: “A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência”.

De acordo com Martinez⁷⁹, considerando que nos processos físicos o momento da juntada da defesa era na audiência, o acréscimo do parágrafo único a esse artigo veio deixar claro que a defesa escrita pelo sistema do processo judicial eletrônico pode ser anexada até o instante da realização da audiência, que seria o marco final para o recebimento da resposta. No mesmo sentido, Teixeira Filho⁸⁰ esclarece que a alteração da redação deixa claro que a contestação não poderá ser apresentada depois da audiência; acrescenta que a apresentação de defesa depois de decorrido o prazo ou o momento previsto em lei acarreta a revelia do reclamado.

No mesmo sentido a interpretação dada por Delgado e Delgado⁸¹:

A segunda menção trazida por essas modificações legislativas diz respeito ao esclarecimento quanto ao prazo máximo para a apresentação da

79 MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista**: entenda o que mudou. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 225.

80 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 172-173.

81 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 375.

defesa pelo meio eletrônico. Enfatiza o novo parágrafo único do art. 847 da CLT que a parte poderá apresentar a sua defesa escrita pelo sistema judicial eletrônico no mesmo prazo tradicional do processo trabalhista, ou seja, até a audiência designada e referida no documento de citação/notificação do reclamado (a chamada “audiência inaugural”). E esta é, efetivamente, a melhor solução, pois uniformiza os procedimentos.

Essa interpretação faz com que o momento da apresentação da defesa volte a ser coincidente com a audiência, como era outrora, o que permite melhor análise quanto aos pontos controvertidos, à dificuldade da instrução a ser incluída na pauta e ainda pode auxiliar na tentativa de conciliação.

Assim, se a praxe era em sentido oposto, de oportunizar à demandada que usufruísse de prazo, a partir da audiência inicial, para apresentação de defesa, esse não mais seria o procedimento legal. A partir da reforma, deveria se estipular que a apresentação da defesa deve ocorrer “até” a audiência. Caso, aberta a audiência, a defesa não esteja devidamente juntada aos autos, a última oportunidade consistirá na apresentação de defesa oral.

Essa interpretação, entretanto, não é pacífica: tendo em vista que a lei usa uma expressão condicional (podrá), a redação tem aspecto dúbio que permite indagar se o procedimento de juntada de defesa eletrônica até a audiência é uma faculdade ou uma obrigação. Em outras palavras: o magistrado ficará impedido de conceder prazo para apresentação posterior da defesa eletrônica, como vinha fazendo ultimamente? Essa será uma das questões a ser debatida em nosso fórum.

Quanto à regra de intertemporalidade, nada impede que se proceda à aplicação da nova norma inclusive aos processos ajuizados antes da vigência da Lei 13.467/2017, desde que a audiência se realize já na vigência da nova lei e que a notificação para a audiência, que estabelece os parâmetros para apresentação de defesa, já tivesse sido expedida com essa observação. Esses critérios assegurarão a necessária confiança institucional e a ampla defesa.

6. Novas questões quanto à revelia

O art. 844 da CLT teve acrescido texto atinente à limitação dos efeitos da revelia em determinadas circunstâncias. O novo parágrafo 4º prevê que:

§ 4º A revelia não produz o efeito mencionado no caput deste artigo se:

- I - havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação;
- II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;
- III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;
- IV - as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Na realidade, a alteração legislativa apenas transportou o que já estava previsto no art. 345 do CPC para a CLT, não fazendo nenhuma inovação de fundo. Tais questões já eram observadas no âmbito do processo do trabalho, considerando a aplicabilidade subsidiária e supletiva do CPC ao processo do trabalho. Como exemplo, veja-se a seguinte ementa, que já aplica a hipótese do inciso I, observada a regra estabelecida no CPC:

DESVIO DE FUNÇÃO. PLURALIDADE DE RÉS. DEFESA ESPECÍFICA APRESENTADA POR UMA DELAS. INCONTROVÉRSIA NÃO CARACTERIZADA. NECESSIDADE DE PROVA DO ALEGADO DESVIO. ÔNUS PROCESSUAL DA AUTORA. PROVA INEXISTENTE. A autora pretende o reconhecimento do desvio de função, fundamentando sua pretensão na ausência de defesa por parte da terceira ré. Os fatos narrados na inicial, todavia, diversamente do alegado, não são incontroversos, em face da existência de defesa específica pela primeira ré, nos precisos termos preconizados pelo artigo 345, I, do CPC, segundo o qual não se operam os efeitos da revelia do art. 344 do mesmo Código quando, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação. [...] **TRT-PR-45073-2013-015-09-00-3-ACO-00241-2018 - 6A. TURMA - Relator: SUELI GIL EL RAFIHI - Publicado no DEJT em 23-01-2018.**

Importante frisar que, independente da espécie de litisconsórcio (necessário, facultativo, unitário), a apresentação de defesa específica quanto aos fatos que são comuns por um dos réus torna os fatos controvertidos, o que repele os efeitos da confissão ficta. Isso porque os efeitos da confissão, nesse caso, estão fundados na inércia do réu em apresentar defesa, o que faz presumir verdadeiros os fatos em razão de se tornarem incontroversos. Se um dos réus contesta, passa a existir controvérsia.

As hipóteses dos itens II e III são de difícil caracterização no processo do trabalho; a de item II, porque dificilmente o réu (que em geral é o empregador) será detentor de direitos indisponíveis; a de item III, porque são raras as situações em que a legislação processual trabalhista exige *instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato*.

Já a hipótese do item IV é de comum ocorrência: muitas vezes, por exemplo, o empregado afirma algo na petição inicial que depois é contrariado pelos termos de respostas dadas em sede de interrogatório judicial, tornando as alegações contraditórias às provas dos autos; ou junta documento com a inicial que não se coaduna com as alegações feitas na peça de ingresso; outras vezes, faz alegações inverossímeis, como afirmar que desenvolvia jornada de trabalho sem qualquer intervalo, ao longo de 24 horas por dia, por muitos anos, o que desafia a verossimilhança e o próprio princípio da razoabilidade. Assim, em situação semelhante, já se decidiu pela não aplicabilidade dos efeitos da revelia:

REVELIA. EFEITOS. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE. RAZOABILIDADE. É certo que a revelia, por ausência de defesa, e a confissão ficta, por ausência à audiência em que deveria depor, geram presunção de veracidade dos fatos narrados na petição inicial (art. 844 da CLT). Seus efeitos, contudo, não são absolutos, não induzindo, irrestritamente, à procedência do pedido, cabendo ao julgador adequá-lo à prova dos autos, à norma jurídica e aos limites da razoabilidade. Com todo respeito à tese recursal, mas não é crível que o Reclamante tenha laborado diariamente por 23h, durante quase seis meses, com apenas 4 folgas no período. A presunção de veracidade que decorre da revelia é apenas relativa e não deve prevalecer quando a parte por ela favorecida apresenta tese que refoge aos limites da razoabilidade, sob pena de enriquecimento indevido. **TRT-PR-36792-2012-008-09-00-4-ACO-29390-2013 - 7A. TURMA - Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES - Publicado no DEJT em 30-07-2013.**

Nas situações em que o juiz entender que não se aplicam os efeitos da revelia, deverá declarar essa situação e possibilitar ao autor a produção de provas. Deve-se atentar que a declaração dessa circunstância apenas em sede de sentença poderia ser entendida como espécie de decisão-surpresa, repudiada pelo processo civil, nos termos do art. 10 do CPC: *O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

Portanto, o mérito da reforma, nesse aspecto, consiste apenas em transportar para a linguagem processual trabalhista, alterando a terminologia de “réu” para “reclamado” e de “autor” para “reclamante”.

Mais relevante e causador de maiores discussões se mostra a nova redação do § 5º, que passa a estabelecer o seguinte: “Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados”.

A alteração legislativa acarreta a mudança radical da interpretação dada majoritariamente pelos tribunais trabalhistas tradicionalmente a essa situação. O texto da Súmula nº 122 do TST, em sua redação vigente desde 2005, interpreta que: “A reclamada, ausente à audiência em que deveria apresentar defesa, é revel, ainda que presente seu advogado munido de procuração [...]”. Em sentido exatamente diverso passa a prever o § 5º do art. 844 da CLT, superando a interpretação da súmula.

Considerando a eficácia imediata da lei processual e a teoria do isolamento dos atos processuais, essa solução (aceitar a contestação e os documentos eventualmente apresentados pelo advogado munido de procuração, ainda que ausente o preposto) deverá ser aplicada a todas as hipóteses que ocorram a partir da vigência da lei.

Na análise desse dispositivo, deve-se considerar como pressuposto que a revelia decorre da falta de apresentação de defesa, enquanto a confissão decorre da falta de comparecimento para depor, quando intimado especificamente a esse fim. Uma po-

de existir sem a outra, não estando necessariamente ligadas, embora a revelia atraia os efeitos da confissão. Logo, o deferimento da juntada da defesa e documentos pode elidir a revelia, mas não tem a capacidade de obstar os efeitos da confissão (ausência da parte).

Ainda, deve-se ter em mente o seguinte:

(a) a reclamada não está dispensada de comparecer em audiência e não pode simplesmente se fazer substituir por advogado; o deferimento da juntada de defesa e documentos é medida excepcional, que atende ao princípio da ampla defesa, mas tem efeitos limitados a evitar apenas a revelia, não a confissão;

(b) para que seja possível aceitar defesa e documentos, deve-se considerar os termos da notificação enviada ao réu: (b-1) se a notificação estabelece que a defesa e documentos devem estar nos autos até o momento da abertura da audiência, não há possibilidade de se conceder prazo para sua juntada posterior; (b-2) por outro lado, se da notificação inicial consta que, caso frustrada a conciliação, será concedido prazo para apresentação de defesa, como é praxe em muitas unidades judiciárias, parece razoável que, diante de requerimento expresso do procurador, se permita a juntada de defesa e documentos no prazo previsto; lembre-se, contudo, que se a defesa não tiver sido juntada aos autos, e o procurador presente nada requerer nesse sentido, deixando encerrar a instrução processual, ficará preclusa a oportunidade de juntada posterior; (b-3) se da notificação inicial constar que, caso frustrada a conciliação, será concedido prazo para apresentação de defesa, exceto no caso da ausência do reclamado, quando somente serão aceitos contestação e documentos já juntados anteriormente aos autos, essa regra vinculará de forma preclusiva a junta- da de tais documentos;

(c) a ausência do reclamado não impede o prosseguimento da audiência: (c-1) se designada na forma de audiência una, com intimação para comparecimento sob pena de revelia e confissão, a juntada de defesa e documentos irá impedir os efeitos da revelia, mas não os da confissão; (c-2) se designada na forma de audiência inicial, existe controvérsia, conforme levantado por Teixeira Filho (infra) se o juiz poderá declarar os efeitos da confissão e encerrar a instrução, na medida em que o réu não deveria necessariamente depor naquele momento; mas a questão, nesse aspecto, é polêmica.

(d) nada impede que a defesa seja apresentada na audiência de forma verbal, se houver requerimento do procurador no momento, pois este é o modo prioritário estabelecido pela CLT e que não sofreu mudança com a reforma de 2017.

Importante, nesse aspecto, destacar o que argumenta Schiavi⁸². O processualista já defendia, antes da reforma, que deveria ser deferida a juntada de contestação, não sendo razoável, observado o caráter publicista do processo, impor uma carga (revelia e confissão) tão pesada ao reclamado que contratou advogado, elaborou defesa, compareceu à audiência na data apazada mas que, por algum motivo não

82 SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho de acordo com o novo CPC e a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 622-624.

justificável, o preposto não compareceu. Pós-reforma, conclui que a alteração legislativa é providência que prestigia o contraditório e a ampla defesa, em compasso com a ordem jurídica justa pelo reclamado, mas concluiu que a ausência do reclamado ou de seu preposto, embora não acarrete a revelia, porque serão juntados defesa e documentos, implicará efeito de confissão ficta pelo reclamado.

Nessa seara, a solução seria, na ausência do reclamado, mas com a presença de procurador portando defesa e documentos, permitir a juntada desses, com possibilidade de manifestação pela parte autora, mas observando a decretação dos efeitos da confissão pelo reclamado. A partir daí, a solução que parece mais adequada consistiria em encerrar a instrução e designar julgamento.

Se o procurador do reclamado, nessa hipótese, requerer a produção de prova, ela poderá ser indeferida, observada a declaração dos efeitos da confissão ficta e os termos da Súmula 74 do TST, sem prejuízo de se analisar a validade da prova documental que tenha sido juntada pelo empregador (item II da súmula - a prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta, não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores).

Isso, entretanto, não impedirá que o juiz proceda ao interrogatório do autor, como de praxe em muitos casos, conforme item III de referida súmula (a vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo).

Por fim, caso se trate de audiência inicial, e o trabalhador requeira a produção de outras provas, o pedido deverá ser analisado com cuidado pelo juiz, em especial nesses primeiros ventos de interpretação, na medida em que a jurisprudência ainda não se firmou sobre os efeitos do deferimento da juntada da contestação, se de fato nesse caso serão aplicados os efeitos da confissão ou não. A respeito, Teixeira Filho entende que a juntada de defesa e contestação tem o real sentido de evitar os efeitos não só da revelia, mas também da confissão, não fazendo sentido lógico nem jurídico declarar-se confesso quem não seria interrogado nessa oportunidade.

Quanto ao procedimento a ser seguido pelo juiz, Teixeira Filho⁸³ faz a seguinte análise:

Vejamos como deveriam agir os juízes do trabalho em face das diversas situações em que comparecesse à audiência inicial, apenas, o advogado do réu, mas não o preposto. Dentre essas situações, destacamos aquelas em que o advogado: a) possui procuração e está portando defesa escrita; b) possui procuração e deseja formular a defesa oralmente; c) não possui procuração, mas porta defesa escrita; d) não possui procuração nem defesa escrita.

83 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 158-159.

Na situação “a”, o processualista defende que não se decretará a revelia, vez que há procurador com poderes para apresentar defesa, bem como não haveria motivo para confissão, pois a reclamada não é ouvida nesta oportunidade, pelo que a ausência do preposto não implicaria prejuízo. Na situação “b”, defende que caberia aplicação do mesmo entendimento exposto quanto à situação “a”, devendo a procuração ser juntada nos autos e o juiz permitir a defesa em 20 (vinte) minutos, pois embora a prática usual tenha afastado esse procedimento, o art. 847 da CLT continua vigente e permite tal prática. Na situação “c”, argumenta que o fato de não possuir a procuração não impediria a apresentação de defesa, cabendo a invocação dos arts. 5º, § 1º, da Lei 8.906/94 e 104, § 1º, do CPC, para a juntada em 15 dias, bem como a aplicação das considerações atinentes à hipótese “a”. Por fim, quanto à situação “d”, argumenta que, embora não exista procuração expressa nem defesa escrita, ainda seria possível a defesa oral em 20 minutos e a estipulação de prazo para juntada de procuração, sob pena da decretação da revelia.

Logo, pode-se concluir que a partir das audiências realizadas na vigência da reforma, deverão ser recebidos defesa e documentos eventualmente juntados pelo reclamado, antes da audiência, ainda que não esteja presente o reclamado, mas apenas seu procurador; caso a defesa tenha sido juntada anteriormente e ninguém compareça à audiência, deverá ser decretada a revelia e confissão, pois obrigatória a presença; se apenas o advogado comparecer, mas ainda não tiver juntado defesa, e nada requerer, deve-se encerrar a instrução, com decretação, também, dos efeitos da revelia (falta de defesa) e da confissão (ausência quando deveria depor).

Certamente, a alteração legislativa ainda causará reviravoltas na jurisprudência, que não se limitarão ao futuro cancelamento da Súmula 122 pelo TST, mas em sua substituição por outra diretriz.

Sendo norma exclusivamente processual, aplicam-se seus efeitos imediatamente, inclusive quanto aos processos ajuizados anteriormente à reforma, no que diz respeito às ações cujas audiências e julgamentos ocorram a partir da vigência da lei.

7. A representação da reclamada em audiência e as novas regras quanto à pessoa do preposto

Outra alteração relevante na CLT refere-se à representação do reclamado em audiência. O art. 843 sempre permitiu ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tivesse conhecimento dos fatos, e cujas declarações obrigariam o proponente (§ 1º). Muito embora a CLT falasse em gerente ou qualquer outro preposto que tivesse conhecimento dos fatos, a jurisprudência, através da Súmula 377 do TST, havia se firmado no sentido de ser necessário que o preposto fosse empregado do reclamado, ressalvada a situação do empregador doméstico e do micro ou pequeno empresário, esses em razão dos termos do art. 54 da Lei Complementar 123/2006.

Esse posicionamento foi drasticamente atingido com o acréscimo, ao art. 843 da CLT, do § 3º, com a seguinte redação: “O preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada”.

A justificativa do projeto de Lei 6.787/2016 se fundou justamente na restrição da interpretação dada pela questão ao TST, que não foi tida pelo relator do projeto como razoável, “uma vez que o fundamental na questão é que o preposto tenha conhecimento dos fatos tratados na reclamatória, independentemente de ser empregado ou não, já que no cumprimento desse mandato, os atos praticados pelo preposto comprometerão o empregador”.

Logo, a partir de tal previsão, o preposto que virá a representar o empregador em audiência não mais precisará ser empregado, o que, entretanto, não dispensa que tenha conhecimento dos fatos.

Teixeira Filho⁸⁴ esclarece que a redação da Súmula 377 decorria de dois fundamentos, sendo um de direito (se a lei se referia a gerente, estava se referindo a um empregado do réu) e um de fato. Quanto ao fundamento de fato, relata o autor:

[...] admitir-se que a representação pudesse ser exercida por quem não mantivesse vínculo de emprego com o representado, implicaria, em certos casos, permitir o exercício da procuradoria judicial por quem não estivesse legalmente habilitado a fazê-lo, a refletir-se numa espécie de “preposição profissional”. Tal era a hipótese dos contabilistas e dos contadores, que, em decorrência de serem, habitualmente, designados como prepostos de seus clientes, acabavam se instruindo não apenas em matéria de direito do trabalho, mas até mesmo em questões processuais [...] Não será fantasioso supor que, doravante, além de ser estimulada a formação de *prepostos profissionais*, haverá também a figura do *preposto de plantão*, que permanecerá nas dependências do fórum, a fim de colocar os seus préstimos à disposição de quem deles, circunstancialmente, precisar.

A superação do entendimento da Súmula 377 do TST somada à não alteração do art. 791 da CLT, que permite aos empregados e empregadores o exercício do *jus postulandi*, permitirá teoricamente o retorno à situação pretérita narrada pelo experiente processualista, vez que a lei passa a admitir que o empregador apresente como preposto pessoa desvinculada do ambiente de trabalho, que domine o procedimento processual e as leis trabalhistas, atuando com o compromisso direto com o empregador e em busca de um melhor resultado ao seu representado, sem se preocupar necessariamente com a veracidade dos fatos.

84 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 146-147.

Nessa seara, curioso destacar que já existe o oferecimento dos serviços na rede mundial de computador: consultando a rede mundial de computadores⁸⁵ é possível orçar o custo de contratação de um preposto profissional para representação inclusive em audiências trabalhistas. Dentre as vantagens apontadas pelo sistema, destaca-se o seguinte:

Profissionais Capacitados. Somos especializados em gestão de prepostos. Nossa missão é qualificar a representação de nossos clientes em audiências cíveis, trabalhistas e demais áreas, e em licitações por meio de nosso prepostos correspondentes em todas as regiões do Brasil. Ao contratar nossa empresa, **você terá a garantia de um trabalho feito por profissionais da área jurídica.** Cada processo terá o suporte de um advogado. Nossa empresa trata todas as informações com total sigilo corporativo. Todos os prepostos são orientados para a atuação em audiências ou já possuem larga experiência como representantes jurídicos. O capital intelectual é o diferencial que oferecemos aos nossos clientes.

Considerando as novas diretrizes, para evitar situações atentatórias à dignidade da justiça, torna-se importante questionar o preposto quanto ao conhecimento dos fatos, de forma bastante específica, permitindo atestar a veracidade das alegações das partes e o cumprimento de requisito explícito no § 1º, qual seja, o “conhecimento do fato”. Vale mencionar também que, não mais é preciso recorrer ao CPC para que haja responsabilização em eventual litigância de má-fé das partes no processo. Os artigos 793-A ao 793-C, permitiram a penalização no valor entre 1% e 10% do valor corrigido da causa, bem como em honorários advocatícios e prejuízos causados à parte contrária. E, dentre as hipóteses ali relacionadas, inclui-se alterar a verdade dos fatos e proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo – duas hipóteses que podem ser aplicadas ao preposto que mentir intencionalmente ao prestar depoimento pessoal.

Por fim, no que diz respeito à aplicação intertemporal da norma, a IN 41 parâmetrizou a questão do seguinte modo: a) o disposto no art. 843 § 3º da CLT se aplica apenas às audiências realizadas após 11 de novembro de 2017, independente da data de ajuizamento da ação (art. 12, § 1º); b) não se admite a cumulação das condições de advogado e de preposto na mesma lide (art. 12, § 3º).

8. Inversão do ônus da prova e procedimento para sua declaração

Outra alteração decorrente da Lei 13.467/2017 foi que a CLT passou a conter o mesmo texto de distribuição do ônus da prova que era trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, art. 373, *caput*, e que já era utilizado de forma subsidiária

85 PREPOSTO PROFISSIONAL. Portal de serviços disponível em: <<http://prepostoprofissional.com/>>

no Processo do Trabalho, conforme IN 39/16 do TST. Com a alteração, ao invés de prever que *a prova das alegações incumbe à parte que as fizer*, o artigo 818 passou a prever texto semelhante ao do CPC, ainda que com linguagem adaptada à terminologia do processo do trabalho: Art. 818. O ônus da prova incumbe:

- I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
- II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

A alteração trazida no *caput*, por si só, não alterou a realidade prática do processo do trabalho, pois essas já eram as consequências advindas da interpretação da antiga redação do art. 818 da CLT: quem alegava fato constitutivo era o reclamante, e quem alegava fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante era, logicamente, o reclamado.

Questão mais relevante diz respeito à dinamização da distribuição do ônus da prova. Na redação do CPC de 1973, entretanto, a distribuição do ônus da prova era estática, inflexível; apenas na versão de 2015 é que se passou a prever uma distribuição dinâmica no ônus da prova (art. 373, §§ 1º e 2º), o que já era defendido pela doutrina há bastante tempo. Assim, de acordo com Bar e Laband⁸⁶, “o ônus de prova não deveria ser fixado em leis, mas imposto pelo juiz ao litigante que oferecesse melhores argumentos, ou parecesse, à primeira vista, estar com a razão”.

Esses mesmos parágrafos foram acrescentados à CLT na ocasião da mudança de redação do art. 818. Embora também sejam em parte traslado do que já estava previsto no art. 373 do CPC (e que a Instrução Normativa 39/16 já declarara ser compatível com o processo do trabalho), trouxeram mudanças significativas quanto ao procedimento e exigirão adaptação do magistrado na verificação cautelosa do ônus probatório e da capacidade das partes em produzir tais provas.

Essa a redação que foi dada aos parágrafos:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

86 Apud TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 113.

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

O primeiro ponto importante a se levantar é o disposto no § 1º: compete ao magistrado analisar especificamente a condição subjetiva das partes em produzir determinadas provas, o que insere no âmbito do processo do trabalho o *princípio da aptidão para a prova*⁸⁷. Esse princípio estabelece que a parte que tem melhores condições de fazer a prova o fará, seja por ter melhor acesso a ela, seja porque essa prova é inacessível à parte contrária.

Conforme Alexandre Freitas Câmara, essa possibilidade visa permitir que o juiz modifique a distribuição do ônus da prova quando se verificar que esse impõe a uma das partes o ônus da chamada “prova diabólica”, qual seja, a prova de impossível produção⁸⁸. O objetivo é colocar as partes em paridade de armas: prova aquele que tem melhores condições de o fazer, no caso concreto, sem obediência a uma regra rígida, que pode ser extremamente injusta.

Ainda, o parágrafo 1º dispõe que, em sendo de excessiva dificuldade para uma parte ou de maior facilidade para a outra parte produzir as provas necessárias, o ônus poderá hipoteticamente ser invertido. A utilização do verbo “poderá” demonstra que a inversão consiste em faculdade do Juízo na adoção da medida, quando entender necessária e adequada, vinculada ao cuidado de não tornar impossível ou excessivamente difícil a produção da prova para aquele a quem se atribuiu o ônus. Necessário, portanto, a devida ponderação.

Essa inversão poderá ocorrer por iniciativa do juiz, como condutor do processo, ou mediante análise de requerimento específico da parte interessada. De qualquer modo, se destaca a necessidade de *decisão fundamentada* para tanto, requisito essencial para que não haja posterior declaração de nulidade da decisão e dos eventos que a seguirem.

Luciano Martinez⁸⁹ indica uma hipótese específica de inversão do ônus da prova em razão da maior facilidade de uma das partes:

Exemplo disso pode acontecer diante da apuração da existência de trabalho em domingos em estabelecimento com menos de dez empregados, que, entretanto, possui circuito de vigilância eletrônica em tempo integral. Apesar de o ônus de demonstrar a prestação de trabalho em domingos seja do próprio demandante, a acionada tem maior

87 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 119.

88 Apud LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 814.

89 MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista: entenda o que mudou**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 218.

facilidade de produzir a prova da sua presença ou ausência mediante as imagens captadas pelas câmeras. Caberá, portanto, ao magistrado atribuir o ônus da prova de modo diverso, mas nesse caso deverá fundamentar a sua decisão.

Diversas dessas situações corriqueiras já estão, inclusive, consolidadas na jurisprudência, sendo exemplos: a) a Súmula 443 do TST, que presume discriminatória a dispensa do empregado portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito, acarreta a inversão do ônus da prova; b) a Súmula 338, I, do TST, que atribui ao empregador o ônus de comprovar a jornada de trabalho efetivamente praticada, quando tem mais de dez empregados e não apresenta os controles de ponto, fazendo presumir, na omissão, a jornada indicada na petição inicial.

Em análise, ainda, do § 1º em conjunto com o § 3º, é importante perceber também que a alteração do ônus probatório não pode gerar situação tal que agrave sobremaneira a situação de quem, a princípio, não tinha qualquer ônus probatório. Ou seja, a inversão do ônus não pode atribuir à parte contrária dificuldade similar àquela que seria encontrada pelo original incumbido da prova. Isso em nada beneficiaria o procedimento e atentaria contra a ideia de isenção do magistrado. A análise desses pontos é bastante subjetiva, exigindo cautela e atenção para que não sirva como mecanismo de promoção de injustiça, ao invés de facilitar a justiça.

Quanto ao procedimento a ser observado, pode ser resumido do seguinte modo:

- a) O juiz analisa, a requerimento da parte ou ex officio, se o caso demanda ou não inversão do ônus da prova, mediante decisão fundamentada, dando ciência às partes; tratando-se de decisão de caráter interlocutório, não é passível de recurso imediato;
- b) A inversão consiste em regra de procedimento, e não de julgamento: deve ser efetuada antes do início da audiência de instrução, a fim de permitir o contraditório e a ampla defesa, consistindo, agora, uma ilegalidade sua declaração apenas em sede de julgamento, o que acarretaria a chamada decisão surpresa, vedada pelo ordenamento processual civil (art. 10 do CPC); duas são as possibilidades, em termos de momento adequado para declaração da inversão: (b-1) proferir a decisão em momento saneador na própria audiência, antes do início da coleta da prova oral, o que acarretaria a necessidade de, em havendo pedido, adiar a realização da audiência a fim de que a parte a quem foi atribuído, por inversão, o ônus da prova, possa produzir as provas necessárias (*todos os meios de prova em direito admitidas*, o que significa que não se limita à coleta da prova oral); (b-2) proferir a decisão em despacho saneador, em gabinete, antes da instrução, com intimação prévia das partes, o que evitaria eventual adiamento da audiência de instrução e melhor aproveitamento do tempo processual.

Esse despacho saneador sempre foi repellido pelo processo do trabalho, em razão da simplicidade do procedimento, sendo que eventuais questões que necessitem de saneamento são tradicionalmente resolvidas em audiência. Como a audiência de instrução é o momento oportuno de se proceder à fixação dos pontos controvertidos e produzir as provas faltantes ou insuficientes para a comprovação dos direitos pleiteados, a providência prevista no § 2º pode ser efetuada nessa oportunidade.

Entretanto, nada impede que, em havendo pedido de inversão do ônus da prova, nas hipóteses de audiências bipartidas (inicial e instrução), o magistrado o decida previamente, em procedimento de saneamento semelhante ao que existe no processo cível, aproveitando da oportunidade para a “organização” do conteúdo probatório que virá a instruir o processo. Naquele procedimento, os artigos que regulam o tema preveem o que segue:

Art. 347. Findo o prazo para a contestação, o juiz tomará, conforme o caso, as providências preliminares constantes das seções deste Capítulo.

Art. 348. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando a inocorrência do efeito da revelia previsto no art. 344, ordenará que o autor especifique as provas que pretenda produzir, se ainda não as tiver indicado.

Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.

Art. 350. Se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe o juiz a produção de prova.

Art. 351. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 337, o juiz determinará a oitiva do autor no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe a produção de prova.

Art. 352. Verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

Art. 353. Cumpridas as providências preliminares ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, observando o que dispõe o Capítulo X.

A adoção de um despacho saneador, em especial para processos de maior complexidade, permitiria uma melhor organização da pauta de audiência, pois após a apresentação da contestação já será possível a visualização das matérias a serem abordadas e as partes incumbidas dos respectivos ônus. Evitaria, ainda, como já dito, que houve adiamentos desnecessários de audiência, aproveitando melhor os horários disponíveis de pauta. Algo a se pensar.

É de se esclarecer, por fim, quanto à decisão do magistrado que determina a inversão do ônus da prova, que ela não vincula o tribunal, que poderá dar interpretação diferente aos fatos, considerada a alta carga de subjetivismo que a decisão carrega.

9. Aplicação de multa à testemunha que falseia a verdade

A prova testemunhal sempre foi de vital importância e destaque no contexto do processo do trabalho, na medida em que, nas relações de trabalho informais, que compreendem grande parte das relações de emprego no Brasil, o único meio de prova acessível ao empregado acaba por ser a prova testemunhal. Além disso, considerando o princípio da primazia da realidade sobre as formas, a prova oral acaba sendo o único meio que as partes dispõem para tentar desconstituir provas documentais que buscam *maquiar* a realidade dos fatos.

Em sendo de larga utilização, são frequentes as denúncias de depoimentos de testemunhas que são *preparados* para atingir determinado fim, em verdadeira simulação. Essa denúncia atinge tanto trabalhadores quanto empregadores e muitas vezes coloca em xeque a validade da prova exclusivamente testemunhal.

Antes da Reforma Trabalhista, as implicações legais em relação à testemunha se limitavam à imposição de multa no caso do não comparecimento injustificado em audiência, com condução coercitiva, na hipótese de ter sido devidamente intimada para esse fim, e à abertura de processo penal em caso de indícios de crime de falso testemunho (art. 342 do Código Penal). Mas, é sabido, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo, a testemunha que estivesse disposta a mentir deliberadamente em juízo já tinha ciência prévia, por parte de quem a instruía, que a advertência legal feita pelo magistrado dificilmente traria qualquer repercussão efetiva em sua vida.

A Lei 13.467/2017, no entanto, trouxe nova possibilidade repressiva, pelo magistrado, à legislação, permitindo a aplicação da mesma penalidade pecuniária que pode ser inquirida ao litigante de má fé à testemunha que “intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa”, multa a ser executada nos mesmos autos em que imposta (art. 793-D, CLT).

A alteração tem defensores ardorosos e também críticos severos. Delgado e Delgado⁹⁰, por exemplo, asseveram que:

A última inovação trazida por essa Seção IV-A da CLT, que normatiza a responsabilidade por dano processual, refere-se à aplicação da multa prevista no art. 793-C “à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa” (texto do novo art. 793-D da CLT). Atente o leitor para a circunstância de que não há punição similar na seção do CPC que serviu de parâmetro normativo para essa inovação introduzida na CLT. Ou seja, não existe, na Seção II do CPC-2015 (“Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual”) que integra o Capítulo I do Título I do Livro III daquele diploma processual geral, sendo composta pelos arts. 79

90 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 367-368.

até 81, abordando a responsabilidade das partes por dano processual, preceito legal que faça referência expressa à punição, mediante multa, à testemunha. Em suma, o novo art. 793-D da CLT, inserido pela Lei da Reforma Trabalhista foi além do próprio rigorismo já percebido no novo Código de Processo Civil. Essa disparidade jurídica, em tema tão sensível e decisivo ao Direito Processual do Trabalho, demonstra o inusitado rigor com que a Lei passou a tratar o processo judicial trabalhista, com efeitos claramente restritivos ao acesso à justiça na realidade trabalhista brasileira.

Já Marcelo Prata⁹¹ defende a alteração legislativa:

O art. 793-D estende a multa por litigância de má-fé, acima mencionada, à testemunha que falte dolosamente com a verdade ou omita intencionalmente fatos sobre os quais tenha ciência, cuja elucidação seja fundamental para o deslinde da causa. Além disso, prevê que a execução da multa em comento se dê nos próprios autos principais. Diante da falta de compromisso com a verdade de uma grande massa de testificadores, mesmo sob o risco de responder pelo crime de falso testemunho - art. 342 do CP -, tal inovação é louvável como tentamen de garantir a dignidade da administração da Justiça, bem como de se promover a busca da verdade real.

Deixando à margem as questões de ordem crítica, diversos questionamentos procedimentais surgem a partir daí, sendo que os principais serão abaixo resumidos.

Em termos de *hipóteses de incidência legal*, são duas as que permitem a aplicação de multa:

(a) *quando a testemunha intencionalmente alterar a verdade dos fatos: a lei exige um animus* específico da testemunha, um dolo de conduta, o que é de difícil avaliação pelo magistrado. Deve-se lembrar, como adverte Schiavi (2018, p. 810/811), que “as testemunhas depõem sobre fatos pretéritos que muitas vezes já se passaram há alguns anos, e, ainda, a interpretação dos fatos varia de pessoa para pessoa”; ele ainda relembra o magistério de Isis de Almeida, que adverte que “a testemunha não é uma câmara fotográfica que fornece a imagem de fato observado. Ela o vê sob certo ângulo e, mesmo descrevendo-o o mais objetivamente possível, vai fixando pontos de sua preferência, abandonando outro involuntariamente, sob o comando de seu subconsciente”. Baudin⁹², por sua vez, ressaltava que “a lembrança é normal-

91 MANNRICH, Nelson (coordenador). **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 28.

92 Apud TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 106.

mente exposta a toda a sorte de deformações inconscientes e pode ser cumulada de diversas ilusões. Logo, não é tarefa fácil identificar quando exatamente uma testemunha está alterando a verdade dos fatos de maneira intencional, devendo o juiz caminhar com cuidado nessa avaliação, mesmo porque pequenas divergências são normais, esperadas e saudáveis nos depoimentos. Além disso, não se pode esquecer que, na dúvida quanto à real intenção da testemunha, presume-se a boa-fé.

(b) *quando a testemunha intencionalmente omitir fatos essenciais ao julgamento da causa*: nessa segunda hipótese soma-se o *animus* doloso com a essencialidade do fato omitido pelo agente. Logo, a conduta omissiva deve não apenas ser intencional como também ser direcionada a fatos que sejam essenciais ao julgamento da causa. Assim, a omissão intencional em relação a fatos que não sejam relevantes não acarreta hipótese de incidência da multa.

Quanto à iniciativa para aplicação, pode decorrer de requerimento expresso da parte que se sentir prejudicada, mas também pode ser aplicada *ex officio* pelo magistrado, observado o que dispõe o art. 793-C da CLT (*de ofício ou a requerimento*).

Considerando as hipóteses legais de incidência, surgem questionamentos de ordem prática na rotina diária do magistrado:

(a) *qual o momento em que se deve dar a conhecer à testemunha sobre a possibilidade de incidência da multa?* É de se questionar se o juiz deve advertir a testemunha dessa possibilidade já no início de seu depoimento, juntamente com as advertências de praxe quanto ao falso testemunho. Isso pode ter o efeito de pressionar a testemunha a se comprometer com a verdade, mas também pode soar como espécie de ameaça, aumentando o grau de nervosismo que já assola as pessoas mais simples no momento que se apresentam diante do juiz. Se faz necessário, assim, avaliar de forma subjetiva qual o procedimento a ser tomado, caso a caso. Algumas vezes, reservar essa advertência para o curso do depoimento, se constatado algum desvio, traz melhores resultados, no sentido de reencaminhar a testemunha para a vereda da verdade.

(b) *qual o procedimento para aplicação da multa?* A doutrina tem questionado se o juiz poderá aplicar a multa incidentalmente, sem contraditório e ampla defesa para a testemunha, pois isso implicaria em procedimento inquisitorial e atentaria contra o princípio do devido processo legal. Ora, considerando que a lei manda aplicar à testemunha a mesma multa que se aplica ao litigante de má fé, parece que o procedimento a ser observado será o mesmo que se observa para o litigante de má fé: aplicação da penalidade no momento da sentença. O magistrado deverá tomar o cuidado, entretanto, de advertir a testemunha a respeito dessa possibilidade ao longo do depoimento, registrando esse fato em ata, e de mandar intimar a testemunha do conteúdo da decisão, pois ela terá a prerrogativa de recorrer, como terceira interessada;

(c) *qual o procedimento para execução da multa?* Embora a lei diga que a execução se dará nos mesmos autos, considerando que o responsável pelo pagamento é a testemunha, e não a parte que a indicou, sugere-se que essa execução seja feita em autos suplementares, para se evitar maiores atrasos no andamento da execução principal. Adverte-se, ainda, da eventual possibilidade de a testemunha apresentar embargos à execução da multa, visando desconstituir sua aplicação, momento no qual poderá utilizar de todos os meios de prova, na medida em que a aplicação da multa não foi precedida de contraditório e ampla defesa, pois ela não era parte no processo original.

(d) *a quem se destinará a multa?* Novamente, aplicando-se a mesma lógica do art. 793-A da CLT, a multa deverá ser destinada à parte contrária daquela que arrolou a testemunha, pois foi a vítima do embuste. Dessa opinião comunga Teixeira Filho⁹³. Se a testemunha assim inquinada for comum a ambas as partes, a solução pode ser a divisão da multa igualmente em favor de ambas ou a conversão em recolhimento aos cofres da União, mediante equiparação da conduta a ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, §§ 1º e 2º, CPC).

(e) *o juiz poderá dispensar o recolhimento da multa?* Diferente do que acontece com a multa pelo não comparecimento a juízo apesar de devidamente intimada, que tem uma natureza de penalidade cominatória e pode ser dispensada pelo juiz posteriormente, a multa em questão tem um aspecto eminentemente punitivo, pelo que não parece adequado que o magistrado dispense a testemunha de seu recolhimento, depois de transitado em julgado a decisão que a impôs. Nesse aspecto, Teixeira Filho⁹⁴ defende inclusive que “no caso do art. 793-D, da CLT, mesmo que a testemunha se retrate, a multa deverá ser mantida”. A retratação, nesse caso, impediria a consumação do crime de falso testemunho, mas não impediria a incidência da multa.

Por fim, lembrando-se a alta utilização da prova testemunhal no processo do trabalho, bem como o princípio da boa-fé objetiva, é importante lembrar que os magistrados devem ser cuidadosos na aplicação de tais multas, sob pena de banalização do instituto, acarretando inclusive o crescimento da dificuldade de se encontrar pessoas dispostas a testemunhar em juízo. Esse efeito deletério atingiria sobretudo os mais pobres (reclamantes ou reclamados), que não teriam condições de “garantir” às testemunhas o pagamento de tais multas, em caso de sua aplicação pelo magistrado.

Logo, a hipótese deve ser reservada às situações em que efetivamente demonstrados os requisitos de aplicabilidade, e não a aparentes lapsos de memória ou omissão culposa de informações relevantes.

93 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 107.

94 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 105.

No que se refere à intertemporalidade da norma, a IN 41 estabeleceu interpretação segundo a qual a penalidade seria aplicável apenas às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017. Excepcionalmente, também estabeleceu um curioso procedimento de aplicação da penalidade financeira, em seu art. 10, parágrafo único: *Após a colheita da prova oral, a aplicação de multa à testemunha dar-se-á na sentença e será precedida de instauração de incidente mediante o qual o juiz indicará o ponto ou os pontos controvertidos no depoimento, assegurados o contraditório, a defesa, com os meios a ela inerentes, além de possibilitar a retratação.*

Importante frisar, entretanto, que grassam controvérsias a respeito de como instaurar referido procedimento incidental, questão que ainda vai merecer discussão mais ampla para fins de estabelecimento de procedimentos.

3.1.2 MÓDULO 2: Os impactos na hora de sentenciar.

1. Litisconsórcio Nas Ações Anulatórias De Cláusulas Convencionais

O art. 611-A da CLT, a partir da Reforma Trabalhista, estipulou um rol exemplificativo, permitindo que as normas coletivas se sobressaiam em relação às leis sobre diversos assuntos, ainda que as normas coletivas sejam menos benéficas que as fontes heterônomas estatais. A MP 808/2017 havia feito algumas alterações no dispositivo legal, que restaram prejudicadas com a sua perda de vigência a partir de abril de 2018. Esse aspecto da questão diz respeito ao direito material do trabalho. No aspecto processual, é certo que a possibilidade de que as normas coletivas sejam sobrepostas em relação ao que consta no texto legal, e que sempre foi observado como um mínimo garantido ao trabalhador, faz gerar a possibilidade de discussão judicial de validade da norma coletiva. Em razão disso, foi prevista a interposição de medida que permita a discussão das questões que vierem a ser levantadas por aqueles que se sentirem prejudicados por tais normas. A legislação, entretanto, trouxe uma exigência processual em se tratado de tais ações, como se vê do § 5º do artigo 611-A da CLT:

§ 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.

Importante destacar que a MP 808/2017, atualmente sem vigência, havia estabelecido que a alegação de nulidade poderia ser proposta apenas através de ações coletivas: somente através de tais ações seria possível apreciar alegação de nulidade

de normas coletivas. Com a perda da eficácia da MP, entretanto, voltam à vigência os termos iniciais da Lei 13.467/2017, que possibilita (em tese) a discussão tanto por ações individuais quanto por ações coletivas, e que exige a presença do ente sindical como litisconsorte necessário.

O litisconsórcio necessário ocorre nas hipóteses do art. 114, CPC (*“por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”*). De acordo com Fux⁹⁵, quando se exige litisconsórcio necessário somente uma pluralidade de pessoas é legitimidade a agir em juízo, pois a previsão se destina a situações em que a sentença deve ser formalmente una e materialmente dúplice, dispondo o juiz em uma única decisão sobre a situação jurídica de todas as partes litisconsorciadas. A consequência jurídica para a não participação de todos os litisconsortes necessários será a nulidade ou ineficácia da sentença, conforme o disposto no art. 114 do CPC.

O dispositivo legal acrescido à CLT faz referência à ação declaratória de nulidade de cláusulas de instrumentos coletivos (convenções ou acordos coletivos de trabalho). Assim, embora o artigo mencione a necessidade da presença dos sindicatos subscritores tanto nas ações coletivas quanto nas individuais, tecnicamente está se referindo à necessidade de litisconsórcio apenas às ações anulatórias de norma coletiva, que têm natureza jurídica de ação coletiva e atraem a competência funcional dos tribunais para apreciação, conforme esclarece Bezerra Leite⁹⁶:

[...] a ação que estamos a estudar não se presta apenas a declarar a nulidade de cláusula. Ela assume característica preponderante de ação coletiva constitutiva negativa (ou desconstitutiva), na medida em que seu escopo é fazer com que a cláusula inquinada de ilegal seja expungida do contrato individual, acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, deixando de produzir efeitos em relação às partes contratantes ou a terceiros por ela atingidos.

Portanto, a presença dos sindicatos subscritores como litisconsortes necessários somente será exigida em se tratando de ação anulatória em sentido estrito, qual seja, a que tem a capacidade de expurgar de forma efetiva a validade de cláusula de instrumento coletivo, e que será de competência funcional dos tribunais. Nessa hipótese, se acaso desrespeitada a determinação do § 5º do art. 611-A, da CLT, poderá ser declarada a nulidade do processo pela falta de chamamento de algum dos Sindicatos que deveria obrigatoriamente integrar a lide.

95 BREVES comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015, p. 393.

96 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1808.

Isso se justifica pela necessidade de promover uma análise completa das questões coletivas que vierem a ser discutidas, permitindo que todos os interessados tomem conhecimento, apresentem seus argumentos, atuem em favor do interesse de seus representados e sofram os efeitos da decisão.

Permite-se também que a previsão que coloca o negociado sobre o legislado não traga consequências mais gravosas ao trabalhador, de forma que, uma vez discutida em juízo e demonstrada a irregularidade de norma coletiva anteriormente pactuada, essa possa ser considerada nula para todas as partes que por ela forem atingidas.

É importante frisar que continua sendo possível ao juiz de primeiro grau, nas ações individuais, declarar a invalidade de determinada norma coletiva em relação a um empregado analisado no caso concreto. De acordo com o que esclarecem Dias *et al*⁹⁷:

[...] considerando-se a amplitude de aplicação de um acordo ou convenção coletiva, uma decisão em processo trabalhista individual não pode afetar sua existência, o que demanda ação própria, com objeto definido e que, inclusive, é de competência originária dos Tribunais. Isso não impede, entretanto, que o juiz singular avalie, em ação individual, a validade de uma cláusula coletiva, de maneira incidental, a fim de verificar se ela pode ou não incidir no caso individual sob seu exame. Nessa situação, caso a decisão seja de que a norma não é válida, o resultado é o da inaplicabilidade ao caso concreto, o que não a retira do mundo jurídico: apenas impede a sua incidência naquela relação contratual, o que o dispositivo em comento não veda.

Logo, apenas nas ações anulatórias em sentido estrito, de competência funcional dos tribunais e que têm natureza jurídica de ação coletiva é que se poderá declarar a nulidade efetiva de tais cláusulas, sendo necessária a participação de todos os entes sindicais envolvidos, como litisconsortes necessários. Mas isso não impede que nas reclamações trabalhistas se alegue a ineficácia de cláusulas convencionais, para o que não será necessária a participação dos convenientes como litisconsortes.

No que se refere à questão intertemporal, a IN 41/18 estabeleceu a aplicação da exigência apenas a partir das demandas ajuizadas após a Reforma (art. 3º).

2. Cláusula Compromissória De Arbitragem

A arbitragem já está instituída como meio alternativo para solução de conflito na área cível no Brasil há muitos anos, tendo sido regulamentada por meio da Lei 9.307/1996. Foi albergada também pelo CPC/2015 (art. 485, VII).

97 COMENTÁRIOS à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. São Paulo: LTr, 2018, p. 158.

Em termos procedimentais, a tutela arbitral funciona de modo semelhante à tutela jurisdicional: o conflito será decidido por meio de sentença, prolatada por um árbitro de confiança de ambas as partes e por elas eleitas, e para a análise permite-se a ampla produção de provas, inclusive técnicas, como a perícia.

A escolha pela solução arbitral se dá através de cláusula compromissória de arbitragem, consistente na previsão expressa, no próprio contrato ou em termo anexo, de que as partes irão se utilizar desse mecanismo para solucionar eventual conflito que possa surgir. É firmada previamente ao compromisso arbitral, que consiste na convenção pela qual as partes submetem um litígio à arbitragem.

A solução arbitral tem algumas características que merecem ser ressaltadas.

Em primeiro lugar, a cláusula compromissória de arbitragem implica na renúncia da tutela jurisdicional do Estado e, conseqüentemente, do direito de ação. Observada sua natureza privada, guarda diferenças em relação ao procedimento jurisdicional, em especial em relação aos custos para seu manejo, sendo que, enquanto no âmbito jurisdicional é possível ao demandante obter os benefícios da Justiça Gratuita, isso não ocorre no âmbito da solução arbitral.

Ainda, importante destacar que a rediscussão de assuntos tratados em juízo arbitral somente se dará nos casos previstos nos artigos 22 e ss. da Lei 9.307/96, tais como: incompetência do árbitro; negativa da testemunha de comparecer em audiência; necessidade de adoção de medidas coercitivas ou cautelares; controvérsia quanto aos direitos indisponíveis; e em havendo necessidade da declaração de nulidade da sentença arbitral. Em razão disso, a sentença arbitral produzida em conflitos individuais tem natureza de título executivo judicial, cabendo apenas sua execução no âmbito jurisdicional, quando não for cumprida voluntariamente.

No que se refere à aplicabilidade aos conflitos trabalhistas, de há muito era discutida. A Constituição previu a arbitragem como meio de solução dos conflitos coletivos (art. 114, § 1º), silenciando acerca dos conflitos individuais, e a compatibilidade para solução de tais demandas era rechaçada pela jurisprudência, considerada a natureza dos direitos discutidos e os princípios aplicáveis ao direito do trabalho. A exemplo disso, transcreve-se a seguinte decisão do TST:

SENTENÇA ARBITRAL. APLICABILIDADE AO DIREITO DO TRABALHO 1. A Lei nº 9.307/96, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no artigo 1º, o campo de atuação do instituto apenas aos litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. 2. Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. 3. Com efeito, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como da falta de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e irrenunciáveis. 4. Portanto, a arbitragem não é compatível com o direito individual do trabalho. Há julgados. (ARR - 53500-59.2009.5.15.0151, Relatora

Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 25/04/2018, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/04/2018).

Não obstante a doutrina e jurisprudência e a discutível constitucionalidade de utilização do mecanismo arbitral para decidir sobre direitos que em regra são marcados pela irrenunciabilidade, houve por bem o legislador em trazer ao âmbito trabalhista a possibilidade, ainda que restrita, da sua utilização como mecanismo de solução de conflitos individuais. Assim, a Lei 13.467/2017, em seu artigo 507-A, passou a prever que:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A princípio, observa-se que a aplicabilidade do compromisso arbitral diz respeito apenas aos trabalhadores tidos por economicamente “hipersuficientes” (ou *autossuficientes*, na terminologia adotada por Teixeira Filho), nos mesmos moldes remuneratórios preconizados no art. 444, parágrafo único, da CLT. Apenas esses trabalhadores (os que percebam salário superior ao dobro do limite máximo estabelecido pelo Regulamento Geral da Previdência Social para concessão de benefícios) é que poderão pactuar cláusula compromissória de arbitragem. Nessa hipótese, entretanto, o legislador não exige nível educacional superior, como no caso do art. 444, parágrafo único, mas apenas o nível salarial mais elevado.

Importante refletir que a Lei 9.307/96 prevê a aplicação da arbitragem somente em caso de tutela de “direitos patrimoniais disponíveis”, mas isso não impediu que o legislador reformista a elegesse como meio cabível para dar solução a conflitos decorrentes do contrato de emprego, ainda que esse corresponda a direitos de natureza indisponível, o que tem gerado amplos debates doutrinários e certamente irá acarretar inúmeros conflitos jurisprudenciais, até a pacificação da questão.

Feliciano⁹⁸, por exemplo, aponta mais três razões de inconstitucionalidade da norma, além da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas: violação de garantia de acesso amplo e irrestrito do trabalhador à Justiça do Trabalho, a hipossuficiência presuntiva do empregado (ainda que com salário superior à média nacional) e o estado de subordinação inerente ao contrato de trabalho. Teixeira Filho⁹⁹ também aponta a inconstitucionalidade do dispositivo por violar o direito de ação, além de

98 COMENTÁRIOS à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. São Paulo: LTr, 2018, p. 125.

99 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 45-46.

destacar que evidentemente a cláusula acabará sendo imposta pelo empregador como condição para o contrato.

Não obstante a crítica da doutrina, na análise do novo dispositivo legal observa-se a permissão de que seja inserida nos contratos individuais de tais empregados com remuneração diferenciada a cláusula compromissória de arbitragem, condicionando essa inserção à iniciativa do empregado ou à sua concordância expressa.

É interessante destacar que a forma como foi redigida a norma em questão guarda direta relação com o que decidiu o STJ, em março de 2016, a respeito da possibilidade de compromisso arbitral nos contratos de adesão sujeitos ao direito do consumidor, utilizando da mesma terminologia ali indicada. Nos autos do Recurso Especial nº 1.189.050 - SP (2010/0062200-4), em acórdão relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, o STJ decidiu que seria possível a inserção de cláusula de arbitragem em contrato de adesão sujeito ao Código do Consumidor, mas que a cláusula vincularia apenas o fornecedor, não o consumidor:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. POSSIBILIDADE, RESPEITADOS DETERMINADAS EXCEÇÕES. 1. Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º), inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas “ondas renovatórias do direito” de Mauro Cappelletti. 2. Por outro lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito “as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”. A mens legis é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral. 3. Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva. 4. Com a mesma ratio, a Lei nº 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, nos termos do art. 4º, § 2º, justamente porque nesses contratos prevalece a desigualdade entre as partes contratantes. 5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que *entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente,*

com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção. 6. Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo peticitante depende da ratificação expressa do oblativo vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em que o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória. 7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso. 8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral. 9. Recurso especial provido.

A partir desse precedente, e considerando as similitudes entre direito do trabalho e direito do consumidor, ambas disciplinas de ordem protetiva do hipossuficiente, e também as semelhanças entre a natureza jurídica do contrato entre fornecedor e consumidor e do contrato de trabalho, ambos considerados contratos de adesão, é que se discute sobre a viabilidade dessa previsão no contrato de trabalho. Se, por exemplo, a previsão consta em contrato de experiência, que corresponde na prática a um contrato de adesão, a simples assinatura validaria a concordância? Deve-se lembrar que, nesses casos, ou o empregado se submete às cláusulas ali previstas, ou pode ser que não consiga se inserir no mercado de trabalho, em caso de discordância.

A se aplicar a mesma lógica do julgado do STJ, a cláusula de arbitragem vincularia apenas o empregador, e não o empregado: nesse caso, se o empregado ajuizasse ação diretamente na Justiça do Trabalho, deixando de lado o compromisso arbitral, estaria demonstrando seu desinteresse na adoção da arbitragem, o que acarretaria a consequente ineficácia da cláusula arbitral. Essa, talvez, seja uma solução adequada às discussões que se instauram em torno desse novo instituto no âmbito do processo do trabalho.

Apenas o tempo, entretanto, irá indicar se de fato a arbitragem passará a ser utilizada como mecanismo de solução dos conflitos individuais trabalhistas. De qualquer modo, irá atingir uma pequena parcela dos trabalhadores brasileiros, considerando o nível salarial exigido para que se possa submeter o conflito à arbitragem. Além disso, a maior parte da população tem preferência de solucionar seus conflitos pela via jurisdicional, não havendo o costume de se recorrer à arbitragem, exceto em se tratando de contratos de vulto econômico, mesmo porque o mecanismo é mais dispendioso economicamente. Talvez acabe se indicando um meio eficaz de solução dos conflitos dos altos trabalhadores (em especial executivos), que guardam certa reserva em discutirem em processos sujeitos à publicidade, questões relativas a seus contratos com os empregadores.

3. Gratuidade de Justiça

O processo do trabalho sempre foi marcado por algumas características especiais, no que diz respeito ao acesso à justiça: a amplitude da justiça gratuita é uma delas. A gratuidade atinge quase que para todos os trabalhadores que demandam junto à Especializada, considerando a condição de hipossuficiência da maior parte dos empregados. Outra característica importante consiste na previsão de pagamento das custas apenas ao final do processo. Isso permitiu um acesso amplo e geral dos trabalhadores ao Judiciário, na linha do que preconizado por Cappelletti e Garth¹⁰⁰.

Com a Reforma Trabalhista, algumas questões foram modificadas, em relação a esse aspecto. A gratuidade, que tinha como beneficiário principal o trabalhador, posto que a Lei 5.584/70 era voltada à pessoa física, foi ampliada, para também possibilitar o expresse alcance às pessoas jurídicas, e foi alterado o critério objetivo de concessão para as pessoas físicas.

100 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 18.

O anterior critério objetivo fixado por lei era que o requerente (pessoa física) recebesse salário inferior a dois mínimos mensais para que pudesse pleitear a gratuidade. A norma, nesse aspecto, foi modificada, sendo que a atual redação do § 3º do artigo 790 da CLT trouxe o seguinte texto:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

No ano de 2018, então, os trabalhadores que perceberem salário mensal de até R\$ 2.258,32 (dois mil duzentos e cinquenta e oito reais e trinta e dois centavos) terão direito a postular os benefícios da justiça gratuita. Evidentemente, também aqueles trabalhadores desempregados estão abrangidos por essa regra.

É de se destacar que a ideia inicial do legislador, conforme consta do relatório elaborado pelo Relator do PL nº 6.787/2016, Deputado Rogério Marinho, parece ter sido diversa, de evitar a presunção de necessidade e exigir a demonstração de preenchimento de requisitos para receber tais benefícios:

A redação sugerida aos §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT visa justamente a dar efetividade ao princípio da gratuidade, transcrevendo os termos da Constituição no § 4º, enquanto o § 3º exclui a presunção de insuficiência de recursos, admitida na parte final da redação atual. Ressalte-se que o objetivo não é dificultar o acesso à Justiça, mas, pelo contrário, torná-la efetiva, evitando-se as ações em que se solicita, e muitas vezes é concedida, a justiça gratuita para pessoas que dela não poderiam usufruir, mediante mero atestado de pobreza. Com essa medida, afastam-se as pessoas que não se enquadram nos requisitos de “pobreza” e se garante que o instituto seja utilizado por aqueles que realmente necessitam.

Não obstante, o art. 99, § 3º, do CPC, que se aplica de forma subsidiária e supletiva ao processo do trabalho, por força do que dispõe o art. 15 desse diploma, estabelece que se presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural. Esse dispositivo já havia sido interpretada como compatível com o processo do trabalho pelo TST, que, quando da revisão da Súmula 463, item I, em 30.6.17, havia estabelecido que para a pessoa natural obter os benefícios em questão bastaria a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por advogado com poderes específicos a esse fim.

Logo, em uma interpretação sistemática, e considerando a notória hipossuficiência do trabalhador, essa declaração firmada por pessoa natural deve continuar ser presumida verdadeira, a despeito do relatório do relator da Lei da Reforma. Portanto, pode-se concluir que, nesse aspecto, a questão demanda requerimento de requisito

objetivo para ser deferida: desde que a renda seja inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, basta o requerimento e a comprovação da renda para ter deferido o benefício, o que continuará a atingir diretamente a maior parte dos trabalhadores que postulam junto ao Judiciário Trabalhista.

Juntamente ao § 3º foi acrescentado o § 4º, dispondo que “o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”.

O parágrafo em questão estabelece outra hipótese de concessão de justiça gratuita: o parágrafo terceiro é voltado às pessoas físicas (trabalhadores e empregadores) com salário inferior ao limite ali fixado, uma vez que apenas pessoas físicas têm salários; já o § 4º é destinado a outras situações: o benefício será concedido à parte, que pode ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica. Pode-se concluir que será observada essa hipótese quando: a) se tratar de pessoa física que tiver salário superior ao limite objetivo fixado no § 3º, mas que comprove não ter condição subjetiva de demandar em juízo, e b) se tratar de pessoa jurídica que comprove a insuficiência de recursos financeiros para pagamento das despesas do processo.

Essas duas categorias de litigantes poderão obter a Justiça Gratuita, desde que comprovem a insuficiência de recursos.

Em se tratando de pessoa física, parece possível a aplicação do mesmo dispositivo do CPC acima citado (art. 99, § 3º), bastando a mera declaração individual de incapacidade como meio de prova, declaração que subsistirá até prova em contrário, na medida em que goza de presunção de veracidade. Se for necessário, não será difícil ao requerente pessoa física fazer a demonstração de incapacidade econômica, juntando aos autos “o seu contracheque e as cópias dos boletos dos seus mais significativos custos cotidianos de seu vencimento mensal”, comprovando que, a despeito da renda, “não conseguirá suportar os custos do processo sem a compressão do seu mínimo existencial”¹⁰¹.

Já para a pessoa jurídica, que não goza da presunção legal acima citada, a insuficiência de recursos não se demonstra por mera declaração nesse sentido para o deferimento dos benefícios da justiça gratuita, havendo necessidade de comprovação de incapacidade econômica como um requisito formal para fruição do benefício legal.

A importância da alteração legislativa está justamente em ampliar o acesso das pessoas jurídicas aos benefícios da Justiça Gratuita, o que foi objeto de negativa e restrições por largo período, observada a interpretação restritiva dos termos da Lei 5.584/70 que vigorou por muitos anos. Mesmo após se passar a admitir a concessão desses benefícios à pessoa jurídica, diversos julgados muitas vezes estabeleciam a limitação do deferimento apenas à isenção de custas, sem atingir o depósito recursal, o que, na prática, inviabilizava o acesso ao duplo grau de jurisdição para os empregadores realmente carentes. De modo mais recente, apenas, é que se passou a admitir de forma mais ampla a concessão de tais benefícios às pessoas jurídicas no âmbito da esfera processual trabalhista.

101 MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista**: entenda o que mudou. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 206.

Não se pode olvidar, entretanto, que nesse caso será requisito formal a comprovação de insuficiência de recursos para arcar com a ação, não bastando a mera declaração.

Nesse sentido:

JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. O benefício da justiça gratuita estende-se à pessoa jurídica, uma vez que o disposto no inciso LXXIX do artigo 5º da Constituição Federal (CF) não faz distinção entre pessoa física e jurídica e comete ao Estado a obrigação de prestar a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência econômica. Contudo, na esteira da jurisprudência do colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST), para a concessão do benefício é necessário que a pessoa jurídica comprove a impossibilidade de suportar o pagamento das custas e demais despesas processuais, não bastando a simples afirmação de ausência de recursos. Agravo de instrumento do reclamado não conhecido, porque deserto. **TRT-PR-31765-2015-016-09-00-2-ACO-29635-2017 - 7A. TURMA - Relator: ALTINO PEDROZO DOS SANTOS - Publicado no DEJT em 03-10-2017.**

Essa insuficiência de recursos poderá ser demonstrada pelos mesmos meios que eram utilizados para comprovar a incapacidade econômica do empregador que permitia o uso da medida cautelar de arresto – juntada de títulos protestados, encerramento informal da empresa, alto número de processos ajuizados sem garantia, balanços fiscais com resultado negativo, etc.

Em situação semelhante o TRT-9 assim decidiu:

JUSTIÇA GRATUITA PESSOA JURÍDICA. PROVA DA INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. Em relação ao trabalhador, a simples declaração de hipossuficiência basta para a concessão do benefício, desde que não haja prova em sentido contrário. Já no que se refere ao empregador, pessoa física ou jurídica, é possível o deferimento da justiça gratuita apenas se este comprovar cabalmente que não pode arcar com os custos da demanda sem prejuízo do sustento próprio. No caso, a ré comprovou que foi condenada subsidiariamente em 39 Reclamações Trabalhistas e os documentos juntados comprovam que ela não possui ativos suficientes para recolher o preparo em todos os processos, o que resultaria em valor superior ao seu ativo constante nos balanços patrimoniais e ao seu faturamento mensal. **TRT-PR-21821-2015-005-09-00-7-ACO-28145-2017 - 6A. TURMA - Relator: FRANCISCO ROBERTO ERMEL - Publicado no DEJT em 12-09-2017.**

Muitas dúvidas, certamente, irão surgir na interpretação desse dispositivo, em especial no aviamento de recursos, porque até aquele momento não será necessário

ao empregador o desembolso de custas e despesas, que são devidas sempre ao final ou no aviamento do recurso. Mostra-se salutar que o juiz de primeiro grau, em caso de dúvida na fase recursal, determine o processamento do recurso, para que a questão seja analisada definitivamente pelo juízo *ad quem*, como, inclusive, preconiza o art. 99, § 7º, do CPC. Ainda, que, caso seja indeferido o benefício em sede de recurso, seja concedido prazo para regularização, evitando-se o cerceio de defesa, a exemplo do que preconiza o CPC, como se vê da seguinte ementa:

JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO. CONCESSÃO DE PRAZO PARA RECOLHIMENTO DE CUSTAS E DEPÓSITO RECURSAL. A ré, não beneficiária da justiça gratuita, deixou de efetuar o recolhimento de custas processuais e depósito recursal, conforme condenação que lhe foi imposta, entretanto, em razões recursais formula pretensão de concessão de justiça gratuita, com isenção de custas processuais e dispensa do prévio depósito recursal. A Constituição Federal ao estabelecer que “o estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” não restringiu tal garantia à pessoa física, o que impõe estendê-la também às pessoas jurídicas. Embora admita que a empresa possa ser beneficiada com a justiça gratuita, a jurisprudência tem firmado o entendimento de que a concessão desse benefício está condicionada não à simples declaração de insuficiência econômica, mas à comprovação desse estado. No caso, muito embora a recorrente seja microempresa, não demonstrou a alegada insuficiência de recursos, o que impede a concessão do benefício. Todavia, considerando que o recurso ordinário foi interposto na vigência do novo CPC, bem como o entendimento que prevalece nessa Turma de que aplicável, à hipótese em tela, o disposto no art. 99, § 7º (“Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento”), c/c art. 101, § 2º, do NCPC (“Confirmada a denegação ou a revogação da gratuidade, o relator ou o órgão colegiado determinará ao recorrente o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso”), a concessão de prazo à recorrente para comprovar o recolhimento das custas processuais e do depósito recursal é a medida que se impõe. **TRT-PR-49865-2015-001-09-00-6-ACO-17487-2017 - 6A. TURMA - Relator: SUELI GIL EL RAFIHI - Publicado no DEJT em 02-06-2017.**

Quanto ao procedimento para declaração, pode-se aplicar subsidiariamente o CPC, no que for compatível com o processo do trabalho. A questão está regulada pelo CPC nos seguintes termos:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

[...]

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

[...]

§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.

§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferir-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

[...]

Art. 100. Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão de seu curso.

Parágrafo único. Revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.

Art. 101 [...]

§ 1º O recorrente estará dispensado do recolhimento de custas até decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso.

§ 2º Confirmada a denegação ou a revogação da gratuidade, o relator ou o órgão colegiado determinará ao recorrente o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

Em interpretação consoante com o princípio da simplicidade que impera no processo do trabalho, pode-se concluir que o requerimento dos benefícios poderá ser feito por qualquer das partes, a qualquer tempo, por simples petição, com posterior decisão do magistrado; se houver declaração de hipossuficiência da pessoa físi-

ca e impugnação de sua eficácia pela parte contrária, deverá ser dada oportunidade ao interessado de produzir prova das alegações.

Nota-se, então, que assim como outros institutos constantes na Lei 13.467/2017, a gratuidade da justiça passou por restrições, a fim de evitar ações temerárias. Mas as questões deverão necessariamente ser analisadas sob a perspectiva constitucional do acesso à justiça, e, para esse mister, será importante observar as teses que serão eventualmente aprovadas nos autos da ADI 5766, em tramitação junto ao STF e já mencionada no módulo anterior. Com julgamento já iniciado mas ainda não concluído, existe proposta de tese, pelo Ministro Barroso, no sentido que o direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. Se aprovada, essa tese certamente servirá de baliza para a adequada interpretação dos §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT.

4. Honorários Periciais

A questão referente aos honorários periciais ganhou também nova (e polêmica) roupagem a partir da Reforma Trabalhista.

Em um breve esboço histórico, inicialmente os honorários deveriam ser suportados sempre pelo sucumbente no objeto da perícia; quando o trabalhador era sucumbente, arcava com os custos, a serem retidos de seu crédito; caso não tivesse crédito a receber, quem ordinariamente ficava sem receber era o próprio perito.

Ocorre que a Lei 10.537/02 acrescentou à CLT o art. 790-B, estatuinto que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais seria da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, *salvo se beneficiária da justiça gratuita*. Para regular essa questão, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução nº 66, de 10 de junho de 2010, destinada à Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau, regulando a responsabilidade pelo pagamento e antecipação de honorários do perito, do tradutor e do intérprete, no caso de concessão à parte do benefício de justiça gratuita. Na ocasião, baseando-se no princípio constitucional de acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário e o dever do Estado de prestar assistência judiciária integral e gratuita às pessoas carentes (incisos XXXV, LV e LXXIV do artigo 5º da CF), no direito social do trabalhador à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII, art. 7º, da CF; na ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, determinada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e na necessidade frequente de realização de prova pericial, estabeleceu uma tabela de honorários e determinou que, quando sucumbente o trabalhador beneficiário da Justiça Gratuita, a União arcasse com tais valores.

Posteriormente, tendo em vista o disposto no art. 95, § 3º, II, do CPC, o CNJ também editou resolução (nº 232, de 13 de julho de 2016) fixando os valores dos honorários a serem pagos aos peritos no âmbito da Justiça de primeiro e segundo grau.

A facilitação do acesso à justiça gratuita, entretanto, teve como efeito um aumento no número de demandas em que se postulava a produção de prova pericial, o que foi visto por parte da doutrina como uma forma de banalização na formulação de pedidos de elaboração de laudos, mesmo quando a probabilidade de obter um laudo positivo era baixa. Passou a ser relativamente comum o requerimento de perícias pelo reclamante, muitas vezes de maneira descabida, tendo em vista que não teria nenhum tipo de prejuízo financeiro nesse pedido. A alteração na legislação acarretaria uma tendência que a medida passe a ser requerida com uma maior cautela e de forma mais responsável, conforme adverte Martinez¹⁰².

Assim estabelece a nova redação do art. 790-B da CLT:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

O tema foi disposto de maneira simples no texto legal: aquele que for sucumbente na pretensão objeto da perícia deverá arcar com o pagamento *ainda que* beneficiário da justiça gratuita – substituiu-se a expressão *salvo se* pela expressão *ainda que*, alterando radicalmente os efeitos do texto. Em complemento, o § 4º do mesmo dispositivo estipula que o valor poderá ser custeado com créditos obtidos pela parte em juízo, ainda que em outro processo, e somente se esses não existirem é que a União responderá pelos valores devidos ao perito.

Mas diversos questionamentos podem surgir a partir daí, a começar pelo mesmo debate mencionado quanto às custas processuais no caso de arquivamento da reclamação trabalhista: é de se questionar a constitucionalidade de norma que exige do trabalhador o dispêndio de verba de natureza alimentar para o pagamento de honorários de perito. Ainda que o processo tenha acarretado proveito econômico ao empregado, é certo que as verbas demandadas em ação trabalhista gozam de natureza geral de crédito alimentar, e o fato de ter tido proveito econômico no recebimento de

102 MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista**: entenda o que mudou. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 208.

parcelas de natureza salarial devidas em razão de trabalho já prestado não lhe retiram, em regra, a natureza de hipossuficiente econômico.

Esse questionamento, inclusive, foi objeto da já mencionada ADI 5766, em tramitação junto ao STF. Na peça inicial, o procurador da República lembra que:

Concessão de justiça gratuita implica reconhecimento de que o beneficiário não dispõe de recursos para pagar custas e despesas processuais **sem prejuízo de seu sustento e de sua família**, na linha do art. 14, § 1º, da Lei 5.584/1970. Essa premissa se ancora nas garantias constitucionais de acesso à jurisdição e do mínimo material necessário à proteção da dignidade humana (CR, arts. 1º, III, e 5º, LXXIV). Por conseguinte, créditos trabalhistas auferidos por quem ostente tal condição não se sujeitam a pagamento de custas e despesas processuais, salvo se comprovada perda da condição.

No julgamento da ADI 5.766/2017 (já iniciado e ainda não concluído), o voto do Ministro Relator, Roberto Barroso, aponta pela parcial constitucionalidade da ideia legal, observada a tese segundo a qual o direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários.

Por ora, enquanto parte dos operadores do direito questiona a constitucionalidade da medida, outra parte elogia a medida, que se mostraria coerente com o espírito e a motivação da legislação aprovada, que optou por “aumentar o risco daqueles que fazem pedidos indevidos e patrocinam demandas infundadas”, não vendo na alteração qualquer ferimento à Constituição Federal, pois estaria apenas estabelecendo “uma nova condição para que o sucumbente na demanda seja considerado economicamente necessitado”, qual seja, a existência de crédito reconhecido em alguma demanda judicial, que propiciaria condições de pagar os honorários periciais¹⁰³.

Deixando à margem a questão da constitucionalidade do dispositivo, é importante ressaltar os aspectos procedimentais da alteração legislativa: o pagamento deverá obedecer ao teto estipulado pelo CSJT; pode ser parcelado pelo devedor (como já admitido no processo civil); não se admite que a exigência se dê de maneira antecipada à realização da perícia e, conseqüentemente, à apuração do sucumbente em seu objeto; a União poderá arcar com o pagamento, em se tratando de beneficiário da justiça gratuita, quando os créditos obtidos em Juízo por tal pessoa não forem suficientes a esse fim (considerando todas e quaisquer ações em trâmite em nome da parte).

Por fim, quanto à intertemporalidade da lei, a IN 41/18, em seu art. 5º, estabeleceu parâmetro de interpretação segundo o qual o art. 790-B, *caput* e §§ 1º a 4º, da CLT, não se aplica aos processos iniciados antes de 11 de novembro de 2017.

103 AMBIEL, in MANNRICH, Nelson (coordenador). **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 76.

Mas a questão, evidentemente, também comporta entendimento diverso, baseado na regra da teoria do isolamento dos atos processuais. Nessa hipótese, as novas determinações seriam aplicadas a todos os casos julgados a partir da vigência da lei.

Outra situação possível seria a interpretação intermediária: se aplicaria a norma de sucumbência apenas aos pedidos de perícias formulados a partir da vigência da norma, independente da data do ajuizamento da ação, porque nesse caso o postulante já teria plena ciência dos efeitos da sucumbência.

5. Honorários de Sucumbência

Outra alteração de substancial importância, e que parece estar no centro da polêmica no campo da ordem processual, consiste no estabelecimento de honorários de sucumbência na nova versão da CLT. Tradicionalmente, os honorários advocatícios nas ações trabalhistas eram devidos apenas nas restritas hipóteses da Lei 5.584/70 (nas lides decorrentes das relações de emprego, apenas para o trabalhador, quando ele estivesse assistido por seu sindicato e fosse beneficiário da Justiça Gratuita) e da Instrução Normativa 27/05 do TST (nas demais lides, pela simples sucumbência, nos termos do ordenamento processual civil).

De há muito alguns setores preconizavam a necessidade de aplicação de honorários de sucumbência no processo do trabalho, inclusive apontando essa alternativa como uma medida para conter demandas temerárias. O legislador reformista optou por esse caminho ao incluir o artigo 791-A na CLT:

Art. 791-A. 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.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser

executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. § 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

A partir daí, os honorários advocatícios passaram a ser devidos pela parte sucumbente no pedido, seja naquilo que perdeu, seja naquilo que deixou de ganhar. Embora alguns setores questionem também a constitucionalidade desse dispositivo, a princípio o mero estabelecimento de honorários de sucumbência não parece padecer de inconstitucionalidade. Para Dias¹⁰⁴, a autorização para dedução dos honorários de sucumbência de crédito obtido em processo trabalhista seria de insuperável inconstitucionalidade, posto que violariam a regra da impenhorabilidade salarial.

Na ADI promovida pela AGU, acima mencionada, foi apontado como supostamente inconstitucional apenas o § 4º do art. 791-A, especificamente no que se refere ao bloqueio de créditos obtidos em juízo, ainda que em outro processo, para pagamento dessas despesas. No julgamento iniciado de referida ADI, os dois votos até agora proferidos estão divididos: o Ministro Falcão considera a alteração inconstitucional; já o Ministro Barroso a tem como parcialmente constitucional, inclusive no que pertine à retenção de créditos para pagamento dos honorários devidos pelo trabalhador, propondo as seguintes teses: “1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias.”

Superada essa questão, que deverá ser objeto de oportuno balizamento pelo STF, com efeitos vinculantes, analisam-se as questões de ordem prática em relação ao arbitramento de tais honorários.

O primeiro aspecto diz respeito ao percentual de arbitramento: enquanto o CPC estabelece percentual que varia de 10 a 20% (art. 85 § 2º), a CLT, obedecendo a um limite máximo histórico (da redação original da Súmula 219 do TST), fixou o percentual entre o mínimo de 5% e o máximo de 15%. Uma vez que a norma contém previsão expressa, não se possibilita a aplicação dos percentuais previstos no CPC.

Os critérios de arbitramento do percentual são os do § 2º: grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e a importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. São critérios de

104 COMENTÁRIOS à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. São Paulo: LTr, 2018, p. 192.

natureza subjetiva que deverão ser apreciados de forma cuidadosa pelo magistrado.

Discussão maior diz respeito à base de cálculo sobre que incidirá tais percentuais. O dispositivo afirma que incidirá sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, sobre o proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. Restará discutir o significado desse dispositivo.

Ao se referir às situações em que não é possível mensurar valor (valor de liquidação ou valor do proveito econômico), aparentemente o legislador está se referindo às demandas sem valor econômico expresso: ações meramente declaratórias (como aquela que pede o reconhecimento de vínculo para servir como início de prova em demanda relacionada à aposentadoria), demandas acessórias (como o procedimento para produção antecipada de provas) ou aquelas em que existe apenas pedido de obrigação de fazer (como determinação de baixa na CTPS ou de entrega de documentação para saque do FGTS já depositado). Em tais casos, a base de cálculo será o valor atualizado da causa, que, em geral, tem valor simbólico.

O maior problema parece residir na primeira parte do dispositivo: *o valor que resultar da liquidação da sentença ou do proveito econômico obtido*. O que significa exatamente essa disposição?

Quando se tratar de pedido deferido, a locução é de fácil solução: proveito econômico será o valor resultante da liquidação da sentença, se proferida de forma íliquida, ou do valor econômico da condenação, se proferida de forma líquida.

A problemática se apresenta nos casos em que há pedidos que foram rejeitados, naqueles casos de pedidos que não foram objeto de liquidação prévia, fosse porque formulados de maneira genérica, fosse porque formulados antes da exigência desse requisito, e naqueles casos em que o pedido foi acolhido parcialmente.

Quando o pedido rejeitado foi formulado de maneira genérica, são duas as possibilidades de fixação: a primeira será determinar que se proceda ao cálculo de liquidação desse pedido para fins de incidência dos honorários, o que parece ser mais complexo, em especial porque propiciará, no futuro, discussão de cálculos de liquidação de pedido que sequer for deferido. A segunda possibilidade será o magistrado arbitrar um valor ao pedido rejeitado e, conseqüentemente, aos honorários deferidos, o que parece ser mais razoável, em termos de simplificação de procedimento.

Em se tratando de pedido acolhido parcialmente, também são duas as possibilidades pelo julgador: a primeira será o deferimento de honorários parciais ao procurador do autor (sobre o valor que for liquidado) e de honorários parciais ao procurador do réu (sobre a diferença entre o valor apurado como devido e o valor apontado no pedido); a segunda será considerar que somente existirá sucumbência integral no pedido – ou seja, apenas se o postulante perder completamente o pedido é que serão deferidos honorários de sucumbência ao advogado do réu. Uma parte da doutrina e da jurisprudência tem se inclinado nesse sentido. A esse respeito,

Ambiel¹⁰⁵ esclarece:

[...] se a sucumbência parcial se referir ao pedido – e não ao valor do pedido – naqueles processos em que houver procedência parcial no valor de todos os pedidos, embora em pequena parte, a sucumbência caberia apenas ao advogado do reclamante. Ao contrário, para o advogado da reclamada só haveria direito aos honorários de sucumbência nos pedidos julgados integralmente improcedentes. Nesse caso, a reciprocidade da sucumbência seria apurada verificando a totalidade dos pedidos, separando os que foram procedentes, ainda que parcialmente, dos improcedentes. [...] em uma primeira sinalização de alguns desses magistrados podemos verificar uma tendência de adoção da teoria da sucumbência do pedido e não do valor. A sugestão nos parece defensável. Além de se assemelhar ao critério de sucumbência para pagamento das custas trabalhistas, podendo ser aplicada por analogia aos honorários, mostra-se bastante compatível com a maioria das demandas laborais, nas quais geralmente há uma pluralidade de pedidos, diferentemente das ações cíveis, que raramente apresentam pedidos cumulados sobre fatos distintos.

Logo, e conforme conclui o autor citado, a opção será do magistrado, até que sobrevenha pacificação da jurisprudência.

De qualquer modo, é relevante lembrar que o próprio CPC estabelece que, se uma das partes sucumbir em parte mínima do pedido, a outra responderá por inteiro pelos honorários (art. 86, parágrafo único). Portanto, naquelas situações em que a sucumbência do trabalhador for mínima, ele não deverá ser considerado sucumbente, para fins de arbitramento de honorários ao advogado da parte adversa.

Outro aspecto relevante a ser considerado é que ficou vedada a compensação entre os honorários devidos aos procuradores das partes em decorrência da sucumbência recíproca. Isso indica que os honorários de sucumbência são do advogado, e não da parte que o contratou. Portanto, se o autor tem que pagar R\$ 1.000,00 de honorários ao procurador do réu e o réu tem que pagar R\$ 1.000,00 de honorários de sucumbência ao advogado do autor, esses créditos não se compensam, mas são incluídos na execução como créditos dos procuradores.

Quanto às situações processuais em que seriam devidos honorários: para se evitar interpretação restritiva apenas às ações trabalhistas em sentido estrito (*empregado x empregador*), a lei foi expressa ao estabelecer que são devidos honorários também nas substituições processuais pelo sindicato (como já vinha entendendo a Súmula 219, item III, do TST), nas ações movidas contra a Fazenda Pública e nas reconvenções. No mais, o fato de o legislador estabelecer que são devidos honorá-

105 In MANNRICH, Nelson (coordenador). **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 80.

rios quando o trabalhador estiver assistido pelo sindicato parece indicar a revogação tácita dos termos restritivos da Lei 5.584/70: estariam revogados os honorários assistenciais, substituídos pelos de sucumbência.

A falta de disposição expressa em relação ao arbitramento de honorários em sede de execução e de honorários recursais para indicar que essas hipóteses não se aplicam do mesmo modo como ocorre no processo civil. Teria havido, nesse aspecto, um silêncio proposital do legislador, regulando tais questões de maneira diversa do que ocorre no processo civil. Mas há quem entenda que o silêncio do legislador não foi intencional: haveria uma omissão que permitiria a aplicação de honorários acrescidos nesses casos, pelo uso supletivo do CPC.

Ainda sobre os honorários advocatícios, deve ser observado que o artigo 85 do CPC apresenta diversas questões que são compatíveis e aplicáveis também ao processo do trabalho, como, por exemplo: 1) Nas causas de valor inestimável ou irrisório proveito econômico, ou quando o valor da causa for muito baixo, o juiz realizará apreciação equitativa, permitindo inclusive a fixação de honorários em valor superior ao pedido principal; 2) Em ações de indenização por ato ilícito contra pessoa (como na situação de pensionamento decorrente de acidente de trabalho), o percentual de honorários terá como base as parcelas vencidas e as doze vincendas; 3) Os honorários pertencem ao advogado; 4) Quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros incidirão a partir do trânsito em julgado da decisão.

Vale salientar ainda que o § 4º do art. 791-A da CLT estabelece um prazo decadencial para os honorários de sucumbência devidos pelo beneficiário da justiça gratuita: eles deverão ser pagos no prazo de dois anos após o trânsito em julgado. As obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade nesse período de dois anos subsequentes a contar do trânsito em julgado da decisão que as certificou, e somente poderão ser executadas se, nesse intervalo, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade ao devedor. Decorrido esse prazo sem modificação da condição econômica do devedor, as obrigações do beneficiário estarão automaticamente extintas.

O mesmo debate mencionado quanto às custas processuais é aqui levantado, na medida em que a norma estabelece que esses valores poderão ser retidos de crédito obtido em juízo, ainda que em outro processo. Em termos objetivos, a lei permite a retenção dos honorários de sucumbência dos créditos (de natureza salarial) que foram obtidos pelo trabalhador, sendo essa a constitucionalidade questionada.

É de se destacar que o prazo de suspensão da exigibilidade aqui é diferente da Justiça Comum: lá, é de cinco anos; aqui, de dois, mesmo prazo da prescrição geral do direito de ação do trabalhador. Em seus efeitos práticos, Ambiel¹⁰⁶ esclarece que deve acontecer o mesmo que ocorre na Justiça Comum, onde a maioria das obriga-

106 In MANNRICH, Nelson (coordenador). **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 80.

ções decorrentes dos honorários de sucumbência acabam extintas, pois os credores raramente logram êxito em comprovar que cessou a condição de insuficiência de recursos do beneficiário dentro do prazo legal.

Por fim, ressalte-se que muito se tem discutido a respeito da regra de intertemporalidade da norma, se aplicável apenas aos processos ajuizados a partir da vigência da lei (*tempus regis actus*) ou se aos processos sentenciados a partir da vigência da lei (teoria do isolamento dos atos processuais). A questão demandará tempo para ser solucionada, pois comporta ambas as interpretações.

Ressalvadas as observações já feitas na aula inicial desse curso, observa-se tendência do TST em entender que a aplicabilidade seria limitada às novas demandas, tendo em vista o teor da IN 41/18, que estabeleceu o seguinte, em seu art. 6º: *Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nº 219 e 329 do TST.*

6. Litigância de Má-Fé

O instituto da litigância de má-fé já estava previsto no art. 80 do CPC, sob o título de *responsabilidade das partes por dano processual*, considerado historicamente compatível com o processo do trabalho.

O processo, não é demais lembrar, possui um conteúdo acentuada e inalienavelmente ético, que impõe às partes e a todos que participam do processo um comportamento dotado de lealdade e boa-fé, não podendo ser utilizado pelos litigantes com intenções desleais e desonestas, com o escopo de prejudicar o adversário, de fraudar a lei ou “propiciar o sucesso de velhacadas do gênero”¹⁰⁷.

Agora, o instituto vem previsto expressamente na CLT, nos artigos 793-A, 793-B e 793-C, a partir da nova Seção da CLT, denominada *Da Responsabilidade por Dano Processual*.

Os novos artigos acrescentados preveem o que segue:

Art. 793-A. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente.

Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

107 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Cadernos de Processo do Trabalho nº 3**: Fontes e princípios do direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2018, p. 65.

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juízo condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juízo ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Mas a determinação específica da legislação trabalhista quanto à forma de aplicação da litigância de má-fé em pouco se afasta das condições que já eram estabelecidas por meio do CPC. Essas hipóteses trazem conceitos amplos que enquadram diversas condutas, e, segundo Prata¹⁰⁸, não formam um rol exaustivo, mas exemplificativo.

A legislação reproduz parte do CPC, trazendo somente alteração quanto à nomenclatura do “reclamante” e do “reclamado”, bem como quanto à fixação de multa diante de situações de valor de causa irrisório ou inestimável em “duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, critério que não existe no processo civil.

Muito embora a alteração legislativa tenha sido bem recebida pela maior parte da doutrina, é importante ressaltar que a litigância de má fé não pode ser presumida, mas deve estar demonstrada a atitude maliciosa da parte nos autos. Relevante lembrar que as partes têm o dever processual de se comportar de boa-fé (art. 5º, CPC) e o dever material de agir com lealdade, conforme o art. 422 do Código Civil. E enquanto a boa-fé objetiva do litigante é presumida, a má-fé deve estar fundada em atos efetivamente praticados pelas partes.

De acordo ainda com Marcelo Prata¹⁰⁹:

108 In MANNRICH, Nelson (coordenador). **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 26.

109 In MANNRICH, Nelson (coordenador). **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 26.

[...] o dever de lealdade impõe aos atores do processo agirem de acordo com a lei, sem artimanhas, respeitando os demais integrantes da relação processual, posto que a perspicácia, no sentido mais positivo do termo, seja legítima. Além disso, as partes e o juiz integram a relação processual numa incessante dialética, destinada à construção da solução justa para o caso concreto, consoante o princípio do devido processo legal. Os litigantes, portanto, integram essa dinâmica jungidos ao dever de colaboração com a administração da justiça.

Assim, não se presume a má litigância pelo simples exercício do direito de ação ou do direito de defesa, ainda que de forma inflamada; ela deve estar evidenciada nos autos por condutas objetivas dos litigantes, como se vê da seguinte ementa:

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DIREITO DE DEFESA. ARTIGO 5º, LV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Considerando que as alegações da reclamada foram formuladas dentro dos limites do razoável e do bom senso, tratando-se de simples exercício do direito de defesa, previsto constitucionalmente no art. 5º, inciso LV, da CF, não há como se aplicar as normas concernentes à litigância de má-fé, previstas nos artigos 17 e seguintes do CPC, pois não evidenciada a deslealdade processual ou a atuação maliciosa da parte. **TRT-PR-32401-2015-014-09-00-7-ACO-01184-2018 - 6A. TURMA - Relator: FRANCISCO ROBERTO ERMEL - Publicado no DEJT em 26-01-2018.**

As hipóteses apresentadas pela lei comportam inúmeras possibilidades de enquadramento prático, podendo se citar, *verbi gratia*, as seguintes: a) *dedução de pretensão ou defesa contra texto exposto de lei ou fato incontroverso*: seria configurada, por exemplo, por defesa que afirmasse que o empregado foi demitido por justa causa ao mesmo tempo que acosta TRCT indicando demissão sem justa causa; b) *alteração da verdade dos fatos*: hipótese relativamente comum, que pode se configurar exemplificativamente quando o empregado afirma que sofreu acidente de trabalho e depois, em juízo, afirma que o acidente se deu no âmbito doméstico; c) *uso do processo para conseguir objetivo ilegal*: como ocorre nas reiteradas vezes em que o trabalhador busca em juízo a entrega de guias para habilitação no programa de seguro desemprego, não obstante seja incontroverso que a iniciativa da demissão foi dele, sem justa causa; d) *oposição de resistência injustificada ao andamento do processo*: pedidos reiterados de adiamento de audiência para oitiva de testemunha que posteriormente vem em juízo e afirma que deixou de comparecer nas datas estabelecidas por orientação da própria parte que a arrolou; e) *proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo*: alegação de falsidade de assinatura com perícia que indica que a assinatura é inequivocamente daquele que negou esse fato; f) *provocação de incidente manifestamente infundado*: suscitar exceção de incompetência em razão do lugar embora seja incontroverso que aquele foi o local de trabalho do autor;

g) *interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório*: oposição de recurso para pedir a validação de cartão de ponto que sequer foi juntado aos autos.

As hipóteses são tão amplas que muitas vezes combina-se mais de uma das hipóteses, o que faz configurar a litigância maliciosa, como se vê da seguinte decisão:

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PRETENSÕES INFUNDADAS. PEDIDO DE SEGURO-DESEMPREGO. NOVA ADMISSÃO NA SEQUÊNCIA DA RESCISÃO CONTRATUAL. PEDIDO DE VALE-TRANSPORTE. RESIDÊNCIA MUITO PRÓXIMA DA EMPRESA. MULTA DEVIDA. Litiga de má-fé o autor que formula pedido de seguro-desemprego, apesar de ter sido admitido na sequência da rescisão do contrato havido com o réu, bem assim, pedido de vale-transporte, apesar de residir a menos de 100 metros do local de trabalho. Pretensões infundadas, formuladas de modo temerário, utilizando-se, o autor, do processo para conseguir objetivo ilegal. Absolutamente nítido o agir desleal da parte, na medida em que pretendeu o reconhecimento de direitos que sabia não possuir e a correspondente condenação da parte contrária no pagamento de verbas trabalhistas que não lhes serem devidas, em total desprezo aos deveres que a lei processual lhe impõe e aos ditames da boa-fé objetiva. Multa por litigância de má-fé devida. Sentença mantida. **TRT-PR-05050-2015-041-09-00-4-ACO-07737-2018 - 6A. TURMA - Relator: SUELI GIL EL RAFIHI - Publicado no DEJT em 08-05-2018.**

A penalidade poderá ser aplicada a pedido da parte adversa ou independentemente de pedido, por análise *ex officio* do juiz, no que também não difere do procedimento adotado no processo civil. O beneficiário será a parte contrária, que foi atingida pelos efeitos da má fé do litigante.

A aplicação da penalidade acarreta uma somatória dos seguintes elementos:

a) multa superior a 1% mas inferior a 10% do valor corrigido da causa; o percentual deverá ser arbitrado, portanto, entre 1,01% e 9,99% do valor corrigido da causa; recomenda-se, nesse caso, estabelecer o percentual aplicável e determinar a aplicação de correção monetária a partir do ajuizamento da ação e de juros a contar da data da condenação; se o valor de causa for irrisório ou inestimável, o valor da multa deverá ser arbitrado pelo juiz dentro dos limites fixados (até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social);

b) indenização à parte contrária dos prejuízos por ela sofridos, em valor que poderá ser desde fixado pelo juízo ou, em não sendo possível, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum (antigos artigos de liquidação) nos próprios autos. Nesse aspecto, será mais eficiente, em termos de celeridade, o juiz arbitrar o valor da indenização desde então, sempre que possível, para se evitar uma fase de liquidação complexa e prolongada, como costuma acontecer em se tratando de liquidação por arbitramento ou por artigos;

c) arcar com os honorários advocatícios (que, em tese, podem também incluir os honorários contratuais, pois os sucumbenciais já são previstos em lei) e todas as demais despesas que a parte molestada com a litigância maliciosa tenha efetuado para defender-se, o que demandará apresentação de documentos pelo beneficiado para fins de comprovação.

Um ponto questionável diz respeito à fixação da penalidade nos casos em que existe cumulação de pedidos, o que costuma ser a regra no processo do trabalho. Se o autor litiga de má fé em apenas um pedido, embora tenha razão em outros, deverá arcar com todas as despesas do processo, ou apenas as despesas relativas àquele pedido em que litigou de má fé? Algo que merece ser discutido em nosso fórum.

Outra questão de alta indagação diz respeito à situação em que os litigantes maliciosos agem em litisconsórcio (seja ativo, seja passivo). O § 1º estabelece que, quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juízo condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. Se os litisconsortes que agem de má-fé estão no mesmo polo da lide (ativo ou passivo), a questão é de mais fácil solução. A problemática maior diz respeito às situações em que há litigância maliciosa em ambos os polos da lide. Nesse caso, ambos deverão ser condenados na proporção de seu interesse na causa, o que tecnicamente pode anular os efeitos de uma penalidade, pois A será condenado a pagar indenização para B enquanto B será condenado a pagar indenização para A. Talvez, em se tratando de situação em que ambos os polos litigam de maneira a violar a ética e a boa-fé, a melhor saída jurídica seja considerar ambos os litigantes como incurso nas penalidades de ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, § 2º, do CPC), condenando-os ao pagamento de multa a ser revertida à União, e não à parte contrária.

No que se refere à aplicação intertemporal da nova norma, o TST, através da IN 41/18, trouxe uma solução peculiar: entendeu (art. 7º) que têm aplicação autônoma e imediata os arts. 793-A (estabelece a possibilidade de reclamante, reclamado ou interveniente responder por perdas e danos), 793-B (relaciona as hipóteses de litigância de má-fé) e 793-C, § 1º (condenação proporcional dos colitigantes de má-fé), mas, ao mesmo tempo (art. 8º e 9º), que a condenação de que trata o art. 793-C, caput (a multa em si mesma) e seus §§ 2º e 3º (arbitramento do valor da multa em causas de valor irrisório e arbitramento do valor da indenização) aplica-se apenas às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). A questão guarda certa incoerência, na medida em que a multa prevista no caput do 793-C é a mesma já prevista no CPC, de aplicação subsidiária. A única justificativa para a interpretação fragmentada seria a questão pertinente aos honorários advocatícios, que não existiam até então no âmbito do processo do trabalho.

Em síntese, nessa breve análise do instituto é possível concluir que essa alteração da CLT em pouco modifica o que já existia no processo do trabalho, onde eram imputadas as penalidades em questão, ainda que por aplicação subsidiária do que já estava previsto no processo civil.

7. Desistência da Ação

A respeito da desistência da ação, o CPC estabelece que o autor poderá apresentar requerimento nesse sentido até o momento da prolação da sentença, mas que após o oferecimento da contestação ela dependerá da concordância do réu (art. 485, §§ 4º e 5º). Ainda, diz o CPC que quando for proferida sentença com base em desistência da parte, as despesas e honorários serão pagos pela parte que desistiu; se a desistência for parcial, a responsabilidade pelas despesas e honorários será proporcional à parcela da qual se desistiu (art. 90, *caput* e seu § 1º).

A CLT nada tratava a respeito da desistência dos pedidos ou da demanda, o que levava parte do Judiciário trabalhista a entender, com base na previsão de apresentação da defesa apenas quando da audiência, que até esse momento o autor poderia desistir total ou parcialmente da ação, independente de manifestação de concordância por parte do réu.

Nesse sentido, por exemplo, decisão proferida pela 2ª Turma do TRT-9 nos autos TRT-PR-00905-2008-245-09-00-3-ACO-17000-2009, relatado pelo Desembargador Márcio Dionísio Gapski: “Com relação ao pedido de desistência da ação formulado antes mesmo da tentativa de conciliação (cuja previsão está no art. 846 da CLT), não há que se falar em necessidade de concordância da parte ré pois não havia decorrido prazo para a resposta, como estabelece o § 4º do art. 267 do CPC. Isso porque o prazo para defesa inicia-se apenas após tentativa frustrada de acordo (art. 847 da CLT)”.

A doutrina aponta que esse era o procedimento amplamente majoritário: a jurisprudência admitia a desistência do reclamante sem necessidade de consulta ao reclamado para obter seu consentimento, enquanto não recebida a defesa pelo juiz, mesmo no processo eletrônico, se já juntada a defesa aos autos, mas ainda não recebida pelo juiz, o que se daria na audiência¹¹⁰.

Agora, a reforma fez inserir o § 3º no art. 841, da CLT, disciplinando a questão da seguinte maneira: “oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação”.

A questão, portanto, foi resolvida do mesmo modo que disciplinado atualmente no processo civil. Ao contrário do que ocorria anteriormente, quando se entendia majoritariamente que o reclamante poderia desistir dos pedidos em audiência antes da frustração da tentativa de conciliação, posto que a defesa seria recebida na sequência (ainda que muitas vezes já tivesse sido juntada anteriormente aos autos, em especial nas demandas sujeitas ao rito sumaríssimo), agora esse pedido dependerá expressamente da autorização da reclamada, caso ela já tenha apresentado (*oferecido a contestação*) defesa nos autos, independentemente do recebimento formal da peça pelo magistrado.

Questão interessante consiste em discutir se essa mesma limitação existirá caso

110 COMENTÁRIOS à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. São Paulo: LTr, 2018, p. 192.

o reclamado tenha oferecido a defesa nos autos, mas a mantido sob sigilo (o que é por ele comandado no sistema processual eletrônico). A defesa pode ser tida como *oferecida* se ainda não foi disponibilizada à parte contrária?

Outro questionamento pertinente diz respeito ao aditamento da inicial ou da alteração da causa pedir: ele terá os mesmos limites temporais da desistência, na medida em que o legislador não tratou disso? As opiniões se dividem. Mas, certamente, a regra de ouro a ser observada aqui está na manutenção do contraditório e da ampla defesa: desde que esses sejam garantidos, e, na falta de disciplinamento legal específico no processo do trabalho, observado o princípio da simplicidade, a alteração da causa de pedir ou o aditamento da inicial poderão se estender além desses limites, desde que não cause prejuízo à defesa e à fase probatória.

A imposição de limites específicos à desistência terá efeitos ainda na questão relacionada ao pagamento de custas e honorários de sucumbência. As custas poderão ser dispensadas pelo magistrado, se o reclamante for beneficiário da Justiça Gratuita, mas aparentemente a desistência não impedirá, nos termos do ordenamento processual civil, que eventualmente se atribua ao reclamante a obrigação de pagar honorários de sucumbência (ainda que fixados em percentual mínimo) no caso de desistência de pedidos, a partir da vigência da Lei 13.467/2017. Há controvérsia de interpretação nesse aspecto, entretanto, havendo possibilidade de se entender que, considerando o princípio da proteção, não poderia se aplicar esse aspecto do processo civil ao processo do trabalho, em especial em decorrência da tradicional cumulação de pedidos que existe no processo do trabalho.

Por outro lado, embora a lei estabeleça a necessidade de concordância do réu para que o autor desista de determinados pedidos ou da ação, é certo que a oposição do reclamado deve se dar de maneira justificada, não se devendo aceitar que a parte se oponha por mero espírito revanchista.

Em sentido diverso, se o réu não apresentar contestação, tornando-se revel, o reclamante poderá manifestar sua desistência até que seja prolatada a sentença, sem necessidade de intimação do réu, nesse caso.

De qualquer modo, o limite para se desistir do pedido ou da demanda é o momento de prolatar a sentença. Após esse momento processual o autor poderá desistir do recurso ou da execução, mas não mais da demanda, observado o disposto no CPC.

3.1.3 MÓDULO 3: Readequações na rotina de despachar

1. Considerações Introdutórias

Neste módulo serão analisadas questões que refletem diretamente na rotina de preparar os despachos pela secretaria: a nova forma de contagem de prazos; a necessidade de se estabelecer um procedimento de análise dos requisitos da petição inicial, em especial em razão das determinações quanto à liquidação do pedido e dos efeitos disso no arbitramento do valor da causa. Ainda, será analisado que, para a admissibilidade de recursos, mudaram as regras quanto ao arbitramento das custas e recolhimento de depósito recursal, o que deve ser observado no despacho de recebimento do recurso pela primeira instância e na análise dos pressupostos de admissibilidade, na segunda instância. Na fase de execução, é introduzida formalmente a figura da prescrição intercorrente, modalidade que até aqui era preponderantemente rejeitada pelo processo do trabalho. Além disso, novas espécies de demandas se apresentam e necessitarão de exame e despacho inicial: o processo jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, o procedimento de produção antecipada de provas e a ação de exibição de documentos.

Essas as questões que serão objeto do presente módulo. Vamos a elas!

2. Prescrição Intercorrente

Prescrição intercorrente pode ser definida como aquela que se dá no curso do processo. Consiste na perda do direito do sujeito ativo sobre o crédito inicialmente considerado como exigível, em decorrência do escoamento de determinado prazo sem a promoção de ato capaz de provocar o andamento processual.

A questão da aplicabilidade da prescrição intercorrente no processo do trabalho sempre foi objeto de controvérsias, com súmulas aparentemente contraditórias: o entendimento sumulado pelo STF era que “o direito trabalhista admite a prescrição intercorrente” (Súmula nº 327), enquanto o entendimento sumulado pelo TST ia no sentido que seria “inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente” (Súmula 114, TST).

Nos executivos fiscais, cuja lei é aplicada de forma subsidiária ao processo de execução trabalhista, existia previsão de prescrição intercorrente, que em alguns casos vinha sendo aplicado por analogia ao processo do trabalho, inclusive quanto a créditos trabalhistas. Naquela lei, a prescrição intercorrente é verificada na hipótese de, após suspenso o processo por até um ano em razão da não localização de bens ou do devedor (art. 40 da Lei 6.830/80), o feito ficar paralisado por mais de cinco anos, em decorrência da inércia do exequente.

Não obstante parte da jurisprudência se inclinar por essa aplicação analógica, a tendência histórica foi de se rejeitar a incidência de prescrição intercorrente quanto aos créditos trabalhistas, observada a falta de previsão específica na CLT e os princípios condutores do processo do trabalho. Na prática, o que ocorria é que as ações trabalhistas já julgadas eram praticamente imprescritíveis, o que gerava um imenso arquivo provisório, apontado nas estatísticas como um dos grandes problemas sem solução aparente no âmbito dessa Especializada.

A questão foi objeto de reforma específica pela Lei 13.467/2017, que acrescentou o artigo 11-A da CLT, com o seguinte teor:

Art. 11-A Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos.

§ 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.

§ 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.

Conforme motivação do projeto de Lei 6.787/2016, a prescrição intercorrente se justificou no fato de que “a prescrição existe em todo o mundo, em qualquer ordenamento jurídico”, enquanto “no Brasil, o crédito trabalhista não prescreve” (justificativa do projeto¹¹¹).

Outras causas subjacentes que podem ser apontadas como nascedouro da alteração legislativa são: a) os problemas de ordem estatística quando confrontado com a questão orçamentária, na medida em que o grande número de demandas suspensas em razão principalmente da ausência de bens do devedor apontavam números desfavoráveis à efetividade da Justiça do Trabalho; b) as mudanças sociais e o acesso à informação, inclusive por meios eletrônicos bem desenvolvidos, que permitem esgotar de forma mais eficiente os meios de localização do devedor e de seus bens;

111 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 37.

c) a utilização do jus postulandi praticamente como regra de exceção, na medida em que na maior parte dos casos os empregados estão assistidos por advogados.

É de se ressaltar que o argumento utilizado pelo legislador reformista parte de uma premissa parcialmente falsa, pois já existia prescrição de créditos trabalhistas; somente não existia a prescrição na fase de execução. Entretanto, é certo que a prescrição intercorrente somente foi implantada efetivamente na seara trabalhista com o advento da reforma.

Da justificativa do projeto se extrai, ainda, que a ideia do legislador estava fulcrada na seguinte lógica: uma vez iniciada a fase de execução e deixando o exequente de cumprir alguma determinação do juízo para prosseguir com o processo, estaria fixado o prazo inicial da prescrição intercorrente.

A implementação formal do instituto da prescrição intercorrente também justifica a alteração havida no artigo 878 da CLT, que passou a estipular que a execução será promovida pelas partes, exceto nos casos em que não esteja representada por advogado. Tal estipulação suprimiu a previsão anterior, que estabelecia que o juiz deveria promover de ofício a execução. Essa promoção *ex officio* da execução era um dos argumentos para se afastar a aplicabilidade de prescrição intercorrente: se o ato deveria ser praticado pelo próprio Estado-juiz, não haveria como punir a parte por inércia. Com a nova redação dada ao art. 878, o juiz não mais deverá promover a execução de ofício, cabendo à parte, na maior parte das vezes, demonstrar seu interesse no prosseguimento da execução; a inércia acarretará a consequência da prescrição. A questão será mais atentamente analisada no próximo módulo.

Nos termos do disposto no parágrafo primeiro do art. 11-A, o prazo de dois anos terá início a partir do momento em que o exequente deixar de cumprir determinação judicial no curso da execução. Essa redação permite concluir que a parte deverá ser previamente intimada para a prática de determinado ato processual e se manter silente, para que se inicie a contagem do prazo em questão. O termo inicial da contagem da prescrição seria, portanto, o decurso do prazo sem a prática do ato determinado pelo juízo.

Do ponto de vista de Manoel Antônio Teixeira Filho¹¹²:

Essa prévia intimação, que figura como requisito ou pressuposto da *praescriptio*, se destina a atribuir segurança jurídica à parte, uma vez que terá ciência de que deve praticar determinado ato, no prazo previsto em lei ou assinado pelo juiz, sob pena de o seu direito de estar em juízo ser fulminado pelo termo prescricional.

112 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 39.

A respeito do procedimento para declaração da prescrição intercorrente, e visando harmonizar o texto da CLT com os demais dispositivos legais aplicáveis, em especial o art. 40 da Lei 6.830/80 e o art. 921 do CPC, a Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho publicou, em 24 de julho de 2018, a Recomendação nº 3. A ideia da recomendação centra-se na necessidade de adoção de um procedimento uniforme pelos juízes do trabalho na condução das execuções trabalhistas. Nessa recomendação, em seus artigos 1º e 2º, indica que a prescrição intercorrente somente deverá ser reconhecida após expressa intimação do exequente para cumprimento de determinação judicial no curso da execução, sendo que o juiz ou relator deverá indicar, com precisão, qual determinação deverá ser cumprida pelo exequente, com expressa cominação das consequências do descumprimento.

O § 2º, por sua vez, determina que a prescrição intercorrente poderá ser declarada de ofício ou por requerimento das partes. A previsão de declaração de ofício vai de encontro ao CPC, em seu artigo 487, inciso II, que elege a prescrição, de forma geral, como uma das formas de resolução do mérito.

Mas a previsão de declaração de prescrição *ex officio* na CLT, ainda que apenas com referência expressa à intercorrente, levanta discussão sobre a possibilidade de se declarar, também de ofício, a prescrição ordinária (prescrição do direito de ação). De acordo com Teixeira Filho¹¹³:

[...] duas situações podem aflorar, nos terrenos fecundos da doutrina e da jurisprudência trabalhista: a) entender-se que a declaração judicial, *ex officio*, da prescrição está restrita à intercorrente; b) admitir-se que a regra do precipitado art. 11-A, § 2º, da CLT seja aplicável a toda e qualquer espécie da prescrição. Esta última corrente teria como reforço de argumento o art. 487, II, do CPC.

A jurisprudência predominante antes da Reforma Trabalhista reconhecia a incompatibilidade entre as disposições do CPC e a CLT quanto à prescrição, no que se refere à declaração sem necessidade de provocação pela vez, na medida em que o tema já se encontrava expresso na CLT, que nada dizia quanto à declaração da prescrição de ofício. Logo, o reconhecimento da prescrição de ofício iria de encontro aos princípios constitucionais, a exemplo do princípio da valorização do trabalho e do emprego, o da norma mais favorável e o da submissão da propriedade à sua função socioambiental, além do próprio princípio da proteção. Nesse sentido:

PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC. INAPLICÁVEL AO PROCESSO DO TRABALHO. A Lei nº 11.280/2006 conferiu nova redação ao art. 219, § 5º do CPC que passou a prever a pronúncia de ofício da prescrição pelo juiz. Todavia, o disposi-

113 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 40.

tivo civilista é inaplicável na seara laboral, dado o caráter notadamente protetivo deste ramo do Direito, pois, enquanto o instituto da prescrição busca extinguir a pretensão quanto a direitos, o Direito do Trabalho busca conferir proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação juslaboral. Recurso do Reclamante a que se dá provimento para afastar a pronúncia da prescrição bienal feita de ofício pelo juízo “a quo”. TRT-

PR-09146-2014-016-09-00-0-ACO-26660-2015 - 7ª TURMA - Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES - Publicado no DEJT em 18-09-2015.

Agora, com a inserção da previsão expressa em relação à prescrição intercorrente, a discussão será reavivada. Para Teixeira Filho, a previsão possibilita a abertura para a declaração de ofício também da prescrição ordinária, “seja por um princípio de harmonização das normas integrantes do sistema do processo do trabalho, seja em virtude da adoção supletiva da regra contida no inciso II do art. 487, do CPC”¹¹⁴. Já Lisboa e Munhoz¹¹⁵ defendem tese contrária:

[...] o legislador positivou tudo aquilo que entendia necessário, inclusive copiou *ipsis literis* alguns dispositivos contidos no CPC e, caso também tivesse a intenção de alterar a regulação dessa matéria em particular, não hesitaria em introduzir na CLT disposição idêntica àquela constante do § 1º do art. 322 do NCPC. Por outro lado, o § 2º do art. 11-A da CLT apenas autoriza a pronúncia da prescrição de ofício e, ao contrário do processo civil, não determina que o juiz faça a pronúncia, apenas estabelece essa hipótese como uma faculdade, já que dispõe que “a declaração da prescrição intercorrente **pode** ser [...] declarada de ofício [...]”.

Está, pois, reaberta a discussão, nesse aspecto.

Voltando ao cerne da questão, no caso de prescrição intercorrente não haverá espaço para dúvida: independente de provocação da parte interessada, o juiz poderá declarar a prescrição de ofício, colocando fim à execução, quando constatada sua ocorrência, em qualquer grau de jurisdição. Não obstante, e a exemplo do que acontece com o processo civil, parece salutar que previamente à declaração da prescrição o juiz ouça as partes a respeito da questão (art. 487 c/c art. 921, § 5º, ambos do CPC), observado o princípio da vedação da decisão surpresa. Nesse sentido foi a interpretação dada pela Recomendação 3/GCGJT, em seu art. 4º.

114 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 40.

115 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juizes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 69.

A aplicação do novo dispositivo, redigido de forma simples e objetiva (em *concisão excessiva*, de acordo com Lisboa e Munhoz¹¹⁶), suscita muitas discussões, a iniciar pela questão do direito intertemporal. Nesse aspecto, existem duas correntes de interpretação: a primeira entende que a aplicação é imediata aos processos em curso, porque a prescrição intercorrente só ocorre no curso do processo, de maneira que seu viés processual é predominante; pela segunda, a aplicação seria limitada aos processos que iniciarem a fase de execução após 11/11/2017, porque a Lei nº 13.467/17 reduziu o prazo de cinco para dois anos, afetando direito material (pretensão).

A IN 41/18, do TST, buscou pacificar as controvérsias, ao estabelecer, em seu art. 2º, que “o fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11-A da CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017)”. Na mesma senda seguiu a Recomendação 3/18, art. 3º, indicando que o fluxo da prescrição só se contará se a notificação descumprida for expedida após 11 de novembro de 2017. Logo, a interpretação dada pelo TST está em consonância com a teoria do isolamento dos atos processuais: a prescrição se aplicará mesmo aos processos que tiveram execução iniciada antes da vigência da lei, desde que se respeite a intimação específica e o início da contagem a partir da vigência da nova norma.

Em que pesem as controvérsias reinantes em torno tanto da instrução normativa quanto da resolução, é certo que, nesse aspecto, a interpretação dada parece adequada: respeita a teoria do isolamento dos atos processuais, estabelecendo como termo inicial da prescrição intercorrente determinação não cumprida após a mudança da lei, o que, se observado, trará segurança jurídica aos envolvidos. E, por outro lado, não limita a aplicação apenas aos processos que iniciarem a execução após a vigência da lei, mas permite a aplicação inclusive aos processos mais antigos, desde que haja renovação de determinação a ser cumprida pela parte interessada e consequente inércia. De qualquer modo, a se aplicar a interpretação dada pelo TST, haverá ainda um prazo de “carência” de mais dois anos, após a reforma, para que efetivamente comecem a ser extintos os feitos em execução pela prescrição intercorrente, o que tem feito os credores movimentarem os processos que estão em arquivo provisório, a fim de evitar a ocorrência da prescrição.

Não se pode esquecer, ainda, que existe doutrina a defender a inconstitucionalidade do disposto no art. 11-A, quando cria prazo de prescrição intercorrente menor para o crédito trabalhista do que o estabelecido para o previdenciário, ofendendo a isonomia (art. 5º, da CF), a despeito de aquele ser privilegiado em relação a este. Ocorre, entretanto, que o legislador observou a regra geral estabelecida para a prescrição intercorrente: seu prazo é o mesmo prazo da prescrição ordinária – no caso do crédito trabalhista, dois anos; no caso do crédito previdenciário, cinco anos. O

116 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 67.

fundamento está na Súmula 150 do SFT, que estabelece que o prazo de prescrição da execução é o mesmo prazo de prescrição da ação. Outro argumento para a inconstitucionalidade seria a violação do art. 7º da Constituição, que “não prevê outras espécies de prescrição que não a bienal e a quinquenal e somente autoriza a regulação legal dessa matéria visando à ‘melhoria da condição social dos trabalhadores’¹¹⁷.”

Particularidade discutível, ainda, diz respeito à aplicação da prescrição intercorrente aos casos de trabalhadores que estão exercendo o *ius postulandi*, circunstância que admite que o juízo prossiga *ex officio* com a execução. Corre ou não prescrição intercorrente, em tais casos? Novamente, são duas correntes de interpretação que se desenham: pela primeira, a prescrição intercorrente não se aplicaria, porque nesse caso a execução ocorrerá de ofício (art. 878 da CLT), não sendo possível punir a parte pela ineficiência do aparelho estatal; pela segunda, a prescrição intercorrente também se aplicaria aos processos em que a parte está desassistida de advogado, porque o art. 11-A fez referência a ato da parte (“*descumprimento de determinação judicial*”), e não do juiz, de maneira que o instituto está desvinculado da execução de ofício (art. 878 da CLT).

Também existe discussão relativa ao prazo prescricional intercorrente em relação aos contratos de trabalho que ainda estão ativos, se de 2 ou de 5 anos. Uma interpretação defende que no caso de contrato de trabalho que se mantém íntegro, de acordo com o art. 7º da CF, o prazo prescricional é de cinco, e não de dois anos. Se o direito de ação só se extingue após cinco anos, não haveria como defender que o direito de executar o crédito se extinguiria em dois anos. Logo, se o empregado ainda estiver trabalhando, em que pese a dicção legal, o prazo da prescrição intercorrente seria de cinco anos, e não de dois.

Outra questão que tem suscitado debates diz respeito à situação mais comum de arquivamento provisório das execuções trabalhistas: quando a demanda vai para o arquivo provisório porque não foram localizados bens do devedor, correrá prazo prescricional? Nesse aspecto, uma primeira interpretação pode fazer concluir que a simples ausência de indicação de meios para prosseguimento da execução, pelo exequente, ainda que se trata da falta de indicação de bens penhoráveis, caracteriza o “*descumprimento de determinação judicial*”, atraindo o início do prazo de dois anos da prescrição intercorrente. Já outra interpretação que se pode fazer é que a CLT não faz referência à “*inexistência de bens*”, como diz expressamente a LEP, mas sim ao “*descumprimento de determinação judicial*” (art. 11-A, § 1º); a intimação para o exequente indicar bens não pode ser considerada “*determinação judicial*”, pois o dever de indicar os bens é do réu (conforme art. 880 da CLT c/c 774, V, do CPC). Logo, se o credor informa que não localizou bens do devedor e pede a suspensão da execução, nesse intervalo não haveria contagem de prescrição, posto que quem descumpra a ordem é o devedor, e não o credor.

117 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juizes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 67.

Nesse aspecto, a Recomendação 3/18 desceu a detalhes que a IN 41 passou longe: primeiramente, quando adotou a tese (de alta controvérsia) que estipula que a falta de localização do devedor ou a ausência de bens penhoráveis não importará em início de contagem de prazo prescricional. Literalmente, o art. 5º restou assim redigido:

Art. 5º. Não correrá o prazo de prescrição intercorrente nas hipóteses em que não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, devendo o juiz, nesses casos, suspender o processo (artigo 40 da Lei nº 6.830/80).

§ 1º Na hipótese do caput deste artigo, os autos poderão ser remetidos ao arquivo provisório (artigo 85 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho), assegurando-se ao credor o desarquivamento oportuno com vistas a dar seguimento à execução (§ 3º do artigo 40 da Lei nº 6.830/80).

§ 2º Decidindo o juízo da execução pelo arquivamento definitivo do feito, expedirá Certidão de Crédito Trabalhista, sem extinção da execução (artigos 86 e 87 da Consolidação dos Provimentos da CGJT).

§ 3º Não se determinará o arquivamento dos autos, provisório ou definitivo, antes da realização dos atos de Pesquisa Patrimonial, com uso dos sistemas eletrônicos, como o BACENJUD, o INFOJUD, o RENAJUD e o SIMBA, dentre outros disponíveis aos órgãos do Poder Judiciário; e da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade reclamada, quando pertinente.

§ 4º Antes do arquivamento, provisório ou definitivo, o juízo da execução determinará a inclusão do nome do(s) executado(s) no Banco Nacional dos Devedores Trabalhistas – BNDT e nos cadastros de inadimplentes, e promoverá o protesto extrajudicial da decisão judicial, observado o disposto no artigo 883-A da CLT e o artigo 15 da IN-TST nº 41/2018.

§ 5º Uma vez incluído(s) o(s) nome(s) do(s) executado(s) no BNDT e nos cadastros de inadimplentes, sua exclusão só ocorrerá em caso de extinção da execução, conforme as hipóteses do artigo 86 da Consolidação dos Provimentos da CGJT.

Em uma breve análise, constata-se que a Corregedoria Geral entende que o art. 40 da Lei de Executivos fiscais é aplicável à prescrição intercorrente no processo do trabalho. Referido dispositivo estabelece que o juiz *suspenderá* (verbo no imperativo) o curso da execução pelo prazo máximo de um ano, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição; deverá ser aberta vista dos autos ao representante judicial do credor e, depois de decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos, desarquivando-os a qualquer tempo em que sejam encontrados o devedor ou os bens, para prosseguimento da execução. É

entendimento consolidado, no caso da Lei de Executivos Fiscais, que a partir do arquivamento provisório, após decorrido o prazo de suspensão, se iniciará o prazo prescricional intercorrente.

É importante destacar que a mesma sistemática de suspensão prévia vem prevista no art. 921, § 1º, do CPC, que estabelece que no prazo de suspensão inicial de um ano por ausência de bens do executado não correrá prazo prescricional.

Considerando as particularidades e a proteção especial de que goza o crédito trabalhista, bem assim a aplicação supletiva da Lei de Executivos Fiscais e do CPC a processo de execução trabalhista, parte da doutrina já vinha defendendo, antes da Recomendação 3, que essa regra deveria ser considerada aplicável ao processo de execução trabalhista. Ou seja, o início da contagem do prazo prescricional somente ocorreria após o decurso da suspensão, posto que a prescrição intercorrente trabalhista seria regida pela aplicação conjunta do art. 11-A da CLT, do art. 40, § 4º, da LEF, e do art. 921, § 1º, do CPC, conforme art. 889 da CLT.

Em complemento a essa ideia, Pamplona Filho e Fernandes¹¹⁸ advertem ainda da necessidade de prévia intimação do próprio arquivamento em si para início da contagem do prazo prescricional:

[...] ante a existência de evidente lacuna axiológica, sustentamos que o procedimento a ser utilizado no processo trabalhista é o previsto no art. 921 do CPC/15, sendo necessária, em nossa perspectiva, a notificação do demandante a respeito de arquivamento, momento em que teremos o termo inicial do prazo prescricional.

Já outro segmento da doutrina vinha sustentando que não se aplicaria a hipótese de suspensão do art. 40 da LEF ao processo do trabalho: o silêncio da lei trabalhista teria sido proposital e o prazo de dois anos se contaria imediatamente a partir do termo do descumprimento da determinação judicial.

Solução intermediária e que parece dotada de grande razoabilidade é a indicada por Marcelo Rodrigues Prata¹¹⁹:

[...] o art. 40 da Lei de Execução Fiscal – subsidiariamente aplicada à execução trabalhista, por força do art. 899 da CLT – é muito mais preciso e detalhado do que o art. 11-A da CLT [...] [e] deverá [...] ser aplicado quando diz que o juiz deverá *suspender* o curso da execução em casos específicos, quais sejam, **se não for localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis**. Não correndo aí o prazo prescricional em quaisquer dos casos. Assim, após *suspensio* o curso da execução, será

118 In LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juizes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 68.

119 In MANNRICH, Nelson (coordenador). **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 25.

*aberta vista dos autos ao credor. Em seguida, escoado o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja encontrado o executado ou localizados bens penhoráveis, será determinado o arquivamento dos autos. Nada obstante, a qualquer tempo, encontrados o executado ou os bens, será determinado o desarquivamento dos autos para prosseguimento da execução. Finalmente, poderá, de ofício, o juiz reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato, após a oitiva do credor, quando esgotado o *tempus iudicati* prescricional de dois anos, a contar da decisão que ordenar o arquivamento mencionado.*

Mas a recomendação da CGJT vai mais além, estabelecendo que quando o juiz determinar o arquivamento definitivo, deverá expedir a Certidão de Crédito Trabalhista, sem extinção da execução (art. 5º, § 2º); ainda, que previamente à determinação do arquivamento provisório ou definitivo, deverá proceder às pesquisas patrimoniais pelos convênios eletrônicos, visando efetividade da execução, bem assim proceder à desconsideração da personalidade jurídica da empresa, quando pertinente (art. 5º, § 3º). Nesse aspecto, uma dúvida: se a desconsideração depende de requerimento prévio do exequente, como cumprir a recomendação, na falta desse pedido?

A recomendação, ainda, estabelece a necessidade de proceder à inclusão do nome do devedor no BNDT e em cadastros de inadimplentes, bem como protesto extrajudicial da decisão, antes do arquivamento, que subsistirá até extinção da execução (art. 5º, §§ 4º e 5º).

Em se entendendo que a adoção da orientação seria o melhor caminho, a sugestão de despacho seria a seguinte:

Diante do silêncio do exequente, não localizados bens/o devedor, nos termos do art. 40, da Lei nº 6.830/1980, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, suspende-se o curso da execução pelo prazo de um ano.

Após este prazo, silente o Exequente, se iniciará a contagem do prazo fixado no art. 11-A, da CLT e os autos serão remetidos ao arquivo provisório.

Dê-se ciência ao Exequente.

A última questão que parece ser de essencial análise, e que, a exemplo das demais, ainda não conta com interpretação unívoca, diz respeito aos efeitos do desarquivamento no curso do prazo de dois anos. A Lei 6.830/80 (art. 40) e o CPC (art. 921, § 3º, estabelecem que *os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis*.

Assim, tendo em vista que o art. 11-A é de lacônica redação e que tanto a LEP quanto o CPC são aplicáveis subsidiariamente ao processo do trabalho, é razoável concluir que as movimentações feitas pelo credor no sentido de buscar patrimônio do devedor, com pedido de desarquivamento e diligências (diligências que ainda não tenham sido efetuadas anteriormente, ou que se mostrem novamente necessá-

rias), irão interromper o curso do prazo prescricional intercorrente, que recomeçará apenas após novo período de inércia.

Em síntese, pode-se concluir, precariamente, que o novo dispositivo carece de clareza e certamente gerará inúmeros debates nos próximos anos.

3. *Contagem de Prazos*

A contagem de prazo está regulamentada na CLT através dos artigos 774 a 776. O artigo 775 sofreu razoável alteração através da Lei 13.467/2017, na medida em que passou a prever a contagem dos prazos em dias úteis, e não mais em dias corridos, além de regulamentar as hipótese de prorrogação e dilatação dos prazos:

Art. 775. Os prazos estabelecidos neste Título serão contados em dias úteis, com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento.

§ 1º Os prazos podem ser prorrogados, pelo tempo estritamente necessário, nas seguintes hipóteses:

I - quando o juízo entender necessário;

II - em virtude de força maior, devidamente comprovada.

§ 2º Ao juízo incumbe dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

As alterações não demandam dificuldades de interpretação.

Considerando que o artigo 774 da CLT não foi modificado, restou nítido que o momento do início da contagem do prazo processual não sofreu alteração: continua a ser a data da notificação efetiva, sem influência da juntada de comprovantes aos autos, restando mantida a forma anterior à da Lei 13.467/2017.

Quanto à aplicabilidade dos prazos em dias úteis, o artigo 775 afirma que se aplica aos prazos “estabelecidos neste Título”. O título que engloba citado artigo, por sua vez, é o “Título X – Do Processo Judiciário do Trabalho”. Assim, há que se concluir que os prazos contados em dias úteis somente serão os prazos processuais, enquanto os prazos de direito material (como o prazo para pagamento das verbas rescisórias) prosseguem sendo contados em dias corridos. A nova forma de contagem também não se aplica aos prazos de direito administrativo do trabalho¹²⁰.

120 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 354.

A contagem dos prazos em dias úteis se destina tanto aos prazos próprios (preclusivos, destinados às partes) quanto aos prazos impróprios, destinados aos magistrados, servidores e auxiliares do juízo, conforme já entendeu o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) pelo Ato 1/CSJT.GP.CGJT, de 24.11.17¹²¹.

Ainda que tenham surgido críticas iniciais quanto à contrariedade ao princípio da celeridade que rege a Justiça do Trabalho, não se poderá, a partir da vigência da norma, deixar de aplicar a nova regra que fixou a contagem de prazos em dias úteis. A partir daí estão unificadas as formas de contagem da CLT e do CPC (art. 219).

Quanto à contagem mencionada, afirmou Mauro Schiavi¹²²:

Recentemente, o TST, por meio da IN nº 39/16, entendeu inaplicável o art. 219 do CPC ao processo do trabalho, pois o art. 775, da CLT, determinava que os prazos fossem contínuos. Com efeito, dispõe o art. 2º, III da referida instrução: “Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: (...) III – art. 219 (contagem de prazos em dias úteis)”. Diante da negativa do TST em admitir a contagem dos prazos em dias úteis, foi alterada a CLT para incorporar ao processo do trabalho a inovação do CPC. Doravante, a partir da vigência da nova redação do art. 775, da CLT, os prazos, na Justiça do Trabalho, serão computados em dias úteis. Há argumentos favoráveis e desfavoráveis à contagem dos prazos em dias úteis: São desfavoráveis: a) alonga o curso do processo, prejudicando o princípio da duração razoável do processo; b) princípio da celeridade do processo do trabalho; c) não ser favorável ao reclamante. São favoráveis: a) uniformização da contagem dos prazos processuais em compasso com as Justiças Estadual e Federal; b) propiciar o direito ao descanso dos advogados; c) não prejudica a duração razoável do processo.

Os parágrafos do artigo 775 da CLT, por sua vez, delimitaram as margens de discricionariedade da atuação do magistrado, fixando quais as hipóteses em que ele poderá prorrogar o prazo às partes. Princípio relevante a se ressaltar nesse exercício é o da imparcialidade, necessário ao magistrado, de forma que às partes deve ser dado tratamento isonômico, na medida de suas necessidades, assim como deve ser considerada a real necessidade de cada caso concreto, para que se promova a paridade de armas entre os polos ativo e passivo nas reclamações trabalhistas.

121 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 360.

122 SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho de acordo com o novo CPC e a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 493-494.

Nesse aspecto¹²³:

Se anteriormente a disposição contida no *caput* do art. 775 apenas referia que o juiz ou Tribunal poderia prorrogar o prazo “pelo tempo estritamente necessário”, o texto modificado e agora constante do inciso I é expresso em vincular a possível prorrogação a uma “condição necessária” que obviamente, e como todo despacho com conteúdo decisório, em observância ao art. 93, inc. IX, da CF, deverá ser devidamente fundamentado, justificando a necessidade da prorrogação. Ainda que não sejam conhecidos abusos em face da redação anterior e seu conteúdo bastante discricionário, a vinculação a uma condição necessária deve ser recebida como um avanço, até para possibilitar a impugnação pela parte adversa, se assim entender, e o exame pelas instâncias superiores. De toda forma, não há como fugir de certo grau de subjetividade em face da afirmada “condição necessária” invocada pela parte interessada, cabendo ao juiz condutor do feito ou tribunal examinar os casuísmos que a vida nos oferece, preservando-se, se presente uma “condição necessária” que o justifique, o direito de defesa com a prorrogação do prazo pelo tempo estritamente necessário.

Quanto ao inciso II, restringe-se às hipótese de força maior, em geral atrelados a eventos da natureza e que sejam independentes da vontade e da força humana. Também devem ser justificadas essas hipóteses de prorrogação de prazos. Situação extremamente comum tem ocorrido em relação a problemas de sistema de informática, em razão do avanço do processo eletrônico, suspensão e prorrogação que costuma ser formalizada através de portaria pela autoridade competente.

De acordo com Delgado e Delgado¹²⁴, apenas a hipótese de força maior devidamente comprovada possibilitaria a prorrogação de prazos preempatórios, como os prazos recursais.

Por fim, no que se refere ao disposto no § 2º do art. 775 (*dilatação de prazos processuais e alteração da ordem de produção meios de prova, diante das necessidades do conflito, e no intuito de conferir maior efetividade à tutela*), trata-se de repetição literal do que já estava previsto no inc. VI do art. 139 do CPC de 2015, e, a princípio, devem ser aplicados apenas aos prazos que são considerados prorrogáveis, não preempatórios, o que já poderia ser efetuado, anteriormente, com base na ampla liberdade conferida ao juiz do trabalho na condução do processo, tendo em vista o disposto no art. 765 da CLT.

123 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juizes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 361.

124 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 355.

Além dessas alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, a Lei 13.545, de 19 de dezembro de 2017, também acresceu à CLT o art. 775-A, com a seguinte redação:

Art. 775-A. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

§ 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período previsto no caput deste artigo.

§ 2º Durante a suspensão do prazo, não se realizarão audiências nem sessões de julgamento.

O artigo 775-A, da CLT repetiu matéria já regulamentada pelo artigo 220 do CPC de 2015, evitando interpretações divergentes e insegurança processual, estabelecendo como situação cogente de suspensão dos prazos processuais, inclusive no que tange às audiências e sessões de julgamento, o período do recesso anual destinado à advocacia.

4. Novas Regras Quanto às Custas e Depósito Recursal

Não existiu alteração em relação aos critérios gerais de cálculo de custas (arts. 789 a 790-B, CLT), tendo havido modificação apenas em relação ao limite máximo de fixação de custas devidas. O limite mínimo (que evidentemente necessitava de majoração, pois corroído por mais de quinze anos de inflação) permanece como previsto anteriormente, no valor de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos).

Antes da Lei 13.467/2017 não havia um limite máximo para arbitramento de custas: elas eram devidas no percentual de 2%. A partir da vigência de citada lei, foi estabelecido como limite máximo o valor equivalente a quatro vezes o maior benefício pago pelo Regime Geral de Previdência Social. Isso porque o artigo 789 da CLT passou a prever em seu *caput* que:

Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e o máximo de quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Assim, não mais é possível que o valor das custas fixadas no processo de conhecimento ultrapasse o valor máximo de quatro vezes o limite dos benefícios do

Regime Geral de Previdência Social. Esse limite, no decorrer do ano de 2018, corresponde ao valor de R\$ 22.583,20 (vinte e dois mil quinhentos e oitenta e três reais e vinte centavos).

No entendimento de Manoel Antônio Teixeira Filho¹²⁵, a alteração veio para equilibrar a estrutura recursal, vez que em alguns casos o depósito recursal consistia em valor extremamente pequeno em relação às custas, sendo que os dois depósitos eram exigidos para uma mesma finalidade.

Quanto aos demais requisitos de arbitramento de custas já previstos no artigo 789 da CLT, não sofreram qualquer alteração, mantendo-se os parâmetros para fixação das custas.

Em termos de intertemporalidade, a IN 41/18 fixou entendimento segundo o qual o art. 789, *caput*, da CLT aplica-se nas decisões que fixem custas, proferidas a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 (art. 4º).

No que tange ao **depósito recursal**, por sua vez, a CLT sofreu algumas alterações relevantes junto aos parágrafos do artigo 899, da seguinte forma:

Art. 899 [...]

§ 4º O depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança.

§ 5º (Revogado)

[...]

§ 9º O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial.

§ 11. O depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial.

Iniciando a análise pelo § 4º do artigo 899: a vinculação do depósito foi alterada. Anteriormente, o valor era depositado junto à conta vinculada do empregado (conta do FGTS, exclusivamente junto à Caixa Econômica Federal), que sofre incidência de juros e correção monetária específicos, e o que demandava certa burocracia para quem procedia ao depósito, e que se não fosse observada geraria a deserção do recurso. A partir da reforma, os valores passam a ser depositados em simples conta judicial (conta vinculada ao juízo, que não precisará mais ser necessariamente na Caixa Econômica Federal). Em razão disso, o parágrafo 5º sofreu revogação, posto que regularizava a condição do depósito em conta de FGTS do empregado, sendo dispensável perante a nova normatização.

125 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 73.

A partir dessa alteração, o Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho editou o ATO nº 13/GCGJT, de 13 de novembro de 2017, alterando o art. 71, caput, da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, que passou a estabelecer que as guias de depósito judicial para pagamentos, garantia de execução, encargos processuais, levantamento de valores e depósitos recursais seguirão o modelo único padrão estabelecido na Instrução Normativa nº 36 do Tribunal Superior do Trabalho, ou outra que venha a substituí-la.

Quanto aos critérios de correção, os valores sofrerão correção monetária conforme os índices de poupança, o que efetivamente fica muito aquém dos critérios de correção do crédito trabalhista, mas que tem correção em regra superior à da conta do FGTS.

O § 9º, por sua vez, introduziu uma regra de ponderação em relação à situação jurídica (e presumidamente financeira) de determinados empregadores, permitindo a aplicação de algumas exceções. De acordo com o previsto no texto legal, as entidades sem fins lucrativos (*empregadores por equiparação, nos termos da CLT*), os empregadores domésticos (pessoas físicas que são destinatárias de serviços que não acarretam ganho econômico direto), os microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte (que merecem, por disposição constitucional, tratamento legal diferenciado em relação aos grandes empresários) foram beneficiados com a possibilidade de realizar o depósito pela metade, ou seja, equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor máximo previsto regularmente para as demais pessoas.

Vislumbra-se nessa alteração um protecionismo em relação aos empregadores que geralmente contam com menor poder aquisitivo, visando permitir que se utilizem dos meios necessários à revisão do conteúdo da decisão em sede recursal, na medida em que o depósito recursal acaba por ser um mecanismo de dificuldade econômica de acesso ao duplo grau de jurisdição. Trata-se da aplicação da ideia de acesso a uma ordem jurídica justa, na teoria de Kazuo Watanabe. A regra, entretanto, é objetivamente destinada a tais pessoas, sem necessidade de comprovação de carência econômica.

Maiores benefícios foram estendidos às entidades filantrópicas e às empresas em recuperação judicial, que passaram a ser isentas do depósito recursal, conforme definiu o § 10 do art. 899 da CLT. Por esse dispositivo se estendeu tratamento semelhante ao concedido pela jurisprudência à massa falida. Há que se observar também, que a Súmula nº 86 do TST já previa a isenção de custas e depósito recursal em relação à massa falida e às empresas em recuperação judicial.

Passando-se ao § 11: outra alteração levada a efeito pelo legislador foi a de permitir ao empregador optar pelo oferecimento de fiança bancária ou seguro-garantia judicial, no lugar da garantia em dinheiro. Salienta-se a justificação apresentada

junto ao projeto de Lei 6.787/2016, que indica claramente que o objetivo é de evitar a descapitalização do empresário:

A escassez de capital de giro é uma das principais dificuldades enfrentadas pelas empresas, que, ainda assim, são obrigadas a efetuar depósitos recursais para fins de apresentação de recursos na Justiça do Trabalho, que são destinados à conta vinculada do empregado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Na medida em que a crise alcança vários setores da sociedade, é razoável uma medida que torne indisponível, como requisito de admissibilidade recursal, uma parcela do patrimônio das empresas. Considerando que, via de regra, a empresa é a parte recorrente em ações trabalhistas, é possível diminuir o ônus da interposição do recurso, mantendo na economia os valores que seriam objeto de depósito recursal. Para tanto, estamos propondo a inserção de um § 9º ao art. 899 na CLT, permitindo-se a substituição do depósito recursal por fiança bancária ou seguro garantia judicial, que foram equiparados a dinheiro pelo art. 835, § 1º, do Código de Processo Civil. Tal medida, de certa forma, representa uma desoneração para as empresas, refletindo até mesmo no que se convencionou chamar “custo Brasil”.

Importante também observar o emprego do verbo “poderá”. A faculdade de escolher essa modalidade de garantia, evidentemente, é do recorrente, mas o juiz deverá analisar se a garantia apresentada efetivamente preenche as condições legais implícitas. Conforme Luciano Martinez¹²⁶:

A situação prevista no § 11 deve ser analisada pelo magistrado com a devida cautela (observe a dicção do tempo verbal: “poderá ser substituído”, e não “será substituído”), uma vez que as fianças bancárias e os seguros-garantia judicial devem ter plena validade durante todo o trâmite do processo executivo, uma vez que se trata de mecanismo que muitas vezes é concedido por tempo determinado. Há de cuidar-se para evitar a ausência de lastro no momento da satisfação final.

Portanto, o julgador deverá analisar com cautela a admissão da opção de substituição do depósito recursal em pecúnia pelo oferecimento de fiança bancária ou seguro-garantia judicial, que deve apresentar condições de efetivamente propiciar o pagamento do crédito, se mantida a condenação.

126 MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista**: entenda o que mudou. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 242.

5. *Petição Inicial e Pedido*

A peça que dá início à Reclamação Trabalhista sofreu modificação considerável após a vigência da Lei 13.467/2017, vez que foram acrescentados novos elementos indispensáveis à petição inicial.

O texto legal passou a ser redigido da seguinte forma:

Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal.

§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

[...]

§ 3º Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1º deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito.

O § 2º, que não foi acima transcrito, posto que não sofreu qualquer alteração, diz respeito à reclamação verbal, que deve obedecer aos mesmos requisitos elencados no § 1º.

Os principais pontos de discussão em relação às modificações pontuais inseridas nesse único artigo, e a respeito do que grassa grande discussão na doutrina e na jurisprudência, estão centradas na necessidade de estabelecimento de pedido certo, determinado e que indique seu valor, bem assim a possibilidade de extinção sem julgamento de mérito em relação a pedidos que não atendam tais requisitos, observado que não existe previsão expressa de oportunização de emenda.

O § 1º modificou, essencialmente, a questão referente ao pedido, tornando-o mais preciso e exigindo atribuição de valor. Na redação anterior bastava ao autor indicar uma breve exposição dos fatos e fazer o pedido correspondente, sem necessidade de atribuição de valor da causa, mesmo porque, inicialmente, não havia a separação de ritos procedimentais de acordo com o valor da causa. A partir da reforma, ficou expresso que o autor deve apresentar pedido certo, determinado e com indicação de seu valor.

A justificação dada ao Projeto de Lei nº 6.787/2016 foi a seguinte¹²⁷:

As alterações promovidas no art. 840 têm como fundamento principal exigir que o pedido, nas ações trabalhistas, seja certo, determinado e que tenha o seu valor devidamente indicado. A exigência de que o pedido seja feito de forma precisa e com conteúdo explícito é regra essencial para garantia da boa-fé processual, pois permite que todos os envolvidos na lide tenham pleno conhecimento do que está sendo proposto, além de contribuir para a celeridade processual com a prévia liquidação dos

127 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 123.

pedidos na fase de execuão judicial, evitando-se novas discussões e, conseqüentemente, atrasos para que o reclamante receba o crédito que lhe é devido. Vale ressaltar que o tratamento dado à matéria nesse artigo é o mesmo já estabelecido no CPC.

Logo, o que se observa é que o legislador atribuiu ao autor a obrigação de agir com maior seriedade e transparência na formulação de seus pedidos, esclarecendo de forma específica o que se está sendo pleiteado e qual o valor que atribui a cada um dos pedidos. Essa exigência, se por um lado torna mais complexa a tarefa do procurador do autor, acarreta uma postura mais responsável na formulação dos pedidos (mesmo porque o valor que lhes for atribuído será considerado também para fins de fixação de honorários de sucumbência, conforme já visto) e permite discussão transparente em relação às pretensões para fins de acordo, em audiência. De outro lado, permite ao reclamado vislumbrar de forma mais concreta o efetivo risco do processo, na medida em que tem condições de verificar qual o valor líquido da pretensão formulada e comparar com seus argumentos de defesa e documentos que irá eventualmente apresentar em juízo.

Considerando-se que a liquidez dos pedidos já era exigida no procedimento sumaríssimo, junto à Justiça do Trabalho, a princípio essa novidade veio somente estender esse requisito aos demais ritos. Em termos intertemporais, considerando a teoria do isolamento dos atos processuais e que a petição inicial consiste no ato de abertura do processo, evidentemente essa exigência só poderá ser formulada em relação às ações distribuídas a partir da vigência da lei. Nesse sentido a IN 41/18, art. 12.

Mas em outros aspectos a questão de interpretação do novo dispositivo não é tão simples quanto aparenta ser, suscitando diversos debates, entre os quais se destacam os seguintes:

Primeiro ponto: pedido certo, determinado e com indicação de seu valor significa que a inicial trabalhista deverá ser liquidada e acompanhada de planilhas de cálculo?

Há divergência em relação a esse aspecto. De acordo com Delgado e Delgado (2018, p. 372-373), a interpretação que deve ser dada a esse dispositivo é a que estabelece que os pedidos devem ser apresentados com uma *estimativa* de seu valor, sendo que o somatório desses montantes corresponderá ao valor da causa, sem necessidade, por falta de previsão legal, de “rigorismo aritmético na fixação dos valores dos pedidos (e, por consequência, do valor da causa)”, em uma interpretação lógica, sistemática e teleológica do preceito normativo. Logo, o simples lançamento de uma estimativa preliminar razoável do valor dos pedidos iniciais seria suficiente para o preenchimento do requisito.

Lisbôa e Munhoz¹²⁸ vão em sentido semelhante, sem vislumbrar necessidade de grande rigor: para eles, a melhor forma de se expor a correlação lógica que deve existir entre os fatos narrados e o valor do pedido formulado é, sem dúvida, por uma planilha de cálculo, mas, para fins de preenchimento dos requisitos da petição

128 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juizes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 424-427.

inicial, admitem-se outras formas que exponham os critérios que a parte utilizou para chegar a determinado valor, como uma simples exposição textual: “os valores foram obtidos considerando 10 horas extraordinárias por mês, tendo por base de cálculo o salário mensal de R\$ 1.000,00, com acréscimo do adicional de 50%. O período de apuração foi de 2 de março de 2015 a 5 de abril de 2016. Utilizou-se o divisor 220.” O importante, segundo eles, é que a parte deixe claro como ela chegou ao valor dado a cada uma das pretensões deduzidas, não sendo possível aceitar que a parte formule pedido sem indicar o critério utilizado para chegar ao respectivo montante, porque isso implicaria esvaziar por completo a alteração na lei processual, dando à parte liberdade para atribuir qualquer valor a qualquer pedido, sem precisar demonstrar a relação lógica com os fatos narrados na petição inicial, ou em autorizar a parte em omitir (da parte contrária e do juízo) elementos processuais relevantes para a identificação do objeto do litígio. Esclarecem, ainda, que os reflexos das verbas principais postuladas também devem seguir a exigência de certeza, determinação e indicação do valor.

Teixeira Filho¹²⁹, por sua vez, caminha em outro sentido de interpretação: ao aludir ao valor do pedido, a norma exige que ele seja exato, e não meramente estimado, ressalvadas as hipóteses excepcionais de formulação de pedidos genéricos, que serão abaixo analisadas.

Não se pode omitir, ainda, que existe diversos julgados, em especial em primeiro grau, que vêm exigindo a delimitação específica dos valores, com apresentação de planilhas de cálculos detalhadas, sob cominação de extinção dos pedidos sem julgamento de mérito.

Por fim, e embora a questão esteja longe de ser pacificada, a IN 41/18 indica que a interpretação do TST segue no sentido de que o valor da causa será estabelecido por estimativa, e não por cálculos de liquidação, ao estatuir, no art. 12, § 2º, que para o fim do que dispõe o art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil – dispositivos esses que estabelecem parâmetros para fixação do valor da causa.

Segundo ponto: em sendo líquida a petição inicial, os valores atribuídos aos pedidos limitam os valores que poderão ser deferidos em sentença?

Se a inicial está devidamente liquidada e apresenta valor específico ao pedido, esse valor, a princípio, limita o valor que poderá ser deferido pelo juízo, de acordo com o que se pode depreender do art. 492 do CPC, que veda ao juiz condenar a parte em valor superior ao que foi demandado. Essa é a opinião de Lisbôa e Munhoz¹³⁰, que argumentam que “o valor atribuído ao pedido serve de limitação para a condenação (art. 492 do Código de Processo Civil) e também como parâmetro para a apuração dos honorários de sucumbência (art. 791-A da CLT).

129 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 133.

130 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 426.

No mesmo sentido segue Teixeira Filho¹³¹, quando afirma que a condenação em valor superior ao apontado na inicial perpetraria transgressão ao mesmo art. 492 do CPC, permitindo ao réu alegar nulidade da sentença, que seria tecnicamente classificada como *ultra petita*.

Assim, é de se entender que, a princípio, o valor dado ao pedido limita a condenação, estando sujeita apenas à incidência de juros e correção monetária. Entretanto, se entendido que o valor dado à causa consiste apenas em estimativa, a interpretação dessa questão pode ser divergente.

Terceiro ponto: considerando as particularidades do processo do trabalho, e observada a literalidade do art. 840 da CLT, remanescem situações que possibilitam a apresentação de pedidos genéricos no processo do trabalho?

A nova lei fala em formulação de pedido certo e determinado. Pedido certo é aquele que é formulado de modo expresso, explícito, enquanto pedido determinado diz respeito a um pedido que delimite a sua qualidade e quantidade. Ou seja, o contrário de pedido certo é pedido implícito; o contrário de pedido determinado é pedido genérico.

Embora a doutrina e a legislação repilam a formulação de pedidos implícitos, como regra geral (ressalvadas situações da aplicação do princípio da utrapetição, na teoria de Giglio), o ordenamento processual prevê expressamente situações que autorizam a apresentação de pedidos genéricos, de forma excepcional.

A exigência de formulação de pedido certo e determinado não pode ser estendida às situações e casos em que não se pode precisar previamente o valor a ser auferido, se aplicados os princípios da lógica jurídica. O art. 324, II e III, do CPC, estabelecem a possibilidade de formulação de pedido genérico “quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato” ou “quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu”.

Exemplo que tem sido apontado pelas discussões diz respeito à situação em que se postula indenização por danos decorrentes de acidente de trabalho sofrido e que ainda não teve todas as lesões consolidadas. Essa situação atrai a hipótese do art. 324, II, do CPC, pois não é possível determinar, desde logo, as consequências do fato, o que justificaria o pedido genérico.

Em tais situações, na prática, desde que exista a justificação prévia e ela seja razoável, deve-se permitir a apresentação de petição inicial com parte dos pedidos liquidados e parte dos pedidos de forma genérica, diante da impossibilidade de se obter o valor exato com os elementos de fato que existem até então. É importante ter em vista a finalidade última do processo, que se pauta na busca da realidade dos fatos e deve propiciar abertura à atuação das partes, para que se promova a justiça.

Também se tem apontado que em muitos casos o pedido não poderá ser devidamente liquidado, porque o autor não dispõe de todos os elementos necessários

131 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 133.

para esse fim, na medida em que carece do acesso a documentos que estão em poder do empregador. Um exemplo típico seria a situação em que pede diferenças salariais em relação a um paradigma do qual não teve acesso a toda a evolução salarial. Outros exemplos enumerados por Teixeira Filho¹³² dizem respeito a precisar a quantidade exata de horas extras prestadas, de adicional noturno, de comissões retidas. Tais hipóteses, a princípio, poderiam atrair a aplicação do art. 324, III, do CPC, pois a liquidação dependeria da apresentação de documentos pelo réu. Mas essa questão encontra maior resistência na doutrina como hipótese autorizadora de formulação de pedidos genéricos. Conforme Lisbôa e Munhoz¹³³, deve-se ter cuidado para não transformar a exceção (autorização para apresentar pedido genérico) em uma regra geral. Se o ex-empregado não tem acesso a seus documentos funcionais, que, em regra, estão em poder do empregador, deve se utilizar de alguma das possibilidades estabelecidas no ordenamento jurídico, como a ação de exibição de documentos, para formular pedido determinado, não existindo necessariamente a obrigação que o réu pratique determinado ato para que se possa formular o pedido.

Quarto ponto: a falta de indicação de valor ao pedido irá acarretar sua imediata extinção, considerando a literalidade do § 3º, ou haverá necessidade de possibilitar a apresentação de emenda à petição inicial?

O parágrafo terceiro estipulou a extinção do processo sem resolução do mérito, quando do descumprimento dos requisitos do § 1º do art. 840 da CLT, o que tem levado ao entendimento de parte dos julgadores de que não há possibilidade de se determinar a emenda da inicial, por ausência de previsão legal, sendo proposital o silêncio do legislador.

Conforme se vê:

É bem verdade que existe corrente em sentido contrário, defendendo que, no direito processual do trabalho, não haveria possibilidade de emenda à petição inicial. Para os defensores dessa tese, não haveria espaço para aplicação do Código de Processo Civil nessa matéria, pois a CLT não seria omissa, já que estabeleceria, expressamente, o efeito jurídico da ausência de indicação dos valores na petição inicial, tanto no rito sumaríssimo quanto no rito ordinário. De qualquer forma, o novo § 3º do art. 840 da CLT esclarece que, em caso de cumulação objetiva, apenas os pedidos não aptos serão extintos sem resolução de mérito. A relação processual deve prosseguir

132 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 124.

133 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 424.

quanto aos demais pedidos que preencham os requisitos, devendo o juiz retificar o valor da causa e o rito processual, caso seja necessário¹³⁴.

No entanto, a doutrina processual, a exemplo de Mauro Schiavi e Luciano Martinez, tem indicado que essa determinação não impede a aplicação do entendimento fixado no art. 321 do CPC/2015, qual seja, que deveria se oportunizar ao demandante emendar ou completar a petição inicial. Conforme esse raciocínio, não haveria que se extinguir o processo quando da ausência de cumprimento de algum dos requisitos, mas determinar previamente ao reclamante a complementação de sua peça, prática que já era adotada antes da implementação da Reforma, inclusive no que diz respeito ao procedimento sumaríssimo, onde se exigia a liquidação prévia dos pedidos.

No mesmo sentido, Delgado e Delgado¹³⁵:

Ausentes, contudo, os requisitos explicitados no § 1º do art. 840 da CLT, em sua nova redação, o juiz deverá conferir ao autor prazo de 15 dias para a correção da petição inicial, ao invés de, simplesmente, de imediato, extinguir o processo (ou os pedidos, se a falha for apenas parcial), sem resolução do mérito. É o que deflui da regra inserta no art. 321 do CPC-2015, harmônica, a propósito, ao fixado nos arts. 4º, 6º e 317 do mesmo diploma processual geral. Enfatize-se, a esse respeito, que a jurisprudência trabalhista já pacificou ser a regra do art. 321 do CPC plenamente aplicável ao processo do trabalho (Súmula 263 do TST).

Ainda, nesse sentido, a doutrina de Teixeira Filho¹³⁶, para quem deve ser concedido o prazo de 15 dias para emendar a inicial que apresenta pedidos ilíquidos, antes de se poder, eventualmente, decretar a extinção.

Se entendido que deve haver oportunidade de emenda, a sugestão de despacho seria a seguinte:

A partir de 11-11-17, inclusive, está vigente a nova redação do art. 840 da CLT, que determina que os pedidos sejam apresentados de forma certa, determinada e com indicação de seu valor. Não obstante, a parte autora distribuiu a reclamação já na vigência da nova lei, apresentando diversos pedidos não liquidados, sem qualquer justificativa que aponte a necessidade de formular pedido genérico.

134 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 428.

135 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 373.

136 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 134.

Assim, intime-se o autor para proceder à emenda da inicial em relação aos pedidos não liquidados, procedendo à adequação ao novo pressuposto processual, no prazo de quinze dias, sob pena de extinção sem julgamento de mérito, nos termos do art. 840, § 3º, da CLT.

Por fim, outra questão a ser observada, e que se deflui da IN 41/18, é que no estabelecimento do valor da causa devem ser observados os artigos 291 a 293 do CPC, que estatuem diversos critérios para fixação do valor de cada pedido e do valor da causa. Destacam-se: a) na ação de indenização por danos morais deve-se estabelecer o valor pretendido (art. 292, V); b) quando houver cumulação de pedidos (situação cotidiana no processo do trabalho), o valor da causa corresponde à soma do valor de todos os pedidos (art. 292, item VI); c) quando houver pedido subsidiário, o valor da causa corresponde ao valor do pedido principal (art. 292, item VIII); d) prestações vencidas devem ser somadas para fins de estipulação do valor da causa, mas no caso de prestações vincendas por tempo superior a um ano ou por tempo indeterminado (o que guarda relação com as ações de indenização por acidente de trabalho), o valor corresponde à soma de uma prestação anual (art. 292, §§ 1º e 2º); e) o juiz poderá corrigir de ofício e por arbitramento o valor dado à causa, caso verifique que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor (art. 292, § 3º); f) a impugnação ao valor da causa deve ser formulada em preliminar de contestação, pelo réu, sob pena de preclusão (art. 293).

6. Processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial

Uma previsão inovadora trazida pela Reforma Trabalhista diz respeito à inserção de procedimento de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial no processo do trabalho.

O “Capítulo III-A – Do Processo de Jurisdição Voluntária para Homologação de Acordo Extrajudicial”, composto pelos artigos 855-B a 855-E, foi acrescido à CLT com o seguinte texto:

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria.

Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação.

Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da

petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.

Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

Manoel Antônio Teixeira Filho¹³⁷ descreve as seguintes características para o procedimento de jurisdição voluntária: não há atividade jurisdicional, mas administração pública de interesses privados; não existem partes, mas interessados; não há processo, mas mero procedimento; e não há voluntariedade, pois a instauração do procedimento depende de iniciativa do interessado. Para ele, ainda, o instituto foi inserido com a clara intenção de substituir a assistência sindical no ato da rescisão do contrato de trabalho do empregado que contasse com mais de um ano de serviço, observadas as mudanças no art. 477 da CLT, visando dar maior segurança jurídica aos instrumentos rescisórios e reduzindo o número de ações trabalhistas, o que inclusive consta do relatório do deputado relator do projeto de lei.

Independente do que motivou seu surgimento, é certo que se trata de novidade no campo da seara processual trabalhista, que até então não previa qualquer situação de jurisdição voluntária, e merece ser analisado com cuidado, considerando que, através da homologação da proposta apresentada em conjunto pelas partes, o Estado estará dando efeitos de coisa julgada à transação.

Pelos artigos acima descritos, nota-se, primeiramente, que dois são os requisitos primordiais para a utilização do instituto: 1) apresentação de petição inicial conjunta pelos interessados; 2) representação dos interessados por advogados, não podendo ser representadas por advogado em comum.

A vedação à representação por advogado comum, certamente, visa evitar que, em relação jurídica marcada pela desigualdade econômica, prevaleça o interesse daquele que tem maiores condições de contratar advogado, que em geral coincide com a figura do empregador. Em uma análise lógica, também que não seria válida a admissão de advogados diversos que pertençam a um mesmo escritório, o que poderia macular a boa representação dos interesses de seu constituinte. O § 2º, entretanto, faculta ao empregado ser representado pelo advogado do sindicato da sua categoria, o que ficará a critério do obreiro.

Uma vez que o prazo de análise judicial é de até 15 dias, e para evitar que o empregador deixe de pagar as verbas rescisórias sob a justificativa que está aguardando o despacho no procedimento de jurisdição voluntária, o artigo 855-C deixa

137 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 186.

expresso que haverá incidência da multa do § 8º do art. 477 da CLT mesmo nos casos de jurisdição voluntária, caso ultrapassado o prazo legal de pagamento da rescisão. Assim:

O que, talvez, possa ocorrer na prática é de o pagamento ser realizado na data da assinatura do acordo, pelas partes, quando já excedidos os prazos legais. Neste caso: a) o juiz poderá homologar o acordo; b) mas o empregador se sujeitará à multa administrativa prevista no § 8º, do art. 477, da CLT¹³⁸.

Os artigos 855-D e 855-E indicam que a legislação buscou estabelecer procedimento bem simplificado à nova modalidade processual, estatuidando que, a partir da distribuição, a análise do acordo deverá ser feita pelo juiz em quinze dias, designando audiência e proferindo sentença apenas se entender necessário.

De acordo com Mannrich¹³⁹, nesse aspecto a reforma trabalhista acaba por tornar desnecessária a perniciosa prática anteriormente travada pelas partes da simulação de lide judicial, de modo a obter quitação judicial de verbas e direitos. Relata se tratar de prática comum a criação de demandas, pelas partes, simulando um conflito, exclusivamente para a obtenção da quitação, monopólio do Judiciário e das Comissões de Conciliação Prévia. E, de fato, esse problema não é incomum para quem exerce a jurisdição.

Existe, portanto, uma facultatividade de procedimento: o magistrado poderá apreciar, desde logo, a conciliação extrajudicial, homologando ou não a conciliação, sem necessidade de audiência, ou designar audiência prévia e somente depois decidir se vai ou não homologar a transação. A decisão que homologa ou que nega a homologação, de qualquer forma, deve ser fundamentada.

Frisa-se que a homologação não é ato vinculado nem direito subjetivo das partes, mas pode ser negada, como se depreende, inclusive, do parágrafo único do art. 855-E. Nesse mesmo sentido argumentam Delgado e Delgado¹⁴⁰, que defendem que o magistrado não está vinculado ao estabelecido no acordo extrajudicial, podendo inclusive recusar a homologação pretendida, de forma total ou parcial. Citam como exemplos:

Ilustrativamente, recusa quanto à descaracterização de verbas salariais em indenizatórias, para fins de burla aos recolhimentos imperativos legais (no caso, para determinar o correto recolhimento, por exemplo); ou recusa quanto à amplitude

138 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 189.

139 MANNRICH, Nelson (coordenador). **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 18.

140 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 387.

da quitação lançada na petição de acordo (no caso, para fixar os corretos limites da quitação, por exemplo).

Caso entenda necessário, o magistrado poderá, para melhor segurança jurídica, designar audiência, determinando o comparecimento das partes nessa ocasião. Historicamente, são muitos os casos de fraudes e tentativas de fraudes, em acordos simulados, conforme citação supra, e observa-se que parte dos trabalhadores não tem plena ciência dos efeitos de uma transação extrajudicial, ainda que assistidos por advogado. Logo, o que se tem observado é que grande parte dos juízes têm determinado a inclusão em pauta preferencial para realização de audiência, onde são esclarecidos os termos da transação ao trabalhador, com posterior homologação dos efeitos da transação, se em termos. Esse procedimento parece ser o que mais atende aos interesses tanto dos trabalhadores quanto dos empregadores, que querem, com a transação, obter segurança jurídica e colocar fim, definitivamente, a eventual conflito de interesses.

Se designada audiência, as partes deverão comparecer. De acordo com Mannrich¹⁴¹, a ausência de uma das partes acarretaria o indeferimento da homologação, com extinção do feito ou redesignação da data, caso entenda-se necessário.

Quanto ao prazo de quinze dias para apreciação da petição inicial, constitui-se prazo impróprio, não sujeito à preclusão, e que possivelmente não conseguirá ser cumprido de forma estrita, observado o volume de ações nas unidades judiciárias. Em sendo prazo processual, sujeita-se à regra de contagem apenas em dias úteis, como acima mencionado.

Ainda, conforme disposto no art. 855-E, da CLT, o prazo prescricional ficará suspenso em relação as verbas previstas no acordo, desde o protocolo da petição inicial até a data da decisão que eventualmente negar a homologação da transação; a suspensão do prazo prescricional, entretanto, atinge apenas as parcelas que foram elencadas na petição inicial, sendo que em relação a parcelas que não foram ali descritas a prescrição continuará a fluir normalmente. No caso de não haver homologação do acordo, o prazo prescricional voltará a fluir no primeiro dia útil seguinte ao trânsito em julgado da decisão que negou a homologação (parágrafo único, art. 855-E, CLT).

Há que se ressaltar, ainda, que em virtude do caráter terminativo da decisão que profere a homologação ou que a nega, ela terá natureza jurídica de sentença, apesar da nomenclatura utilizada. E das decisões que recusem a homologação, de forma total ou parcial, cabe recurso ordinário.

Quanto aos limites da transação, não há regra expressa que impeça que sejam dados os efeitos de quitação geral, mas a questão deve ser analisada com cuidado. A respeito, Mannrich¹⁴² esclarece:

141 MANNRICH, Nelson (coordenador). **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 19.

142 MANNRICH, Nelson (coordenador). **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 18.

[...] aspecto polêmico mostra-se a possibilidade ou não de quitação geral e irrestrita do contrato de trabalho por meio do acordo extrajudicial. A maioria [dos presentes em evento científico onde se discutiu a questão] entendeu que não há que se falar em quitação irrestrita e plena do contrato de trabalho, mas, tão-somente, das parcelas indicadas no termo, e por seus valores, entendimento idêntico à quitação até outrora realizada perante o sindicato quando da homologação da rescisão do contrato de trabalho perante o sindicato. A nosso ver, tal prática mostra-se colidente com o espírito da reforma trabalhista, que é de fazer prevalecer a vontade das partes. Verificando o juiz estar diante de verdadeira transação livre de vícios, que preveja a quitação plena do contrato de trabalho, impõe-se a este a homologação da avença. [...] Veja-se que já é prática comum a quitação do contrato de trabalho em audiências de conciliação judicial, incluindo-se sequer presentes no processo judicial objeto da avença. Não há, portanto, motivo para se obstar a realização plena da vontade das partes, caso seja este o conteúdo da avença e não exista vício de vontade ou fraude à lei, tudo apreciado tudo juízo homologador.

A questão, como se vê, é polêmica, e irá se consolidar apenas com o tempo.

Ainda, importante ressaltar que nada impede que o magistrado proceda à homologação parcial da transação. Assim, se, por exemplo, as partes apresentam petição em que dão quitação de todo o contrato de trabalho, mas em audiência o trabalhador esclarece que tem outros pedidos a serem feitos, e se percebe que os valores quitam apenas as verbas rescisórias, é possível se restringir o efeito da quitação a tais parcelas, mediante decisão justificada.

Outras questões que não foram abrangidas pelo dispositivo dizem respeito às custas, que irão atrair a regra do art. 789, I, e § 3º, da CLT (calculadas em 2% sobre o valor do acordo e pagas em partes iguais pelos litigantes, caso não se convencione de forma diversa).

Os CEJUSCs (Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas) do TRT da 2ª Região (São Paulo) padronizaram as seguintes diretrizes para os processos de jurisdição voluntária:

- Os juízes podem indeferir as petições iniciais por conta de acordos ilegais ou inadmissíveis; deferir a homologação; determinar o saneamento de defeitos processuais; ou marcar audiência para oitiva dos requerentes.
- As custas de 2% sobre o valor do acordo devem ser adiantadas pelos requerentes e rateadas entre os interessados. O recolhimento de custas será determinado no despacho que receber a petição inicial, pelo juiz do Cejusc-JT-2.
- A petição inicial deverá conter a identificação do contrato ou relação

jurídica, as obrigações pactuadas (valor, tempo e modo de pagamento), a cláusula penal, os títulos negociados e os valores respectivos, o valor da causa, bem como a atribuição de responsabilidade pelos recolhimentos fiscais e previdenciários.

- A audiência não é obrigatória, mas o Cejusc-JT-2, em regra, deverá marcá-la.
- Os juízes poderão atuar diretamente nas audiências, ou por intermédio de conciliadores, sempre com supervisão do magistrado que é o único competente para homologar o acordo.
- A ausência injustificada de qualquer requerente na audiência provocará o arquivamento do processo, com extinção sem resolução do mérito.
- A petição inicial deverá discriminar as parcelas objeto da transação, definindo a natureza jurídica respectiva, respeitados direitos de terceiros e matérias de ordem pública.
- A quitação envolvendo sujeito estranho ao processo ou relação jurídica não deduzida em juízo somente é possível no caso de autocomposição judicial em processo contencioso. A quitação deve ser limitada aos direitos (verbas) especificados na petição de acordo.
- A existência ou não de vínculo de emprego não está ao arbítrio dos requerentes.
- Quanto a questões processuais, o juiz poderá determinar aos requerentes a emenda da petição inicial, previamente ou na audiência, mediante redesignação. Quanto ao mérito, não cabe dilação, devendo o processo ser resolvido pela homologação ou não.
- Não serão expedidos alvarás para liberação de FGTS e seguro-desemprego. Por não se tratar de jurisdição contenciosa, cabe ao empregador assegurar ao empregado acesso aos respectivos benefícios.
- Após a audiência, a critério do juiz do Cejusc-JT-2, os autos poderão ser conclusos para prolação da sentença.
- O processamento de eventual recurso será apreciado pelo juiz da vara do trabalho de origem.
- Os acordos homologados são títulos executivos judiciais. A execução deve ser processada perante o juiz da vara do trabalho de origem.

Como modelo de despacho inicial dessa modalidade de demanda sugere-se o seguinte, inspirado nos parâmetros de procedimento pautados acima, caso o procedimento adotado seja o de inclusão em pauta para esclarecimentos e posterior homologação:

1. Designo audiência de homologação (art. 855-D da CLT), para o dia XXX às XXhXXmin.
2. A homologação do acordo extrajudicial (art. 855-B da CLT) fica condicionada ao comparecimento das partes na audiência, bem como à comprovação nos autos, até a data da audiência, do seguinte (art. 320 e 720 do NCPC):

- a) Discriminação dos valores de cada parcela abrangida pelo acordo, diante da impossibilidade de pagamento complessivo, sendo vedada a cláusula de quitação genérica do contrato de trabalho. Haverá possibilidade de quitação geral de cada verba específica que foi objeto de pagamento.
 - b) Disposição específica sobre o período de prestação de serviços ou contrato de trabalho e, se for o caso, os motivos de sua extinção.
 - c) Demonstração específica das comunicações aos órgãos competentes, no caso de extinção do contrato de trabalho (art. 477, caput, da CLT), sendo dispensado alvará judicial para fins de levantamento do FGTS e requerimento de seguro-desemprego.
 - d) Comprovação de pagamento aos credores mediante transferência bancária para conta própria ou por eles indicada, nas datas estipuladas.
 - e) Responsabilidade e comprovação prévia dos seguintes recolhimentos: custas, contribuições fiscais, contribuições previdenciárias (observada a incidência sobre parcelas de natureza salarial discriminadas) e recolhimento de FGTS, inclusive eventual multa.
 - f) Responsabilidade e disposição específica acerca de eventuais honorários advocatícios contratuais, vedado os sucumbenciais.
 - g) Comprovante prévio de cumprimento de qualquer obrigação de fazer acaso ajustada.
 - h) A inobservância dos itens supra, até a data da audiência acima designada, ou a ausência de qualquer uma das partes na audiência implicará no indeferimento da homologação do acordo e extinção da inicial, nos termos do art. 321, § único, art. 330, IV e art. 485, I, NCPC.
3. Intimem-se.

A utilização desse procedimento tem a possibilidade de evitar o uso abusivo de tal mecanismo, reservando-o para situações em que efetivamente exista um conflito de interesses que foi solucionado de forma prévia à distribuição da reclamação trabalhista e que merece a chancela judicial para fins de concessão de segurança jurídica às partes.

7. Procedimento de produção antecipada de provas e ação de exibição de documentos

Conforme acima mencionado, uma das alterações de mais impacto na rotina diária do processo do trabalho diz respeito à necessidade da parte autora de atribuir valores aos pedidos.

A relação existente entre empregado e empregador guarda diversas particularidades que a diferem de outras relações jurídicas: do contrato de trabalho deriva um feixe de obrigações recíprocas e equivalentes que se sucedem no tempo, muitas vezes por vários anos; é comum que o trabalhador não conte com a documentação necessária para viabilizar a apresentação de pedidos devidamente liquidados,

seja porque não os arquivou, seja porque não recebeu cópia; parte dos documentos comuns (como cartões de ponto) permanece na guarda unilateral do empregador. No sistema anterior, o trabalhador fazia o pedido com base nas próprias memórias e esperava a juntada de documentação para fins de confrontação. Agora, não pode mais agir dessa maneira, o que seria irresponsável por parte do advogado, diante do risco de sucumbência. Isso reclama novas sistemáticas de atuação, maior técnica e precisão.

Dentre essas novas sistemáticas, se tem observado que começa a crescer a utilização de mecanismos preparatórios para as demandas, em especial pedidos de tutelas prévias (de evidência ou cautelar) que possibilitem a produção antecipada de provas ou a exibição prévia de documentos, pelo empregador, a fim de subsidiar a liquidação de seus pedidos ou para analisar a viabilidade da apresentação de uma reclamação trabalhista, inclusive sopesando previamente os riscos de sucumbência.

Nesse panorama, salienta Manoel Antônio Teixeira Filho¹⁴³ que:

Haverá também situações em que a definição do valor dos pedidos somente será possível após a apresentação de documentos que se encontram em poder do réu. Nesta hipótese, poderão ser adotados alguns procedimentos, a saber:

a) *para que a petição inicial expresse, desde logo, o valor dos pedidos*, incumbirá ao autor ingressar com pedido de tutela de urgência de natureza cautelar (CPC, art. 301) ou com ação de produção antecipada de prova (CPC, art. 381), fundando-se no art. 324, § 1º, III, do CPC, assim redigido: “§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I – (...); III - *quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu*” (destacamos). Apresentados os documentos necessários, os pedidos deverão ser liquidados antes de serem postos na inicial;

b) *para que o valor seja fixado após apresentação da defesa*, o autor deverá suscitar o incidente de exibição de documentos, regulado pelos arts. 396 a 404, do CPC; exibidos os documentos, o juiz concederá prazo para que o autor emende a petição inicial, no prazo de quinze dias, indicando o valor dos pedidos formulados (CPC, art. 321, *caput*), sob pena de indeferimento da petição inicial (*ibidem*, parágrafo único).

As possibilidades indicadas são a produção antecipada de provas e a exibição de documentos, que são abaixo analisadas.

Produção antecipada de provas: a Consolidação das Leis Trabalhistas não prevê o instituto da produção antecipada de prova, que encontra previsão no Código de Processo Civil, aplicável ao processo do trabalho, dada sua subsidiariedade e compatibilidade.

143 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 189.

O instituto em questão foi revisado e ampliado a partir da Lei 13.105/2015, que aprovou o novo CPC, estipulando que:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

§ 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão.

§ 2º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu.

§ 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

§ 4º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

§ 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair.

§ 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso.

§ 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

§ 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.

§ 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

O art. 381 do CPC enumera, então, as possibilidades de se determinar a produção antecipada de provas, consistentes em: a) receio de que a prova venha a se tornar impossível ou muito difícil (única hipótese que era prevista no CPC de 1973); b) viabilizar a autocomposição ou solução do conflito; c) permitir que se justifique ou evite o ajuizamento da ação. O art. 382, por sua vez, estipula critérios a serem seguidos para possibilitar o uso desse instituto.

Considerando-se os novos parâmetros inerentes à petição inicial, em especial a necessidade de liquidação dos pedidos, existe bastante espaço para utilização desse procedimento de natureza preparatória na seara trabalhista.

A exemplo de situações como pedido de equiparação, apuração de horas extras realizadas e não pagas que estejam registradas em cartão-ponto, análise de evolução salarial para cálculos de liquidação, e assim por diante, é fácil visualizar hipóteses em que, sem que o trabalhador tenha acesso a documentos que em geral estão de posse do empregador, não terá condições de demonstrar seu direito, nem ao menos de liquidar o valor da pretensão. Além disso, em algumas circunstâncias, como no caso de suspeita de doença do trabalho, a produção prévia da prova pericial permitirá analisar se efetivamente é viável o ajuizamento da demanda.

Nesse sentido, se entendido que os pedidos devem ser formulados de modo líquido, com delimitação expressa de valores, sem qualquer abrandamento quanto à necessidade dessa liquidez, deve-se possibilitar ao trabalhador a utilização dos meios legais disponíveis para se obter elementos suficientes para a liquidação de sua pretensão.

Além disso, a utilização da produção antecipação de provas prevista pelo CPC também permite que se promova a conciliação, inclusive que se formule, depois, procedimento de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, ou mesmo que se evite o ajuizamento de uma demanda, caso o autor constate que a prova produzida não o favoreça.

Em se tratando de simples exibição de documentos, o pedido poderá ser feito de maneira incidental, nos próprios autos da ação trabalhista, ou mediante ação preparatória de produção antecipada de provas, que já conta inclusive com código próprio (PAP – Produção Antecipada de Provas). A PAP permite produção antecipada de qualquer meio de prova, inclusive pericial, desde que haja uma justificativa para a formulação do pedido. Lembre-se que essa medida cautelar antecipada não se destina mais somente às situações em que a prova pode se perder, como tipicamente no sistema processual de 1973, mas também se destina a viabilizar a autocomposição ou justificar o ajuizamento de demanda posterior, o que aumenta exponencialmente sua possibilidade de utilização.

A respeito, transcreve-se a seguinte ementa, que bem ressalta esse direito autônomo à produção da prova sem necessidade de demonstração de perigo na demora:

AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. CPC/2015. O CPC de 2015 criou um verdadeiro procedimento probatório autônomo ou independente, o que tem como corolário o reconhecimento do direito autônomo à prova, no sentido de direito cujo exercício não se vincula necessariamente a um processo judicial instaurado ou a ser instaurado ou a uma situação de perigo em relação à produção de determinada prova. É que, consoante o art. 381, I, II e III, do CPC de 2015, a prova poderá ser produzida de forma antecipada quando: a)

haja fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo; b) a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; c) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Note-se que o CPC de 2015 não tratou do tema ao disciplinar a tutela de urgência, o que significa dizer que a antecipação da prova não depende, necessariamente, da presença do denominado *periculum in mora*. Esta demonstração somente será exigida quando a pretensão tiver como fundamento o art. 381 do CPC, ou seja, o fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo. Assim, nas hipóteses mencionadas nos incisos II e III do art. 381 do CPC, a prova pode ser produzida com o objetivo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito ou verificar a existência de fatos que justificar o ajuizamento de demanda, mesmo que não haja fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo. TRT – 3ª Região – Processo nº 0011701-25.2017.5.03.0075 – Primeira Turma – Relator Convocado Cleber Lucio de Almeida – J. 23.04.18.

Como sugestão de despacho inicial na PAP, transcreve-se o seguinte, que poderá ser adaptado para as diversas peculiaridades observadas em cada caso:

1. Recebe-se a petição inicial. Assiste razão ao requerente, sendo que a hipótese contempla possibilidade de produção antecipada de prova. Defere-se, inclusive em relação à prova pericial.
2. Intime-se a requerida para apresentar os documentos solicitados pelo autor, no prazo de cinco dias úteis, considerando os termos do art. 398 do CPC. A recusa injustificada de juntada poderá acarretar determinação de busca e apreensão e fixação de multa cominatória. Desde já esclarece-se que não cabe defesa nos próprios autos, procedimento preparatório, nos termos do art. 382, § 4º, do CPC.
3. Uma vez que existe pedido de prova pericial, intime-se a requerida também para, na mesma oportunidade, apresentar seus quesitos e proceder à eventual indicação de assistente técnico para a perícia.
4. Com a manifestação do requerido e juntada de documentos, intime-se o requerente para ciência do teor e para, também em cinco dias, apresentar seus quesitos e indicar assistente técnico, querendo.
5. Na sequência, retornem conclusos para designação de perito e formulação de quesitos pelo juízo, prosseguindo-se com a intimação do perito.
6. Cumpra-se.

Se a pretensão de produção antecipada de provas disser respeito apenas à prova documental, o autor poderá se valer de simples *pedido de exibição de documentos*, em

petição inicial apresentada de forma sumária e sujeita ao mecanismo da tutela provisória de urgência cautelar requerida em caráter antecedente. Esse procedimento, que veio substituir tanto as antecipações de tutela quanto as medidas cautelares típicas, está regulamentado nos arts. 303 e 304 do CPC/15.

Em tais casos, o autor poderá, facultativa e justificadamente, apresentar uma petição inicial sumária, onde se limite ao requerimento da tutela antecipada (exibição de documentos) e à indicação do pedido de tutela final (dizer o que pretende pedir ao fim), com a “exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo” (art. 303, caput).

Esse procedimento exige um requisito específico da inicial: em um preâmbulo, o autor deve indicar que pretende se valer da possibilidade de apresentar a petição inicial de forma sumária (art. 303, § 5º), para depois aditar o pedido. Se concedida a tutela, com determinação de exibição, ele deverá, posteriormente, aditar a petição inicial, nos mesmos autos, em 15 dias (sendo opcional a concessão de prazo maior pelo juiz), complementando sua argumentação, juntando novos documentos e confirmando o pedido de tutela final. A primeira resposta do réu, portanto, se limitará ao cumprimento da decisão que determinou a exibição de documentos, e não abrangerá o mérito em si. Se o autor não fizer o aditamento no prazo deferido, em caso de inicial sumária, o processo será extinto sem julgamento de mérito.

Caso o julgador entender que não cabe a concessão da tutela de urgência, deverá mandar o autor fazer a emenda da inicial em cinco dias, sob pena de extinção sem julgamento de mérito. Não existe previsão de concessão de prazo maior, nesse caso.

Apenas depois do aditamento o réu será citado (notificado) para a audiência. A partir daqui, recomenda-se a adoção do rito procedimental trabalhista: designação de audiência com prazo de no mínimo 5 dias (simetria com o art. 841 da CLT) e a apresentação da defesa nos moldes do procedimento adotado pelo juízo. Na sequência, segue-se com o procedimento ordinário ou sumaríssimo, conforme o valor da causa.

A sugestão de despacho inicial, para essa modalidade, seria a seguinte:

1. Recebe-se a petição inicial em sua forma sumária, considerando a justificativa apresentada e o pedido de posterior complementação pelo autor. Defere-se a tutela de urgência, para determinar a apresentação dos documentos solicitados.
2. Intime-se a requerida para apresentar os documentos solicitados pelo autor, no prazo de cinco dias úteis, considerando os termos do art. 398 do CPC, sendo que a recusa injustificada de juntada acarretará as consequências estabelecidas no art. 400 do mesmo diploma legal, para fatos específicos alegados. Desde já esclarece-se que não deverá apresentar defesa de mérito nesse momento, o que ficará resguardado para momento posterior ao aditamento da inicial.
3. Com a juntada dos documentos ou eventual decurso de prazo sem cumprimento, intime-se o requerente para ciência do teor e

para, em quinze dias, aditar a inicial.

4. Na sequência, se em termos a inicial, inclua-se o feito em pauta e prossiga-se, com a designação de audiência e providências de estilo.

Espera-se, com a transcrição de tais sugestões de despachos, apenas auxiliar na elaboração dos despachos diários das varas do trabalho, sendo que, necessariamente, deverá haver a adaptação às peculiaridades de cada unidade.

3.1.4 MÓDULO 4: Reflexos na execução

1. Reflexos da reforma nos procedimentos de execução

No campo da execução, a reforma atingiu diversos artigos da CLT, modificando procedimentos e ritos que eram observados há décadas, como a execução ex officio e a facultatividade de se dar vistas dos cálculos antes da homologação, e regulamentando questões de responsabilidades de terceiros, como integrante de grupo econômico, sucessor de empregador e sócios, esses atingidos tanto através da inclusão formal do instituto da desconsideração da personalidade jurídica da empresa quanto em relação à regulação expressa da limitação de responsabilidade do sócio retirante. São questões que serão a seguir apreciadas nesse quarto e último módulo do curso.

2. Procedimento a ser observado na homologação da sentença de liquidação: a nova redação do art. 879, § 2º, da CLT

Liquidação de sentença consiste no conjunto de atos que devem ser praticados com a finalidade de estabelecer o valor exato da condenação ou de individualizar o objeto da obrigação. Trata-se de fase preparatória da execução (art. 879, caput, CLT). Tem como limites expressos a proibição de modificar ou inovar a sentença liquidanda e de discutir matéria pertinente à causa principal (879, § 1º, CLT e art. 509, § 4º, do CPC), visando a preservação da autoridade da coisa julgada.

É chamada de sentença de liquidação o despacho do juiz que homologa a conta de liquidação e define o valor da execução (art. 884, § 3º, CLT). Embora seja denominada formalmente como sentença, é consenso que sua natureza jurídica é

de decisão interlocutória, não sendo impugnável de imediato (art. 893, § 1º, CLT), podendo se discutirem os cálculos apenas em sede de Embargos à Execução ou de Impugnação à Sentença de Liquidação, depois de garantida a execução.

A liquidação por cálculos é a forma mais comum de liquidação, destinando-se à simples quantificação da expressão monetária do título executivo. Será utilizada quando depender apenas de cálculos aritméticos (art. 509, § 2º, do CPC). Podem ser utilizadas as seguintes modalidades: a) apresentação dos cálculos pela parte ou pelos órgãos auxiliares da Justiça do Trabalho; b) nomeação de calculista habilitado para proceder à apuração dos valores devidos (para cálculos complexos, conforme § 6º do art. 879 da CLT). Essa última forma é a mais comum no Paraná, e, nesse caso, os honorários do calculista serão devidos pelo executado.

Após a apresentação dos cálculos, segue-se a fase de homologação da conta (despacho que é chamado de sentença de liquidação), sendo que apenas depois de homologada a conta é que se inicia formalmente a fase de execução. Até aqui, estava-se em uma fase preparatória da execução, posto que a execução demanda título líquido, certo e exigível.

O procedimento a ser observado para homologação da conta sofreu algumas alterações com o advento da reforma trabalhista. Foram acrescentados dois parágrafos ao artigo 879 da CLT, o primeiro deles (§ 2º) modificando o procedimento a ser observado quando da homologação da conta de liquidação: “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”.

O outro parágrafo acrescentado ao art. 879 da CLT foi o § 7º, que previu texto que já estava expresso junto à Lei 8.177/1991, buscando a unificação no índice de atualização dos créditos trabalhistas, elegendo para tanto a Taxa Referencial (TR).

Na perspectiva de Delgado e Delgado¹⁴⁴, existem ganhos e perdas na nova sistemática legal: do ponto de vista positivo, a nova regra enfatiza o princípio jurídico do contraditório, além de propiciar ao Juiz, de imediato, antes de passar à fase de citação para o pagamento e/ou garantia do juízo, corrigir erros e imprecisões na conta apurada. Do ponto de vista negativo, entretanto, confere certo atraso nessa fase final do processo judicial, retardando a integral consumação da entrega da prestação jurisdicional.

Na análise de Luciano Martinez¹⁴⁵:

O § 2º do art. 879 foi modificado pela reforma trabalhista de 2017, para dispor que, elaborada a conta e tornada líquida, o juízo “**deverá**” (antes, o verbo era “**poderá**”, sugerindo faculdade) abrir às partes **prazo comum** (antes, era prazo sucessivo) de **oito dias** (antes, eram dez dias)

144 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 391-392.

145 MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista**: entenda o que mudou. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 242.

para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão. Tudo mais continua sob mesma regência anterior, inclusive no que diz respeito à impossibilidade de a liquidação modificar, ou inovar, a sentença liquidada, ou ainda de discutir matéria pertinente à causa principal.

O prazo foi fixado de modo semelhante aos prazos recursais utilizados no processo trabalhista, passando a ser de oito dias, tendência de uniformização que vem se observando nas últimas reformas. A escolha pelo prazo comum, e não mais sucessivo, se adequa à utilização do processo eletrônico, vez que não mais existe necessidade de formalizar carga dos autos pelas partes, pois o sistema possibilita múltiplos acessos concomitantes.

O projeto de Lei 6.787/2016 justifica que a alteração contida no § 2º vem para evitar que a parte devedora se surpreenda com valores absurdos homologados sem análise prévia e que permite o posterior bloqueio em contas bancárias, por exemplo.

Logo, o que se observa é que se até o advento da Reforma o juiz tinha a *faculdade* de dar vista às partes antes da homologação dos cálculos, a partir da vigência da Lei 13.467/17 isso passa a ser uma obrigação. De acordo com o novo art. 879, § 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.

Aparentemente, a alteração da norma não comporta grande espaço de interpretação, tornando compulsória a oportunização prévia de vistas às partes. Mas há doutrina defendendo o contrário:

Ocorre que, no caso, essa interpretação de que o magistrado está obrigado a abrir o prazo para manifestação pelas partes não se sustenta quando se verifica que as demais normas que constam na Consolidação (e que levaram à conclusão contrária) continuam subsistindo no texto. Inicialmente, o simples fato da utilização da palavra “deverá” não significa ato de imposição obrigatória ao magistrado, como se viu na análise do § 1º-B do art. 879 da CLT, sendo que qualquer conclusão nesse sentido. [...] É de se salientar, outrossim, que, paralelamente ao estabelecido no § 6º do art. 879 da CLT, subsiste o teor do § 1º-B do art. 879, o qual dispõe que as partes deverão ser intimadas para a apresentação da conta. Subsiste, pois, a interpretação possível no sentido de que é possível ao juiz adotar mais de um procedimento quanto à liquidação, a saber, o de intimar as partes para apresentar a conta ou o de determinar a sua realização pelo contador, sendo que apenas no caso de que se intima as partes para apresentação da conta é que se tornaria obrigatória a manifestação sobre o cálculo a que se refere o § 2º do art. 879 da CLT, ante o risco de interpretação parcial do interessado no momento da liquidação do julgado. Oportuno frisar que, além da contradição com normas da própria consolidação, há conflito entre a norma do art. 879 § 2º da CLT com o próprio princípio da celeri-

dade processual insculpido no art. 5º LXXXVIII da Constituição Federal, o que recomenda, a rigor, uma interpretação conforme a Constituição do artigo infraconstitucional¹⁴⁶.

O TST, através da IN 41/2018, entendeu que seria dever do magistrado conceder prazo comum de oito dias para impugnação da conta, na forma do art. 879 § 2º da CLT, mas aplicável apenas às execuções iniciadas após 11 de novembro de 2017 (art. 14). Aparentemente, essa será a tendência dos tribunais.

A impugnação deve ser fundamentada, como bem adverte Teixeira Filho¹⁴⁷: a parte deve impugnar os cálculos de forma: a) juridicamente fundamentada; b) acompanhada de indicação dos itens e valores sobre os quais incide a discordância. “Desatendidas essas exigências legais, a consequência será a preclusão para a parte negligente”.

A lei estabeleceu prazo de natureza preclusiva. Portanto, caso qualquer uma das partes deixe de se manifestar nessa oportunidade, ou faça impugnação meramente genérica, não mais terá oportunidade de questionar posteriormente os cálculos apresentados.

Uma questão que precisa ser discutida é se, apresentada a impugnação pela parte nesse momento processual, o juiz deverá analisar de forma pormenorizada os argumentos apresentados ou poderá proceder à homologação, resguardando o direito da parte impugnante de renovar seus questionamentos após a garantia da execução.

Isso porque o art. 884, § 3º, da CLT, que não foi alterado, dispõe de forma expressa que: *somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação, cabendo ao exequente igual direito e no mesmo prazo.*

Considerando que o momento certo de impugnar a conta de liquidação é nos embargos à penhora, parece coerente sustentar que o juiz poderá, após a apresentação das impugnações prévias pelas partes, proceder a uma conferência sumária e tomar um dos caminhos seguintes: a) caso perceba erros relevantes, encaminhar ao calculista para adaptação (o que irá gerar a necessidade de permitir nova manifestação pelas partes a respeito das readequações antes da homologação); b) não constatando qualquer equívoco evidente, homologar a conta, a despeito da impugnação, postergando a completa análise da impugnação para o momento diferido dos embargos à penhora.

Esse procedimento apresenta a vantagem de evitar um duplo trabalho por parte do juízo e de evitar que o executado possa discutir a conta antes da garantia da execução, o que violaria de forma frontal o disposto no art. 884, § 3º, da CLT.

Caso assim se entenda, sugere-se o seguinte modelo de despacho, após a apresentação das impugnações pelas partes:

146 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 485.

147 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 201.

O calculista apresentou os cálculos de liquidação (ID XXX). As partes foram intimadas a se manifestar para impugnação, com efeito preclusivo, nos termos do art. 879, § 2º, da CLT, em sua redação determinada pela Reforma Trabalhista de 2017.

A executada impugnou de forma detalhada os cálculos. A parte autora se quedou silente.

Observado o princípio da celeridade processual, que impera no processo do trabalho; tendo em vista que somente nos embargos, após a garantia da execução, se permitirá a discussão da conta de liquidação; ainda, tendo em vista que não se vislumbra qualquer erro grosseiro de cálculo e que os valores apresentados pela reclamada (ID XXX) não são substancialmente inferiores aos apresentados pelo contador judicial, DECIDO: HOMOLOGAR os cálculos apresentados pelo calculista, inclusive quanto à parcela previdenciária. Fixo os honorários do Contador em R\$ XXX. Atualizem-se e acresçam-se as demais despesas processuais. Nos termos da Portaria MF 582/2013, editada em substituição à Portaria MF 435/2011, e das reiteradas manifestações da PSF, no sentido de dispensar sua intimação nos processos em que se discutam valores inferiores ao teto indicado no ato normativo, fica dispensada a intimação da PGF.

Consigne-se a preclusão para a parte autora de, após garantia integral da execução, apresentar impugnação aos cálculos, posto que já operada a preclusão, nos termos do art. 879, § 2º, da CLT.

Converto em penhora o depósito recursal já transferido para a conta judicial de ID XXXXX.

Considerando que o valor da conta de liquidação apresentada pela reclamada em sua impugnação é superior ao valor do depósito recursal já existente nos autos, proceda-se à sua imediata liberação ao exequente. Cite-se a ré para que, no prazo de 48 horas, pague o valor da execução, e prossiga-se.

Consigna-se, entretanto, a existência de entendimento contrário, defendendo que o juiz deverá analisar de forma específica e fundamentada a impugnação apresentada pelas partes, como se embargos analisasse. Não há incorreção nesse entendimento, na medida em que a lei não especificou qual deva ser o procedimento do juízo, mas isso acarretará retrabalho, não sendo compatível com o princípio da celeridade e o da economia processual. Isso porque, de qualquer modo, os argumentos que forem rejeitados (e estatisticamente muitos são) terão que ser renovados em sede de embargos, para posterior acesso ao duplo grau de jurisdição, através de agravo de petição, na medida em que a decisão que homologa a conta de liquidação não é recorrível de imediato. Cabe a cada juízo, entretanto, optar por um caminho procedimental, até que sobrevenha pacificação na interpretação dessa nova sistemática.

De qualquer modo, o que se vem observando é que a apresentação prévia de impugnação pelo executado acaba por estabelecer um valor incontroverso de forma precoce e permite, muitas vezes, a imediata liberação de depósitos judiciais, conforme consta do modelo de despacho acima transcrito, o que, em si, é um ganho para a efetividade. A apresentação de impugnação prévia também facilita a inclusão em pauta para tentativa de conciliação em sede de execução, o que deve ser aproveitado no dia a dia das unidades jurisdicionais.

3. Execução ex officio

Deixando de lado a discussão sobre processo sincrético, e se a execução deve ser vista como fase processual ou não, discussão que não cabe nos limites estritos dos objetivos desse curso, é certo que o início da execução, até a implementação da reforma trabalhista, era instaurada e impulsionada de ofício pelo próprio magistrado, que determinava sequencialmente quais as medidas a serem tomadas em busca da garantia da execução.

Isso se dava em decorrência expressa no antigo artigo 878 da CLT, pautando-se na competência fixada em artigos anteriores.

No entanto, a lei alterou essa previsão, passando a estatuir que: “Art. 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado”.

A partir disso, então, não mais incumbe formalmente ao magistrado promover a execução por sua iniciativa, exceto nos casos em que a parte não possui procurador constituído. Na visão de Homero Silva (2017), essa modificação atinge uma das singularidades históricas da Justiça do Trabalho, onde a execução sempre foi promovida de ofício.

Diversas críticas surgem a partir dessa alteração.

Questiona-se primeiramente porque modificar um dispositivo legal que sempre funcionou bem, sendo um dos motores propulsores da celeridade na fase de execução. Um dos argumentos apresentados diz respeito ao estabelecimento de honorários de sucumbência no processo do trabalho, o que tornaria desnecessária a execução de *ofício*, na medida em que a parte estaria representada por procurador tecnicamente qualificado. Outro diz respeito à implantação da prescrição intercorrente no processo do trabalho. Isso porque um dos argumentos históricos para rejeitar a prescrição intercorrente se assentava no fato que, sendo a execução *ex officio*, a inércia não era do credor, mas do Estado; logo, a inércia não podia prejudicar o credor, que não tinha obrigação legal de agir. Se mantida a execução *ex officio*, esse argumento poderia continuar a ser sustentado para afastar a incidência da prescrição intercorrente.

A segunda crítica aponta uma incoerência no sistema legal: acabou-se com a execução de ofício do crédito principal, mas manteve-se a obrigação de executar de ofício a contribuição previdenciária, parcela de natureza acessória (art. 876, parágrafo único, da CLT). Aponta-se como paradoxal a obrigação de proceder à execução de ofício do acessório (contribuição previdenciária) e ao mesmo tempo se aguardar a movimentação do principal (crédito trabalhista) pelo credor interessado.

Ressalvadas as críticas, a lei está posta. Na análise do dispositivo, observa-se que, a princípio, o dispositivo legal limita a execução de ofício apenas às situações em que a parte não estiver assistida por advogado – ou seja, nas remanescentes hipóteses de *jus postulandi*, cada vez mais raras, e que tendem a diminuir ainda mais com a aplicação da regra de sucumbência.

Implementada a modificação, a doutrina passou a discutir qual o alcance desse dispositivo: ou seja, se ficou vedado ao juiz a tomada de *qualquer medida na execução* ou continuou-se a permitir que ele dê impulso processual a diversos dos atos que compõe a etapa de cumprimento da sentença. Para Homero Silva (2017), o juiz poderia promover todos os atos que não implicassem execução forçada (referente a atos expropriatórios), tais como determinar a liquidação da sentença (que em si é procedimento preparatório à execução, e não procedimento de execução propriamente dito), bem como promover *ex officio* o uso de convênios eletrônicos para descoberta do paradeiro do devedor desaparecido, advertindo que a omissão do magistrado acentuaria a possibilidade de se “premiar o caloteiro e incentivar as rotas de fuga”.

A questão foi amplamente debatida na 7ª Semana Institucional da Magistratura do Trabalho do TRT do Paraná, em setembro de 2017. Na ocasião, os magistrados presentes discutiram tese apresentada pelo Desembargador Cassio Colombo, que sustentava a manutenção da possibilidade do juiz determinar atos de ofício em sede de execução, não obstante a alteração legislativa, com fulcro em: a) garantia constitucional da efetividade do processo; b) exclusividade de acesso a consultas mediante convênios e meios eletrônicos de pesquisa pessoal e patrimonial, e que devem ser disponibilizados às partes de acordo com a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11); c) incoação do juiz do trabalho considerado como princípio do processo do trabalho, decorrente dos artigos 765, 876 e 878 da CLT; d) a imposição pelo neoprocessualismo que o juiz só cesse sua atividade jurisdicional com a lide composta; e) que o próprio processo civil, aplicado de forma subsidiária ao processo do trabalho, impõe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento das ordens judiciais (art. 139, IV, CPC). Ao final, se aprovou tese no sentido que a iniciativa da execução deve partir do exequente, diante dos termos legais, mas que o andamento dos atos posteriores pode, em sua maior parte, ser determinado de ofício pelo magistrado.

Em sintonia com essa tese aprovada pelos magistrados do Paraná, Delgado e Delgado¹⁴⁸ defendem que:

[...] não restam dúvidas de que pode e deve o Magistrado assegurar eficiência e efetividade ao processo do trabalho, após decidido o título jurídico exequendo. Nesse quadro, concluída a decisão desse título jurídico, deve o Juiz tomar as medidas necessárias para concretizar aquilo que foi explicitado no título jurídico exequendo, na forma dos preceitos constitucionais e legais supra citados (art. 5º, LXXVIII, Constituição da República; art. 765, CLT; arts. 2º, 8º, 15 e 139, IV, CPC-2015). Deve o Magistrado, inclusive, manejar os modernos instrumentos de consulta, restrição, bloqueio, indisponibilidade e penhora de bens reconhecidos, oficialmente, por intermédio de convênios celebrados pelo Poder Judiciário com órgãos de entidades estatais e de entidades privadas (BACEN-JUD e outros veículos oficialmente consagrados).

Vale destacar ainda as observações de Luciano Martinez¹⁴⁹, em especial quando destaca que será difícil mudar o procedimento dos magistrados, já incorporado à rotina de trabalho por décadas de atuação proativa, ao afirmar que:

O impulso oficial é um traço característico do processo do trabalho e dificilmente será eliminado, por mais que a reforma trabalhista de 2017 tenha desejado este resultado final. Impulsionar de ofício é algo peculiar ao processo trabalhista, tendo sido transformado em verdadeiro princípio orientador, notadamente por conta do intocado art. 765 da CLT. Dificilmente, portanto, um magistrado do trabalho admitirá o abandono do timão do processo executivo. Houve, em verdade, uma leve mudança do eixo diretivo da execução que antes era conduzida fortemente pelo magistrado e agora, depois da reforma, passa a ser atribuição das próprias partes. A redação muito indica isso. Onde se afirmava “a execução poderá ser promovida por qualquer interessado”, passou-se a dizer “a execução será promovida pelas partes”. Por outro lado, a atuação dos magistrados foi em algo esmaecida, pois onde se afirmava que a execução também poderia ser promovida ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, cabe ler que ela está não mais do que “permitida”, e, ainda assim, “apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado”. Essa redação que vinculava a promoção oficial ao usuário do ius postulandi, aliás, já constava do art. 4º da Lei 5.584/70. Que, então, acontecerá? O juiz no novo processo executivo do trabalho será um pouco mais comedido, porém igualmente livre na direção do processo, especialmente para velar pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas. Isso, aliás, consta

148 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 390-391.

149 MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista**: entenda o que mudou. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 230-231.

do já referido art. 765 da CLT, constante das disposições preliminares do processo judiciário do trabalho, que imporá, portanto, interpretação sistemática.

Diante de tais observações, considerando os princípios que regem o processo do trabalho, bem como a liberdade de atuação do juiz, que deve prezar pelo andamento célere do processo, e em uma interpretação sistemática, pode-se concluir que subsiste interpretação para que não se observe estritamente a literalidade da lei. A abertura promovida pelo art. 765 da CLT, em especial quando combinada com o art. 139, IV, do CPC, permite que o juiz continue a determinar a prática de atos necessários a atingir a efetividade da execução, como a busca de informações em bancos de dados aos quais as partes não tem acesso. Entretanto, algumas questões que comportem efeitos mais extensos e possível responsabilidade do litigante, como a desconsideração da personalidade jurídica da empresa ou alienação antecipada de bens, dentre outras hipóteses, devem passar a depender de requerimento da parte interessada, considerando a nova dicção da lei. Ou seja, na expressão utilizada por Martinez, uma condução *um pouco mais comedida*.

Observa-se, por fim, que na IN 41/18 o TST firmou interpretação no sentido que a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, a iniciativa do juiz na execução de que trata o art. 878 da CLT ficará limitada aos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado (art. 13).

4. Inclusão de integrante de grupo econômico

No direito do trabalho, o grupo econômico empresarial é definido como a vinculação que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de laços de direção ou coordenação em face de atividades com qualquer natureza econômica. Tem como finalidade principal ampliar as possibilidades de garantia do crédito trabalhista, impondo responsabilidade plena (solidária) por tais créditos às empresas componentes do grupo econômico, ainda que não tenham sido as tomadoras diretas dos serviços do trabalhador. Não interessa para qual empresa do grupo o empregado trabalhou: poderá exigir de todas, solidariamente, o adimplemento das obrigações trabalhistas.

Previsto no parágrafo segundo do artigo 2º da CLT, a formação do grupo econômico exige essa junção de duas ou mais pessoas, com personalidades diversas, que explorem atividade econômica e que tenham entre si uma relação de coordenação ou subordinação.

As modificações levadas a efeito pela Lei 13.467/2017 abarcam a inclusão de uma parte final no § 2º do art. 2º da CLT, que passa a admitir a formação de grupo econômico de forma horizontal, bem assim o acréscimo de um § 3º, vedando o reconhecimento da formação de grupo econômico quando a única característica atribuída às pessoas é a identidade dos sócios que as compõem. A alteração legislativa ficou assim gizada:

Art. 2º [...]

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a 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.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

Os requisitos tradicionalmente exigidos para a configuração do grupo econômico podem ser assim resumidos: a) a existência de uma pluralidade de empresas ou pessoas físicas que exerçam atividades empresariais; b) o exercício de atividade econômica por tais pessoas, posto que se entende que entes sem finalidade econômica, como entes públicos, a princípio não podem integrar grupo econômico; c) e a existência de um nexos relacional interempresas. Nesse último aspecto, a doutrina e a jurisprudência debatiam duas possibilidades: c-1) *relação vertical*: deve existir uma relação de dominação interempresarial (controle, direção ou administração da empresa principal sobre as filiadas); c-2) *relação horizontal*: basta uma relação de coordenação interempresarial, exercida por pessoa física ou jurídica, sem que exista uma em posição predominante.

A discussão que sempre grassou na doutrina e na jurisprudência dizia respeito à possibilidade de formação de grupo econômico no tipo horizontal, o que aparentemente foi superada pela nova redação do dispositivo legal, que reconhece o grupo econômico por simples coordenação, quando afirma que deve haver direção, controle ou administração de outra, mas que é possível a formação do grupo ainda que cada uma guarde sua própria autonomia.

Nesse sentido a lição de Martinez¹⁵⁰:

[...] [o] texto da CLT, que, depois da reforma empreendida na era Temer, passou a prever a responsabilidade solidária das empresas integrantes de um grupo econômico, tanto nas situações em que ela estivesse sob a direção, controle ou administração de outra, quanto nas hipóteses em que guardassem cada uma sua autonomia. Diante disso, há de concluir-se, especialmente com fundamento na reforma trabalhista, que não é mais indispensável a existência de uma relação de domínio para a caracterização do grupo econômico trabalhista. [...] Se o objetivo do instituto foi ampliar a segurança quanto ao adimplemento dos créditos laborais, não se poderia dar interpretação diferente à situação. Aos magistrados,

150 MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista**: entenda o que mudou. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 21.

aliás, sempre se fez recordar que, na atividade de aplicação da lei, devem ser atendidos os fins sociais a que ela se dirige (*vide* art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657, de 4-9-1942), não sendo visível no instituto sob análise fim social diverso do revigoreamento da garantia de solvabilidade dos créditos trabalhistas.

No mesmo sentido professam Delgado e Delgado¹⁵¹:

Pelo novo texto do § 2º do art. 2º da CLT, fica claro que o grupo econômico para fins trabalhistas se mostra configurado ainda que as relações interempresariais sejam de mera coordenação, ou seja, mesmo guardando cada entidade empresarial a sua autonomia. Nessa medida, o novo texto legal incorporou os argumentos brandidos pelas melhores reflexões doutrinárias e jurisprudenciais, afastando, inequivocamente, a vertente hermenêutica restritiva, que exigia a presença de relação hierárquica, verticalizante, entre as entidades componentes do grupo econômico, sob pena de não se considerar caracterizada a figura jurídica especial trabalhista. Ao invés, o novo texto legal explicita evidente escolha pela vertente interpretativa da simples coordenação interempresarial, que já era firmemente incorporada pela Lei do Trabalho Rural, de 1973 (art. 3º, § 2º, Lei nº 5.889/73), e por parte expressiva da doutrina laboral pátria.

Logo, a primeira conclusão que se pode extrair da reforma é que existiu uma ampliação na possibilidade de reconhecimento de grupo econômico, embora existam interpretações em sentido contrário. A própria ideia do legislador não era de ampliar as possibilidades de reconhecimento de grupo econômico, mas de restringir. A propósito, o relatório do deputado Rogério Marinho dizia que a alteração do art. 2º buscava não deixar margem a dúvida sobre a caracterização do grupo econômico, impedindo-se o empréstimo da lei do trabalho rural para ampliação do conceito, como tem sido feito a partir do entendimento sumulado pelo TST, evitando-se injustiças no momento da execução, com a inclusão no rol dos devedores de sócios ou empresas que dele não deveriam constar¹⁵².

Quanto à inclusão do § 3º, deixou claro que a existência de sócios comuns não tem o condão de caracterizar, por si só, o grupo. Ocorre que essa existência de sócios em comum acaba por ser um indicativo de relação de coordenação entre empresas, embora não faça configurar por si o grupo. Nesse caso, demonstrado também o interesse e a atuação em comum, restará configurado o grupo econômico.

151 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 100-101.

152 CORTEZ, Juliano Chaves. **Direito do Trabalho**: Reforma Trabalhista. São Paulo: LTr, 2018, p. 21.

Delgado e Delgado¹⁵³ vão além, argumentando que qualquer participação societária que não seja irrisória, minúscula, insignificante, evidencia por si a óbvia demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas componentes do grupo econômico para fins trabalhistas, sendo que somente uma participação irrisória, minúscula e insignificante é que torna possível falar na necessidade de demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes, com inversão do ônus probatório, nesse caso.

A consequência do reconhecimento de grupo econômico é que todos os componentes do grupo econômico serão solidariamente responsáveis diante do empregado. Poderão ser chamados a participar desde o início do processo (situação mais comum nas ações trabalhistas) ou mesmo chamados apenas quando da execução, observado o cancelamento da Súmula 205/TST, que vedava essa possibilidade.

A análise do pedido de reconhecimento de grupo econômico em fase de conhecimento não guarda maiores dificuldades de ordem processual, posto que os indicados como integrantes do grupo são chamados a participar do processo de conhecimento e podem exercitar livremente o direito ao contraditório, ao procedimento probatório e à via recursal ordinária.

Se houver pedido de inclusão de integrante de grupo econômico em fase de execução, a situação se torna um pouco mais delicada, na medida em que já superada a fase da ampla produção de provas. Entretanto, caso o exequente apresente elementos convincentes indicativos de grupo, deve-se dar vista ao indicado como integrante do grupo, permitindo a produção de provas pré-constituídas, sem prejuízo de eventuais medidas prévias de caráter cautelar. Com fulcro nos elementos de prova, é viável o reconhecimento da existência de grupo econômico, com declaração incidental nesse sentido e inclusão dos integrantes no polo passivo, permitindo a rediscussão, inclusive, nesse caso, com ampla produção probatória, em sede de embargos do devedor, e posterior submissão ao duplo grau de jurisdição por agravo de petição.

Outra possibilidade seria a utilização, por analogia, do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, que será abaixo analisado, uma vez que a situação jurídica é semelhante (inclusão de corresponsável no polo passivo da lide executiva). A adoção dessa sistemática, por analogia, permitiria a ampla defesa daquele indicado como integrante do grupo, sem necessidade de prévia garantia da execução. Cabe a cada magistrado a escolha pelo procedimento que julgar mais adequado.

153 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 101-102.

5. Sucessão de empregadores

A sucessão empresarial ou de empregadores é uma forma de alteração do contrato de trabalho (alteração subjetiva no polo passivo), em que ocorre a troca ou transferência de titularidade do empreendimento para um novo titular, que assume os direitos, deveres e riscos. Está prevista nos arts. 10 e 448 da CLT, e o sucessor, ao assumir a titularidade do empreendimento, torna-se responsável também por eventuais obrigações trabalhistas anteriores à sua assunção¹⁵⁴.

Tem aplicabilidade a todos os tipos de empregadores, com algumas exceções, como empregadores domésticos e aquisição de empresas em processos de falências sob o regime da Lei 11.101/05. Conforme Lisbôa e Munhoz¹⁵⁵ resta mitigada ou não aplicável nas seguintes hipóteses:

[...] contratos de empregados especiais previstos no art. 7º da CLT; empregador pessoa física (art. 483, § 2º, da CLT); no caso da Lei nº 11.101/2005, art. 141, inc. II; OJ nº 92 da SDI-I do TST. As peculiaridades desses contratos se referem à própria relação estabelecida entre o empregado e o empregador. No caso do empregador doméstico e do empregador pessoa física (que são relações que guardam maior proximidade entre as partes), no caso de morte ou sucessão, não poderia o empregado ser compelido a manter o contrato com pessoa diversa e sem afinidade, razão pela qual poderá rescindir o contrato de trabalho; no caso do doméstico, também por não haver uma efetiva transferência da titularidade de negócio, uma vez que tal relação não tem caráter econômico; no caso da administração pública, pois existem peculiaridades de direito administrativo e constitucional; e, no caso da lei de recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, pelas peculiaridades nela constantes relativas à alienação.

O sucessor empresarial recebe, por transferência, direitos e obrigações contratuais do antigo titular da relação de emprego, passando a responder imediatamente pelas repercussões presentes, futuras e passadas dos contratos de trabalho que lhe foram transferidos (ativos e passivos). É assente na jurisprudência que a chamada cláusula de não responsabilização trabalhista não pode ser oposta nas ações trabalhistas, diante das normas de caráter imperativo do direito do trabalho, embora possa ser invocada perante a Justiça Comum, para exercício do direito de regresso.

154 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 176.

155 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 177.

Diametralmente inversa era a posição jurídica do empregador sucedido, até o advento da reforma: o direito do trabalho, em princípio, não preservava qualquer responsabilidade do sucedido, solidária ou subsidiária. Mas a jurisprudência já se inclinava pela responsabilidade subsidiária do antigo empregador, quando a alteração tivesse afetado diretamente os contratos de trabalho, como no caso de comprometimento das garantias empresariais, e também nos casos de sucessão fraudulenta ou simulada. Nesses casos, existiam decisões entendendo que subsistia a responsabilidade solidária do antigo empregador, que não poderia utilizar um mecanismo criado para proteger o trabalhador como válvula de escape de suas responsabilidades.

Nesse aspecto, a alteração levada a efeito na Reforma Trabalhista veio reforçar o instituto da sucessão e assegurar de maneira expressa a responsabilidade do sucedido, em caso de fraude. Restou mantida a redação do art. 10 (*qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados*) e do art. 448 (*a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados*) e foi acrescentado o art. 448-A, com a seguinte redação:

Art. 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor.

Parágrafo único. A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.

De acordo com Lisbôa e Munhoz¹⁵⁶, este dispositivo passou a garantir ao trabalhador a responsabilidade solidária da sucedida quando houver comprovação de fraude na transferência realizada, visando proteger o trabalhador contra eventuais manobras e atos jurídicos que eximam os reais responsáveis por suas obrigações de modo ardiloso com vícios de consentimento (dolo, simulação, fraude contra credores, fraude à execução ou outros que desvirtuem o real sentido do ato jurídico realizado).

Nota-se que o legislador empregou o termo “sucessão empresarial ou de empregadores”, o que pode ser entendido como extensão das regras decorrentes da sucessão também às relações de trabalho, e não somente às relações de emprego.

Outra questão que restou esclarecida foi que o sucessor responde inclusive pelas obrigações trabalhistas que tenha sido contraídas no período anterior à sucessão, em que o trabalhador trabalhou apenas para a empresa sucedida. Isso pode ser interpretado como o reconhecimento explícito da responsabilidade do sucessor

156 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juizes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 177.

mesmo quando o empregado rompeu (ou teve rompido) o liame de emprego antes da transferência da empresa, questão que por anos gerou debates na jurisprudência.

A terceira questão que se destaca é que a responsabilidade do sucessor perderá mesmo em caso de fraude na transferência, embora nesse caso ele responda solidariamente com o sucedido. É justo que assim seja, na medida em que aquele que participa de ato ilícito deve ser responsabilizado solidariamente, nos termos do art. 942 do Código Civil.

Processualmente, o sucessor poderá ser chamado a participar desde o início do processo, quando a sucessão se dá anteriormente ao ajuizamento da demanda, ou em seu curso, quando é fato superveniente. A exemplo do que ocorre nas hipóteses de grupo econômico, o pedido formulado em fase de conhecimento não guarda maiores dificuldades de ordem processual, posto que aquele apontado como sucessor irá participar do processo desde o início e poderá exercitar livremente o direito ao contraditório, ao procedimento probatório e à via recursal ordinária. A situação mais complexa se dá quando indicado sucessor em sede de execução, para o que se recomenda o mesmo procedimento indicado no caso de grupo econômico: caso o exequente apresente elementos convincentes indicativos da sucessão, proceder-se a intimação do indicado como sucessor, permitindo a produção de provas pré-constituídas, sem prejuízo de eventuais medidas prévias de caráter cautelar, e eventual reconhecimento por declaração incidental, permitindo a rediscussão em sede de embargos do devedor. Ou, ainda, a utilização, por analogia, do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, por tratar de situação jurídica semelhante.

De qualquer modo, o que se observa é que no aspecto da sucessão empresarial as garantias aos trabalhadores aparentemente foram ampliadas pela reforma trabalhista.

6. Desconsideração da personalidade jurídica

A princípio, os bens dos sócios não respondem pela execução, porque as personalidades jurídicas são distintas. Entretanto, os sócios podem vir a ser chamados a responder pelas dívidas da sociedade, quando aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, que relativiza a autonomia (inclusive patrimonial) entre a pessoa jurídica e seus integrantes. Trata-se de uma técnica jurídica específica para declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica apenas para certos aspectos do caso em concreto.

No âmbito da Justiça do Trabalho, inicialmente os sócios eram chamados a responder independentemente de qualquer inclusão formal no processo, considerando a teoria da despersonalização do empregador. É possível constatar isso no desarquivamento de feitos antigos, em que a execução era direcionada a bens de sócios sem maiores formalidades. A desconsideração, era, assim, informal, o que acarretava muitas críticas, em especial porque não se respeitava a separação jurídica

entre pessoa física e pessoa jurídica e porque deixava desprotegidos interesses de terceiros que negociassem (muitas vezes de boa-fé) com tais pessoas físicas.

Posteriormente, passou-se a declarar formalmente a desconconsideração e incluir os sócios no polo passivo, em especial para resguardar interesses de terceiros que com eles negociassem, mas, ainda assim, em procedimento incidental, sem possibilidade de ampla defesa, que era diferida para o momento dos embargos ou eventualmente analisada através de exceção de pré-executividade.

Essa simplificação de procedimento era objeto de extensas críticas da doutrina:

Em muitos processos, a discussão subjacente ao procedimento questionava o fato de a desconconsideração ser feita sem a prévia citação do sócio incluído na lide, postergando o contraditório, após devidamente garantido o juízo para os embargos à execução. Parte da doutrina pátria, como o doutrinador Fábio Ulhoa Coelho, criticava o que chamava de banalização do uso da desconconsideração da personalidade jurídica, aduzindo que violava o princípio da autonomia patrimonial, tanto mais sem uma regulamentação específica na lei. Na tentativa de coibir essa insegurança jurídica é que a alteração foi inserida no texto do Código de Processo Civil de 2015 (arts. 133 a 137), e agora estendida ao texto celetário¹⁵⁷.

Com a vigência do CPC de 2015, foi inserido formalmente no processo civil o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Através de referido incidente deve-se apurar, com contraditório prévio, a ocorrência ou não das situações autorizadas pela lei para responsabilização pessoal dos sócios de pessoa jurídica. A ideia do legislador foi evitar *abusos* no uso do instituto.

O incidente foi regulamentado nos artigos 133 a 137 do CPC e pode ser assim resumido: a) será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo; b) é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial; existe comunicação ao distribuidor para as anotações devidas; pode ser requerido já com a petição inicial; c) salvo se requerido com a petição inicial, suspende o processo, sem prejuízo de concessão de tutela de urgência de natureza cautelar; d) quanto à distribuição do ônus da prova, quem requer a desconconsideração deverá demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica; e) deve-se proceder à citação do sócio ou da pessoa jurídica para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Após, segue-se instrução, se necessário, e profere-se decisão interlocutória; f) haverá reconhecimento de fraude à execução se for acolhido o pedido

157 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juizes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 447.

de desconsideração, em relação aos bens alienados ou onerados após a instauração do incidente.

A doutrina processual trabalhista, em sua maior parte, considerou inicialmente incompatível esse procedimento com o processo do trabalho (conforme Delgado e Delgado¹⁵⁸), tendo em vista a simplicidade e celeridade que imperam na esfera juslaboral, além dos princípios da efetividade e dos procedimentos próprios trabalhistas. Não obstante, a Instrução Normativa nº 39/16, do TST, o considerou aplicável ao processo do trabalho, com algumas adaptações: a) admitiu (à época) que o juiz do trabalho a instaurasse de ofício; b) esclareceu que da decisão caberia agravo de petição, se proferida em fase de execução, sem necessidade de garantia do juízo; se em fase de conhecimento não caberia recurso imediato e se proferida por relator em incidente instaurado originalmente no Tribunal caberia agravo interno.

Não obstante os termos da Instrução Normativa, houve séria resistência à implantação do incidente no processo do trabalho, fundamentada, especialmente, na incompatibilidade de um procedimento que suspende o andamento da execução com o princípio da celeridade, da simplicidade e diante da natureza alimentar do crédito exequendo.

A discussão foi retomada (ou encerrada) com a Reforma Trabalhista, que acrescentou ao Capítulo III da CLT a Seção IV, regulamentando o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do processo do trabalho, nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

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

Subsiste a interpretação que já havia sido dada pela IN 39/16, com uma exceção: foi suprimida a referência à instauração do incidente *ex officio*, diante da

158 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 383.

modificação também da redação do art. 878 da CLT, o que faz depreender a necessidade de provocação do exequente, salvo se no exercício do *jus postulandi*. Essa foi, posteriormente, a interpretação processual dada pelo TST através da IN 41/18, em seu artigo 13, ao estabelecer que a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017 a iniciativa do juiz no incidente de desconsideração da personalidade jurídica a que alude o art. 855-A da CLT ficará limitada aos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.

Delgado e Delgado¹⁵⁹ fazem referência ainda à possibilidade de se adotar a instauração do processamento do incidente em autos apartados, o que deve ser objeto de reflexão, na medida em que o procedimento, em geral, tem sido processado nos próprios autos, observada a sistemática usual trabalhista, não existindo classe própria para esse incidente. Seus argumentos são os seguintes:

A par das adequações já efetivadas pela interpretação lançada pela IN nº 39 do TST (e que são plenamente compatíveis com o regramento lançado no novo art. 855-A da CLT), torna-se preciso consagrar, igualmente por interpretação, mais um relevante aspecto de adequação: o processamento do IDPJ em autos apartados, mesmo que em processo eletrônico, em conformidade com o permitido pelo art. 897, § 3º, da CLT na hipótese aventada na norma, a qual pode, sem dúvida, ser aplicada por analogia ao presente instituto. Relembre-se que o art. 897, § 3º, da CLT permite ao juiz executor formar autos apartados para o agravo de petição, se necessário e/ou conveniente. Tal sábio preceito, harmônico aos princípios constitucionais processuais da eficiência na prestação jurisdicional, da efetividade da jurisdição e da proporcionalidade e razoabilidade, que se aliam também aos princípios processuais trabalhistas da celeridade processual, da instrumentalidade das formas e da simplificação dos atos processuais, tudo conduz à presente adequação do novo incidente regulado pelo CPC-2015 à estrutura lógica, principiológica e teleológica do Processo do Trabalho. [...] Ora [concluem], somado o manejo dessa tutela de urgência, antes da citação do sócio executado, com a tramitação do incidente em autos apartados (de modo a tornar desnecessária a efetiva suspensão do processo principal), a adequação almejada se torna plena, eliminando as incongruências originalmente verificadas entre os dois sistemas, o macro sistema processual trabalhista especializado e o micro sistema do IDPJ.

É uma questão interessante e que precisará ser debatida para consolidação na jurisprudência.

159 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 385-386.

Para fins de aperfeiçoamento e adaptação, apresenta-se a seguinte sugestão de despacho ordinatório na hipótese de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa:

1. Recebo o pedido de fl. XX como incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 133 e 134 do NCPC c/c art. 855-A da CLT, em sua nova redação.
2. Suspenda-se a execução em trâmite até a decisão do incidente processual (art. 134, § 3º, do CPC e 855-A, §2º, da CLT).
3. Intime(m) o(s) sócio(s) indicado(s) no pedido de desconconsideração da personalidade jurídica para, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestar (em)-se sobre o pedido, bem como informar sobre eventual interesse na produção de provas, indicando a espécie de prova que pretende produzir e sobre qual fato, de forma detalhada, sob pena de indeferimento.
4. Após, intime-se o Exequente para vistas bem como para, no prazo de 15 (quinze) dias, informar sobre eventual interesse na produção de provas, indicando a espécie de prova que pretende produzir e sobre qual fato, de forma detalhada, sob pena de indeferimento.
5. Em seguida voltem conclusos para deliberações.

Tem-se, portanto, que a partir da vigência da Lei 13.467/2017 não paira mais dúvida sobre a obrigatoriedade da adoção do procedimento formal de desconconsideração no processo do trabalho¹⁶⁰.

7. Responsabilidade do sócio retirante

Uma questão que sempre gerou polêmica nas execuções trabalhista foi a referente à responsabilidade do sócio retirante.

O art. 1003 do Código Civil limitava expressamente a responsabilidade do sócio retirante ao período de dois anos após a saída do sócio da sociedade, mas não vinha sendo observado, em muitos casos. O entendimento que prevalecia era que no processo do trabalho responsabilizava-se o sócio que integrava a sociedade na época da prestação de serviços do empregado ou que tivesse se beneficiado de seu trabalho, independente da época em que tivesse se retirado da sociedade. Nesse sentido:

A legislação trabalhista não tinha dispositivo específico para tratar dessa matéria, de modo que, via de regra, o ex-sócio era responsabilizado quando provado que integrava o quadro societário no período em que

160 Após o fechamento do curso, a Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho publicou, em 08 de fevereiro de 2019, o Provimento CGJT 1/2019, regulamentando a instauração e processamento do incidente em questão, e estabelecendo que deverá ser processada como incidente processual, tramitando nos próprios autos do Processo Judicial Eletrônico em que foi suscitada, vedada sua autuação como processo autônomo (art. 1º). O Provimento consta dos anexos da presente obra, para facilitar a vida do leitor.

houve a prestação de serviços, sem que fosse considerado relevante se ainda o era no momento do ajuizamento da reclamatória trabalhista¹⁶¹.

A interpretação da regra do art. 1003 do CC, em si, gerava uma multiplicidade de interpretações, quando trazida para a seara laboral: uma primeira linha ia no sentido que a responsabilização do sócio se estendia por até dois anos da data de averbação da modificação do contrato, mesmo em relação a obrigações do período em que ainda integrava a sociedade; outra entendia que o ex-sócio responderia por todas as obrigações da sociedade durante os dois anos posteriores à averbação, inclusive quanto àquelas assumidas durante esse biênio, e uma terceira sustentava que a limitação temporal da responsabilidade do sócio retirante não seria compatível com a proteção do trabalhador hipossuficiente, objeto do direito do trabalho, podendo o ex-sócio ser responsabilizado desde que tivesse participado da sociedade no período em que o serviço tivesse sido prestado¹⁶².

Essa última a interpretação mais aplicada, decorrente da interpretação segundo a qual o empregado não poderia sofrer os riscos do empreendimento, somado à natureza alimentar do crédito. Ao sócio retirante que arcasse com o pagamento de ação trabalhista restava apenas a possibilidade de buscar se ressarcir de prejuízos em ação de regresso, no juízo competente.

Com a alteração legislativa levada a efeito pela Lei 13.467/17, incluiu-se previsão expressa de limitação de responsabilidade do sócio retirante, buscando pacificar o entendimento. Nesses termos foi o parecer do relator Rogério Marinho:

É natural da dinâmica empresarial a alteração do quadro societário. Por ausência de regras, atualmente é grande a insegurança jurídica sobre a responsabilidade que afeta a empresa, os sócios atuais e o sócio que se retira. A lei é silente na atualidade sobre quem responde pelas obrigações trabalhistas, por quanto tempo, sobre qual período, de que forma, gerando decisões diferentes, conflitantes e sem parâmetros legais. Partindo da premissa de que o empregador é a empresa e que ela possui, em tese, patrimônio e faturamento, esta por primeiro deve responder pelas obrigações trabalhistas. Por segundo, os sócios atuais da empresa, que respondem pela sucessão, nos termos do art. 448 da CLT. E, por último, aquele que saiu, ou seja, o retirante, que a lei também pode alcançar, esgotados os meios de execução em face dos outros devedores. A nova redação a todos alcança, conferindo alto grau de garantias ao trabalhador, disciplinando a ordem de execução

161 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 49.

162 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 50.

e delimitando no tempo a responsabilidade por fatos pretéritos que alcançam o período do sócio retirante¹⁶³.

O art. 10-A foi aprovado com a seguinte redação:

Art. 10-A. O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência:

I - a empresa devedora;

II - os sócios atuais; e

III - os sócios retirantes.

Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.

As alterações levadas a efeito são importantes para estabilizar as relações jurídicas e garantir certa uniformidade de entendimento.

Quanto ao fato de responder subsidiariamente apenas pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, a questão já estava relativamente pacificada nesse sentido. A jurisprudência, entretanto, atribui a esse sócio retirante também a responsabilidade pelos períodos anteriores ao seu ingresso no contrato social, considerando o instituto da sucessão, e aparentemente não houve alteração legislativa que pudesse modificar essa interpretação, que observa uma interpretação sistemática das normas de direito e processo do trabalho. Nesse sentido foi lavrada a OJ 40, VI, da Seção Especializada do TRT-9: o sócio retirante responde por parcelas devidas até a data da sua saída devidamente registrada no órgão oficial, sendo que apenas o passivo posterior à averbação de saída é que não lhe pode ser imputado.

A limitação temporal expressa é uma questão importante, entretanto. O que a lei está estabelecendo é que um empregado que ajuíze sua ação mais de dois anos depois de averbada a modificação do contrato social que registre a saída do sócio não poderá, no futuro, buscar a responsabilização desse sócio. Essa norma traz segurança jurídica para o sócio retirante, embora possa atingir direitos do trabalhador.

Observe-se que a responsabilidade é, em regra, subsidiária, podendo ser reconhecida a responsabilidade solidária apenas em casos de fraude, nos termos do parágrafo único. Essa situação, aponta a doutrina (e também a prática diária dos operadores do direito), não é infrequente: a fraude na alteração societária é situação com a qual a Justiça do Trabalho se depara com certa frequência, já que essa é uma das táticas mais utilizadas na tentativa de blindar o patrimônio do efetivo proprie-

163 CORTEZ, Julpiano Chaves. **Direito do Trabalho: Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2018, p. 29.

tário da empresa, que se retira do quadro social, mas mantém o controle de fato da atividade econômica¹⁶⁴. A fraude, entretanto, demanda prova específica, na medida que a presunção é sempre de boa-fé.

Ainda, importante ressaltar que o que conta como elemento temporal, espécie de *actio nata* para exclusão de responsabilidade, é a data do registro da saída na Junta Comercial, e não a data em que foi promovida a alteração contratual. Um “contrato de gaveta”, nessas condições, não vincula terceiros. Evidentemente, a regra foi estabelecida visando evitar alegações fraudulentas de retirada da sociedade com data anterior à efetivamente ocorrida.

Importante ressaltar que eventualmente o sócio pode demorar a ser chamado para responder em razão da característica lentidão de algumas ações judiciais. Assim, em uma ação proposta em 2010, em face de pessoa jurídica da qual um sócio se retirou em 2009, mas que só teve declarada a desconsideração da personalidade jurídica em 2018, o sócio poderá ser responsabilizado, porque a promoção da demanda se deu dentro do prazo de dois anos após sua saída formal da sociedade, ainda que a desconsideração da personalidade jurídica só tenha ocorrido muitos anos depois. Isso porque o marco temporal de sua responsabilidade é a data do ajuizamento da ação de conhecimento, e não a data do chamamento para a execução. Conforme destaca Homero Silva (2017), o dispositivo inserido com a Reforma pode até ter piorado a situação do sócio retirante, que não mais poderá alegar a exceção do art. 1003 do Código Civil, diante da expressa previsão da CLT. Nessas circunstâncias, poderá responder muitos anos depois por ações que sequer conhecia, muitas vezes.

Também é de se destacar que nos casos em que o sócio sai da empresa e o empregado permanece trabalhando, ajuizando ação posteriormente, o sócio retirante responderá apenas pelas parcelas devidas enquanto foi sócio, e desde que o empregado ajuíze a demanda dentro do prazo de dois anos contados do registro da saída do sócio.

Quanto ao restante do dispositivo, na parte que prevê o benefício de ordem, não insere nada de novo no panorama jurídico: o benefício de ordem ali estabelecido (primeiro, bens da pessoa jurídica; segundo, bens dos sócios atuais; terceiro, bens dos sócios retirantes) já vinha sendo observado pela jurisprudência. Nesse aspecto, em conformidade com a OJ 40, VI, da Seção Especializada do TRT-9, *o sócio retirante que se vale do benefício de ordem deve indicar bens livres e desembaraçados dos sócios remanescentes ou da pessoa jurídica responsável, resguardada a sua responsabilização quando inexistirem bens, ou forem estes insuficientes para a satisfação do débito exequendo*. Essa subsidiariedade faz com que se recorra primeiramente ao patrimônio da empresa, posteriormente ao patrimônio dos sócios que compõem o quadro societário atual e, só então, de forma regressiva, ao sócio retirante. Essa responsabilização será efetuada de modo retroativo, até o limite dos sócios retirantes mais de dois

164 LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juizes do Trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018, p. 51.

anos antes do ajuizamento da ação de conhecimento, colocando um limite objetivo à desconsideração da personalidade jurídica da empresa.

No que se refere à prova da alteração societária fraudulenta, Homero Silva¹⁶⁵ esclarece que, considerando as dificuldades de prova nessa seara, o juízo poderá considerar suficientes provas indiciárias: “indícios eloquentes, tais como a manutenção das visitas do ex-sócio ao local de trabalho, a insuficiência patrimonial do adquirente, a presença de membros da família do sócio retirante sem que ostentem relação de emprego, etc.”.

Indica-se como parâmetros de análise de alteração fraudulenta aqueles tradicionalmente utilizados para responsabilização do sócio-oculto. O Código Comercial Brasileiro estabelecia, em seu art. 305, hoje revogado, que se presumia a existência da sociedade sempre que alguém exercitasse atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social, entre os quais estariam os seguintes: aquisição, alheação, permutação ou pagamento comum; se um dos associados se confessa sócio, e os outros não o contradizem por uma forma pública; a negociação promíscua e comum.

Atualmente, a questão está regulada pelos arts. 986 a 990 do Código Civil, que estabelecem que terceiros podem provar a existência da sociedade em comum, não registrada, por qualquer meio, e que todos os sócios respondem de forma solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

De qualquer modo, importante destacar que, passado o prazo de dois anos para o ajuizamento da ação, e ainda que se discuta o contrato de trabalho em relação ao período em que o sócio retirante pertencia aos quadros da empresa, não mais responderá o sócio retirante. Terá se eximido da obrigação pelo decurso do tempo.

165 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 28.

3.2 As contribuições ao longo das discussões: os fóruns de debate

*ANA PAULA SEFRIN SALADINI
LUCIANO AUGUSTO DE TOLEDO COELHO
NANCY MAHRA DE MEDEIROS NICOLAS OLIVEIRA
VANESSA KARAM DE CHUEIRI SANCHES*

A proposta do curso:

Em complemento ao curso ministrado no primeiro semestre do ano, que abordou as modificações da Reforma na parte de direito material, a Escola Judicial ofereceu, no segundo semestre, e antes da realização da Semana Institucional, um curso destinado a analisar as alterações na parte processual. Esse curso, menos extenso, mas também de alta densidade de discussão, teve duração de quatro semanas. O material de apoio consistia em parte escrita e em vídeo-aulas, ambos pela magistrada Ana Paula Sefrin Saladini.

Seguindo a sistemática do primeiro curso, a cada módulo foram propostas diferentes indagações, ligadas ao tema central do módulo, com ampla variedade de metodologias, também em conformidade com as orientações ministradas pela professora Ritze Ferraz. Aproveitando o aprendizado com o primeiro curso, algumas questões foram remodeladas, com destaque para vídeo-aulas com subdivisão em vídeos de menor duração temporal, seguidas de enquetes realizadas sobre o tema do módulo, para despertar reflexões e ajudar nos debates. Os resultados dessas enquetes serão abaixo transcritos. A mesma pedagoga orientou novamente a conteudista e os tutores.

Aproveitando uma queixa dos alunos detectada no primeiro curso (falta de tempo para estudar), esse curso de iniciou com um debate sobre a gestão do tempo, com uma enquete sobre os *ladrões do tempo*, a fim de que os alunos identificassem e indicassem o que mais rouba seu tempo no dia a dia. Os principais ladrões de tempo indicados na enquete foram muitas tarefas executadas ao mesmo tempo, atividades urgentes e inesperadas, excesso de atividades, telefone celular e internet. Ainda, foram disponibilizados um vídeo e um texto sobre administração do tempo.

Na sequência se apresenta de forma resumida como se abordou a temática em cada módulo, sem prejuízo de alguns pinçamentos que foram feitos em relação ao preciso conteúdo trazido pelos participantes (servidores e magistrados) ao longo dos debates.

MÓDULO I:

Reflexos das modificações na prática da audiência trabalhista

A proposta de atividade desse primeiro módulo foi bem diferente das desenvolvidas no primeiro curso: foi utilizado uma ferramenta (banco de dados) que apresentava uma primeira pergunta ao aluno; o aluno deveria responder essa pergunta e só depois o sistema “destravava” seu acesso à resposta já dada pelos demais. A partir desse ponto, a segunda parte da atividade consistia em comentar a resposta dada por pelo menos um colega de sala de aula virtual, em no máximo cinco linhas.

O resultado foi muito satisfatório. Como os alunos primeiro respondiam a pergunta e só então tinham acesso à resposta dos demais, foram mais autênticos nas respostas e ficaram curiosos de analisar as respostas dadas pelos colegas.

A princípio foi apresentada a seguinte pergunta: Pensando que o direito material ganha corpo através da atividade jurisdicional, que reclama a incidência das regras processuais, e tendo em vista as questões abrangidas pelo primeiro módulo, coloco uma situação para que o aluno indique como agiria, na função de magistrado, nessa ocorrência: Apregoada a audiência inicial, já na vigência da reforma, comparecem apenas o procurador do reclamante, o reclamado e seu procurador. O procurador do reclamante informa que seu cliente não compareceu porque estava desempregado, com pouco dinheiro, e naquele dia gastou o dinheiro que tinha reservado para ir à audiência (transporte) com medicamento para seu filho que estava com febre. Apresentou a tela do celular com a mensagem contendo essa explicação, que lhe havia sido enviada pelo trabalhador, e pede, nessa ordem: a) o adiamento da audiência; b) sucessivamente, a isenção de custas, em caso de arquivamento. A reclamada protesta pelo deferimento de qualquer dessas hipóteses e ainda requer seja

o empregado condenado ao pagamento de honorários a seu procurador. Qual seria sua decisão? Sugira uma solução, preferencialmente entre 6 e 10 linhas, se possível.

Na sala de aula em que se concentravam os magistrados, e sob tutoria da juíza Ana Paula, dos 32 magistrados, os resultados foram surpreendentes: 21 disseram que iriam deferir o pedido de adiamento, em tais circunstâncias; 7 responderam que não iriam adiar, mas que dispensariam o pagamento das custas; apenas três disseram que não iriam acolher nem o pedido de adiamento, nem o de dispensa de custas e uma magistrada, em interessante saída, disse que não iria adiar porque faria a audiência utilizando o mecanismo do *whatsapp*. Destaca-se, ainda, que uma das magistradas que disse primeiramente que não iria nem adiar, nem dispensar as custas, após ler as respostas e fundamentações dos demais, mudou sua convicção, expressamente, dizendo-se convencida pelos argumentos dos demais.

No grupo coordenado pela juíza Nancy foram selecionadas duas respostas, com soluções diferentes: a primeira nesse sentido: “Abriria o prazo de 15 dias (Art. 844, § 2º, CLT) para o autor comprovar as alegações encaminhadas por mensagem ao seu advogado. Caso comprovadas as alegações, redesignaria a audiência pela comprovada impossibilidade de comparecimento. Se não comprovadas as alegações, o condenaria ao recolhimento de custas, mas esclareceria que o pagamento pelo beneficiário da justiça gratuita se daria na forma do Art. 791-A, § 4º, da CLT, interpretando que a expressão ‘as obrigações decorrentes de sua sucumbência’ abrange as custas processuais quando a lei não isenta o beneficiário do pagamento. De outro lado, rejeitaria o pedido de condenação em honorários compreendendo que não se aplica nessa hipótese de extinção do processo, pois, em contraste com o CPC (Art. 486, § 2º), a CLT (Art. 844, § 3º) somente exige o pagamento de custas para novo ajuizamento”.

A segunda resposta selecionada pela juíza Nancy foi no seguinte sentido: “Como magistrado penso que a correta solução seria o adiamento da audiência com fundamento no art. 843, § 2º, CLT (motivo ponderoso) uma vez que diante da escassez de recursos financeiros o reclamante optou por assegurar a saúde do filho com a compra do medicamento, entendendo-se como justa a causa para deixar de comparecer à audiência designada, nos termos, inclusive, do art. 223, CPC c/c art. 769, CLT. Trata-se, portanto, de inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que é notória a incapacidade da Estado de promover e assegurar o direito à saúde de seus cidadãos. Reforça esse entendimento (de que o motivo é de fato ponderoso), o mandamento constitucional inserto nos arts. 6º, caput (direito à saúde, e proteção à infância), art. 196 (direito à saúde e dever do Estado em assegurar-lhe), e art. 226 e 227 (a família tem especial proteção do Estado, devendo o Estado, a família e a sociedade assegurar com absoluta prioridade – princípio da proteção integral – a vida, a dignidade e a saúde da criança, do adolescente e do jovem) todos da CRFB/88. Nesse sentido, ainda, registra o ECA, de que em se tratando da criança e do adolescente, deve ser salvaguardado o seu melhor interesse e a proteção integral pelos Poderes Públicos. Dessa forma, não há como penalizar duplamente

o reclamante com o arquivamento da ação e com a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor do reclamado, por ofensa reflexa ao amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXVI, CRFB/88), bem como por ofender também ao princípio da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/88). Por fim, considerando que o princípio da simplicidade e informalidade permeia o processo do trabalho (art. 840, c/c art. 791 da CLT), a apresentação pelo advogado da tela do celular com a mensagem do reclamante já é razão suficiente para deferir o adiamento da audiência, especialmente, diante da inexistência de prejuízo para a parte reclamada, que poderá na próxima audiência designada, exercer de forma plena o contraditório e ampla defesa (art. 794, CLT c/c art. 5º, LV, CRFB/88)”.

A tutora também verificou nesse grupo uma intensa interação entre os participantes após o acesso às respostas dos colegas, com complemento de fundamentações e troca de opiniões.

No grupo coordenado pela juíza Vanessa, dos 28 servidores que se manifestaram acerca da proposição colocada, obtivemos os seguintes resultados: 15 disseram que iriam deferir o pedido de adiamento, em tais circunstâncias; 12 responderam que não iriam adiar, mas que dispensariam o pagamento das custas; apenas um disse que não iria acolher nem o pedido de adiamento, nem o de dispensa de custas. Entre os participantes que entenderam pela possibilidade do adiamento, a grande maioria ressaltou a necessidade da comprovação da condição de desempregado do Autor e do estado de saúde do seu filho, de modo mais contundente que a simples mensagem no celular. Para tanto, adiariam a audiência, mas defeririam prazo para a comprovação dos motivos alegados.

A partir das respostas apresentadas, foi colocada a seguinte indagação aos participantes: *caso não comprovado o motivo apontado na mensagem do celular, o ajuizamento de nova demanda dependeria do pagamento das custas objeto da condenação na demanda arquivada?* A maioria entendeu que, uma vez dada a oportunidade para a comprovação da veracidade do motivo alegado para ausência, e não comprovado, haveria sim, a condenação em custas e o pagamento destas seria requisito para o ajuizamento de uma próxima demanda.

Quanto ao requerimento da Ré de pagamento dos honorários advocatícios na hipótese de arquivamento, a grande maioria daqueles que respondeu a esta indagação entendeu que não caberia condenação em honorários advocatícios de sucumbência ao procurador da parte adversa, por ausência de previsão legal.

MÓDULO II: Os impactos na hora de sentenciar

Nesse módulo se trabalhou com a seguinte metodologia: desenvolvimento de uma dinâmica de PROBLEMA/RESOLUÇÃO/PROBLEMA. Funcionou assim: cada tutor apresentava aos seus alunos um primeiro problema a ser resolvido; o próximo participante deveria expor a sua solução para o problema, de forma fundamentada, e elaborar um novo problema para o colega que viesse na sequência, e assim sucessivamente. Tudo sem prejuízo de debates sobre as soluções dadas pelos alunos. Como a dinâmica era sucessiva, foi destacada a necessidade de que os debates se iniciassem desde logo, a fim de que houvesse tempo de todos participarem.

O primeiro problema apresentado foi o seguinte: 1) Considere: a) O disposto no § 4º do art. 790-B introduzido pela Lei 13.467/2017 (*Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo*); b) As teses consideradas no voto do Min. Barroso na ADI 5.766 (*1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias*); c) Os fundamentos do voto divergente do Min. Fachin na ADI 5.766 (*[...] Ainda que sejam consideradas adequadas, necessárias e razoáveis as restrições impostas ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais à gratuidade e acesso à Justiça pelo legislador ordinário, duvidosa apresenta-se a sua constitucionalidade em concreto, ou seja, aquela aferida diante das diversas e possíveis situações da realidade, em que se vislumbra a consequência de esvaziamento*

do interesse dos trabalhadores, que na condição de hipossuficientes econômicos, não terão como demandar na Justiça Trabalhista, em virtude do receio de que suas demandas, ainda que vencedoras, retornem-lhes muito pouco do valor econômico efetivamente perseguido e, eventualmente, devido. [...] Importante ressaltar que não há inconstitucionalidade no caput do artigo 790-B da CLT, com a redação da Lei 13.467/2017, quando admite a possibilidade de imputação de responsabilidade ao trabalhador sucumbente, pois admitir a imputação é ato distinto de tornar imediatamente exigível tal obrigação do beneficiário da justiça gratuita. Se cessadas as condições que deu ao trabalhador o direito ao benefício da gratuidade da justiça, admite-se a cobrança das custas e despesas processuais. Não se apresentam consentâneas com os princípios fundamentais da Constituição de 1988 as normas que autorizam a utilização de créditos, trabalhistas ou de outra natureza, obtidos em virtude do ajuizamento de um processo perante o Poder Judiciário, uma vez que este fato – sucesso em ação ajuizada perante o Poder Judiciário – não tem o condão de modificar, por si só, a condição de miserabilidade jurídica do trabalhador). 2) Resolva o seguinte problema: Em uma demanda em que sucumbente o trabalhador no pedido objeto de perícia médica com que pretendia identificar o nexo de causalidade entre doença de ombro e o trabalho de soldador, houve ainda o acolhimento parcial do pedido de horas extras e reflexos, cujo valor é estimado, na sentença em R\$ 20.000,00 para um período de trabalho de 25 meses. O salário mensal do trabalhador era de R\$ 1.400,00. Como você decidiria quanto à imputação e a efetiva exigência do trabalhador do custo dos honorários periciais, mediante desconto do valor do crédito resultante da condenação?

No grupo composto por alunos-juizes, a tutora Ana Paula Saladini, uma das juízas respondeu à proposição inicial do seguinte modo: “Eu imputaria ao reclamante o pagamento dos honorários periciais, a serem deduzidos do crédito obtido nos autos a título de horas extras, visto que entendo não haver inconstitucionalidade na norma que atribuiu ao sucumbente, ainda que beneficiário da justiça gratuita, o custeio da perícia, porquanto a gratuidade não é ilimitada, tanto que o artigo 98, parágrafo 5º, do CPC já estabelecia a possibilidade de cobrança de algumas despesas do beneficiário (*a gratuidade poderá ser concedida em relação a algum a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual das despesas processuais que o beneficiário tiver que adiantar no curso do procedimento*). Outrossim, acho importante analisar com razoabilidade cada caso concreto, entendendo que não seria razoável, por exemplo, deduzir despesas periciais quando o único crédito da parte reclamante deferida fosse valor a título de verbas rescisórias”.

Outro juiz, respondendo questão proposta por uma das colegas a respeito do pagamento de honorários periciais, respondeu o seguinte: “Eu acredito que o parágrafo 1º do artigo 790-B da CLT é aplicável quando a responsabilidade pelo pagamento dos honorários é imputável à União, em razão do deferimento da justiça gratuita. Não limita quando o juiz fixa o pagamento, seja através de compensação dos créditos recebidos pelo empregado ou pela responsabilidade da empregadora. Em relação à segunda parte da questão, pela teoria de isolamento dos atos pro-

cessuais, os honorários são fixados na forma e conforme a legislação aplicável no momento da prolação da sentença. Na sequência, fez a seguinte proposição a ser respondida por outro colega: Como seria a apreciação do colega em uma ação de homologação de acordo extrajudicial, em que as partes trazem o pagamento unicamente das verbas rescisórias em 10 vezes, com quitação total do contrato de trabalho em relação a empregadora e *demais empresas do grupo econômico desta*? Também, em um documento anexado, o empregado já declara expressamente, de próprio punho, que tem interesse no acordo porque já arrumou emprego em outra localidade e depende das parcelas do acordo para fazer frente às suas despesas e de sua família”.

Uma magistrada respondeu do seguinte modo à questão formulada por outro colega: “Entendo que a utilização do instituto previsto no art. 855-B da CLT pressupõe, ainda que de forma latente e originalmente, a existência de litígio, de um conflito de interesses a ser solvido mediante negociações e concessões recíprocas, hipótese inócua, uma vez que não se vislumbra *res dubia* ou qualquer controvérsia quanto às verbas devidas ao trabalhador, de forma que não haveria necessidade de obter através do processo qualquer pronunciamento jurisdicional. Consequentemente, reputaria inviável a homologação do acordo, especialmente ante aos efeitos amplos e irrestritos que pretendiam as partes lhe atribuir, motivo pelo qual, extingiria o feito sem apreciação o mérito com fulcro no art. 485, VI, do CPC”.

Por fim, outra juíza, respondendo pergunta formulada por colega de curso, trouxe os seguintes argumentos: “1) Respeitando entendimentos contrários, entendendo que, com fulcro, no parágrafo 5º do artigo 611-A, da CLT, o Sindicato deve ser citado como litisconsorte da Ação Civil Pública eis que, ainda que não se trate de uma ‘ação anulatória de convenção coletiva’, o MPT pretende sim a anulação de cláusula de convenção coletiva e o parágrafo quinto não restringe a citação dos sindicatos convenientes às ações anulatórias de convenção coletivas (de natureza coletiva) propostas pelos sindicatos, estabelecendo a aplicação da norma também às ações individuais. Ademais, até que se pacifique nos Tribunais o entendimento quanto à obrigatoriedade, ou não, do chamamento ou não dos Sindicatos convenientes nas ações em que se pretende a nulidade de cláusula convencional, entendendo que a citação dos mesmos evita futuras nulidades, eis que o que abunda não prejudica. 2) Entendo que, sendo os Sindicatos citados, a sentença declaratória tem efeito ultrapartes, sendo exatamente por essa razão a citação dos sindicatos. 3) Entendo que se os Sindicatos não fizerem parte da lide, fica prejudicada a análise da “vontade coletiva”.

No grupo coordenado pelo juiz Luciano Augusto Toledo de Coelho, ele fez a seguinte compilação de contribuições de diversos alunos, em especial debatendo a questão da sucumbência e honorários no momento da sentença: “Tendo em vista que o trabalhador restou sucumbente na perícia médica, cabe a ele a responsabilidade pelo pagamento dos honorários do expert na forma do artigo 790-B da CLT, com a redação atribuída pela Lei 13.467/2017. Cumpre esclarecer que o § 4º do artigo 790-B da CLT tem por pressuposto a presunção de que o beneficiário da

justiça gratuita, sucumbente no objeto da perícia, não responderá pelo valor dos honorários periciais exclusivamente porque não dispõe de meios para tal. Assim, não obstante a concessão dos benefícios da justiça gratuita, havendo crédito a ser auferido pela parte reclamante, ainda que em outro processo, deverá este ser utilizado para a quitação do trabalho do expert. Entendo que esse posicionamento revela-se imprescindível para garantir a um número maior de cidadãos o efetivo acesso à justiça, com a certeza de permanente colaboração dos auxiliares do Juízo, uma vez que ao mesmo tempo em que inibe o exercício irresponsável do direito de ação, também atenua a escassez dos recursos públicos destinados à remuneração dos peritos”.

Ainda: “As disposições da Lei 13.467/2017, no que se referem aos honorários sucumbenciais, são aplicadas apenas aos processos ajuizados após o início da sua vigência, na medida em que a assunção dos riscos relativos aos pleitos formulados ocorre a partir da petição inicial. Assim, a posterior alteração do quadro delineado, nesse caso específico, implicaria em surpresa, que viola o princípio constitucional do devido processo legal. Quanto aos honorários periciais, não há previsão expressa de sucumbência recíproca. O artigo 790-B da CLT dispõe somente que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Diante disso, entendo que, caso seja constatada concausa pela perícia, o ônus de arcar com os honorários periciais é do empregador. O entendimento do TST é no mesmo sentido, sob o fundamento de que, em virtude do princípio da proteção ao empregado, quando houver a sucumbência recíproca no objeto da perícia, os honorários periciais deverão ser suportados pelo empregador”.

Também: “Sendo improcedente o pedido de integração do adicional por tempo de serviço na base de cálculo das horas extras, ainda que o valor fosse irrisório, são devidos honorários, uma vez que o autor nunca recebeu a verba que pretende ver integrada. Ainda, é prudente que o Magistrado arbitre o valor a ser pago a título de honorários sucumbenciais pelo autor para o advogado da parte ré, evitando discussões futuras acerca da liquidação de pedido indeferido”.

Por fim: “Na minha opinião, a alteração do § 3º do art. 790 da CLT impede a presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência firmada por pessoa física, não se aplicando subsidiariamente o § 3º do art. 99 do CPC e revogando o item I da Súmula 463 do TST. A partir da vigência da Lei 13.467/2017, presume-se hipossuficiente somente quem receber salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Portanto, no caso apresentado, para o deferimento dos benefícios da justiça gratuita será necessário comprovar, com outros documentos, a hipossuficiência econômica, a fim de atrair a incidência do § 4º do art. 790 da CLT”.

No grupo sob a tutoria da juíza Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira, o primeiro participante a responder concluiu que condenaria o autor da ação a pagar honorários periciais. No problema formulado na sequência, o mesmo participante elencou verbas deferidas em hipotética condenação, arbitrou honorários advoca-

tícios ao advogado do reclamante e instou o próximo colega a decidir sobre os honorários advocatícios devidos ao advogado da reclamada. Um dos participantes respondeu ao problema apresentado, posicionando-se sobre o tema da seguinte maneira: “tendo a demanda sido proposta antes de 11/11/2017, em que pese a sentença tenha deferido honorários ao advogado do autor, eu indeferiria honorários ao procurador da reclamada, mesmo que dita decisão tenha sido proferida já na vigência da Lei nº 13.467/2017; caso a ação tenha sido proposta já na vigência da Lei nº 13.467/2017, manteria os honorários de 10% ao advogado do autor, tendo por base os valores a ser liquidados em execução, deferindo, inclusive, o mesmo percentual (10%) de honorários de sucumbência ao procurador da reclamada, tendo como parâmetro as verbas que foram indeferidas pelo juízo, também a ser apurado na fase executória”.

Interessante também foi a questão suscitada por outro aluno: “Fulano ingressa com reclamatória trabalhista em 01/12/2017 requerendo a **condenação** da ré em horas *in itinere* e reflexos. Pede, ainda, a **declaração de nulidade** da norma coletiva que prevê expressamente que as horas de trajeto não devem ser consideradas como à disposição da empresa para fins de jornada de trabalho. A reclamada, em defesa, alega a ilegitimidade ativa do autor quanto ao pedido de declaração de nulidade de norma coletiva, pois o mesmo deveria ser perseguido em ação própria de competência originária dos Tribunais por aqueles legitimados para tanto. Sustenta, ainda, que o pedido é pela **declaração de nulidade** de maneira que eventual decisão pela **invalidade** com efeitos apenas ao caso concreto implicaria julgamento *extra petita* ou *ultra petita*. Sucessivamente, requer que os Sindicatos subscritores sejam intimados para participar do processo, sob pena de nulidade, pois se trata de **litisconsórcio necessário**, nos termos do artigo 611-B, § 5º da CLT. Conclusos os autos, como o colega decidiria as preliminares?”, a qual mereceu a seguinte resposta por outra colega: “No caso em comento minha decisão seria afastar as preliminares arguidas pelo réu. A ação foi ajuizada após a entrada em vigor da reforma trabalhista. Desta forma, em tese a obrigação de formar o litisconsórcio necessário a que se refere o artigo 611-A, § 5º, da CLT, já seria aplicável, mas não ao caso concreto. Isto porque os sindicatos subscritores de convenção ou acordo coletivo de trabalho deverão participar como litisconsortes necessários APENAS nas ações propriamente coletivas, de competência originária dos Tribunais, que visarem a declaração da anulação de cláusulas desses instrumentos. Era isso que previa a Medida Provisória 808 de 14 de novembro de 2017, que alterava a CLT. Em que pese a MP 808 ter perdido a vigência, ainda parece ser esta a interpretação mais adequada à regra do § 5º do artigo 611-A da CLT. Assim, eu indeferiria a intimação dos Sindicatos para participar do processo. Em minha decisão eu reconheceria a LEGITIMIDADE ATIVA do autor para pedir a declaração incidental de nulidade ou invalidade da norma coletiva, isto porque entendo ser possível ao autor formular tal pretensão em ação individual. A eventual declaração de invalidade ou ineficácia da norma coletiva seria incidental e teria efeito apenas *inter partes*, restringindo-se à demanda

individual, sendo o Juízo de Primeiro Grau competente para tanto, não havendo necessidade de ajuizamento de ação coletiva pelo trabalhador. Isso não implicaria em julgamento *extra petita* ou *ultra petita*, pois o que estaria sendo analisado era o intuito do reclamante, não havendo que se apegar à nomenclatura por ele utilizada, ainda mais considerando que a expressão ‘invalidade’ abrange a nulidade”.

Sobre a possibilidade de arbitramento de honorários advocatícios em processos extintos sem resolução do mérito, um dos participantes apresentou o seguinte questionamento: “Considerando que o § 6º, do art. 85 do NCPC/2015 assim dispõe: § 6º *Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.* E, que o art. 769 da CLT determina que: *Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.* Você entende que é possível condenar o reclamante ao pagamento de honorários sucumbenciais, após a empresa apresentar regular defesa e o pedido ser extinto sem resolução do mérito? Em outra hipótese, seria devido condenar o reclamante ao pagamento de honorários sucumbenciais, tendo o processo sido extinto sem resolução do mérito (arquivamento, pelo não comparecimento do autor na audiência inicial) sem que a empresa tenha apresentado contestação, apesar de ter sido representada por advogado na audiência?”

A pergunta foi respondida por um dos servidores, que se posicionou no seguinte sentido: “Entendo não ser devido os honorários advocatícios em nenhuma das situações propostas porque se o pedido foi extinto sem julgamento do mérito, por óbvio não houve a apreciação do mérito, exigência essa para a condenação em honorários sucumbenciais é a parte ser sucumbente no pedido, nos termos do art. 791-A da nossa querida CLT reformada. Ela não perdeu e nem deixou de ganhar. No meu entender segue a mesma sorte no caso de arquivamento por ausência do autor à audiência. Não houve apreciação do mérito da ação para dizer se houve sucumbência do autor e algum pedido, não podendo assim mensurar a condenação em honorários advocatícios. Portanto, pelas razões expostas entendo não ser aplicável no caso concreto o previsto pelo par. 6º do art. 85 do NCPC”.

Finalmente, abordando a questão da justiça gratuita e litigância de má-fé, uma das participantes formulou interessante problema: “E, aproveitando o tema sobre justiça gratuita e litigância de má fé, questiono: preenchido o requisito previsto no parágrafo 4º do artigo 790 da CLT e, tendo sido comprovado nos autos que o reclamante litigou de má-fé, é cabível o deferimento do benefício da justiça gratuita para a parte autora?” A resposta dada por outra participante: “Sim. O artigo 81 do CPC/15 não prevê a revogação dos benefícios da justiça gratuita ao litigante de má-fé. De igual maneira o artigo 98, § 4º do CPC/15 prevê que *A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.* Em razão disso, penso que os institutos são compatíveis”.

Outras questões relevantes foram levantadas e respondidas, ressaltando-se a intensa interação dos participantes em perguntas e respostas de colegas, acrescentando argumentos e fundamentos para enriquecer a discussão.

No grupo sob a tutoria da juíza Vanessa Karam C. Sanches, uma das alunas, ao responder ao questionamento inicialmente proposto no módulo afirmou: “sendo o autor credor da verba referente às horas extras, estimada em R\$ 20.000,00, entendo que ele deve arcar com o pagamento dos honorários periciais, mediante desconto de seu crédito, independentemente da natureza da verba, conforme previsto no art. 790-B, da CLT, que não traz qualquer ressalva nesse sentido. Trata-se de hipótese em que o obreiro, embora beneficiário da justiça gratuita, obteve em juízo créditos capazes de suportar a despesa, pelo que, não se aplica a exceção do parágrafo 4º do referido dispositivo. Tal conclusão tem por premissa a presunção de que o valor arbitrado a título de honorários foi inferior ao crédito, geralmente, em torno de R\$ 1.500,00/R\$ 2.000,00, devendo ser observado, de qualquer forma, o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, conforme previsto no art. 790-B, § 1º, da CLT”.

Na sequência, foram apresentadas diversas proposições interessantes e respostas muito bem fundamentadas, entre as quais a Juíza Vanessa destacou a seguinte questão formulada: *1) como ficam os honorários sucumbenciais nos procedimentos especiais: Embargos de Terceiros em que a penhora do bem foi determinada pelo Juízo e em Consignação em Pagamento em que o pedido é acolhido?*

A resposta foi construída da seguinte maneira por uma das alunas: “Até a entrada em vigor da Lei 13.467 de 2017, prevalecia da Justiça do Trabalho o entendimento que os embargos de terceiros ajuizados em execuções trabalhistas, possuíam natureza de incidente de execução, estando, assim, sujeito ao regramento processual trabalhista. Nesse sentido a jurisprudência do TST: TST - RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA: (...) II. RECURSO ORDINÁRIO DOS RÉUS. EMBARGOS DE TERCEIRO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. *Consoante se depreende do § 2.º do art. 896 da CLT, os Embargos de Terceiro constituem incidente de execução e, como tal, seguem as diretrizes próprias da legislação trabalhista, aí incluídas as que versam sobre honorários advocatícios. À míngua da assistência sindical, afigura-se correta a decisão proferida pelo Tribunal Regional, no que julgou procedente o pedido de rescisão, para reconhecer indevido o pagamento de honorários advocatícios. Recurso a que se nega provimento (ROAR 675007920075050000 67500-79.2007.5.05.0000).* Tal é o entendimento que deve ser considerado para todos os embargos de terceiros ajuizados até 11/11/2017 (data da entrada em vigor da Lei 13.467/2017), pois, de acordo com a Resolução 221, de 21 de junho de 2018, do Tribunal Pleno do TST, que editou a Instrução Normativa 41, a qual dispõe sobre as normas da CLT, com as alterações da Lei nº 13.467/2017 e sua aplicação ao processo do trabalho, estabeleceu em seu artigo 6º *que na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais previsto no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei*

nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei 5.584/1970 e das Súmulas nº 219 e 329 do TST. Para os embargos de terceiros ajuizados posteriormente a 11/11/2017, temos que art. 791-A, incluído na legislação trabalhista pela Lei 13.467/2017, estabelece o seguinte: Art. 791-A. *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.* § 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. (...) § 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficaré sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderé 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. § 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção. Não se olvida que a sistemática inaugurada pela inserção do art. 791-A à CLT promoveu verdadeiro rompimento com a sistemática anterior, a qual considerava indevidos honorários de sucumbência nos processos em que se discutia o inadimplemento de verbas decorrentes da relação de emprego. Entretanto, a norma em questão dispôs apenas sobre o pagamento de honorários de sucumbência fixados sobre o valor da liquidação ou do proveito econômico obtido. Desse modo, entendo que a intenção do legislador foi clara ao dispor sobre o cabimento de honorários de sucumbência no tocante às parcelas discutidas na demanda, inclusive em reconvenção (§ 5º), nada dispondo sobre a possibilidade de condenação em honorários advocatícios na fase de execução, contrariamente ao que fez o CPC/2015 (art. 85, § 1º, do CPC: *são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente*). O disposto no art. 791-A, com efeito, comporta interpretação restritiva, pelo que não é o caso de considerar que houve lacuna normativa quanto à incidência de honorários sucumbenciais na fase de execução, o que atrairia a aplicação do disposto no § 1º. do art. 85 do CPC (art. 769 da CLT: *Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título*). Salvo melhor juízo, considero que a disposição celetária no tocante aos honorários de sucumbência apresenta-se de forma mitigada com relação aos honorários previstos no CPC. Isso porque, ao silenciar acerca da aplicação desse instituto na execução, claramente estabeleceu o não cabimento, nesta fase processual, de condenação ao pagamento de honorários de sucumbência. Fosse outra a intenção legislativa haveria disposição expressa quanto a

obrigação, tal como fez para o caso de reconvenção (§ 5º do art. 791-A da CLT). Dessarte, não é possível concluir que o artigo em comento comporta omissão, mas sim, que o silêncio com relação ao processo de execução configura verdadeira negativa de honorários de sucumbência nesses casos. Considerando, portanto, que a Lei 13.467 de 2017 não alterou o entendimento de que os embargos de terceiro ajuizados em execuções trabalhistas possuem natureza de incidente de execução, como exposto antes, tem-se que não se cogita condenação de honorários em embargos de terceiro na justiça do trabalho”.

A servidora prosseguiu com a resposta nos seguintes termos: “Nas ações de consignação em pagamento, por outro lado, entendo ser o caso de considerar dois desfechos distintos. Primeiro, não havendo resistência do consignado que se propõe a receber o valor sem discussão, não incide possibilidade de condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, dada a natureza peculiar dessa ação que não comporta uma condenação propriamente dita, mas sim, o objetivo de se desvincular de uma obrigação do próprio demandante. Por outro lado, uma vez que o consignado discuta o pagamento e conteste a ação, esta em nada deferirá de uma ação trabalhista normal, para qual se aplica perfeitamente a regra do art. 791-A da CLT, sendo plenamente cabível a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência”.

MÓDULO III: Readequações na rotina de Despachar

Esse módulo trabalhou com questões relevantes do dia a dia do magistrado e da secretaria: prescrição intercorrente, contagem de prazos, novas regras quanto a custas e depósito recursal, liquidação da petição inicial e dos pedidos, bem como o procedimento para a homologação de acordo extrajudicial e para produção antecipada de provas e de exibição de documentos.

Considerando a amplitude das temáticas, a proposta apresentada foi bem diferente: trabalhar com a construção de um mapa conceitual. Para isso, foi esclarecido que o mapa conceitual visa representar relações entre conceitos através de proposições. Os conceitos aparecem dentro de caixas de texto ou círculos, ao passo que as relações entre eles são representadas por linhas que unem as respectivas caixas ou círculos. Através dele, fazemos a interrelação entre conceitos, o que auxilia no processo cognitivo. Para quem quisesse saber um pouco mais sobre essa metodologia, inclusive para aplicar em outras áreas da vida, foi sugerido um link para pesquisa¹⁶⁶, que levaria posteriormente a outras pesquisas¹⁶⁷.

A justificativa da atividade partiu da necessidade que as modificações da reforma impunham de repensar o modo de atuar com relação a muitos dos nossos fluxos de trabalho, com a premência de readequação das rotinas tanto em despachos

166 O link sugerido foi o seguinte: <https://conceito.de/mapa-conceitual>.

167 No inter-relacionamento do projeto anual da Escola Judicial, essa atividade foi importante para, na Semana Institucional, se trabalhar com a metodologia World Café, em que os juízes trabalharam com construção de mapas conceituais e fluxogramas.

quanto na contagem de prazos, no fluxo relativo à prescrição intercorrente e nos acordos extrajudiciais.

Assim, o aluno deveria, com base nos estudos do módulo, organizar um mapa conceitual de fluxo de trabalho; para isso, poderia fazer um mapa comparativo, levando em consideração como era feito antes e como deveria ser feito a partir de então, observadas as implicações da reforma trabalhista.

Para facilitar a compreensão, foi anexado um modelo desenvolvido pelo tutor e magistrado Luciano Coelho, desenvolvido no programa Excel e transformado em PDF, mas foram indicados programas disponíveis na rede mundial de computadores, e até possibilitado que se fizesse à moda antiga (à mão), com posterior digitalização para juntar como resposta. Isso porque a ideia não era testar as habilidades de informática de cada um, mas sim permitir reflexão sobre as modificações de fluxos de trabalho. Também foram disponibilizados dois tutoriais em vídeo.

Considerando a edição impressa da presente obra, é difícil apresentar aqui os mapas conceituais que foram desenvolvidos. A grande maioria dos alunos acabou por trabalhar com a ideia dos fluxogramas. Mas, no grupo A, onde estavam concentrados os magistrados, a tutora Ana Paula destaca os questionamentos que foram apresentados por um dos magistrados:

Ao elaborar o mapa conceitual sobre prescrição intercorrente surgiram dois questionamentos.

PRIMEIRO: A prescrição intercorrente foi definida assim: “consiste na perda do direito do sujeito ativo sobre o crédito inicialmente considerado como exigível” A dúvida aqui é se a prescrição intercorrente atinge o direito ao crédito ou o direito de ação? Penso que a prescrição não atinge o direito material ao crédito, mas apenas o direito de ação, no caso de exigir a satisfação do crédito. A rigor essa diferenciação pode não ter muita utilidade prática, mas é relevante do ponto de vista da natureza jurídica da prescrição.

SEGUNDO: Quanto à interrupção da prescrição intercorrente o texto diz o seguinte: “é razoável concluir que as movimentações feitas pelo credor no sentido de buscar patrimônio do devedor, com pedido de desarquivamento e diligências (diligências que ainda não tenham sido efetuadas anteriormente, ou que se mostrem novamente necessárias), irão interromper o curso do prazo prescricional intercorrente, que recomeçará apenas após novo período de inércia”. O texto está dando a entender que a cada requerimento de diligência do exequente a prescrição intercorrente seria interrompida, recomeçando a partir da inércia subsequente. O texto não menciona o art. 202 do CC, segundo o qual a prescrição somente poderá ser interrompida UMA VEZ. Então, se a prescrição intercorrente for a mesma prescrição da ação, a interrupção já ocorreu pelo ajuizamento da ação e, recomeçando a partir do último ato do processo, NÃO MAIS SERIA INTERROMPIDA. Se a prescrição intercorrente for uma NOVA prescrição (diferente

da prescrição da ação) então poderia ser interrompida UMA ÚNICA VEZ, de modo que iniciado o prazo pela inércia do exequente, poderia requerer uma única diligência com efeito de interrupção. Vencido o prazo de determinação posterior, a prescrição não seria mais interrompida, extinguindo-se a execução em dois anos. Por exemplo: determinação para diligência de indicação do endereço do executado para intimação da penhora com prazo de 30 dias. Vencimento do prazo em 24 de agosto de 2018. Requerimento de intimação do executado em 10 de fevereiro de 2019. Executado não localizado. Determinação para indicação do endereço correto, com prazo de 30 dias. Vencimento do prazo em 24 de julho de 2019. Exequente fica inerte. **CONSEQUÊNCIA 1:** se a prescrição intercorrente é igual a prescrição da ação. **INICIO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE:** 25 de agosto de 2018; **TÉRMINO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE:** 25 de agosto de 2020. **CONSEQUÊNCIA 2:** se a prescrição intercorrente é diferente da prescrição da ação. **INICIO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE:** 24 de julho de 2019. **TÉRMINO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE:** 24 de julho de 2021. **MORAL DA HISTÓRIA:** se o exequente perdeu o prazo, a prescrição intercorrente vai extinguir a execução em dois anos.

No grupo sob a tutoria da juíza Nancy, a maioria dos participantes também optou por elaborar fluxogramas. Uma das participantes elaborou um mapa mental primoroso, inclusive com ilustrações, abordando o tema da homologação de acordos extrajudiciais. A participante em questão destacou que sempre estuda com mapas mentais, inclusive para concursos, o que revela a importância do uso da referida ferramenta como recurso pedagógico.

Os temas escolhidos pelos participantes do grupo abordaram a homologação de acordos extrajudiciais, petição inicial e a nova redação do artigo 840 da CLT, custas e depósito recursal, percurso da execução, prescrição intercorrente, produção antecipada de provas e exibição de documentos.

Ainda, o tutor Luciano Coelho destaca o comentário de um dos alunos acerca da questão da liquidação dos pedidos: “O pedido julgado improcedente, foi formulado de forma genérica, sem indicação de valor na Petição Inicial. A meu ver, o mais adequado é o Magistrado arbitrar um valor ao pedido, para fins de cálculo dos honorários de sucumbência incidentes, pois assim estaria privilegiando-se os princípios da simplicidade e celeridade processual. Outra possibilidade, porém mais complexa, é determinar o cálculo desse pedido em liquidação, para fins de fixar o valor dos honorários. Nesse caso, contudo, estaria sendo efetuado cálculo de um pedido que sequer foi deferido, dificultando a tramitação processual”.

No grupo sob a tutoria da Juíza Vanessa Karam C. Sanches foram diversas as temáticas apresentadas nos mapas conceituais, o que, na avaliação da tutora, demonstrou que os alunos compreenderam bem a atividade e que esta forma de apresentação de um problema ou da sua solução pode ser muito rica e interessante.

O assunto mais abordado foi o processo de conhecimento, mais especificamente, a partir da propositura da Reclamatória Trabalhista no rito ordinário, com as inovações introduzidas pela Lei 13.467/2017. Contudo, outros assuntos não menos interessantes também foram objeto de registro através do mapa conceitual, tais como: fase de execução de sentença, prescrição intercorrente, exceção de incompetência territorial, procedimento para homologação de acordo extrajudicial, entre outros.

MÓDULO IV: Reflexos da Reforma nos Procedimentos de Execução

A dinâmica do módulo IV, destinada a encerrar o curso, também foi diferente do módulo anterior. Foi proposta a elaboração de um *Relato Reflexivo*. Nessa proposta, os alunos, depois de assistirem aos vídeos e fazerem a leitura do material de apoio, deveriam escolher um dos vários itens da execução que sofreram alteração com a Reforma e fazer uma reflexão sobre a sua prática, apontando onde essas mudanças poderiam impactar a rotina de trabalho e o processo do trabalho e fazendo uma sugestão para a implementação dessas mudanças. Alternativamente, o aluno poderia relatar uma prática que vem sendo adotada na sua unidade relativamente às mudanças da legislação na execução, avaliando os efeitos dessa prática na rotina de trabalho, ou sugerindo um despacho coordenando as diversas atividades em determinada fase da execução.

No grupo dos magistrados, o ponto que mais gerou reflexão foi o referente à alteração do art. 879, § 2º, da CLT, abordado por praticamente um terço dos magistrados que estavam inscritos.

A tutora Ana Paula destacou as seguintes observações de uma das magistradas: “Quanto à avaliação proposta pela nossa tutora, tenho continuado a nomear perito após o trânsito em julgado, exceto nas ações de baixa complexidade e/ com poucos pedidos, quando as partes são intimadas à apresentação dos cálculos (se for ente público, a parte ré é intimada à apresentação da conta). Essa já era a nossa prática e nada mudou nesse aspecto. Após, aplicamos a regra do art. 879 e aí observo que temos muitas impugnações, grande parte com questões que demandam efetivamente revisão na conta, pelo que observo. Mas, como disse uma colega, algumas também são inócuas e buscam apenas procrastinar a execução. A regra do art. 879, contudo, esvaziou a apresentação de embargos à execução ou impugna-

ção à sentença de liquidação, após a conta se tornar definitiva. Gostei dessa regra porque assim evitamos causar prejuízos ao devedor quando da penhora, ou seja, ela ocorrerá sobre o valor realmente reconhecido à parte contrária. Há o devido contraditório e em muitos casos os peritos também são chamados à manifestação, para prestarem prévios esclarecimentos. O que observo, contudo, considerando que recentemente passamos por correição, é que tais decisões, me parece, não são computadas para fins de produtividade, o que é uma pena. De uma forma geral, também tenho dado início à execução de ofício, normalmente através de requerimento que consta em ata de audiência para essa finalidade. Há quem acredite que essa regra afeta, ainda que em tese, a nova regra da prescrição intercorrente, mas considerando que temos que agir de ofício no cálculo da contribuição previdenciária e sua execução, por exemplo, e essa contribuição não pode ser apurada sem o valor principal sobre o qual incide, creio que não há a referida incompatibilidade. Tenho também muitas dúvidas em relação à nova legislação. Mas, como foi dito, ninguém agora é o dono da verdade, todos temos que repensar o direito do trabalho. Creio que estamos numa fase de desconstrução de todos os nossos entendimentos, mas também, de elaboração de uma nova forma de ver os processos, sem perder nossos valores”.

A colega citada pela aluna havia relatado o seguinte: “Nesse módulo, também gostaria de destacar a alteração do artigo 878 da CLT, porque me fez mudar radicalmente o procedimento dos processos em fase de execução. Aplico esse dispositivo somente na fase de execução, mas não na fase de liquidação de sentença. No entanto, a partir da definição dos cálculos e citação da executada, todos os demais atos decorrentes não são realizados por mim de ofício, dependendo, assim, única e exclusivamente de requerimento do exequente, até porque isso vai ao encontro da disposição legal que prevê a aplicação de prescrição intercorrente em referida fase. Já quanto à disposição contida no artigo 879, parágrafo 2º da CLT, inicialmente e em seguida ao início da vigência da Lei 13.467/17, eu estava abrindo vistas às partes e, em caso de apresentação de impugnação à sentença de liquidação, já decidia de imediato e de forma exauriente as questões levantadas, para que a matéria não pudesse ser renovada em embargos à execução. Todavia, constatei um acréscimo considerável ao número de impugnações à sentença de liquidação, no mais das vezes sem qualquer razão da parte impugnante, na medida em que não seria mais necessária a garantia do Juízo, o que passou a retardar sobremaneira o andamento do feito. Não fosse isso o bastante, e em análise sobre a admissibilidade de agravo de petição interposto por parte sucumbente na decisão de impugnação à sentença de liquidação, o TRT da 9ª Região entendeu não ser cabível o recurso naquele momento processual, sendo que o entendimento exposto na decisão é de que a previsão do artigo 879, parágrafo 2º da CLT serviria apenas para não gerar preclusão, e que toda a matéria pode ser renovada pelas partes em fase de embargos à execução. Dessa forma, e a despeito da literalidade do dispositivo legal em análise, assim que os cálculos são apresentados no feito pelo perito contador nomeado pelo Juízo, tenho homologado os mesmos e postergo a discussão à fase de embargos à execu-

ção, após a garantia do Juízo. A outra possibilidade de, apresentados os cálculos do perito, abrir vista às partes para eventual impugnação, mas postergar à análise judicial a momento futuro, após a garantia do Juízo, traz dois grandes inconvenientes: alguma impugnação ficar ‘perdida’, sem análise, e já haver liberação de valores ao exequente, o que não é difícil de acontecer no nosso atual sistema, o PJe, e também prolongar o prazo médio da duração da execução, pois a homologação dos cálculos, para fins estatísticos, é mera ‘decisão’, enquanto apenas a efetiva análise da impugnação à sentença de liquidação é tratada como ‘sentença’.

No grupo coordenado pela juíza Nancy, a alteração do art. 879, § 2º, da CLT, também foi objeto da maioria dos relatos reflexivos. E, como seria de se esperar em um curso onde o debate e a pluralidade de ideias foram privilegiados, as conclusões foram bastante variadas.

Uma das participantes concluiu que em sua opinião, as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista na execução foram de modo geral muito favoráveis. Esse estranhamento inicial logo se dissipará e tais rotinas se incorporarão no nosso dia a dia. Dividindo a experiência pré e pós Reforma, com relação às práticas de execução da Vara em que trabalha, já se aplicava o artigo 879, § 2º da CLT, intimando as partes para apresentar impugnação fundamentada sob pena de preclusão. A única diferença sensível a partir da nova redação do artigo em comento é a alteração do prazo para tanto (de 10 para 8 dias), já que, em razão do processo tramitar por meio eletrônico, já se concedia prazo comum às partes. Ademais, a nova redação deu mais respaldo ao procedimento adotado pela Vara. Com relação à análise da impugnação apresentada pelas partes, no mesmo despacho que intimava os litigantes para apresentar impugnação fundamentada, já se determinava a intimação do Perito para que se manifestasse sobre as insurgências das partes e, entendendo ser caso de acolhê-las, desde já retificar os cálculos. Com a resposta do Perito, de modo geral o Juízo homologa os cálculos readequados e dá prosseguimento à execução. Se as partes, após garantido o Juízo, apresentarem então impugnação à sentença de liquidação ou embargos à execução, o Juízo analisará de forma exaustiva as insurgências que remanescerem, observando que, com relação às matérias que não foram ventiladas na impugnação apresentada nos termos do artigo 879, § 2º da CLT, terá ocorrido a preclusão.

Outro servidor-aluno fez a seguinte reflexão: “Penso que um dos temas referentes à execução no processo do trabalho que mais trará debates após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, será a questão pertinente à iniciativa da parte em relação ao processo de execução, sendo permitida a execução de ofício pelo magistrado apenas nos casos de *jus postulandi*, conforme os termos do artigo 878 da CLT. Tal mudança de procedimento acarretará discussões relativas à incidência dos efeitos da prescrição intercorrente prevista no artigo 11-A, em especial pelo fato de, nos moldes do parágrafo único do art. 876 da CLT, a execução das contribuições previdenciárias decorrentes das condenações trabalhistas continuar sendo de ofício (conforme, inclusive, os termos do inciso VIII, do art. 114, da Constituição

Federal). Assim, o magistrado poderá se ver no seguinte impasse: Após determinar a liquidação dos haveres devidos tanto à parte Autora quanto ao INSS, na forma do art. 879 e seus parágrafos, da CLT, caso dê início à execução de ofício das contribuições previdenciárias, atendendo, assim, à determinação legal e constitucional, mas a parte Reclamante, que atuou devidamente acompanhada de advogado, deixe de iniciar a execução do principal, ficando, pois, passível dos efeitos da prescrição intercorrente, estes devem se estender também aos haveres previdenciários por serem acessórios da obrigação principal? Pode-se considerar a verba previdenciária, devido, inclusive, a sua natureza jurídica tributária, como parcela autônoma em relação aos haveres trabalhistas, parcela esta pertencente a terceiro (no caso, a União) e, por isto, intangível em relação aos efeitos da prescrição intercorrente eventualmente incidente sobre o crédito que a originou? Outra questão que me parece salutar é definir se em relação à parte que atue no exercício do *jus postulandi* ocorrerá a incidência da prescrição intercorrente, sendo, a meu ver, a resposta negativa, pois, se nos moldes do § 1º do art. 11-A da CLT “*A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução*”, e nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado ainda é permitida a execução de ofício pelo juiz, então, em tais hipóteses, não serão aplicáveis as determinações do art. 11-A e seus parágrafos da CLT”.

E, dentre outras interessantes participações, destaca-se o texto de uma das participantes, que propõe uma reflexão sobre os efeitos da execução trabalhista na atividade dos pequenos empresários: “A breve reflexão que sugiro é sobre os efeitos provocados pela execução na vida pessoal dos pequenos empresários: o dono da panificadora do bairro, da papelaria, do armarinho, da loja de informática, etc. Penso que a celeridade e simplicidade do processo do trabalho, somados ao caráter alimentar da verba, não podem sobrepujar a pessoa do sócio e seus familiares. Muitas vezes nos deparamos com execuções que, em razão de um efeito ‘cascata’, acabam por penhorar bens essenciais à família de uma pessoa que já estava afastada da sociedade. Há pequenos empresários que agem de boa-fé e podem ter a situação econômica de sua família prejudicada em razão de uma dívida trabalhista que se ‘arrastou no tempo’ e que está com um valor atualizado muito maior que o da condenação originária. Ainda quanto à pessoa do sócio e seu ingresso no polo passivo da demanda, penso que a possibilidade de processamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em autos apartados pode ser benéfica ao andamento do processo, vez que permite a continuidade da execução e não tumultua os autos com a produção de provas relativas ao incidente. Após a sua conclusão, a decisão seria anexada à execução para nortear os atos processuais em busca da quitação da dívida. Por fim, penso que a limitação da execução do sócio retirante constante no artigo 10-A da CLT traz mais segurança jurídica ao pequeno empresário. Fica, portanto, esta breve reflexão sobre a situação pessoal do pequeno empresário na execução”.

No grupo tutoriado pela Magistrada Vanessa Karam C. Sanches também houve pluralidade de reflexões, com sugestões de soluções bastante interessantes, que nos instigam cada vez mais a discutir e estudar esta nova fase do direito material e processual do trabalho, bem como pensar nos paradigmas que norteiam este ramo especializado do Judiciário. Uma das alunas propôs a reflexão acerca da responsabilidade do sócio retirante, que passou a ser regulamentada com a reforma trabalhista: “Antes do advento da Lei nº 13.467/2017, apesar do disposto no artigo 1.032 do Código Civil (CC) - no sentido de que a responsabilidade do sócio retirante perdura até dois anos do registro da modificação na Junta Comercial -, o entendimento predominante na área trabalhista era de que o sócio que se retirava da sociedade era responsável pelo período em que, integrando o quadro societário, ocorreu a prestação de serviços pelo trabalhador, sem se levar em conta o momento do ajuizamento da demanda trabalhista ou da sua inclusão no processo. O artigo 10-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), veio esclarecer a questão e estabeleceu que *O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência: (...)*, ou seja, o sócio retirante é responsável (de forma subsidiária) pelas obrigações referentes ao período em que figurou no quadro societário, pelo prazo de dois anos a contar da averbação da sua retirada na Junta Comercial. Do que se conclui que, para que se alcance o patrimônio do sócio retirante, o ajuizamento da demanda trabalhista deve ocorrer dentro do referido biênio e que, não averbada a modificação da sociedade, a responsabilidade subsidiária do sócio retirante é total e sem limite de tempo. Por fim, no caso de fraude (que deverá ser demonstrada pela parte interessada), a responsabilidade do sócio retirante será solidária (aplicação do disposto nos artigos 986 a 990 do Código Civil). As discussões acerca das perdas e ganhos trazidas pela alteração do parágrafo 2º do artigo 879 da CLT também teve bastante espaço neste grupo, sendo que as opiniões ficaram divididas entre aqueles que entenderam que a mudança impactará de forma negativa, gerando mais atraso no andamento do processo e aqueles que entendem que o procedimento de intimar as partes para se manifestarem sobre a conta de liquidação, discutindo em profundidade as impugnações antes de homologar é positivo, pois a garantia do juízo se dará em valor muito mais próximo do real, evitando excessos de constrição de bens. Eventuais embargos que repetissem os mesmos argumentos utilizados antes poderiam até mesmo ser considerados protelatórios”.

Considerações finais:

A variedade de dinâmicas e metodologias adotadas ao longo do curso, diferentes dos adotados no primeiro curso promovido, novamente permitiu que os alunos mantivessem o interesse e a participação, praticamente sem desistências e abando-

nos ao longo do curso. O nível do debate foi elevado, com ampla e profícua participação dos interessados.

Para melhor integração, ao final do curso em EaD a Escola providenciou a gravação de um pequeno vídeo de despedida com a participação de todos os tutores, que realizaram um pequeno debate, no estilo *mesa redonda*, sobre temas interessantes trazidos ao longo das discussões em cada sala virtual. Como toque de humor, o minuto final do vídeo foi reservado aos *erros de gravação*, agregando o lúdico ao teórico e indicando que, ao longo do processo de aprendizagem, todos erramos e nesse processo aprendemos com os erros.

3.3 Resultado das enquetes realizadas entre os alunos

No curso de direito processual, sob orientação pedagógica da Profa. Ritze, foram incluídas, após as vídeo-aulas, enquetes perguntando a opinião específica dos alunos sobre determinados assuntos. Foram cerca de 150 alunos respondentes.

O resultado dessas enquetes, abaixo transcrito, indica, por amostragem, as posições que foram tomadas pelos estudantes ao longo do curso.

QUESTÕES PROPOSTAS NO MÓDULO 1

Processamento das exceções de incompetência em razão do lugar na nova sistemática adotada pela reforma trabalhista:

Na sua opinião, se uma notificação foi expedida no dia **08-11-17**, mas recebida no dia **14-11-17**, para uma audiência a ser realizada no dia **15-12-17**, qual a regra a ser observada para fins de exceção?

A) A regra a ser observada é a vigente na data da expedição da notificação (antes da reforma): 37 (25,0%)

B) A regra a ser observada é a vigente quando da notificação e da própria audiência (após a reforma): 111 (75,0%)

Arquivamento da Reclamação Trabalhista:

Na sua perspectiva, considerando a questão do acesso à Justiça e da interpretação conforme a Constituição, em caso de arquivamento da primeira ação, sem que haja justificativa para ausência, para o ajuizamento de uma segunda ação:

A) Se não houver o recolhimento das custas, a nova ação deve ser extinta sem julgamento de mérito: 70 (47,0%)

B) Mesmo sem o recolhimento das custas, deve-se permitir o trâmite da nova demanda, considerando o princípio do acesso à justiça: 79 (53,0%)

Contestação:

Você entende que a defesa eletrônica:

A) Deverá estar nos autos no momento da abertura da audiência: 85 (57,8%)

B) poderá ser juntada após a audiência, se assim entender o juiz, independente da nova redação do art. 847, parágrafo único, da CLT: 62 (42,2%)

Revelia:

Em sua interpretação, observada a nova redação do art. 844, § 5º, da CLT, caso o advogado compareça na audiência inicial, sem preposto, já tendo juntado defesa nos autos e postulando prazo para regularizar a representação processual e juntar documentos, o juiz deverá:

A) Deferir o prazo e marcar audiência de instrução: 39 (26,5%)

B) Indeferir o prazo e encerrar a instrução: 41 (27,9%)

C) Deferir o prazo mas encerrar a instrução: 67 (45,6%)

Inversão do ônus da prova:

Considerando o procedimento de inversão do ônus da prova, caso haja pedido de inversão na manifestação sobre defesa e documentos, você pensa que é mais adequado, processualmente:

A) Inserir espécie de despacho saneador, na análise dessa manifestação, com declaração prévia à audiência e intimação dos interessados: 112 (76,2%)

B) Despachar no sentido de aguardar a audiência e analisar o pedido no início da audiência, obrigatoriamente, com adiamento da sessão para possibilitar a produção da prova, caso haja pedido nesse sentido: 20 (13,6%)

C) Despachar no sentido de aguardar a audiência e analisar o pedido no início da audiência, mas apenas se reiterado o requerimento pelo interessado, sob pena de preclusão, com adiamento da sessão para possibilitar a produção da prova, caso haja pedido nesse sentido: 15 (10,2%)

Aplicação de multa à testemunha:

A IN 41/18, aprovada pelo TST para indicar procedimentos a serem observados após a reforma trabalhista, estabeleceu o seguinte para o incidente de aplicação de multa à testemunha: Art. 10. O disposto no caput do art. 793-D será aplicável às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Parágrafo único. Após a colheita da prova oral, a aplicação de multa à testemunha dar-se-á na sentença e será precedida de instauração de incidente mediante o qual o juiz indicará o ponto ou os pontos controvertidos no depoimento, assegurados o contraditório, a defesa, com os meios a ela inerentes, além de possibilitar a retratação.

Na sua perspectiva a interpretação está:

- A) Correta e deve ser observada, porque estabelece um procedimento mínimo para aplicação da penalidade: 72 (49,0%)
 B) Incorreta e não deverá ser observada, porque cria procedimento não exigido pela lei: 75 (51,0%)

QUESTÕES PROPOSTAS NO MÓDULO 2

Litisconsórcio nas Ações Anulatórias de Cláusulas Convencionais:

A questão referente ao Litisconsórcio nas Ações Anulatórias de Cláusulas Convencionais ainda é bem controvertida no processo do trabalho. Embora a MP 808 tenha modificado a redação do dispositivo para só exigir essa formação nas ações coletivas, perdeu rapidamente a eficácia e deixou margem à interpretação. Considere a seguinte hipótese: determinado trabalhador postula ineficácia/invalidade de uma norma coletiva, em ação individual, por ser violadora de direito garantido em convenção internacional ratificado pelo Brasil. Nesse caso (e independente do mérito da demanda):

- A) Existe necessidade de chamar os sindicatos convenientes a compor a lide: 38 (26,8%)
 B) Não existe necessidade de chamar os sindicatos convenientes a compor a lide: 104 (73,2%)

Cláusula compromissória de arbitragem:

Diante da ampla controvérsia a respeito da arbitragem nos conflitos individuais, em sua análise:

- A) Existe vício de inconstitucionalidade na alteração legislativa: 74 (52,5%)
 B) Não existe vício de inconstitucionalidade na alteração legislativa: 67 (47,5%)

Em relação à cláusula compromissória arbitral nos conflitos individuais, ressalvada a discussão de eventual inconstitucionalidade, você pensa que:

- A) Sua obrigatoriedade deve ser objeto de análise restrita, como fez o STJ quanto às relações de consumo, não sendo oponível quando o empregado a assinou mas depois propôs reclamação trabalhista: 114 (80,9%)
 B) Devem ser observados apenas os requisitos objetivos fixados em lei e obrigarão o empregado a aceitar a solução pela via arbitral, caso tenha firmado a cláusula no momento do contrato ou posteriormente, em aditivo: 27 (19,1%)

A discussão sobre arbitragem nos processos trabalhistas:

- A) É irrelevante, porque não terá repercussão prática: 13 (9,9%)
 B) É relevante, porque os mecanismos de solução extrajudicial devem ser valorizados: 118 (90,1%)

Gratuidade da Justiça:

João Paulo trabalhou para a empresa ABC de janeiro de 2010 a maio de 2017, como engenheiro de computação, recebendo, na época da rescisão, salário base de R\$ 10.000,00. Em dezembro de 2017, desempregado e vivendo de pequenos bicos, ajuizou demanda trabalhista, dando à causa o valor de R\$ 120.000,00, ação que acabou sendo julgada improcedente em junho de 2018. João Paulo:

A) Tem direito à justiça gratuita pela simples declaração de miserabilidade, posto que se declara desempregado: 89 (63,1%)

B) Não tem direito à justiça gratuita mediante simples declaração de miserabilidade, posto que recebia salário elevado na época da rescisão contratual e por longos anos, o que pressupõe que tem capacidade econômica, demandando prova da condição de hipossuficiente: 27 (19,1%)

C) Terá direito incontroverso à justiça gratuita apenas se a declaração de miserabilidade não for contestada pela ex-empregadora: 25 (17,7%)

Honorários Periciais:

A respeito da retenção de créditos do empregado para pagamento dos honorários periciais, mesmo para o trabalhador beneficiário da justiça gratuita, você pensa:

A) Que a norma é constitucional, equilibra as relações, evita pedidos abusivos e deverá ser sempre aplicada: 50 (36,2%)

B) Que a norma é inconstitucional e não deverá ser aplicada: 20 (14,5%)

C) Que a questão da retenção deverá observar a situação do caso concreto, pensando no valor do benefício econômico obtido pelo empregado: 68 (49,3%)

Honorários de sucumbência:

A respeito da fixação de honorários de sucumbência, em sua análise:

A) São aplicáveis conforme a data de julgamento, observado o princípio do isolamento dos atos processuais: 18 (13,0%)

B) São aplicáveis apenas às ações ajuizadas após a vigência da lei: 120 (87,0%)

Ainda a esse respeito, em sua análise, quando um pedido específico de horas extras for deferido parcialmente (pediu R\$ 10.000,00, ganhou R\$ 5.000,00):

A) Somente serão devidos honorários de sucumbência ao réu, posto que o autor foi vendedor (ainda que não integralmente) daquele pedido: 91 (65,9%)

B) Serão devidos pelo autor ao procurador do reclamado, na parte em que foi sucumbente, e pelo reclamado ao procurador do autor, na parte em que foi perdedor: 47 (34,1%)

Especificamente em relação à indenização por danos morais: o autor teve reconhecida a procedência do pedido; mas postulou R\$ 10.000,00 de indenização e ganhou apenas R\$ 6.000,00. Nesse caso:

A) Não são devidos honorários de sucumbência pelo autor, mas apenas pelo réu, calculados sobre R\$ 6.000,00: 122 (88,4%)

B) Serão devidos pelo réu, mas também pelo autor, calculados sobre a diferença não obtida de R\$ 4.000,00: 16 (11,6%)

Litigância de má-fé:

As alterações da CLT, no que dizem respeito à inclusão expressa da previsão de litigância de má-fé, em sua análise:

A) Não irão alterar o comportamento dos tribunais, porque já havia aplicação supletiva do CPC, nesse aspecto: 74 (54,0%)

B) Tendem a tornar os tribunais do trabalho mais rígidos na aplicação de penas ao litigante de má-fé: 63 (46,0%)

Desistência da ação:

Em caso de desistência do pedido pelo autor após a apresentação da defesa e com concordância do reclamado, em sua interpretação:

A) Serão devidos honorários de sucumbência pelo reclamante em relação ao pedido que desistiu: 40 (29,2%)

B) Não serão devidos honorários de sucumbência pelo reclamante em relação ao pedido que desistiu: 97 (70,8%)

QUESTÕES PROPOSTAS NO MÓDULO 3

Prescrição intercorrente:

Quanto à prescrição intercorrente, no seu entendimento:

A) Aplica-se aos processos já arquivados há mais de dois anos, não sendo necessário novo descumprimento após a vigência da reforma: 32 (23,7%)

B) Seu termo inicial coincide apenas com determinação não cumprida após a mudança da lei: 103 (76,3%)

Quanto à suspensão prévia da execução antes da declaração da prescrição intercorrente, sua convicção é no seguinte sentido:

A) Não se aplica a suspensão prévia do art. 40 da LEF à execução trabalhista: 58 (43,0%)

B) Aplica-se a suspensão prévia do art. 40 da LEF à execução trabalhista: 77 (57,0%)

Se o processo é enviado ao arquivo provisório por falta de localização de bens, sendo que o reclamante não os soube indicar:

A) Corre prazo de prescrição intercorrente: 77 (57,0%)

B) Não corre prazo de prescrição intercorrente: 58 (43,0%)

Contagem de prazos:

Na sua opinião, a contagem de prazos em dias úteis:

- A) Não irá atrasar o andamento dos processos: 52 (38,5%)
- B) Acarretará um aumento no tempo da demora processual: 83 (61,5%)

Custas e depósito recursal:

A limitação do valor das custas no processo do trabalho, em sua opinião:

- A) Foi alteração adequada: 94 (69,6%)
- B) Foi alteração inadequada: 41 (30,4%)

Você pensa que a isenção de depósito recursal para entidades filantrópicas de forma generalizada:

- A) Atende à necessidade social e é justa: 64 (48,1%)
- B) Sem outros critérios, possibilitará recursos protelatórios: 69 (51,9%)

Petição inicial e pedidos:

O pedido líquido, em sua perspectiva:

- A) Depende de apresentação de cálculos: 18 (13,2%)
- B) Pode ser por mera estimativa: 118 (86,8%)

O valor do pedido, na sua análise:

- A) Limita o valor da liquidação: 77 (56,6%)
- B) Não limita o valor da liquidação: 59 (43,4%)

A nova redação do art. 840 da CLT, em sua interpretação:

- A) Reclama a aplicação subsidiária do CPC com compatibilização de oportunidade de emenda antes da extinção: 105 (77,2%)
- B) Foi redigida de forma proposital a impedir oportunidade de emenda: 31 (22,8%)

Processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial:

O procedimento de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial:

- A) Trata-se de novidade bem-vinda a fim de garantir a segurança jurídica dos contratantes: 102 (75,0%)
- B) Não deveria ter sido acrescentada à CLT, pois não atende a seus princípios: 34 (25,0%)

Colocando-se na situação de magistrado de primeiro grau, como regra geral você:

- A) Designaria audiência prévia à homologação do acordo: 123 (90,4%)
- B) Não designaria audiência prévia à homologação do acordo: 13 (9,6%)

Produção Antecipada de Provas:

O procedimento de produção antecipada de provas, em sua opinião:

A) Deve ser utilizado de maneira restrita: 83 (61,5%)

B) Deve ser amplamente disponibilizado no processo do trabalho: 52 (38,5%)

Em sua perspectiva, como eventual julgador, um procedimento de produção antecipada de prova pericial em caso de suspeita de doença do trabalho, fundado no argumento de que o prévio conhecimento dos fatos poderia justificar ou evitar o ajuizamento de ação:

A) Não pode ser admitido: 42 (31,1%)

B) Pode ser admitido: 93 (68,9%)

QUESTÕES PROPOSTAS NO MÓDULO 4

Homologação da sentença de liquidação e o novo Art. 879, § 2º, da CLT:

Em relação à impugnação prévia dos cálculos, em sua opinião:

A) É obrigatória, considerando a nova dicção legal: 114 (85,1%)

B) Continua facultativa: 20 (14,9%)

Quanto à análise da impugnação prévia:

A) Deve ser processada, observado o contraditório, e analisada em profundidade: 49 (36,6%)

B) Comporta análise perfunctória e decisão imediata, sem contraditório prévio, com possibilidade de rediscussão apenas depois de garantida a execução: 85 (63,4%)

Execução *ex officio*:

Na sua análise:

A) O autor deverá requerer o início da execução, após a vigência da reforma trabalhista, sob pena de remessa dos autos ao arquivo provisório e início da contagem do prazo prescricional intercorrente: 116 (86,6%)

B) Caso o autor não requeira, o juiz poderá determinar o início da execução, tendo em vista o disposto no art. 765 da CLT: 18 (13,4%)

Após iniciada a execução:

A) Todos os atos dependem de requerimento da parte interessada: 35 (26,3%)

B) Apenas alguns atos, como alienação de bens, dependem do requerimento do interessado: 98 (73,7%)

Inclusão de integrante de grupo econômico:

Você entende que grupo econômico trabalhista:

A) Somente se forma na espécie vertical: 2 (1,5%)

B) Se forma tanto na modalidade vertical quanto na modalidade horizontal:
132 (98,5%)

Em sua opinião:

A) Os integrantes do grupo econômico devem ser necessariamente chamados na fase de conhecimento: 20 (14,9%)

B) Os integrantes do grupo econômico podem ser chamados apenas na fase de execução, tendo em vista que são responsáveis solidários: 114 (85,1%)

Sucessão de empregadores:

Em caso de sucessão havida no curso da execução, em sua perspectiva, qual o melhor meio processual de chamar-se o sucessor?

A) Pedido incidental, aplicando-se por analogia a sistemática do IDPJ: 41 (30,6%)

B) Simples petição, com possibilidade de produção de prova documental: 39 (29,1%)

C) Simples petição, com ampla possibilidade de produção de prova: 54 (40,3%)

Desconsideração da personalidade jurídica:

A partir da vigência do CPC você passou a entender:

A) Que o IDPJ se aplicaria diretamente ao processo do trabalho: 72 (53,7%)

B) Que o IDPJ não era compatível com o processo do trabalho: 62 (46,3%)

Você pensa que:

A) O IDPJ é útil e traz mais segurança para os sócios: 90 (67,2%)

B) O IDPJ é mecanismo que atravanca o andamento do processo: 44 (32,8%)

Em sua opinião:

A) O IDPJ deve ser apresentado como simples petição nos autos: 123 (91,8%)

B) O IDPJ deve ser processado em autos apartados: 11 (8,2%)

Responsabilidade do sócio retirante:

A alteração fraudulenta do contrato social, com a saída de sócio:

A) Deve ser alegada através de IDPJ: 43 (32,1%)

B) Pode ser alegada através de simples petição: 91 (67,9%)

A responsabilidade do sócio retirante:

A) Abrange inclusive o período anterior a seu ingresso na sociedade: 54 (40,3%)

B) Abrange exclusiva e proporcionalmente o período em que permaneceu na sociedade: 80 (59,7%)

PARTE 4

O MOSAICO: DISCUSSÕES E CONCLUSÕES EXTRAÍDAS DOS DEBATES REALIZADOS NA 8ª SEMANA INSTITUCIONAL DO TRT DO PARANÁ

4.1 Reflexos das Alterações Processuais na Audiência Trabalhista

COORDENADORA DA SALA SAFIRA: ANA PAULA SEFRIN SALADINI
RELATORA DOS TRABALHOS NA SALA SAFIRA: LIANE MARIA DAVID MROCEK

Debatedores dos assuntos:

Sala Rubi: José Eduardo Ferreira Ramos

Sala Esmeralda: Camila Caldas

Sala Topázio: Marlos Melek

Sala Safira: Sandra Cristina Cembranelli Correa

Sala Ametista: Amauri Mori

Aplicação de multa à testemunha:

Momento da aplicação: Todas as salas chegaram à conclusão que a multa deveria ser aplicada no momento da sentença.

Necessidade de instauração do procedimento indicado pela IN 41 do TST e de advertência prévia, à testemunha, da possibilidade de ser punida com multa: três das salas (Rubi, Safira e Esmeralda) entenderam que não havia necessidade de observar o procedimento; a sala Topázio ficou com entendimento dividido, quanto a isso. A sala Ametista não analisou essa questão, mas entendeu que era recomendável que se fizesse uma advertência prévia à testemunha.

Efeitos da Retratação em relação à aplicação de multa: se a testemunha se retratar antes da sentença, três salas (Safira, Esmeralda e Topázio) entenderam que a aplicação da multa ficaria prejudicada; a Sala Rubi não conseguiu chegar a uma conclusão; já a sala Ametista entendeu como impossível a retratação, para fins de isenção da multa.

Inversão do ônus da prova

Existe obrigatoriedade de adiamento de audiência de instrução em caso de inversão do ônus da prova? Não, conforme os integrantes da sala Safira; sim, conforme os da sala Ametista; o grupo da Topázio ficou dividido; a questão não foi discutida nas salas Esmeralda e Rubi.

Haverá nulidade no caso de não observação do rito e declaração de inversão apenas em sentença? As Salas Safira e Topázio entenderam que não; já as Esmeralda e Ametista concluíram que sim, desde que comprovado prejuízo; a questão não foi discutida na sala Rubi.

Representação em audiência

O advogado pode atuar concomitantemente como preposto e advogado? Não, de acordo com Topázio e Ametista; sim, pois é infração meramente ética, não prejudicando a representação, de acordo com Rubi, Esmeralda; as opiniões ficaram divididas na sala Safira.

Possibilidade de tomada de depoimento na audiência inicial: a questão que foi colocada é se, designada audiência como inicial, o juiz já poderia resolver tomar o depoimento naquele mesmo momento, em havendo mostras que o preposto não tem conhecimento dos fatos. A resposta foi positiva para Topázio e Rubi, negativa para Esmeralda e não foi analisada nos grupos Safira e Ametista.

Defesa

A juntada prévia de defesa e comparecimento somente de advogado afasta confissão? Não, para Topázio, Safira e Ametista); não discutido nas salas Rubi e Esmeralda.

Diretriz para análise dos documentos juntados, em caso de ausência de preposto e presença apenas do advogado portando defesa e documentos: os documentos terão presunção relativa de validade, conforme conclusões de Topázio, Safira e Ametista; a questão não chegou a ser discutida nas salas Rubi e Esmeralda.

Exceção de incompetência territorial

Discutiu-se se existe efetiva necessidade de suspensão da audiência: Sim, de acordo com Rubi, Safira e Ametista; não foi analisado pelas salas Esmeralda e Topázio.

Momento de requerimento para expedição de carta precatória a fim de ouvir excipiente e testemunhas: deve ser requerida até o momento da audiência de instrução da exceção, de acordo com Rubi e Esmeralda; já deve ser requerida no momento da interposição da exceção, sob pena de preclusão, conforme Topázio; não foi analisado pelas salas Safira e Ametista.

Designação de instrução da Reclamação Trabalhista na mesma data da instrução da exceção, caso rejeitada a exceção: Não se deve adotar esse procedimento, de acordo com todas as salas que analisaram essa questão (Esmeralda, Topázio, Ametista).

4.2 Direito intertemporal e remuneração

COORDENADORA DA SALA RUBI: NANCY MAHRA OLIVEIRA
RELATORA DOS TRABALHOS NA SALA RUBI: ÉRICA YUMI OKIMURA

Debatedores dos assuntos:

Sala Rubi: Angélica Cândido Nogara Slomp

Sala Esmeralda: Roberto Dala Barba Filho

Sala Topázio: Marcus Aurélio Lopes

Sala Safira: Maurício Mazur

Sala Ametista: Célio Horst Waldraff

Prêmios: natureza jurídica, integração à remuneração e alterações contratuais

Prêmio: não tem automática natureza não salarial; mesmo após a reforma continua sendo necessária a análise pontual da natureza da parcela, para constatar se não se trata de pagamento de salário disfarçado;

Verdadeiros prêmios: em se tratando de prêmios legítimos, ainda que pagos desde antes da reforma com integração, tais parcelas deixam de integrar a remuneração, atingindo as situações em curso;

Prêmio atrelado a metas: se for exigida produtividade excepcional, trata-se de prêmio típico. Houve entendimento minoritário de ser possível haver pagamento de prêmios por simples atingimento de metas.

Equiparação salarial: nova redação do art. 461 e intertemporalidade. Plano de cargos e salários.

Equiparação salarial: se o direito à equiparação (requisitos) foi adquirido antes de 11.11.2017, o exercício do direito de ação posteriormente à vigência da Lei 13.467/17 é irrelevante para definir o direito material a ser aplicado.

Plano de cargos de salários e efeitos da nova redação do artigo 461 da CLT, que não mais exige a observância da alternância de promoção por antiguidade e por merecimento.

Foram tomadas duas posições:

a) Conforme o art. 7º do protocolo de San Salvador, que se equipara a norma supralegal, há necessidade de alternância de antiguidade e mérito, de modo que a alteração legislativa é inconveniente e, portanto, inválida.

b) Em caso de alteração de PCS, para os empregados antigos se aplica a Súmula 51 do TST e para os novos se aplica o novo PCS

Posição minoritária: empregado preterido em promoção por antiguidade, cujo tempo de interstício se completa após a alteração do PCS, tinha mera expectativa de direito.

Redução salarial: modificações contratuais a partir da nova redação do art. 457, § 2º, da CLT. Supressão de horas in itinere.

Vale alimentação pago fora das situações de PAT ou negociação coletiva: para contratos anteriores à reforma o valor pago a esse título tem natureza salarial e não poderá ser reduzido posteriormente, sob pena de ofensa ao princípio da irreduzibilidade salarial. Para contratos posteriores à Reforma, a verba não terá natureza salarial, havendo divergência se poderá ser reduzido seu valor, considerando o art. 468 da CLT.

Empregado que no período anterior à vigência da Lei 13.467/2017 recebia 1h30min extras por dia de trabalho e que tem essa verba suprimida posteriormente à reforma: o ato da empresa não viola os conceitos jurídicos de ato jurídico perfeito, direito adquirido ou inalterabilidade prejudicial do art. 468 da CLT. Se previsto apenas em instrumento coletivo será possível a supressão após o término de sua vigência. Se houver previsão contratual, não houve consenso se a hipótese seria afetada pela regra constitucional de irreduzibilidade salarial ou de inalterabilidade contratual lesiva.

Natureza salarial: abonos salariais pagos de forma bimestral e natureza jurídica diante da alteração do art. 457 da CLT.

Abono: discussão acabou girando em torno da dificuldade de se estabelecer seu conceito, dificuldade que já existia antes da modificação legal.

Pressuposto legal: como regra geral, a parcela não é salarial, salvo demonstrado ao menos indício de burla à lei.

Conclusão por maioria: o abono não tem natureza salarial e seu pagamento não burla a lei, independente da periodicidade e/ou habitualidade.

No caso de previsão em instrumento normativo: não tem natureza salarial.

Remanesceu controvérsia: quando se tratar de ajuste meramente individual.

Direito intertemporal e imposição de multas: a alteração do art. 47 da CLT e intertemporalidade.

Contratação sem anotação de CTPS que abrange período antes e pós-reforma com aplicação de multa após a vigência da reforma. Foram aprovadas teses divergentes:

1) a multa aplicável é a vigente da data da fiscalização, porque a infração se renova a cada dia;

2) a multa aplicável é a prevista na data do início da infração, mesmo que se perpetuar até posteriormente à vigência da Lei 13.467/17;

3) deve ser aplicada a norma mais benéfica ao infrator, quando a prática é continuada, sob vigência de dois normativos diferentes, uma vez que se trata de penalidade.

4.3 Negociado Versus Legislado

COORDENADOR DA SALA TOPÁZIO: LUCIANO COELHO

RELATORA DA SALA TOPÁZIO: SANDRA MARA FLÜGEL ASSAD

Debatedores dos assuntos:

Sala Rubi: Thereza Cristina Gosdal

Sala Esmeralda: Ricardo Tadeu Marques da Fonseca

Sala Topázio: Camila Gabriela Greber Caldas

Sala Safira: Ilse Marcelina Bernardi Lora

Sala Ametista: Arion Mazurkevic

Controle de Convencionalidade:

Existência de vício de convencionalidade: a maioria entendeu que a reforma não contém vício formal de convencionalidade e as audiências públicas realizadas suprimiram a exigência de consultas prévias.

Processo legislativo: a Lei da Reforma respeitou o devido processo legal.

Controle de convencionalidade: é possível o controle de convencionalidade pelo juiz em termos formais e materiais no caso concreto.

Convenção 154:

A maioria foi pela conclusão de que referida norma não tem natureza de tratado universal de direitos humanos.

A negociação coletiva constitui-se em direito fundamental.

Jornada como norma de segurança:

Maioria: jornada representa norma de saúde e segurança no trabalho.

Constitucionalidade: a maioria concluiu que o novo parágrafo único do art.

611 da CLT é inconstitucional, e que o art. 611-B veda negociação sobre norma de saúde.

Jornada 24 x 24: parte acatava a validade dessa jornada, mas a maioria concluiu que seria abuso de direito.

Jornada 12 x 36: a maioria aceitaria a norma 12x36 negociada, observada a razoabilidade e núcleo dos direitos fundamentais. Enquanto para a maioria o intervalo não pode ser negociado, para uma minoria tudo seria negociável.

Importante: destaque para observação do critério da razoabilidade.

Redução de adicional de insalubridade por acordo:

Ocorreu divisão nas conclusões:

a) Parte entende que não seria possível a redução de percentual de adicional de insalubridade já consolidado pela lei anterior;

b) Parte entende que a alteração seria válida em relação a todos os contratos de trabalho, destacando aparente contradição no artigo 611, inciso XII, e 611, inciso XVII, mas que prevalece o negociado (art. 7º, XVI, da CF) e prestigia o sindicato.

Posição ideal: eliminação do agente insalubre do ambiente de trabalho.

Prorrogação de jornada em ambiente insalubre:

Validade de acordo: a maioria entendeu válido acordo nesse sentido, considerando que as próprias partes já fizeram verificação das condições.

Divergências: não validade sob o prisma da Convenção 155 da OIT e Protocolo de San Salvador, normas que impõem jornada reduzida em ambiente insalubre.

Limites da Intervenção Judicial:

Enquadramento de cargo de confiança por norma coletiva: a maioria concluiu que, desde que exista um mínimo de razoabilidade, é possível enquadrar cargo de confiança por convenção coletiva.

Horas in itinere: não é possível intervenção judicial no que se decidiu em norma coletiva quanto ao tempo in itinere, porque esse direito foi excluído da CLT; logo, qualquer negociação nesse sentido seria cláusula benéfica.

Trabalho da gestante: houve grande divergência quanto à constitucionalidade da norma. Parte entendeu que não existe obstáculo ou ônus excessivo na exigência de obtenção de atestado pela gestante, enquanto parte entendeu que a norma seria inconstitucional.

4.4 Honorários de Sucumbência e Justiça Gratuita

COORDENADORA DA SALA ESMERALDA: VANESSA KARAM DE CHUEIRI SANCHES
RELATORA DA SALA ESMERALDA: KARINA AMARIZ PIRES

Debatedores dos assuntos:

Sala Rubi: Edilaine Stinglin Caetano

Sala Esmeralda: Roberto Dala Barba Filho

Sala Topázio: Lourival Barão

Sala Safira: Giancarlo Ribeiro Mroczek

Sala Ametista: Aramis de Souza Silveira

Intertemporalidade:

Honorários advocatícios nas ações propostas antes e depois das mudanças da reforma: a maioria entendeu que não se aplica a regra de honorários às ações ajuizadas antes de 11.11.2017, por se tratar de instituto de natureza híbrida; argumentos: impossibilidade de a lei retroagir; evitar elemento surpresa; segurança jurídica, balizamento da Instrução Normativa nº 41 do TST. A minoria que entendeu pela aplicação argumenta que se trata de instituto de natureza processual, e que nessas condições a sentença é o marco para a definição da aplicação da regra; ressaltaram que já existia pedido de condenação, mesmo nas ações anteriores, e que a jurisprudência do STJ se inclina pela aplicação imediata, nos casos de alteração do CPC.

No caso de reconvenção ajuizada sob a vigência da nova lei: mesmo se a ação principal em que se reconvem foi ajuizada anteriormente às alterações legais,

caberia honorários de sucumbência na reconvenção ajuizada posteriormente a esse marco temporal.

Critérios de fixação para sucumbência

Sucumbência parcial de pedido versus honorários de sucumbência: a maioria entendeu que a sucumbência é em relação à pretensão em si. Apontaram como argumento a Súmula 326 do STJ. Aqueles que divergiram defenderam que a sucumbência deve ser analisada em relação ao valor arbitrado à pretensão.

Honorários nos casos de extinção sem resolução de mérito: a conclusão ficou bem dividida. Parte entendeu que cabem honorários, uma vez que a parte já constituiu advogado e este apresentou defesa. Parte entendeu que não cabem, pois não há sucumbência e a CLT não fala em causalidade, enquanto que o CPC descreve as causas de aplicação dos honorários e é expressa nesse sentido.

Critérios de fixação para justiça gratuita

Trabalhador com salário alto que é demitido e ingressa posteriormente com demanda: prevaleceu o entendimento que é possível a concessão da Justiça gratuita ao trabalhador desempregado, ainda que detentor de salário elevado à época do vínculo.

Necessidade de prova de preenchimento dos requisitos legais: para quem auferiu valor superior ao teto previsto em lei, parte entendeu que não basta a mera declaração, exigindo-se outros meios de prova; e parte entendeu ser suficiente a mera declaração de pobreza, admitindo-se prova em contrário.

Concessão de justiça gratuita para pessoas jurídicas: predominou o entendimento que para concessão da justiça gratuita há necessidade de comprovação da insuficiência de recursos. Quanto aos meios de prova, a maioria entendeu que deve ser exclusivamente documental, enquanto uma minoria concluiu ser possível a demonstração por outros meios de prova.

Justiça gratuita e cobrança de custas

Hipótese de demanda arquivada com condenação em custas e ajuizamento de nova demanda onde se postula justiça gratuita: neste ponto, a maioria entendeu que na hipótese de arquivamento o pagamento das custas é pressuposto processual para o ajuizamento de nova demanda, em relação ao mesmo contrato de trabalho, sendo que eventual pedido de justiça gratuita em demanda posterior não interferiria nas despesas fixadas em processo anterior do mesmo demandante. O entendimento minoritário ressaltou que essa exigência esbarraria no princípio da liberdade de acesso à justiça.

Honorários periciais e justiça gratuita

Constitucionalidade do disposto no § 4º do art. 790-B da CLT: prevaleceu o entendimento de que o artigo é constitucional.

Limites para retenção de créditos do trabalhador: houve pequena discordância se haveria ou não limitação quanto ao valor a ser deduzido do crédito, prevalecendo a possibilidade de dedução de crédito de qualquer natureza, sem limite de valor. Argumentou-se ainda que anteriormente à alteração legal, para pagamento de honorários do advogado, juntado o contrato do advogado nos autos, não se questionava se era verba salarial ou não para se determinar a retenção.

4.5 Jornada de Trabalho

COORDENADOR DA SALA AMETISTA: LEONARDO VIEIRA WANDELLI

RELATORA DA SALA AMETISTA: HILDA MARIA BRZEZINSKI DA CUNHA NOGUEIRA

Debatedores dos assuntos:

Sala Ametista: Márcia Frazão da Silva

Sala Rubi: Sandro A. Santos

Sala Esmeralda: Patrícia Benetti Cravo

Sala Topázio: Carlos Augusto Penteado Conte

Sala Safira: Nair Lunardelli Ramos

Jornada *in itinere*:

Aspectos gerais: a maioria entende que pode haver a supressão da jornada *in itinere* nos contratos em curso. Em caso de existência de previsão no contrato individual de trabalho, desde que não seja previsão meramente remissiva ao artigo, o direito às horas *in itinere* se mantém, bem como durante a vigência de norma coletiva.

Divergências registradas:

a) Parte entende que não houve supressão do cômputo da jornada *in itinere* pela nova lei, que não afasta as situações excepcionais, sobretudo em casos em que não há outra forma de chegar ao local de trabalho, em trabalho rural ou em casos em que a cada dia o trabalhador é levado para um novo local.

b) Caso se entenda suprimido o direito, o empregador não pode aumentar abusivamente o tempo de trajeto, por exemplo, reduzindo a frota, posto que seria abuso de direito.

c) Para os contratos em curso, a não incorporação dos valores não violaria a irredutibilidade salarial, pois a garantia do art. 7º, VI, CF, não se refere à jornada

extraordinária. Não existe direito adquirido em relação a direitos previstos na norma coletiva.

d) Conforme a Comissão de Jurisprudência do TST, na esteira da Súmula 191, só se aplica aos contratos ajustados posteriormente à vigência da norma.

e) Questionou-se ainda se a Súmula 291 da TST seria aplicável à supressão e se ela seria válida.

Tempo à disposição:

Falta grave praticada em tempo que não é considerado à disposição **do empregador:** em princípio, a falta grave praticada em horário não considerado tempo à disposição não pode ser punida, salvo se for daquelas que podem se configurar fora do trabalho.

Em sentido diverso, o poder disciplinar do empregador pode alcançar tempos que não de trabalho efetivo, como no intervalo ou de trajeto, especialmente na tutela do ambiente de trabalho (artigo 7º, XXII, CF) e artigo 157, inciso II, da CLT.

O empregador não pode emitir ordens aos trabalhadores nesses horários que não sejam para garantia de um ambiente de trabalho seguro.

O tempo de trajeto no interior da propriedade rural, p. ex. e outros casos em que o transporte pelo empregador é condição necessário do trabalho, deve ser considerado tempo de trabalho à disposição e não propriamente jornada in itinere. Os argumentos se firmaram na previsão da Convenção nº 155 da OIT, art. 3, vigente no Brasil como norma supra legal, e que dá ampla definição do local e tempo de trabalho.

Argumentou-se ainda que se o tempo de espera for considerado abusivo poderia ser indenizado.

Banco de horas:

Defendeu-se entendimento de que a compensação de jornada que ultrapassa os limites do módulo semanal depende de previsão em convenção ou acordo coletivo, com fundamento na interpretação que a jurisprudência deu nesses casos ao artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, critério que se mantém, de modo que a previsão da nova lei de acordo individual intersemanal seria inconstitucional.

Divergência quanto à consequência da invalidação, se somente nas semanas em que ultrapassado o limite semanal ou não.

Divergência no sentido de que o acordo individual pode ultrapassar o módulo semanal nas hipóteses previstas na lei.

Ressalva-se que sem comunicação prévia das folgas compensatórias, não há respeito à boa-fé contratual

Teletrabalho:

Possibilidade de incluir as despesas no domicílio do trabalhador no valor do salário: o artigo 75-D da CLT fala que as despesas devem ser previstas em contrato

escrito. E, na forma do art. 2º da CLT, não pode o empregador transferir os ônus ao trabalhador.

Salário complessivo: houve controvérsia se poderia haver estipulação de salário complessivo, com previsão de um valor único contratado para suportar salário e mais despesas. Levantou-se que o teletrabalho também diminui as despesas do trabalhador e seu tempo de deslocamento e que as despesas residenciais pouco aumentam. Discutiui-se se a análise de haver ou não vício de consentimento pode ser o único aspecto a ser aferido do ponto de vista da validade dos atos jurídicos em geral, mesmo no direito civil (boa-fé, lesão, abuso do direito, função social do contrato, normas constitucionais, etc.)

Situação fática em que é possível o controle de jornada no teletrabalho: nessa situação, poderia o legislador ou o empregador suprimir o direito fundamental à limitação de jornada (art. 7º XIII)? Parte sustenta que só é constitucional a exclusão nos casos em que inviável o controle de jornada, pois esse direito fundamental não é disponível ao legislador e muito menos ao empregador. Não há mais a remissão constitucional ao legislador. Parte sustentou que a lei não exige isso e que o teletrabalhador dispõe de livre organização de suas atividades e tempo, mas que se existir efetivo controle com jornada a cumprir, há direito ao recebimento de horas extras.

Discutiui-se, ainda, os efeitos da exclusão do direito à jornada de trabalho no caso de as metas de trabalho impuserem um trabalho superior a 8 horas, restando controvertido se nesse caso seriam devidas extras.

Efeitos maléficos do teletrabalho: perda da socialização, riscos de acidentes sem o aparato de segurança e saúde, dificuldades do direito à desconexão.

Ressaltou-se a necessidade de o empregador dar treinamento.

Jornada 12x36:

Sob a ótica da Convenção 155 da OIT: essa norma tem caráter supralegal e assegura várias medidas para a preservação da saúde do trabalhador, especialmente mecanismos de prevenção aos riscos, de modo que em caso concreto poderia o juiz invalidar a jornada 12X36 por razões de saúde ou inadequação à rotina do trabalhador. Em uma das salas entendeu-se por maioria que o juiz não pode fazer esse controle em nome da proteção da saúde, mesmo em se tratando de acordo individual.

Para categorias que contam com redução legal de jornada: além de haver também razões de saúde, o parâmetro de compensação não é mais a jornada de 8h e, portanto, a jornada 12X36 não propicia compensação suficiente.

PARTE 5

**AS CONFERÊNCIAS PROFERIDAS
NA 8ª SEMANA INSTITUCIONAL**

5.1 Conferência Magna e Primeira Conferência Internacional

Diálogo das Cortes e Defesa dos Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Multinível¹⁶⁸

PROFESSOR DOUTOR LUÍS MIGUEL POLARES PESSOA MADURO¹⁶⁹

Quando temos que dar uma palestra logo em seguida a um concerto da Orquestra Sinfônica do Paraná¹⁷⁰, e com músicas belíssimas com artistas como Villas Lobos e Astor Piazzola é que nós perguntamos se escolhemos a carreira certa ao seguirmos o direito. Mas tentarei não ser uma enorme perda em relação ao concerto que acabamos de assistir e que agradou a todos nós.

168 Conferência proferida na abertura da VIII Semana Institucional da Magistratura do Trabalho da 9ª Região, promovida pela Escola Judicial do TRT do Paraná, em Curitiba, no dia 10 de setembro de 2018. A transcrição do áudio foi feita por Rita de Cássia Fontes e a adaptação do texto transcrito pela magistrada Ana Paula Sefrin Saladini.

169 Professor e Advogado. Graduado em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor pelo Instituto Universitário Europeu. Ocupou os cargos de Ministro Adjunto do Desenvolvimento Regional e de Advogado Geral no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Professor do Instituto Universitário Europeu de Florença onde também atua como diretor do *Global Provence Program*. Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e professor convidado e visitante em várias instituições europeias. Recebeu diversos prêmios e é autor de livros e inúmeros artigos jurídicos em publicações especializadas europeias e americanas.

170 A abertura do evento havia sido precedida de uma apresentação da Orquestra Sinfônica do Paraná. Outras referências a circunstâncias locais (como à motocicleta do diretor da Escola, Cassio Colombo) foram suprimidas para melhor objetivação do texto. Também foram suprimidos os debates que existiram ao final da conferência.

Muito obrigado pelo convite para vir aqui estar convosco e conversar sobre a questão relativa ao diálogo das cortes, em particular trazendo a experiência da ordem jurídica da União Europeia em relação aos diferentes níveis de constitucionalismo que ela trouxe ao espaço jurídico europeu. E quero começar especialmente por agradecer o convite, mas também a forma como em particular o Juiz Cássio e a Juíza Morgana nos receberam nos últimos dois dias, dando uma oportunidade de apreciar esta cidade, mas também a enorme qualidade de vida que tem aqui. Parabéns por isso e muito obrigado pela forma extraordinária como me receberam nos últimos três dias. E queria também congratulá-los por esta iniciativa.

Ainda há pouco a juíza que fez a apresentação falava da oportunidade que uma semana como esta é para refletir sobre o próprio papel dos juízes. Eu exerci e tenho este espelho relativamente raro de ter exercido funções judiciais, uma carreira acadêmica e uma carreira também política na Europa. E me lembro que nos três anos em que tive a oportunidade de ser magistrado, exercer a função judicial no Tribunal de Justiça da União Europeia costumava dizer aos meus colegas que no Tribunal de Justiça da União Europeia tem justças muito diferentes, pois as minhas sentenças são depois feitas por todo o Conselho da União Europeia. São respostas produzidas pelos membros e o Tribunal de Justiça tem a disposição muito interessante de ter juízes como eu, provenientes da carreira acadêmica e outros provenientes da magistratura, o que dá, digamos, um *mix* muito interessante e sensibilidades muito diferentes sobre aquilo que é o exercício da função judicial. Quem parte para o exercício da função judicial a partir do caso concreto com o objetivo sobretudo de concretizar a justiça, que é o caso concreto, e quem parte para a análise de um caso imediatamente atento ao seu impacto sistêmico, que é muito a perspectiva que muitas vezes um acadêmico como eu trazia ao sistema. E eu costumava dizer, nestas conversas com os meus colegas, que todos os juízes têm uma teoria de função judicial. A única diferença entre a teoria que os guia no exercício da sua consciência judicial e aqueles que não tem uma consciência desta teoria é o resultado da sua própria prática no exercício desta função judicial. O que eu acho muito importante e muito interessante e queria realmente congratulá-los por isso é que oportunidades como esta são oportunidades para refletir sobre aquilo que deve guiar o exercício da função judicial. Sobre permitir colocar a prática cotidiana do exercício da função judicial no âmbito de uma concessão mais vasta do papel dos tribunais nas nossas sociedades modernas, das nossas sociedades democráticas. E neste sentido espero que a minha intervenção hoje permita também contribuir para este exercício de reflexão que aqui vão fazer ao longo dos próximos dias.

Tornou-se bastante corrente, comum, falar do diálogo entre cortes, do diálogo entre os juízes. Isso faz referência à circunstância que deveria ter maior fluência, de que muitas vezes os tribunais fazem uso de jurisprudência comparada de fontes, citam fontes do direito internacional, mas também fontes jurídicas de outras jurisdições, decisões de outras jurisdições, de tribunais em outros estados. Mas diz também muitas vezes referência a circunstâncias que, crescentemente, os tribunais

muitas vezes, num mundo cada vez mais interdependente em termos econômicos e sociais, concorrerem na resolução de litígios que envolvem mais de um ordenamento jurídico. Aquilo que na nossa compreensão clássica direito era do domínio do direito internacional privado, esta questão de concorrência de ordenamentos, concorrência de normas jurídicas, hoje em dia funciona num crescente número de matérias. E ainda que formalmente existam jurisdições e estas questões muitas vezes não estejam formalmente reguladas, na prática cada vez mais os tribunais são chamados a pronunciar-se sobre questões que têm conexão com mais do que um ordenamento jurídico, com mais de uma fonte jurídica. No fundo, muitas vezes os obrigam a um diálogo mais ou menos explícito, mais ou menos aberto, com outras jurisdições e com outros tribunais.

Este diálogo entre os juízes é promovido assim por três fatores que eu identificaria: o *primeiro* tem a ver precisamente com esta crescente interdependência entre a ordem jurídica e externalidades múltiplas que isso cria entre as respectivas ordens jurídicas, fazendo com que muitas vezes sejam os juízes, que de forma implícita, tenham de regular o exercício destas externalidades, decidir ou não exercer a sua jurisdição num determinado conflito, numa determinada controvérsia que envolve também a jurisdição potencial de outra ordem jurídica e de que forma o fazer. De forma a atender o impacto que a decisão tomada naquela controvérsia, uma vez que tem pontos de contato com outras jurisdições, devem atender estas possíveis consequências para outras jurisdições. Portanto, esta interdependência econômica e social traduz-se depois numa interdependência jurídica que muitas vezes, apenas não estando expressamente regulada pela ordem jurídica internacional ou por mecanismos de convenções do direito internacional, acaba por ser regulada de modo informal através deste diálogo entre os juízes.

Uma *segunda* circunstância que promove este diálogo entre os juízes tem a ver com o desenvolvimento de redes internacionais de operadores jurídicos, de atores jurídicos, e em particular dos juízes. Curiosamente e por mera coincidência eu irei daqui para os Estados Unidos para participar de um exemplo destas redes, de um seminário que existe lá há muitos anos já e que eu participo há 15 anos, organizado pela Yale Law School, e que junta ao longo de muitos anos aproximadamente 25 juízes escolhidos, quase sempre os mesmos juízes, de tribunais supremos e constitucionais de diferentes estados. Eu costumo participar, inicialmente sendo o membro escolhido do Tribunal de Justiça da União Europeia e depois continuei a participação, na medida em que era professor convidado de Yale. É um seminário que junta 25 juízes, posso dizer, pois não é segredo, que nos últimos três ou quatro anos teve sempre a participação de um juiz do Supremo Brasileiro que é o Juiz Luís Roberto Barroso. É um exemplo destas redes que criam comunicação. Este é um seminário de quatro dias, em que os juízes do Supremo Tribunal Americano, do Tribunal de Justiça da União Europeia, do Tribunal Constitucional Alemão, do Conselho de Estado e Conselho Constitucional Francês, de alguns dos principais tribunais supremos e constitucionais do mundo se reúnem, discutem uma variedade de temas

e jurisprudência destes diferentes tribunais, bem como obras acadêmicas sobre a matéria. E, portanto, estas redes e estes fóruns que se criam, e que neste caso de Yale junta tribunais, juízes de tribunais supremos e constitucionais, mas também com tribunais administrativos, seguramente também com tribunais do trabalho e de diferentes matérias, estas redes promovem uma comunicação natural e uma troca de informação natural entre os juízes de diferentes jurisdições que muitas vezes obtêm inspiração e informação que depois usam nas decisões que têm que tomar, nas suas respectivas jurisdições nacionais. Este movimento informal, este desenvolvimento de redes entre estes juízes e magistrados promove também por sua vez a transplantação de conceitos jurídicos envolvidos em uma determinada jurisdição, numa determinada ordem jurídica, para outras jurisdições, para outras ordens jurídicas.

O *terceiro fator* que promove este diálogo entre os juízes é a convergência entre culturas jurídicas que decorre da progressiva jurisdificação da ordem internacional. Esta jurisdificação da ordem internacional, ou seja, o aumento do número de fontes de direito internacional e do âmbito de matérias que são reguladas ao nível internacional, traduz por sua vez numa harmonização implícita de alguns conceitos que, entrando numa ordem jurídica nacional por uma via do direito internacional, muitas vezes depois são utilizados também em matérias que não tem a ver com este direito internacional. Um exemplo: o conceito e a teoria da proporcionalidade foram introduzidos na ordem jurídica do Reino Unido por influência do direito europeu porque, ao interpretar e aplicar o direito da União Europeia, os tribunais britânicos estavam obrigados a exercer o teste da proporcionalidade. Mas, entrando na ordem jurídica britânica por via do direito da União Europeia, progressivamente os tribunais britânicos começaram a utilizar e a substituir o seu critério tradicional da razoabilidade por um critério de proporcionalidade em matérias fora do âmbito da aplicação do direito da União Europeia, em matérias puras do direito interno britânico. E, portanto, esta crescente jurisdificação na esfera internacional, seja em nível global, seja no âmbito regional, traduz depois também num fenômeno que promove esta transplantação de conceitos jurídicos e esta harmonização informal jurídica, que por sua vez promove o diálogo entre os juízes na interpretação e no desenvolvimento destes conceitos nas diferentes jurisdições em que eles operam.

Este diálogo entre os juízes nas suas diferentes manifestações não é desprovido de controvérsia, muito pelo contrário. Eu me lembro de uma discussão que tive nos Estados Unidos da América no âmbito de uma visita do Tribunal de Justiça da União Europeia ao Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, com o juiz Antonin Scalia, que era um forte opositor da possibilidade sequer de um juiz do Supremo Tribunal Norte Americano fazer referência a uma decisão de um tribunal fora dos Estados Unidos da América. A sua tese, que é uma tese que muitos defendem, é que no fundo a legitimidade do poder judicial decorre de uma relação estreita entre uma ordem jurídica e uma comunidade política. Ou seja, em última análise também a legitimidade do poder judicial decorre da vontade do povo expressa nas normas por si adotadas, que os juízes devem interpretar e aplicar. E,

portanto, neste sentido, ao apelar, ao fazer recurso a uma norma fora da jurisdição, fora deste ordenamento jurídico, é apelar a uma norma que não se beneficia da legitimidade de ter sido adotada pelo povo brasileiro, pelo povo americano. Portanto, seria uma forma de os juízes ganharem um poder: faça aquilo que é sua própria obrigação e de onde decorre a sua legitimidade, que é a vontade soberana expressa nas normas que o juiz tem a obrigação e a função de interpretar e aplicar. Desta forma, esta relação estabelecida entre o ordenamento jurídico e apenas as normas provenientes da comunidade política em que tem suporte este ornamento jurídico deveria impedir a possibilidade de se fazer referência, fazer uso de fontes jurídicas externas a este ordenamento jurídico, incluindo desde logo as decisões de outros tribunais. Portanto, haveria necessidade de colocar limites à possibilidade deste diálogo entre juízes, deste diálogo entre cortes.

Há, no entanto, na minha perspectiva, três razões que podem ser invocadas contra esta interpretação. A primeira é que nós temos que distinguir entre as referências a fontes jurídicas externas, incluindo decisões de outros tribunais, de outras jurisdições, para efeitos do processo cognitivo, do processo argumentativo, que tem lugar no processo judicial, de uma referência vinculativa a estas fontes. Se nós fazemos referência a uma decisão de um outro tribunal, mesmo em outra jurisdição, porque ela ajuda a ilustrar a forma como estamos a decidir aquele caso concreto, isso ajuda a tornar mais explícita a forma como o juiz daquele caso concreto raciocinou de forma a atingir aquela solução, ou permite iluminar, por via da comparação com este outro ordenamento jurídico, as possíveis consequências que vão decorrer desta interpretação que está a se propor neste caso concreto. Permite até ter um efeito metafórico, por exemplo. Qualquer uma dessas utilizações no fundo é semelhante a fazer referência a uma obra doutrinária. Ajuda a tornar mais transparente o processo decisional do juiz, ajuda a ilustrar as possíveis consequências da decisão que é adotada, sem significar uma vinculação a esta fonte externa que está na origem, por exemplo, dessa decisão jurisprudencial comparada a que se faz referência. Esta é a primeira utilização e me parece verdadeiramente legítima dentro do âmbito deste alvo.

A segunda é a utilização e a referência a uma fonte externa do ordenamento jurídico quando ela decorre de uma fonte de direito interno. Ou seja, o caso mais comum e conhecido é o direito internacional privado. Mas aqui não estamos a falar deste âmbito, estamos a falar por exemplo do âmbito constitucional. Mesmo no âmbito constitucional é comum existirem normas de constituição que fazem apelo para que a sua interpretação não se circunscreva ao contexto nacional, mas por exemplo, ao contexto universal, ao contexto global. Neste caso, é a própria Constituição que está a reenviar ao juiz para olhar a forma como aquele valor jurídico tem sido desenvolvido no âmbito internacional, no âmbito também de outras jurisdições. Ou seja, é a fonte de direito interno que convida o juiz a passear pelos ordenamentos jurídicos internacionais e de outros estados no sentido de construir o conceito que é válido para efeitos deste próprio ordenamento interno. Se quiserem, a força jurídica desta norma externa

a que o juiz faz referência e incentivo ao diálogo entre os juízes são impostos neste caso pelo próprio ordenamento jurídico interno.

A terceira possível justificação e talvez a mais controversa, diz respeito às crescentes externalidades múltiplas entre os ordenamentos jurídicos a que já fiz referência. Com a crescente interdependência econômica e social, como disse muitas vezes, diferentes ordenamentos jurídicos têm pontos e estabelecem pontos de conexão com determinadas questões. E mesmo em determinadas matérias que não são reguladas pelo direito internacional privado. A questão que se coloca crescentemente para os juízes é saber a medida em que devem ou não fazer uso desta matéria. Lembro, por exemplo, o direito internacional humanitário, as questões do exercício ou não da jurisdição sobre ex-chefes de estados de outros estados. Podemos, por exemplo, numa matéria que eu mais recentemente tenho tido alguma atenção, no âmbito esportivo, em que casos de corrupção ou de investigações criminais envolvem mais do que um ordenamento jurídico. Todos eles podem invocar a jurisdição, mas será que o devem fazer, será que devem abstrair-se da circunstância de outros ordenamentos jurídicos terem igualmente jurisdição? Ou será que devem atender os juízes à maior capacidade, no sentido, por exemplo, de terem mais informação, de poderem ser mais eficazes na solução da controvérsia de outros ordenamentos jurídicos, de outras jurisdições, para a solução deste caso? Ou será que o devem fazer mas condicionante, por exemplo, à forma como outros ordenamentos, como outras jurisdições estão a decidir estes processos?

Esta questão do diálogo informal que decorre destas externalidades múltiplas entre ordenamentos jurídicos no contexto de uma comunidade crescentemente interdependente vai ser uma das questões cada vez mais importantes no tocante ao exercício da função judicial no futuro. E a questão fundamental é que, não existindo e enquanto não existir uma regulação internacional destas matérias, por exemplo, seja por convenções, seja através de organizações internacionais, esta concorrência entre ordenamentos jurídicos vai ter que ser regulada de forma informal através deste diálogo, também ele informal, mais ou menos explícito, mais ou menos implícito entre cortes.

Este diálogo entre tribunais, este diálogo entre cortes, entre juízes, pode, no entanto, como é o caso da União Europeia, assumir uma dimensão mais intensa em que atinge no fundo e diz respeito à própria identidade do ordenamento jurídico. Este é o caso da União Europeia quando se fala do constitucionalismo multinível ou de pluralismo constitucional, como eu gosto de dizer. Este pluralismo constitucional no contexto da União Europeia faz parte da própria identidade do ordenamento jurídico europeu e tem na sua base a circunstância da autoridade normativa da União Europeia ser uma autoridade normativa conquistada. É uma autoridade normativa conquistada entre o constitucionalismo europeu, e por constitucionalismo europeu neste caso menciono o constitucionalismo da União Europeia, ou seja, é como se a ação do ordenamento jurídico da União Europeia como uma ordem jurídica constitucional tenha uma relação com as ordens jurídicas dos estados

membros da União Europeia semelhante a uma ordem constitucional federal, e a relação entre este constitucionalismo e o constitucionalismo dos seus estados membros, do constitucionalismo nacional.

No fundo a questão que é uma questão existencial do direito da União Europeia que tem ocupado tantos juízes europeus, juristas de direito da União Europeia strictu sensu, mas também juristas constitucionalistas nacionais, é saber quem é que detém a autoridade última na relação entre o direito constitucional da União Europeia e o direito constitucional nacional. Mas esta questão, que é uma questão magna, até porque tradicionalmente no direito nós fazemos sempre uma construção hierárquica da realidade e do funcionamento da ordem jurídica (há sempre uma norma fundamental, um conjunto de regras, uma hierarquia normativa) e, portanto, tendemos automaticamente a procurar também esta fonte última de validade a todas as outras normas do ordenamento jurídico, na relação entre direito da União Europeia e direito nacional. E, na realidade, como iremos ver, não é possível dar uma resposta definitiva a esta questão.

A natureza distintiva do direito da União Europeia e da sua relação com o direito constitucional nacional é que não é possível, se adotamos uma perspectiva externa àquela da construção interna de cada um destes ordenamentos jurídicos, não é possível dizer onde reside a autoridade última ou onde reside, para utilizar uma expressão muito conhecida no âmbito da União Europeia, a *competência das competências*. Mas esta questão, que é uma questão existencial do ordenamento jurídico da União Europeia tem enorme importância depois em nível do que podemos designar como a epistemologia do ordenamento jurídico da União Europeia ou a hermenêutica desse ordenamento jurídico da União Europeia. Porque a incerteza quanto à autoridade última tem, depois, uma série de consequências na forma como as normas do direito europeu são interpretadas e aplicadas no âmbito nacional dos estados membros. Da mesma forma que esse primado reivindicado, e ainda que de forma contestada pelo direito da União Europeia, tem um impacto enorme no ordenamento jurídico nacional, porque permite aos operadores jurídicos dos estados membros colocarem em questão praticamente qualquer norma nacional ao abrigo do direito da União Europeia. E, portanto, esta natureza aberta, pluralista, da relação entre o direito constitucional da União Europeia e nacional, e é aqui o que vou procurar explicar, tem levado a uma reconstrução dos processos de interpretação e aplicação do direito, quer no âmbito da União Europeia, quer no que concerne às ordens jurídicas internas dos seus estados.

Se um extraterrestre aterrasse na União Europeia e se interessasse pelo direito - vamos nos permitir um absurdo que é esse de um extraterrestre chegando à terra e a primeira coisa que se interessasse fosse pelo direito. Mas vamos presumir que este é o caso: se este (ou esta, não sabemos se os extraterrestres têm gênero ou não tem gênero, mas vamos presumir) extraterrestre aterrasse na União Europeia, a sua visão da relação entre o direito da União Europeia e o direito constitucional dos estados membros seria totalmente distinta consoante entrasse no Tribunal de Justiça da União

Europeia de Luxemburgo, ou no Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, ou do Tribunal Constitucional Italiano. Porque essas diferentes jurisdições constroem as relações entre o direito da União Europeia e o direito constitucional nacional de forma totalmente diferente, embora paradoxalmente as consequências concretas são praticamente as mesmas. Se ele aterrassse no Tribunal de Justiça da União Europeia, não teria dúvidas de que a última instância da autoridade normativa no espaço europeu era este tribunal e a ordem jurídica da união europeia. E que o direito da União Europeia se beneficia do primado absoluto face a todas as normas de direito dos estados membros, inclusive normas de valor constitucional. Para citar o Tribunal de Justiça num processo muito famoso, o direito que emana do tratado, uma fonte independente de direito, não pode, devido à sua própria natureza, ser anulado por norma alguma do direito nacional sem ser privado do seu caráter de direito europeu e sem que a própria base jurídica da comunidade seja posta em causa. Nesta frase, o Tribunal de Justiça determina que no fundo é uma condição existencial do direito da União Europeia prevalecer sobre qualquer norma nacional. Assim, a validade de um ato jurídico europeu ou o seu efeito no interior do estado membro não pode ser afetada por alegações que violam quer diretos fundamentais formulados na Constituição deste estado, quer os princípios de uma estrutura constitucional nacional. Ou seja, o primado do direito da União Europeia prevalece sobre as próprias constituições. É este o ponto de vista do Tribunal de Justiça da União Europeia e que se pode ler em qualquer manual de direito da União Europeia; é esta a ortodoxia do direito da União Europeia.

Esse primado do direito da União Europeia, de forma muito breve, assenta numa interpretação dos tratados fundadores da então Comunidade Europeia, hoje União Europeia, pelo Tribunal de Justiça, que faz residir a autoridade normativa do direito da União Europeia, não num acordo entre estados membros, mas num acordo entre os povos europeus. O Tribunal de Justiça, numa decisão famosa, chamado acórdão Van Gend & Loos¹⁷¹, que eu costumo dizer que é a declaração de independência do direito da União Europeia, foi o acórdão em que o Tribunal de Justiça disse que os tratados não eram um mero acordo de vontades entre estados, mas eram um acordo entre os *povos europeus*. O que é que isso significa? Significa que a legitimidade e a autoridade normativa do direito da União Europeia decorrem diretamente dos povos, como numa constituição, e não dos estados, e, portanto, pode ser oposta à vontade dos estados. Nesta simples frase o tribunal declarou a independência, se quiserem, do direito da União Europeia e estabeleceu a sua autonomia face ao direito nacional; portanto, ela é que determina o seu próprio critério de validade e determina sua força jurídica face a qualquer norma dos estados membros.

Mas, se o nosso extraterrestre tivesse aterrado num tribunal constitucional, como o Tribunal Constitucional Alemão, teria uma apreciação bastante diferente,

171 Nota da adaptadora do texto: o acórdão integral pode ser acessado no seguinte endereço eletrônico: https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Van_Gend_en_Loos.pdf.

pelo menos em nível teórico, da constituição teórica quanto à relação entre o direito da União Europeia e o direito constitucional nacional. Não todos: já há tribunais constitucionais nacionais que assumem claramente o primado absoluto do direito da União Europeia. Mas há vários tribunais constitucionais, como o tribunal constitucional alemão, o tribunal constitucional italiano, e outros, que continuam a defender que a autoridade última, a competência das competências e, portanto, desde logo, o poder para definir em última análise o que que ainda é competência do estado e não da competência da União Europeia, depende da constituição nacional. Não é que estes tribunais constitucionais não reconheçam o primado da União Europeia: reconhecem o primado, mas dizem que este primado do direito da União Europeia decorre da autoridade normativa que lhes é conferida pelas constituições nacionais neste ordenamento jurídico interno. E, sendo assim, este primado do direito da União Europeia está sempre sujeito a satisfazer as condições impostas pelo ordenamento jurídico constitucional nacional. E, em última análise, podem os tribunais constitucionais nacionais verificar se estas condições continuam ou não a ser preenchidas.

Na prática, os tribunais constitucionais nacionais constroem esta reivindicação última, que ainda atribuem às suas constituições, de forma a que não exista nenhum conflito concreto entre o direito da União Europeia e o direito constitucional nacional. Como? Porque, por um lado atribuem através da própria constituição o primado do direito da União Europeia e por outro limitam a possibilidade de fiscalizar este direito da União Europeia a circunstâncias especiais. No Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, analisa-se a existência ou não de uma violação de caráter sistêmico aos princípios fundamentais desta constituição. No Tribunal Constitucional Italiano, isso se dá através da teoria dos contra limites, também numa lógica muito similar. O que é que isso significa? Significa que nós temos dois ordenamentos jurídicos constitucionais diferentes: o ordenamento jurídico constitucional da União Europeia e o ordenamento jurídico constitucional dos estados membros, que, em termos teóricos e da sua organização interna das fontes jurídicas continuam a preservar, cada um para si, a autoridade última. No direito da União Europeia, o primado que decorre diretamente da vontade dos povos europeus expressa nos tratados. No direito constitucional nacional na constituição, sendo ela que atribui eficácia jurídica ao direito da União Europeia na sua ordem jurídica interna. Mas, sendo duas formas de construir de modos diferentes a organização das fontes jurídicas, elas têm lugar e são exercidas por estes tribunais de forma a produzir sempre o mesmo resultado concreto. Porque, seja decorrente diretamente do direito da União Europeia, seja decorrente da força normativa que a constituição nacional dá ao direito da União Europeia, o resultado é sempre o mesmo: prevalece a norma europeia em relação à norma nacional. E, portanto, isso permite a cada um dos ordenamentos jurídicos preservar a sua identidade normativa e sua reivindicação última de autoridade normativa, ainda que, em termos práticos, produzindo aplicação da mesma norma para a resolução dos casos concretos.

Isso foi assim através, no fundo, de um diálogo informal entre os juízes constitucionais nacionais e os juízes europeus. Um exemplo, talvez o exemplo mais famoso nesta matéria, é precisamente os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais surgiram no âmbito da União Europeia como instrumento de garantia que os poderes que tinham sido conferidos à União Europeia não iam traduzir-se numa diminuição do grau de proteção dos direitos fundamentais já existentes nos estados membros da comunidade europeia. E como é que surgiram? Surgiram porque na versão original dos tratados fundadores da União Europeia não existia qualquer referência aos direitos fundamentais. E o Tribunal Constitucional Alemão veio inicialmente, numa primeira decisão, afirmar que, na ausência, nos tratados da comunidade europeia, de um mecanismo de proteção e tutela dos direitos fundamentais, então este tribunal constitucional alemão iria garantir que na ordem jurídica alemã nenhuma norma europeia poderia violar os direitos fundamentais. Qual era o problema disso? É que colocava em causa o primado do direito da União Europeia e a aplicação uniforme das normas europeias nos diferentes estados membros. Perante esta ameaça o que fez o Tribunal de Justiça? O Tribunal de Justiça, num famoso processo, veio dizer que, ainda que os tratados da comunidade europeia não contivessem nenhuma referência aos direitos fundamentais, estes direitos fundamentais deveriam ser entendidos como fazendo parte dos valores comuns em que se assentava a ordem jurídica das Comunidades Europeias, hoje União Europeia. E que, portanto, no fundo era como dizer que os estados membros, ao colocaram-se de acordo com a adoção das normas europeias dos tratados e das competências que atribuíram às instituições europeias, o fizeram no pressuposto de que elas iriam atuar de acordo com os seus valores jurídicos comuns fundamentais. E que entre estes estaria a tutela dos direitos fundamentais. Tendo dito isso, o que é que disse o Tribunal de Justiça? Vai dizer que então ele, Tribunal de Justiça da União Europeia, passaria a fiscalizar a compatibilidade de qualquer ato europeu com os direitos fundamentais decorrentes das tradições constitucionais comuns dos estados membros, ainda que nenhuma norma nos tratados o mencionasse. Em consequência disso, o tribunal constitucional alemão veio depois decidir, em decisão famosa, que enquanto existisse uma proteção adequada dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União Europeia, garantida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, deixaria de exercer qualquer jurisdição na fiscalização dos atos das jurisdições europeias em relação aos direitos fundamentais.

O que é que isso nos diz? Diz-nos duas coisas: primeiro, que esta natureza controversa, estas reivindicações concorrentes da autoridade constitucional, das constituições nacionais, do direito da União Europeia, se reguladas através de um diálogo informal entre os tribunais, como foi neste caso em que o Tribunal de Justiça introduziu a tutela dos direitos fundamentais no espaço jurídico europeu em resposta às preocupações dos tribunais constitucionais nacionais, mas para garantir ao mesmo tempo a continuação do primado do direito da constituição europeia. Isso promove uma consistência sistêmica entre estes ordenamentos jurídicos. Ou seja, por um

lado continuam a existir duas reivindicações concorrentes de autoridades últimas, duas formas diferentes de organizar a hierarquia de fontes jurídicas entre o direito europeu e o direito nacional: se olharmos ao direito da União Europeia através do Tribunal de Justiça e se olharmos através da Constituição Nacional dos tribunais constitucionais nacionais. Mas, por outro lado, esta organização tem o lugar de uma forma que evita os conflitos concretos.

Mas a circunstância da autoridade última permanecer aberta conduz a que ambas as jurisdições, Tribunal de Justiça da União Europeia e tribunais constitucionais nacionais, tendam a acomodar as respectivas posições. Aquilo que levou o Tribunal de Justiça a introduzir a tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu foi a preocupação com o receio que os tribunais constitucionais colocassem em causa o primado das normas europeias se estes o passassem a fiscalizar em cada um dos ordenamentos jurídicos nacionais, à luz dos respectivos direitos fundamentais. Mas aquilo por sua vez que levou também os tribunais constitucionais nacionais a aceitar, no fundo, que o controle dos atos europeus face aos direitos fundamentais, não fosse feito pelas constituições nacionais, mas fosse feito pelo Tribunal de Justiça, é o receio que eles também têm, de acreditar até que ponto ainda tem ou não a tal da autoridade última que reivindicam em teoria, em abstrato. Ou seja, é a dúvida existencial quanto ao locus de soberania jurídica do direito europeu e do direito constitucional nacional que conduz os juizes nacionais e os juizes da União Europeia, de forma implícita se quiserem, muitas vezes a dialogarem e negociarem; formalmente, não há negociação, mas, implicitamente, pode ser vista como através destas construções de soluções jurídicas. Ou seja, aquilo que é o direito da União Europeia e a sua aplicação a nível nacional decorre desta natureza pluralista da relação entre o ordenamento jurídico da União Europeia e o ordenamento jurídico nacional. Isso também é consequência das circunstâncias: desde a sua origem, o ordenamento jurídico europeu e o seu sucesso ter sido produto não apenas do Tribunal de Justiça, mas de um processo cooperativo com os tribunais nacionais. O Tribunal de Justiça desenvolveu um conjunto de doutrinas, promovendo, se quiser, e criando um interesse pela promoção do ordenamento jurídico europeu aos próprios atores jurídicos nacionais. Esta é parte do sucesso do tribunal de justiça. Como? Porque o direito da União Europeia é aplicado seja pelo Tribunal de Justiça Europeu ou pelo tribunal regional (que é no fundo o tribunal de primeira instância), no âmbito de ações diretas que são introduzidas, por exemplo, pela comissão europeia contra estados membros, seja através dos tribunais nacionais. Sendo que quando existe uma dúvida quanto à interpretação do direito da União Europeia em nível nacional ou às consequências que o direito da União Europeia pode ter para determinadas normas nacionais, eles devem, em alguns casos, e podem, em outros, reenviar essas questões ao Tribunal de Justiça para que ele decida, e depois a sua aplicação, em última análise, é feita pelos tribunais nacionais.

O que é muito interessante é que os processos mais famosos do direito da União Europeia que conduziram por exemplo ao reconhecimento do primado do

direito da União Europeia, ou se ele fere qualquer norma do ordenamento jurídico adotada no espaço europeu, se é diretamente aplicada no âmbito dos estados sem se dar um processo de transição, ou a questão dos direitos fundamentais, a liberdade de circulação, os processos mais importantes do direito da União Europeia, quase todos são processos trazidos pelos tribunais nacionais, reenviados pelos tribunais nacionais. O que é que isso significa? Significa que muitas vezes algumas das interpretações mais originais, mais ambiciosas e que até podem ser vistas como mais intrusivas da soberania dos estados do direito da União Europeia, em primeira análise, decorrem de questões prejudiciais colocadas pelos tribunais nacionais em processos que os tribunais nacionais trouxeram ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

É depois com uma grande vantagem: é que na natureza do reenvio prejudicial, ou seja, desse mecanismo que o direito da União Europeia é aplicado através de uma questão que no âmbito de um processo nacional é citada sobre o direito da União Europeia e a relação do direito da União Europeia e as eventuais normas nacionais aplicáveis, esta questão é trazida ao Tribunal de Justiça que decide, mas em última análise é aplicada no processo nacional pelo tribunal nacional. E isso explica o segredo do sucesso originário do direito da União Europeia. É que no fundo, sobretudo nos primeiros anos, em que a natureza, se quiserem, ambígua, entre direito federal e direito internacional da União Europeia esteve em aberto, o fato do direito da União Europeia ser aplicado na esfera nacional não enquanto decisão de um órgão de jurisdição internacional, mas sim através dos tribunais nacionais, significava que as decisões do Tribunal de Justiça, ao serem em última análise depois aplicadas pelos tribunais nacionais, derivava da autoridade que os tribunais nacionais tem nestas ordens jurídicas dos estados. Ou seja, é muito mais fácil a um governo nacional ou as autoridades nacionais recusarem aplicar uma decisão de uma jurisdição internacional do que uma decisão do seu tribunal. O direito da União Europeia se beneficiou da autoridade normativa do próprio sistema judicial nacional.

Agora, isso tem uma contrapartida. Porque que razão é que os tribunais nacionais aceitaram fazer este papel? E porque que razão foram até eles que muitas vezes promoveram o alargamento do âmbito de aplicação do direito da União Europeia, e, como disse, algumas das imputações mais intrusivas do direito europeu na seara nacional? Por duas razões. A primeira é que o direito da União Europeia fez de qualquer tribunal em qualquer instância de estado membro um tribunal constitucional. Um juiz de primeira instância, perante um qualquer processo, se não concorda, se por exemplo, estivesse insatisfeito com a solução que resultava da aplicação das normas nacionais para aquele caso concreto, qual era a alternativa que tinha? Questionar a validade destas normas nacionais à luz de um princípio ou de alguma norma do direito da União Europeia. E, portanto, gerou-se aqui um mecanismo de empoderamento mútuo entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia.

Mas isso teve, é a segunda consequência, o resultado disso, é que a própria agenda e o próprio desenvolvimento daquilo que é o direito da União Europeia e no fundo, se quiserem, das prioridades da agenda judicial nos temas sobre os quais os tribunais decidem. Eu costumava dizer quando estava no Tribunal de Justiça que o Tribunal de Justiça era o motor da integração europeia. O tribunal de justiça pode ter sido o motor da União Europeia, mas o combustível foram os tribunais nacionais. O tribunal podia ter um motor poderosíssimo, mas se ninguém trouxesse processos, se os tribunais nacionais não trouxessem essas questões, não tivessem suscitados estes problemas, essas aplicações da União Europeia, de nada serviria.

Portanto, foi esta relação que foi estabelecida e esta cooperação entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia que levou ao desenvolvimento da União Europeia. E isso o que nos ensina? Ensina-nos que o direito, e o direito da União Europeia é um caso mais extremo da natureza mais global do discurso jurídico, ensina-nos que aquilo que é o direito é produto não apenas do que decidem os tribunais, mas da relação que se estabelece entre os tribunais e a comunidade jurídica e social em que existem. A linguagem dos tribunais, quando estes concretizam o direito na aplicação que fazem das normas jurídicas, é desde logo adotada e usada por uma comunidade jurídica mais ampla, que pode atribuir até significados diferentes daqueles que a própria interpretação do tribunal sugeriria. As decisões dos tribunais definem os parâmetros e as fronteiras do discurso jurídico e assinalam as prioridades da atividade judicial para dar resposta à procura de justiça para uma ampla comunidade de atores sociais. Mas se as decisões dos tribunais transmitem à comunidade jurídica a sua disponibilidade ou não para intervirem em certas áreas do direito, a linguagem dos tribunais pode leva-los por vezes a dizer mais do que o pretendido ou permitir que venham a ser interpretados num sentido mais lato do que aquele que até poderiam pretender. As decisões judiciais não são propriedade dos tribunais, mas da comunidade jurídica, e esta inclui outros atores jurídicos.

A distribuição final dos recursos jurídicos e judiciais acaba se parecendo um bocadinho como no mercado, ou seja, pela procura da decisão judicial que é carregada para os tribunais, trazida para os tribunais por atores jurídicos, pelos litigantes e pela oferta desta atividade judicial pelos tribunais. Ou seja, pela disponibilidade que os tribunais de justiça têm para decidirem estes temas. E a moeda corrente, se quiserem, neste mercado de atividade judicial é a argumentação jurídica. Mas os motivos que estão por trás das transações podem ser muito variados e há variáveis muito importantes que temos que atender e que determinam quer a procura, quer a oferta ou a disponibilidade dos tribunais. A procura, no fundo, da justiça, a procura do sistema judicial, é a litigiosidade que se dá, é o contencioso que chega aos tribunais e que podem não ser até as questões mais importantes para decidir do ponto de vista jurídico. Pode haver questões fundamentais e em aberto num determinado ordenamento jurídico sobre os quais os tribunais não podem se pronunciar se não

houver nenhum processo sobre elas. E, portanto, desde logo, a primeira grande limitação da atividade judicial e da função judicial é não determinar a sua agenda.

E o que termina depois deste contencioso tem a ver com o custo de informação, com o custo do contencioso, com os potenciais benefícios, e daí, nós sabemos, há imensos mecanismos que procuram estudar e regular a si mesmos. Ou a oferta ou a forma como os tribunais muitas vezes determinam ou sinalizam para a comunidade jurídica e para a comunidade social que tem maior ou menor disponibilidade para decidir determinadas questões. Se um tribunal decide numa determinada matéria, exerce um controle judicial, apenas com erro manifesto, está a sinalizar para a comunidade social e para a comunidade jurídica, para os advogados, que não faz muito sentido gastarem recursos, pois provavelmente não vão ter sucesso num pedido de anulação de determinado ato administrativo. Mas se numa outra matéria o tribunal usa o critério da proporcionalidade, o que o tribunal está ao mesmo tempo a dizer é manifestar a disponibilidade, é induzir a vinda de processos nesta área. Por que? Porque o critério da proporcionalidade é um critério de controle judicial mais estrito e, portanto, dá uma maior garantia ou uma maior oportunidade de sucesso aos atores jurídicos.

Mas isso que podemos ver quanto ao critério de controle judicial utilizado, podemos ver nos critérios de admissibilidade utilizados pelo tribunal. Dou-vos um exemplo e depois irei concluir brevemente, mas dou-vos um exemplo e este tem a ver com o futebol. Um dos processos mais interessantes que nós tivemos no Tribunal de Justiça da União Europeia e talvez um dos processos que tornou o Tribunal de Justiça mais conhecido popularmente na União Europeia é um processo chamado Bosman¹⁷². Foi o processo em que o Tribunal de Justiça considerou que as antigas regras da UEFA, das federações e da FIFA que impediam os jogadores, mesmo após o termo do seu contrato de trabalho com um clube de futebol, transferir-se livremente para outro clube de futebol, o Tribunal de Justiça vai considerar que isso é uma violação da legislação do trabalhador. E agora reparem, isso é aspecto muito interessante, que esta mesma questão poderia ter sido tratada durante muitos anos como uma violação do direito ao trabalho ou de liberdade contratual, mas nunca foi, nunca houve nenhum ordenamento jurídico estadual [de estado membro da UE] que considerasse isso. Até então um jogador terminava o seu contrato de serviço com um clube, mas a posse do certificado esportivo permanecia na posse deste clube mesmo que já não tivesse um contrato de trabalho com o jogador. E,

172 Nota da adaptadora do texto: European Court Reports 1995 I-04912, Case C-415/93. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>.

portanto, o jogador, mesmo tendo terminado este contrato de trabalho, não podia ir jogar para outro clube sem este clube pagar uma indenização ao seu anterior clube empregador. Nós podemos ver isso como uma violação do direito do trabalho, da liberdade contratual, mas isso nunca aconteceu. É uma questão que eu coloco sempre para os meus alunos, porque nunca aconteceu e foi finalmente o Tribunal de Justiça da União Europeia que veio dizer: obrigado a livre circulação de trabalhadores na União Europeia. Imagina! Como essas normas não eram compatíveis com a União Europeia, portanto, a UEFA teve que mudar as regras no ordenamento europeu e depois a FIFA mudou a regra, penso, em todos os estados.

A minha explicação para isso é muito simples e é um exemplo da cooperação entre ordenamentos jurídicos, precisamente. Há um conjunto de matérias em que os ordenamentos jurídicos não têm autoridades sobre fenômenos transnacionais. Aquilo que acontecia até o Tribunal de Justiça ter decidido sobre essa matéria, sempre que um tribunal estadual tentou colocar em causa as regras da FIFA, por exemplo, o que é que acham que aconteceu? A FIFA excluía este estado de suas competições e, portanto, tinha basicamente um poder de chantagem sobre um estado. Porque isso não aconteceu com o direito da União Europeia? Porque isso não aconteceu com a decisão do Tribunal de Justiça? A FIFA, apesar de se opor, apesar de dizer que o Tribunal de Justiça e o direito da União Europeia não podiam decidir sobre aquela matéria porque era uma matéria, de acordo com a FIFA, da autonomia da jurisdição desportiva que lhes competia a eles próprios, porque que eles aceitaram neste caso essa decisão e tiveram que se conformar a ela? Porque não podiam vir dizer que iriam excluir das competições de futebol Portugal, Itália, Espanha, França, Alemanha. Eu costumo dar este exemplo aos meus alunos para demonstrar como em certas matérias do direito da União Europeia não diminui a soberania nacional. Muito pelo contrário, é um mecanismo através do qual se pode reconstituir alguma soberania pública sobre fenômenos transnacionais que escapam ao controlam os ordenamentos nacionais de forma individualmente considerada.

Mas o processo Bosman é muito interessante também por outra razão (e agora não vou entrar aqui em detalhes): porque na realidade, para que o Tribunal de Justiça decida uma questão que lhe é colocada por um tribunal nacional (e aquela questão era proveniente de um tribunal francês), a questão tem que ser necessária para a resolução do processo *a quo*. Ou seja, tem que ser uma decisão necessária para o processo que o juiz nacional tem em mãos. Um juiz nacional não pode

colocar questões apenas hipotéticas ou teóricas ao Tribunal de Justiça¹⁷³. A questão que coloca tem que ser determinante para a solução do processo que tem, e naquele caso não era. E, no entanto, o Tribunal de Justiça decidiu na mesma. E é preciso ver que nas conclusões do advogado geral constava que o processo não era. O advogado geral alertou o tribunal para o seguinte: que se o tribunal não decidisse aquela questão naquele processo, e portanto considerando que ela não era admissível, na medida em que não era necessária para a decisão do processo perante o tribunal nacional, dificilmente a questão alguma vez voltaria ao tribunal de justiça. Porque? Aquele jogador de futebol, aquele senhor Bosman, perdeu quatro anos da carreira dele [nessa discussão], o que para um atleta desportivo é o fim da sua carreira. Isso o que que nos diz? Diz que no fundo o advogado geral estava a convidar o Tribunal de Justiça, e o Tribunal de Justiça aceitou, mudar o seu critério de admissibilidade em matérias em que a procura da justiça é muito pouco provável. E esta é uma das questões muito interessantes. É ter que nos dizer que os tribunais têm ou não de refletir, por exemplo, nos seus critérios de admissibilidade, da probabilidade ou não, dos custos da transação e dos custos do contencioso das partes. E, portanto, ter critérios de admissibilidade que reflitam na maior ou menor dificuldade de um processo sobre aquela natureza chegar ao tribunal. Não vou aqui dar a minha resposta sobre isso, se eu estou de acordo com a decisão que o Tribunal tomou nesta matéria, mas queria alertar para este ponto.

Este conjunto de processos, o que nos diz também de forma muito interessante é que o direito da União Europeia é um direito que muitas vezes é depois depurado pelos atores nacionais e pelos tribunais nacionais para decidir qualquer questão, qualquer controvérsia, de acordo muitas vezes com aquilo quem entendem que deve ser a decisão da justiça ao fundo, independente do processo em si ter uma conexão ou não, originária ou primária, com questões europeias. No processo Bosman não era uma questão do direito da União Europeia, não era uma circulação de trabalhadores dentro dos estados membros, na realidade. Isso é usado de forma instrumental para resolver um problema que, de acordo com o ordenamento jurídico,

173 Nota da adaptadora: isso seria um pressuposto de admissibilidade da análise pelo Tribunal de Justiça Europeu. Conforme o art. 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível. Documento eletrônico integral disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

que apenas e só com as fontes do ordenamento nacional, não tinha uma resolução satisfatória, de acordo com o juiz.

Claro que isso suscita questões importantes quanto aos limites que devem existir ou não e esta, se quiserem, instrumentalização das fontes do direito europeu e das jurisdições europeias para decidir questões que às vezes têm pouca conexão europeia, mas são questões em que o direito europeu é sobretudo usado para mudar o equilíbrio de poderes no conjunto dos argumentos de fontes jurídicas a terem em conta na resolução de uma certa controvérsia. Estas questões só podem ser adequadamente decididas pelos juízes, sejam os nacionais, sejam os europeus, se atendermos precisamente, lá está, a tal importância de ter um diálogo implícito que reconheça e que seja no fundo a consequência deste pluralismo jurídico de fontes jurídicas com autoridade concorrente que emerge no âmbito da União Europeia.

É no fundo aquilo que está a acontecer na União Europeia, e com isso concluo. Como dizia, esta dificuldade é um desafio, mas ao mesmo tempo uma oportunidade para os juízes. Estas questões na União Europeia, eu atrever-me-ia a dizer, vai ser algo com que os juízes, incluindo os do Brasil, incluindo qualquer outro estado, vão ser cada vez mais confrontados. Ou seja, esta necessidade de cada vez mais decidir controvérsias jurídicas, de interpretar normas jurídicas que não são apenas as normas jurídicas do seu ordenamento, ou normas ou controvérsias jurídicas que dizem respeito apenas ao seu ordenamento, mas também mesmo questões puramente internas, em que as partes vão fazer apelo a normas externas ao seu ordenamento jurídico, como forma de reconstruir o reequilíbrio de interesses no âmbito desta controvérsia. A capacidade de decidir nestes contextos cada vez mais pluralistas do direito, sem perder a adesão necessária aos princípios da coerência e integridade na aplicação do direito, que são fundamentais para a legitimidade da função judicial, eu direi, vai ser um dos grandes desafios dos juízes para o futuro.

Muito obrigado.

5.2 Segunda Conferência Internacional

Perspectiva dos direitos sociais no constitucionalismo do século XXI¹⁷⁴

PROFESSOR DOUTOR MARCO OLIVETTI¹⁷⁵

Bom dia. Eu agradeço o convite do Tribunal Regional do Paraná, para mim é uma honra. Peço desculpas por não poder falar em português, mas quem sabe a utilização do espanhol nos permita, entre italiano e falantes de português, um terreno neutro de esforço mútuo para buscar um entendimento¹⁷⁶. Para mim é uma grande honra, de verdade, estar aqui, hoje, numa instituição de grande prestígio como esse tribunal. Em um evento tão profundo como essa semana institucional da escola da magistratura.

O tema que me pediram para falar hoje é o tema geral dos direitos sociais. Vou utilizar essa apresentação de *powerpoint* que, espero, permita trabalhar com os pontos principais do que tentarei dizer.

174 Conferência proferida na VIII Semana Institucional da Magistratura do Trabalho da 9ª Região, promovida pela Escola Judicial do TRT do Paraná, em Curitiba, no dia 11 de setembro de 2018. A transcrição do áudio foi feita por Graciana Regina da Silva e a adaptação do texto transcrito pela magistrada Ana Paula Sefrin Saladini.

175 Graduado em Direito pela Universidade de Roma; Doutor em direito pela Universidade La Sapienza, de Roma. Foi professor das Universidade de Modena, Universidade de Reggio Emilia e Universidade de Foggia. Atualmente é professor das disciplinas de direitos e liberdades fundamentais e instituições e direito público na Universidade de Roma. Autor de inúmeros artigos publicados.

176 A conferência foi proferida em espanhol. Algumas referências a circunstâncias meramente locais (como os agradecimentos ao desembargador que apresentou o palestrante e dirigiu a mesa, Dr. Célio Waldraff) foram suprimidas para melhor objetivação do texto. Também foram suprimidos os debates que existiram ao final da conferência.

O tema dos direitos sociais é para nós, constitucionalistas (eu não sou um professor de direito do trabalho, e sim de direito constitucional), um dos grandes temas do trabalho constitucional contemporâneo, por dois pontos de vista diferentes, não só de um ponto de vista estritamente jurídico-constitucional, mas, ao mesmo tempo, também, desde o ponto de vista ideológico-político. Quando falamos do tema dos direitos sociais, apesar das perspectivas que se espera que adote um professor de direito constitucional, ou que adotem os juízes quando trabalham com esse material normativo, é, justamente, na perspectiva jurídico-constitucional e não na perspectiva ideológico-política. Não podemos duvidar que essas duas dimensões do debate estão sempre presentes. A necessidade de nos situarmos em uma perspectiva jurídico-constitucional não pode eliminar a outra dimensão da discussão, que influencia a primeira. Além disso, o tema dos direitos sociais é um tema transversal às diferentes disciplinas jurídicas. Essa é, talvez, a coisa mais relevante para mim como acadêmico, mais do que para vocês como juízes, porque os juízes têm que ser interdisciplinares em qualquer coisa que hajam. Não é que o mundo real do direito não exista, verdadeiramente, nas matérias que estudamos nos cursos universitários. Mas para os acadêmicos, a diferença de perspectiva é relevante para o nosso método de trabalho.

Bom, o tema dos direitos sociais, inevitavelmente, é um tema transversal, sobretudo entre direito constitucional e direito do trabalho. E temos que tomar em conta um último ponto: todos os temas de direitos fundamentais, e também o tema dos direitos sociais, têm uma dimensão de direito interno, de direito constitucional e de direito de trabalho, nesse caso, de cada Estado. Mas tem também uma dimensão internacional e supranacional. Não me estenderei sobre esses problemas, porque vocês acabaram de escutar uma conferência magistral do professor Poiares Maduro¹⁷⁷, com a qual compartilho a honra de ser membro de um comitê científico, de uma coleção de publicações científicas na Itália. Então, já viram que para nós, europeus no processo de integração supranacional, este fenômeno é de especial relevância. Mas creio que, apesar de ser menos relevante aqui, tem, todavia, uma dimensão importante em um contexto como o contexto latino-americano e o contexto brasileiro, em particular.

Segundo ponto introdutório: os direitos sociais são, hoje, um conceito muito problemático e muito controvertido. Objeto de discussão não em detalhes, mas também na definição de conjunto do fenômeno do qual falamos. A tal ponto que os pontos verdadeiramente firmes são muito poucos. Eu sintetizaria o assunto dizendo que existem dois pontos firmes nessa questão: que esses direitos, como tentarei dizer com um pouco mais de detalhes mais adiante, são direitos de reconhecimento mais recente, com relação aos primeiros direitos fundamentais, as chamadas liberdades clássicas. Então são direitos, veremos depois, de segunda geração; num

177 Conferência anterior: Diálogo das fontes e defesa dos direitos fundamentais no constitucionalismo multinível.

sentido pelo menos da perspectiva histórica, apareceram em nível constitucional em uma fase sucessiva, com respeito à origem do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX. E depois desse primeiro ponto firme, o outro é que ao centro desse campo conceitual existem uns direitos que o Estado deve se ativar para garantir bens e serviços.

Mas, dito isso, que é muito pouco, ficam abertas, e ficam sobre a mesa, todas as dúvidas acerca da finalidade, da justificação cultural, do reconhecimento desses direitos, especialmente como direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos. A exata extensão dessa categoria e a individualização dos direitos que consideramos direitos sociais, a estrutura jurídica, se há uma estrutura jurídica para todos os direitos sociais, os titulares desses direitos, as técnicas para garanti-los, especialmente de um ponto de vista constitucional, e sua importância, sua relevância para a definição da forma de estado na qual nos situamos, no qual um ponto de vista diferente é a questão de sua fundamentalidade.

O correto, mesmo, de debate acerca dos direitos sociais é se perguntar se eles podem ser considerados, verdadeiramente, como direitos fundamentais de forma plena. A mesma maneira na qual a tradição, o constitucionalismo ocidental, tem consolidado essa definição acerca das liberdades fundamentais e dos direitos políticos. Esses são, como se vê no debate constitucional, todos temas abertos e controvertidos.

Bom, brevemente sobre a história, sem a pretensão de fazer uma história dos direitos sociais, mas quem sabe com algumas informações de base, é necessário ser lembrada no início dessa pequena apresentação. É muito difundida essa ideia de que os direitos sociais são direitos de segunda geração; eu mesmo a utilizei fazer alguns minutos, e me parece que se pode confirmar. Porém há de se reconhecer que já ao final do século XVII, em alguns documentos constitucionais no período da Revolução Francesa, aparecem alguns elementos que poderíamos considerar como os antecessores de alguns direitos sociais. E, se não me engano, também algo aparece nas primeiras constituições luso-brasileiras, nas primeiras décadas do século XIX. Talvez o documento do século XIX mais interessante como antecedente do reconhecimento constitucional disso que estamos falando, então a cúpula do sistema jurídico, é o famoso artigo 13 da Constituição Francesa de 1848¹⁷⁸. Depois de

178 Nota da adaptadora: o texto do artigo mencionado tem o seguinte teor: A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito profissional, a igualdade nas relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento, pelo Estado, os Departamentos e os Municípios, de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recurso e que não podem ser socorridos por suas famílias.

Documento eletrônico disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/fran1848.htm>> Acesso em 19 de novembro de 2018.

uma lista de direitos liberais clássicos, junto ao sufrágio universal, a Constituição Francesa da chamada Segunda República (a primeira havia sido do período revolucionário, ao final do século XVIII), a Constituição Francesa reconhecia vários direitos que hoje seriam direitos sociais. A sociedade favorece e apoia o desenvolvimento do trabalho com a educação primária gratuita, a educação profissional, a igualdade entre os patrões e os empregados, as instituições de previdência e crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias, e a constituição de obras públicas e assim por diante. É, talvez, uma das poucas disposições de uma importante constituição do século XIX que toma posição em favor do que seriam os direitos sociais. Há de se lembrar, porém, que essa constituição teve uma vida muito breve e três anos depois de sua adoção, em 1851, foi revogada por um golpe de estado, porque o primeiro e único presidente da Segunda República francesa, Luís Napoleão, se proclamou imperador e revogou a Constituição Francesa de 1848.

Dessa maneira, isso fica como um precedente e o desenvolvimento dos direitos sociais, especialmente na história europeia, mas algo [também pode ser destacado], talvez, uns anos depois, se poderia dizer por uns estados latino-americanos, como por exemplo o Uruguai ao início do século XIX. O desenvolvimento é mais no campo da legislação ordinária, não no nível de direito constitucional. E o exemplo mais interessante é a legislação social adotada. E atenção que esse é um elemento que deve se considerar, não em um estado liberal democrata ou que tende a ir em direção da democratização, mas em um estado com alguns elementos de democracia, porque havia o sufrágio universal, mas sem um governo parlamentar, sem a responsabilidade do executivo frente ao parlamento e que foi corretamente considerado como um estado autoritário. Em seguida, a Alemanha de Bismarck nos anos 80 do século XIX, com um desenvolvimento orgânico que se fortalece cada dia mais até a Primeira Guerra Mundial.

É interessante notar que todo esse desenvolvimento se realiza no âmbito da legislação ordinária, não com o instrumento que já se está configurando naqueles anos e que, todavia, se configurará no século XX para garantia dos direitos fundamentais, ou seja, as constituições.

A mudança a que se refere o reconhecimento dos direitos sociais em nível constitucional acaba acontecendo na segunda década do século XX, com as duas constituições determinantes desse ponto de vista na Europa, a Constituição Alemã de Weimar de 1919 e na América a Constituição Mexicana de 1917. São essas as duas primeiras constituições que regulamentam repúblicas com uma certa estabilidade, por um certo período, com todos os elementos infelizes que essas duas experiências constitucionais tiveram, e regulamentam os direitos sociais de maneira orgânica, a nível constitucional. E aqui inicia a história do chamado constitucionalismo social europeu e latino-americano, que conhecem percursos muito diferentes. Por exemplo, no caso europeu o desenvolvimento é muito mais estável, mas não imediato, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, com as constituições existentes depois da Segunda Guerra Mundial. Já no caso latino-americano, talvez,

as mais visíveis sejam as primeiras constituições nos 40 anos depois da Constituição Mexicana. Entre as demais, as constituições brasileiras de 1934, de 1937 e de 1946, com todas as suas diferenças desde outros pontos de vista.

Bom, por aí vai o desenvolvimento do constitucionalismo social até a última geração de constituições, nas quais se pode mencionar, inclusive, a Constituição vigente do Brasil. Isso se mostra como uma pequena história de reconhecimento e da garantia constitucional dos direitos sociais, como direitos fundamentais, um percurso complicado.

Ao centro de todo esse percurso de reconhecimento, e de todo o debate sobre os direitos sociais, há uma grande pergunta. Se, gradualmente, apesar de ser direitos da segunda geração, os direitos sociais se afirmam como direitos fundamentais, como direitos reconhecidos nas constituições, podemos dizer com clareza e com certeza, hoje, no início do século XXI, esse é o título de minha apresentação de hoje, que liberdades fundamentais e direitos políticos de um lado, e os direitos sociais, e poderíamos dizer também os culturais e os econômicos, de outro, têm a mesma dignidade constitucional nos estados constitucionais contemporâneos, forma de estado ao qual pertencem, seja Brasil, seja a maioria dos estados europeus. Essa é a verdadeira pergunta que será elemento de continuação com o que vou dizer nesse tempo que me foi dado para a palestra.

De um lado temos argumentos em favor da igualdade de dignidade entre direitos de liberdade e direitos sociais. Por exemplo, o reconhecimento comum na Declaração Universal e as menções ao Acordo de Viena, de 1993. E em particular a ideia da indivisibilidade dos direitos humanos. Isso do ponto de vista do direito internacional ou dos documentos internacionais não vinculantes, como, para ser mais preciso, a Declaração Universal de 1948. Porém, temos também vários elementos que ressaltam que, apesar de reconhecer essa tendência de igualdade de dignidade dos tipos de direito, essa igualdade não será realizada de forma plena nessa fase de desenvolvimento histórico. Aqui deixamos de lado a questão política, se é bom ou ruim que seja assim. Nos anos da Guerra Fria os tipos de direitos eram bandeiras das duas partes nas quais o mundo estava, então, dividido: o liberalismo democrático ocidental e o comunismo de estilo soviético. E os pactos internacionais de 1966¹⁷⁹ consagram inclusive esta contraposição ideológica com sua divisão em dois documentos.

O que hoje me parece relevante para rejeitar essa total igualdade de dignidade entre liberdade e direitos sociais, na forma que explicarei na conclusão desta conversa, são dois elementos. O primeiro é de tipo internacional, e o segundo é de direito constitucional comparado. No que se refere ao direito internacional, é certo que os dois direitos têm um reconhecimento, não só nos documentos informais, também em vários tratados, mas as formas de garantia são diferentes. No caso

179 Nota da adaptadora: o professor faz clara referência ao dois Pactos da ONU: o Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PDESC) e o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), ambos de 1966.

européu isso é especialmente evidente. Há um tratado europeu de direitos humanos, garantido por um tribunal, o Tribunal de Estrasburgo, muito bem conhecido pela sua jurisprudência em todo o mundo. E há uma Carta de direitos sociais, garantida por um Comitê de Direitos Sociais. Então há garantia para os dois tipos de direitos, mas as garantias não são as mesmas. Em primeiro lugar, do ponto de vista desse sistema de garantia e em segundo lugar pelo reconhecimento que os estados membros do conselho da Europa dão às decisões, de um lado o tribunal de Estrasburgo, de outro lado do Comitê Europeu de direitos sociais. E mesmo a definição do Comitê Europeu a respeito do tribunal de Estrasburgo como de um aspecto menor, que é uma definição que não tem, claro, nenhum valor jurídico, mas descreve bem a percepção dos juristas europeus sobre o diferente nível de garantia dos direitos sociais a nível de direito internacional, regional europeu, a respeito dos direitos fundamentais. Atenção, porém, para o marco da existência de dois sistemas de garantia. Não estou dizendo que há garantia de direitos sociais e que não há garantia dos direitos de liberdade. Há garantia dos dois, mas diferentes forças das decisões jurídicas e diferentes autoridades dos órgãos que garantem esse direito. Um verdadeiro tribunal em um caso, um comitê no outro. Sentenças com efeitos jurídicos muito bem regulamentados e decisões em outro. São garantias de dois tipos, mas com intensidade, digamos assim, diferentes.

A outra diferença está nas constituições nacionais. Aqui me limitarei à Europa porque, apesar de viajar frequentemente em decorrência das relações acadêmicas pela América Latina, a Europa é o contexto constitucional que conheço melhor. Sobre a Europa eu confirmo o que estava dizendo: há uma garantia constitucional em geral dos direitos sociais e dos direitos de liberdade. A exceção seria a Inglaterra, onde não há nenhuma nem a outra, mas confirma a regra, um sendo a exceção, pela simples razão que não há uma verdadeira constituição escrita. Mas se vemos como as constituições europeias garantem os direitos sociais, eu diria que há pelo menos três modelos diferentes no papel, no direito escrito.

Primeiro, há os estados que têm, ou tinham, uma garantia constitucional dos direitos de liberdade e dos direitos sociais aparentemente no mesmo nível. A Constituição Alemã de 1919, revogada em 1933, a Constituição Italiana vigente e a Constituição Portuguesa de 1966, essas constituições têm um catálogo de direitos fundamentais onde constam as liberdades e os direitos sociais e, a princípio, não parece que haja hierarquia entre esses direitos.

Há o modelo posto na Constituição Alemã hoje vigente, de 1949. Recordo a todos que a cultura jurídica alemã do século XX, especialmente a que se forjou debaixo da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, tem papel absolutamente transcendente na cultura jurídica europeia, e eu diria, também, mundial, pelo desenvolvimento das categorias de análise dos direitos fundamentais. Bem, essas categorias se desenvolvem no marco de uma constituição que não inclui os direitos sociais. Não há garantia direta dos direitos sociais como direitos fundamentais no texto constitucional alemão de 1949.

Há também uma solução intermediária, que é interessante porque nos diz muito sobre as diferenças de garantia. É esse artigo 53.3 da Constituição Espanhola de 1978¹⁸⁰. Na Constituição Espanhola há uma parte sobre os direitos fundamentais, uma seção sobre os direitos e liberdades, e depois uns princípios reitores sobre várias matérias, das quais a maioria se refere ao que chamamos direitos sociais ou políticas sociais. Esta seção se conclui com um artigo, e nos interessa sobretudo o terceiro parágrafo, que diz que o *conhecimento, o respeito e a proteção dos princípios decorridos no capítulo terceiro desta Constituição informarão a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos*.

Então aqui há uma certa dimensão de fundamentalidade dos direitos, no sentido de ser algo que se impõe à lei. Esse é o coração da ideia de fundamentalidade dos direitos fundamentais. Mas se lê também a frase com a qual se acaba o artigo: *“só poderão ser alegados perante a jurisdição ordinária de acordo com as disposições das leis que os desenvolvem”*. A ideia é que seria necessário primeiro uma implementação legislativa dos princípios constitucionais, e somente então aparecem os juízes espanhóis podem garantir tais direitos. Não os podem garantir antes de um desenvolvimento legislativo desses direitos. E não se pense que a Constituição Espanhola de 1978 apareceu num deserto, no que se refere aos direitos sociais. Isso seria verdade em se tratando de liberdades e direitos políticos, que haviam sido negados pelo franquismo, mas, na política social o franquismo não era um sistema liberal. Era, quem sabe, o menos liberal dos sistemas nascidos com a Constituição de 1978. Então, não havia um deserto de legislação. Essa expressão me parece de uma certa prudência em estender totalmente o sistema de garantia dos direitos fundamentais na matriz liberal aos direitos sociais. Sempre se diz na Europa que os espanhóis, chegando por último com uma constituição supermoderna, puderam escolher um pouco, como num supermercado, entre os produtos constitucionais que os demais estados haviam elaborado nos anos anteriores. Bem, aqui há uma opção, nem Portugal e nem Itália, sim a Alemanha, mas com algo a mais.

Dito isto, há um elemento comum extremamente importante, ao meu parecer, que com esta diferença todos esses estados garantem: reconhecem o princípio de estado social. O princípio de estado social está reconhecido em formas diferentes nas principais constituições europeias, inclusive as que acabamos de mencionar. A Constituição Italiana tem uma forma que tem razões históricas particulares, mas que tem o mesmo significado que as demais, mais ou menos. Itália é uma república democrática fundada no trabalho. É uma forma de compromisso para não dizer o

180 Nota da adaptadora: o texto do artigo mencionado tem o seguinte teor: *O reconocimiento, o respeito e a protección dos princípios reconhecidos no Capítulo terceiro serão desenvolvidos na legislação positiva, na prática judicial e na actuación dos poderes públicos. Só poderão ser alegados ante a Jurisdicción ordinaria de acuerdo con o que disponham as leis que os regulamentem*. Documento eletrônico disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>> Acesso em 19 de novembro de 2018.

que estavam dizendo as constituições comunistas adotadas naqueles anos, a fórmula de república democrática de trabalhadores, com sentido de classe, e recorda algo da Constituição Espanhola de 1931. A Espanha é uma república democrática de trabalhadores de todas as classes, para reduzir o significado classista da afirmação. Essa fórmula, proposta por um economista católico, Amintore Fanfani, que foi várias vezes primeiro ministro, sobre quem celebram nesses dias os 20 anos da morte, era uma fórmula de compromisso que tem sido interpretada, ao final, como cláusula de sociabilidade do estado. E a cláusula de sociabilidade do estado tem sido afirmada de maneira mais clara nas três constituições: alemã, francesa e espanhola.

Entretanto, o reconhecimento do princípio do estado social não tem como consequência automática que os princípios em matéria social se convertam automaticamente em direitos fundamentais. Porque uma coisa é um princípio que obriga o legislador a adotar políticas sociais, outra coisa é que essas políticas se configurem, também, como direitos fundamentais. Em alguns estados onde há recurso direto ao tribunal constitucional, isso tem consequências de direito processual muito importantes.

Bem, e de que falamos quando falamos de direitos sociais? Aqui, claramente, não é possível uma análise pormenorizada dos textos constitucionais, em primeiro lugar porque eu não tenho conhecimento para fazê-lo de forma completa. Mas eu diria que de um lado temos os eixos fundamentais¹⁸¹, os pilares do sistema dos direitos sociais, que incluem, eu diria, em ordem cronológica e, em certa medida também lógica: a *educação*, que talvez seja um direito à instrução elementar, primária sobretudo, que talvez seja o único direito social que algumas constituições do século XIX disciplinam e desenvolvem - basta olhar o exemplo da constituição francesa. Por exemplo, há um artigo da Constituição da Costa Rica de 1871 que se poderia citar. *Educação, trabalho, previdência social, assistência social*, em um momento sucessivo, *proteção da saúde*, que como sabemos, é um campo no qual há uma dimensão de liberdade, não só de direito social, mas de assistência social, em particular. Outro elemento comum é não a perspectiva dos direitos, mas as consequências de reconhecimento dos direitos sociais que aparecem contemporaneamente, o reconhecimento desses direitos na constituição. Isso é sobretudo claro na Constituição de Weimar, consistente na *limitação da liberdade econômica* e na chamada *função social do direito de propriedade privada*. Outro tema que se vai convertendo nesses últimos anos como elemento comum de todos os debates constitucionais sobre os direitos sociais, e que em alguns países, como Suíça e Bélgica, têm reconhecimento consti-

181 Nota da adaptadora: nessa altura o professor exibiu no telão um slide com duas colunas; na coluna de *eixos fundamentais*, elencou educação, trabalho, previdência social, assistência social, mínimo vital e limitação da liberdade econômica e do direito à propriedade privada. Em uma segunda coluna, colocou como dúvidas se seriam direitos sociais também as garantias sociais em termos de matéria familiar, cultural, de qualidade de vida (ambiente, consumidores, etc.), e destacou o problema dos “novos” direitos sociais: acesso à internet, financiamento da fecundação assistida, do custo dos dentistas, etc.

tucional direto, e em outros países esse reconhecimento se dá de forma indireta, é a existência, talvez, de um direito ao mínimo vital, ou ao *mínimo existencial*, entre os direitos sociais.

Bem, se esses são os eixos fundamentais, os temas, os pilares do discurso sobre direitos sociais, claro que de um lado há várias dúvidas sobre a possibilidade de se configurarem direitos sociais também em outros campos, como, por exemplo, a matéria familiar, ou a matéria cultural, ou o campo da qualidade de vida, como o direito ao meio ambiente, o direito do consumidor. Aqui no Brasil há uma legislação sobre direito do consumidor e os códigos estão em todos os hotéis. Existe aqui uma disciplina muito desenvolvida sobre esse tema. Nos hotéis não se encontra a Constituição, mas se encontra sempre o código do consumidor, fazendo até parece que se trata da Lei Fundamental. É como nos hotéis americanos, onde se encontra sempre a Bíblia, difundida por algumas igrejas protestantes. O direito do consumidor aqui se converteu quase em uma religião, posso dizer brincando um pouco, mas isso indica o quanto a questão é importante aqui, e não só aqui, obviamente.

Do outro lado, existe o problema dos novos direitos, que é outro grande tema do estudo dos direitos fundamentais. Em todas as constituições há um catálogo de direitos, mas a dúvida sempre é: são só esses os direitos fundamentais? Ou existem outros que, apesar de não serem reconhecidos nem pela constituição, nem pela legislação, podem ser reconhecidos diretamente pelo Judiciário como direitos fundamentais? Existem novos direitos que aparecem, simplesmente, nas constituições, nas leis, em um momento sucessivo. Bem, isso se passa também com o campo dos direitos sociais, e é um tema importante. Aqui são postas três questões: podemos considerar prestações como direito a acessar a internet. Atenção, não estou falando do direito a utilizar a internet como serviço, ou do direito a expressar-se na internet. Não, falo do direito a ter acesso à internet como direito social. A Constituição Mexicana reconhece algo deste tipo, numa reforma que foi feita há alguns anos. Também destaco o acesso à fecundação assistida e seu financiamento pelo Estado, como forma nova de direito social, por exemplo. E novos tipos de custos de saúde, como o custo dos dentistas, que podem ser reconduzidos à proteção da saúde. São três exemplos muito simples.

Os direitos sociais, como os direitos de liberdade, têm uma tendência a expansão. O problema é se essa tendência de expansão tem que passar pela via da legislação ordinária ou se pode obter um reconhecimento direto pelo Poder Judiciário. Aqui cito um artigo de uma constituição muito nobre¹⁸², que tem tido uma vida muito turbulenta, mas que é um documento constitucional muito interessante,

182 Nota da adaptadora: nessa altura o professor exibiu no telão um slide o seguinte texto (tradução livre do espanhol): A tendência de expansão: Artigo 86 da Constituição de Cuba de 1940. A enumeração dos direitos e benefícios a que esta Seção se refere não exclui outros que se derivem do princípio da justiça social e serão aplicáveis por igual a todos os fatores concorrentes ao processo de produção. Destaca, na sequência, o problema da “voracidade” dos direitos individuais (sociais e de liberdade).

ainda hoje. A Constituição Cubana de 1940, a constituição para a qual Castro proclamou sua fidelidade quando era um revolucionário. E que, claramente, não reconheceu como constituição depois de haver se convertido em presidente de Cuba. A constituição anterior, uma constituição anti-Batista¹⁸³, a constituição democrática ou liberal de Cuba. Incluía, creio que é a primeira, sendo copiada por várias constituições latino-americanas, uma disposição que dizia que a enumeração dos direitos e os benefícios, sobre direitos sociais, aos quais essa seção se refere, não excluía outros que derivassem do princípio de justiça social e que seriam aplicáveis, por igual, a todos os fatores concorrentes ao processo da produção. Um reconhecimento da expansividade dos direitos sociais.

É um princípio interessante, mas não podemos esquecer que todos os direitos de liberdade, e os direitos sociais também, são vorazes. Tendem, como as piranhas, a comer tudo, a expandir-se, porque é uma consequência da tendência da pessoa a demandar sempre mais. E isso se verifica não só pelas liberdades, senão para os direitos sociais.

Bom, como tenho pouco tempo mais, vou tentar respeitar o limite. Havia todo um discurso sobre a justificação ideológico-constitucional dos direitos sociais, a igualdade material, princípio de solidariedade, a justiça social, os direitos de grupos de atenção prioritária, como diz a Constituição da Bolívia, justificação de tipo mais liberal, direitos sociais como instrumento para realizar as liberdades fundamentais, mas não vou desenvolver esse problema.

Algo mais quero dizer, entretanto, sobre alguns pontos importantes do debate sobre os direitos sociais. Primeiro, os direitos sociais devem ser considerados como direitos individuais, como as liberdades, ou são outro tipo de direito? Direitos coletivos, com reflexos individuais? A expressão *direito social* talvez tenha sido interpretada como contraposição ao direito individual. Direitos individuais de um lado, direitos sociais de outro. Eu creio que o conceito de direito coletivo tem que ser usado para outros tipos de direitos, e não por isso como direitos de minorias raciais, direitos do meio ambiente, etc. Os direitos sociais são, ao final, direitos individuais, utilizando como exemplo a concepção do direito de greve, por sua proclamação.

Outra tese muito interessante sobre a natureza dos direitos sociais é a de um professor italiano que foi presidente do tribunal constitucional italiano, Antonio Baldassare, que disse que os direitos sociais se chamam assim porque são direitos que se reconhecem à pessoa porque a pessoa é membro de um certo grupo social na qual se desenvolve a sua personalidade. São os direitos no âmbito da família, no âmbito da escola e da universidade, no âmbito da empresa, dos sindicatos. Então são diferentes dos demais direitos fundamentais, porque são direitos, digamos, no contexto de pluralismo. Sobretudo, o tema central, a estrutura dos direitos sociais, e aqui todo o debate sobre os direitos sociais como direitos positivos a que aquele

183 Fulgêncio Batista, ditador cubano que foi derrubado pela Revolução Castrista.

Estado faça algo ou o empregador faça algo a respeito das liberdades como direitos negativos, pretensões à abstenção do Estado.

Agora, só umas palavras sobre o tema chave, que cedo ou tarde teria que aparecer, que existe em todo o debate sobre os direitos sociais: o tema do custo. Claro que isso é menos importante para os direitos sociais que eu chamaria horizontais, que creio serem a maioria, nas quais se encontram direitos de cidadãos frente a outros cidadãos, como é o caso dos cidadãos trabalhadores frente aos empresários, que também são cidadãos. Ai claro que há o problema do custo, e na apresentação anterior o magistrado acabou citando o problema da transcendência econômica. Claro, há também um assunto de sustentabilidade econômica dos direitos fundamentais, e esse assunto é central hoje, sobretudo nos direitos sociais verticais, os direitos sociais frente às autoridades públicas, porque é muito bem sabido que aqui o custo é o problema central.

Todo o debate sobre esse tema tem sido condicionado por um artigo que na Itália foi traduzido como livro pela Editora Il Mulino. Dois juristas americanos, escreveram o livro, que não sei foi traduzido para o português, certamente para o espanhol, chamado *O Custo dos Direitos*¹⁸⁴. A ideia, a tese fundamental dessa obra, é que não só os direitos sociais custam, mas também as liberdades custam. O núcleo central dessa tese é que se a polícia também tem um custo, e a liberdade pessoal é garantida também pela existência de um corpo de polícia, é evidente que todos os direitos têm um custo. A mim parece, entretanto, que este livro, que é muito interessante, se equivoca sobre o tema central. O problema é que nos direitos sociais verticais o custo é elemento essencial. E que o custo que têm as liberdades fundamentais é mais um custo que deriva da própria existência do estado. Não há estado sem polícia, justiça e organização administrativa. Também a emergência é diferente, por esses direitos a respeito das liberdades. A emergência que ameaça de maneira forte os direitos sociais, sobretudo uma emergência de tipo financeira, como tivemos na Europa na última década. E aqui então há o discurso sobre a ponderação que se deve adotar entre a garantia dos direitos sociais e as exigências do pressuposto do estado. Se é uma ponderação igual entre bens de igual valor ou uma ponderação desigual. E todo o debate sobre a reserva do possível da cultura constitucional alemã.

Bom, eu teria que discutir também sobre a garantia dos direitos sociais em sistemas multiníveis, como num sistema federal, como o Brasil, ou num sistema regional de alguns estados europeus, ou o sistema de integração supranacional. Claro que todo esse discurso teria um capítulo conectado à crise do estado social. Aqui não explico quais eram os argumentos, mas chego a uma conclusão. As crises dos

184 Nota da adaptadora: a obra referida pelo professor é de autoria de Stephen Holmes e Cass Sustein. Não foi localizada tradução para o português, mas existe uma resenha publicada, em português, no seguinte endereço eletrônico: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/artic/view/10352>. Acesso em 19 de novembro de 2018.

estados sociais, a meu ver, existem; entretanto, não é uma crise que se pode definir como um fenômeno que quase está destruindo as garantias que estão na base dos direitos sociais. E creio que para isso, pelo menos na Europa, seja suficiente ler os pressupostos do estado. Aí os gastos para questões sociais e para a garantia dos direitos sociais seguem existindo em sua forma como há 20, 30 anos. O problema é, talvez, se é possível adequar seus gastos e esses direitos a sociedades que mudam e que demandam sempre novos direitos, que gerarão sempre mais custos. Por exemplo, o sistema de saúde não é hoje o que era há 40 anos. E os custos crescem sem medida: não é que está se desmantelando o estado social, é que os custos seguem crescendo, então existe uma exigência de contê-los.

Bom, o último ponto, pelo qual chego ao fim desse discurso, que está acelerado no final, pelo que peço desculpas pela falta de organicidade, é o seguinte: qual é o custo dos direitos sociais nas formas de estado? Volto à pergunta: se pode considerar que os direitos sociais sejam fundamentais, da mesma maneira que são os direitos clássicos de liberdade? A mim, parece que a resposta a essa pergunta é dividi-la em duas partes: sim, são, tendencialmente, apesar de todas as diferenças que temos visto no direito internacional e no direito constitucional. Tendencialmente, os direitos sociais são direitos fundamentais, mas não são direitos fundamentais da mesma maneira que as liberdades e os direitos políticos. Inclusive, a utilização das técnicas de limitação elaboradas pela jurisprudência, como o princípio de proporcionalidade, não pode ser, automaticamente, aplicada do mesmo modo. Aqui seria interessante citar a sentença, por exemplo, do Tribunal Constitucional Português, no período da crise, e compará-la com a do tribunal italiano, por exemplo. Sim, são direitos fundamentais, mas a aplicabilidade desses direitos e as técnicas de garantia dos direitos fundamentais de liberdade e políticos é problemática. E eu creio que em perspectiva comparada se possa fazer outra observação, que é a última desta apresentação. Em muitos estados, entre os quais Brasil e Itália, por exemplo, mas não a Espanha, existem limites às reformas constitucionais. É dizer: tampouco com reforma constitucional se podem mudar os traços fundamentais desse sistema constitucional. Todos, e eu diria que esse é um ponto sobre o qual há unanimidade, todos os que aceitam essa teoria, que como teoria não é aceita por todos, mas todos que aceitam essa teoria reconhecem que o núcleo duro, o coração das constituições, o coração que não pode ser trocado legalmente, tampouco por uma reforma constitucional – e outra coisa é se é trocado de forma ilegal, isso não nos interessa, isso é do reino dos feitos, não do reino do direito –, nesse núcleo duro estão as liberdades clássicas e os direitos políticos. Claro, não em todos os detalhes de seus direitos, mas em sua essência, em seu conteúdo essencial, como diz a cultura constitucional. Se se pode dizer o mesmo para os direitos sociais, talvez no Brasil, Portugal talvez também, não sei. Mas se o núcleo duro das constituições protege o que é imprescindível para qualificar um estado como estado democrático constitucional, sobre isso não se pode duvidar. Se poderia afirmar, e essa é minha ideia pessoal, que os direitos sociais são direitos fundamentais muito importantes no estado contemporâneo, que

podem utilizar a maioria das técnicas utilizadas para garantir a liberdade dos direitos políticos, mas não todas, e sim com necessidade de adaptações, e que a diferença é que os primeiros não pertencem ao coração, digamos, inviolável, não reformável por lei de reforma constitucional, ao núcleo duro das constituições.

Pedindo desculpa pela confusão e pelo excesso de tempo, agradeço pela sua atenção. Muito obrigado.

5.3 Sistema Recursal no TST após a Reforma Trabalhista - Ministro Breno Medeiros

Segurança Jurídica e as Inovações no Sistema Recursal no TST

MINISTRO BRENO MEDEIROS¹⁸⁵

Bom dia a todos! É interessante para mim, depois de 25, 26 anos de formado, vir aqui ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região proferir uma palestra. Eu estou aqui falar para juízes e eu sou um juiz. Eu não sou um jurista, eu não sou um professor, eu não vim aqui falar para alunos. Eu me formei e fui fazer concursos, me tornando Juiz do Trabalho em Goiânia. Minha função sempre foi a magistratura. Eu não dei aula, não fiz mestrado, eu não fiz doutorado: eu fiz um MBA em engenharia da qualidade para entender um pouco sobre essa nossa função de julgar empregados e empregadores. A gestão de um tribunal, a gestão de um gabinete, a gestão de processos, que eu acho que são coisas que afligem muito os juízes. O nosso pensamento todo é voltado ao julgamento do processo, a parte teórica; e eu me preocupei muito com o andamento do processo. E são essas as palavras que eu quero trazer para os senhores hoje.

Muito bem! Sobre o que falar aqui? Eu, no primeiro momento, falava com o doutor Cassio, quando ele foi a Brasília: “é, mas nós vamos falar de recursos no TST? Qual é o interesse do primeiro e do segundo graus?” É essa discussão, mas vamos ver se eu consigo trazer a minha ideia nesta palestra.

185 Graduado em Direito pela UFPR (1991). MBA em Engenharia de Qualidade pela USP. Foi Promotor de Justiça (MPPR) de 1991 a 1992. Ingressou na carreira da magistratura na 18ª Região, como Juiz do Trabalho Substituto (1992). Promovido a Desembargador em 2009, ocupou os cargos de Vice-Presidente Corregedor e de Presidente daquela casa. Ascendeu ao cargo de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) em 2017.

Segurança Jurídica e as Inovações do sistema Recursal. Essa é uma frase que me chama muito a atenção: “Quem quer que faça crescer duas folhas de capim onde antes crescia apenas uma, merece mais louvores da humanidade do que qualquer outro filósofo especulativo ou criador de sistemas metafísicos” (Jonatham Swift).

O que quer dizer isso? Como eu falei há pouco, eu acho que nós temos que produzir, e nós temos que pensar em produzir! Eu sempre pensei na minha carreira como juiz: “eu quero entregar a prestação jurisdicional, da forma mais simples, mais fácil, mais eficiente e rápida”, porque o reclamante que está ali, o reclamado que está lá pensando o quanto vai pagar; ele quer que as coisas sejam rápidas e é essa, me parece que seja, a função nossa aqui como juízes.

Eu penso o seguinte: a litigiosidade. De onde vem essa litigiosidade na Justiça do Trabalho? Difícil para o operador do Direito definir a causa da litigiosidade na Justiça do Trabalho e eu tenho algumas ideias que quero passar aqui para os senhores.

Primeira: todo mundo diz “é uma questão cultural recorrer ao Estado para solução de conflitos intersubjetivos”. Isto se dá pela facilidade e pela gratuidade da Justiça do Trabalho. Agora, com a Lei 13.467, de 2017, os critérios para o nosso acesso aos benefícios da justiça gratuita se tornaram mais restritivos, com a possibilidade da sucumbência em honorários periciais e advocatícios, bem como a necessidade da quitação das custas pelo empregado, mesmo sendo beneficiário da justiça gratuita, quando não comparecer injustificadamente e deixar arquivar a ação original para tentá-la novamente. Então, isso é cultural? O que vai ocorrer com a nova reforma trabalhista? Nós vamos diminuir? Nós temos visto isso aí, algum percentual. Eu tenho conversado com colegas, inclusive com o vice-presidente do COLLEPRECOR - Colégio de Presidentes: “*não, eu acho que é só um primeiro momento*”.

Segunda questão que eu coloco: é uma questão de custo/benefício para o empregador, que deixa de cumprir a legislação trabalhista espontaneamente porque se faz mais vantajoso do ponto de vista econômico, gerando concorrência desleal na classe empresarial? É por isso que existe? É muito mais fácil, você vai lá e eu não vou pagar as verbas trabalhistas; depois eu vou lá, faço um acordo, o acordo sempre vai ser mais benéfico para mim, pois há um interesse do Estado nesse sentido, e deixo as pessoas ingressarem com a ação. Por isso nós temos tantas ações?

Uma outra coisa que eu questiono também diz respeito à grande quantidade de normas trabalhistas, complexas e de difícil aceitação. Esse é o sentido? É por isso que nós temos litigiosidade? Criamos um excesso de burocracia, com normas gerais para públicos diferentes. Notem: nós temos hoje um custo muito grande para todos os empresários que não se reverte para o empregado.

O empresário: não sei aqui qual de vocês tem empregada doméstica hoje em dia. Depois da lei¹⁸⁶, muita gente deixou de ter empregada doméstica, mas, se os

186 O Ministro refere-se à Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015, que regulamentou novos direitos para o trabalhador doméstico.

senhores forem olhar, houve elevação do custo da burocracia com a empregada doméstica. Eu tenho uma amiga que é juíza e disse: “*eu contrato um contador*”. Eu disse: “*mas você é juíza do trabalho, você contrata o contador para quê?*”. Ela respondeu: “*Eu contrato o contador para fazer o trabalho; que é muito grande, para fazer folha de ponto, eu tenho que fiscalizar*”. Isso é a mesma coisa para o empresário. O empresário estabelece: “*vou fazer uma folha de ponto em que você vai constar o teu comparecimento*”. E as exceções? A tal da folha de ponto por exceção são as horas extras; você vai registrar, não vale. O ponto tem que ser eletrônico.

O custo: você começa a gerar um grande custo para as empresas. Certo. Em termos de burocracia - e cada norma é interpretada de forma diferente - aí você fala: “*como é que é isso, como não é?*” São diversas normas trabalhistas e a gente tem normas gerais para públicos diferentes.

Quando estava fazendo o MBA, eu tinha um professor de engenharia de qualidade. Ele falava assim: “você conhece o exército? O exército tem uma farda que é de uso nacional. Em épocas atrás, era aquele brim. Se você vai lá para o Rio Grande do Sul é o maior frio, você encosta, ele é gelado. Você vai lá pra Roraima, é um calor que não acaba mais, então você coloca aquela farda, não serve. Ela é nacional? É nacional, mas não serve nem para um nem para outro”. Nós temos que olhar as diferenças do nosso país, e temos que olhar também as diferenças das situações das classes econômicas que existem por aí. Então viemos com a reforma trabalhista e com as convenções e com os negociados. Eu soube que na sexta-feira o Ministro Douglas vai falar sobre isso, sobre o negociado e legislado. Nós temos uma certa dificuldade com isso, mas me parece que quando as pessoas concordam e veem cada situação, situações diferentes, às vezes é mais justo.

Eu cito um exemplo: você vai a uma empresa, como um frigorífico, existem muitos em Goiás. Você tem intervalo entrejornada, intervalo para recuperação térmica, e esse intervalo é importante, é saúde, é segurança do trabalho; de outro lado, você coloca um frentista que está numa rodovia de não muito movimento, que trabalha à noite a uma distância da cidade mais próxima e você o obriga a tirar uma hora de intervalo à noite, sem que ele possa sair. O que ele quer? Ele quer ir embora mais cedo porque o serviço dele já é mais tranquilo. Nós não podemos equiparar um ao outro.

E eu acho que é essa a ideia. Outro ponto a questionar é a interpretação integrativa e, sobretudo, criativa do Direito do Trabalho, positivando princípios constitucionais legais e incentivando a criação de normas por parte da magistratura, as quais geram passivos trabalhistas em interpretação retroativa. Pós positivismo, ativismo judicial. Essa é uma questão que para nós é muito sensível. O legislador, nos últimos tempos, no período anterior à reforma trabalhista, era lacônico e assim o fez para não sofrer cobranças. Fez normas mais gerais, mais abertas, deixando para o Judiciário integrá-las: que ele venha a descobrir, a positivar os princípios. Aí nós viemos lá da Súmula 90 do TST com as horas *in itinere*, que depois virou lei. Você vai percebendo que existem criações dos tribunais que agora foram freadas pela

reforma trabalhista. Por quê? O empresário vem desempenhando a atividade dele negociada, está tudo perfeito, tudo está ótimo. Vem um empregado depois de um determinado tempo e fala assim: “eu vou entrar na Justiça do Trabalho contra esse entendimento”. A Justiça do Trabalho, por sua vez, diz: “isto está completamente errado, você não poderia fazer de forma alguma”. Com isso, criamos um passivo trabalhista de cinco anos. Isto gera insegurança para a sociedade.

Eu faço parte da SDI-1, no TST, e nós estamos com um julgamento que, eu penso, é icônico: uma grande empresa de alumínio ouviu todos os empregados, que vieram com uma pauta, e ela faz prova disso, para que a jornada fosse 2 x 2 x 4, ou seja, dois dias eles trabalham 10 horas e pouco, de dia, dois a noite, 10 horas e pouco, e folgam quatro dias. 87% dos empregados pediram para que essa jornada fosse instituída. Não se fala em contrapartida, mas isso dá 162 horas, se eu não me engano, por mês, e eles estão recebendo por 220. Houve um pedido de vista, pois o advogado levantou da tribuna e disse: “não foi a empresa que quis isso, foram os empregados que pediram, está registrado”. E nós, a Justiça do Trabalho, que “sabemos mais” de direito, economia e administração do que todos os outros ramos que existem, dizemos: “Não! Isto está errado! Isto é turno ininterrupto... passou do horário... mais que 6 horas! Você pode negociar, mas até 8 horas! Dez e pouco e não vale”. Aí a empresa diz: “Mas, gente, eu estou fazendo algo aqui a favor e extremamente benéfico. Quem não gostaria de trabalhar 4 dias e folgar 4”? Então, é o que as pessoas querem. Você tem o convívio da tua família, dos teus familiares. Muitos dos salários hoje em dia não são reajustados. E o que as empresas fazem? Elas simplesmente dizem: “Olha, eu tenho que deixar guardado um valor, não vou investir, eu tenho que deixar guardado um valor, não vou investir, porque, quem sabe daqui cinco anos se cria, através da Justiça do Trabalho, um direito que eu nem imaginava”. Ou seja, apesar de o direito estar positivado de forma aberta, ele é integrado pelas decisões dos magistrados, e isso pode acontecer.

Um outro item que talvez seja a causa da litigiosidade diz respeito à eficiência e eficácia das decisões trabalhistas, rápidas e com mecanismo de execução com BACENJUD, RENAJUD, etc. Por que vou querer fazer um acordo se eu vou lá, entro com a ação, que é julgada rápido, vai para o Regional, para o TST, ou a parte não recorre? Na minha época eu gostava de estatística e percebia que apenas em 10% dos processos do primeiro grau é que havia recurso ordinário. Então, a justiça é muito célere, e talvez seja esse um dos motivos da alta litigiosidade.

E aqui a conclusão que eu tiro é que não me parece que haja uma só causa, sendo que o somatório de todas faz com que tenhamos um elevado número de processos nesta Especializada, acima do eu há no restante do mundo.

De toda sorte a sociedade quer estabilidade, não quer ter que vir o tempo todo à Justiça do Trabalho, quer segurança jurídica, quer negociar algo, falar assim: “isso está valendo”. Antigamente a gente dizia: “você tem palavra, está organizado, é dessa forma, não é ilegal. É importante que as relações e as cláusulas contratuais, as regras do jogo, sejam claras. Eu acho que esse, talvez, seja o principal recado, o prin-

cial motivo da conversa. Nós temos que entender que as pessoas querem regras do jogo claras. Embora esteja na lei, nós interpretamos. Então, devemos interpretar da forma como a lei foi feita, não pugnando por interesses de A ou de B.

O sistema jurídico moderno se apresenta com a legislação permeada de expressões vagas, com cláusulas gerais e conceitos juridicamente indeterminados, cabendo de interpretação pelo Poder Judiciário, quer porque o legislador se absteve propositamente, não quis ou não pôde prever todas as situações, e dada também a evolução frenética das relações sociais. Diante disso, cabe ao magistrado, que é o intérprete da norma, fazer a interpretação. Mas ele pode, inadvertidamente, dissociado do arcabouço constitucional e legal vigente, interpretar a norma de acordo com seu peculiar entendimento pessoal. Era o que tínhamos antes do sistema de precedentes, o que implica em diversas soluções, quantas forem os magistrados a se debruçarem sobre o mesmo caso, o que isto não reflete a necessidade de o Estado proporcionar uma única solução a casos similares, refletindo a unidade e igualdade. Claro! Nós temos aqui o princípio: *“eu tenho independência funcional, eu decido como eu quiser, desde que eu fundamente”*. Mas eu acho que cabe aqui uma reflexão sobre isto e a forma de prevenir esse fenômeno encontra-se na disciplina judiciária, e não tem outra forma. Onde, através das decisões reiteradas, forma-se uma jurisprudência que, ao fim e ao cabo, pode ser erigida a nível obrigatório. Nesse sentido, nós temos hoje os precedentes obrigatórios.

Eu falo um pouco aqui sobre a segurança jurídica, seu conceito e fundamento, a sua importância. É um princípio de direito que inspira previsibilidade e estabilidade nas relações sociais, essencial para a manutenção da ordem, inibindo os atos ou decisões arbitrárias. É um dos direitos invioláveis. O artigo 5º, XXXVI, da Constituição garante o respeito à coisa julgada, ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, refletindo também o que falamos sobre segurança jurídica. As pessoas querem isso. O instituto permeia todo o ordenamento jurídico pátrio. Temos o artigo 10 do CPC que veda a denominada “decisão surpresa” e o artigo 926, *caput*, do CPC, que impõe aos tribunais o dever de manter a sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Eu soube que vocês modificaram o regimento interno para ter um incidente de uniformização própria, eu vou falar um pouquinho sobre isso, não sobre o incidente de vocês, porque eu realmente só tenho esta notícia, mas sobre qual a intenção da uniformização da jurisprudência que eu penso hoje com a nova legislação. Qual que é a finalidade então? Conforme a doutrina, é o que nós estávamos falando, no âmbito do Poder Judiciário, mais especificamente na Justiça do Trabalho, a segurança jurídica previne a vertiginosa sinuosidade da jurisprudência que gera, inclusive, o que se denomina “passivo indireto”, que eu vinha falando, da classe empresarial, que é aquele que decorre da alteração de entendimento e de mudança de interpretação da lei ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade de determinado ato normativo.

Para Adriano Januzzi Moreira, esse passivo seria paralelo ao passivo direto, decorrente do descumprimento da legislação trabalhista. Isto, em termos de investimento dentro do país, que quer ser um país de primeiro mundo, um país que tenha evolução, porque nós queremos as coisas boas, o investidor só quer saber a regra do jogo para entrar no nosso país. A segurança jurídica é o importante, porque ela assegura à parte que o ato praticado sob a lei antiga será apreciado em conformidade com os preceitos que eram vigentes à época, sendo imune a qualquer norma superveniente¹⁸⁷. É importante que a gente vá olhando a lei antiga. O princípio da segurança jurídica estimula investimento no país, dada a previsibilidade e a estabilidade das relações.

Quereria também falar sobre alguns conceitos de segurança jurídica estática e dinâmica, mas eu vou deixar de lado posto que os senhores, como magistrados, mais do que eu, sabem acerca disso.

Quereria falar que, em relação à segurança jurídica, hoje temos dois instrumentos muito importantes dentro do TST, dentro do novo sistema recursal. Como a jurisprudência é fixada pelo Tribunal Superior do Trabalho, vamos ter dois recursos, ou duas situações importantes: uma delas é o princípio da transcendência e o outro o sistema dos precedentes. Vou falar rapidamente sobre os dois, mas colocando que o mais importante diz respeito à transcendência, que foi regulamentada pela reforma trabalhista do ano passado. O princípio da transcendência vem a retirar do TST a pecha de “terceira instância”, e isso é importantíssimo para os senhores magistrados do primeiro e segundo graus, porque suas decisões serão mantidas. Alguém diz: “Ah, você pode decidir de qualquer forma que eu recorro para o TST”. As coisas mudaram, e o princípio da transcendência veio fazer isso. Ele faz com que a jurisprudência do TST de agora em diante seja formada por poucos casos e que ela seja, acima de tudo, obedecida, pela rapidez com que serão julgados os casos dentro do TST.

Uma perspectiva histórica para os senhores entenderem, antes de se analisar a questão da transcendência política. O critério da transcendência foi introduzido pela Lei 13.467, da reforma trabalhista. Ele veio em 2001, inspirado no sistema utilizado pela Suprema Corte Americana, concebido pelo *Judiciary Act* de 1891, e responde à necessidade de racionalização da via recursal para o TST, que não deve funcionar como uma terceira instância. Esse sistema se refletiu também na Argentina, especificamente no artigo 280 do Código de Processo Civil, o qual pode ser invocado pelo julgador ao rejeitar o recurso extraordinário. Na Argentina; diferentemente daqui, não precisa nem de fundamento: o magistrado pode simplesmente rejeitar o recurso porque ele não tem transcendência.

187 No telão, exibido o texto, constava referência à obra de Ilton Giusepp Stival Mendes Rocha Lopes e Raquel Araújo da Silva.

Nós vamos ver o mesmo fenômeno na Alemanha, que criou uma fórmula de contenção de recursos em 1956, e na Espanha, que foi criado em 1978 e que inspirou, na realidade, a introdução da transcendência no nosso país.

O critério da transcendência se assenta no princípio da celeridade: a decisão será proferida cada vez mais rápida, e o critério serve para conferir maior brevidade no tempo para julgamento de recurso no TST. É tão interessante! Eu venho julgando processos no TST e reconhecendo que não há transcendência em casos em que o processo chega no gabinete na segunda-feira e na quarta-feira já está baixando para o Tribunal Regional! Para vocês terem uma ideia da velocidade com que a transcendência vai modificar o entendimento da jurisprudência dentro do nosso país! E assenta-se também na segurança jurídica, porque ela evita a oscilação da jurisprudência, consiste em uma seleção e filtragem de questões que transcendem o interesse meramente individual. Na realidade, vamos escolher os processos que vamos julgar. Para isto, temos quatro critérios: relevância jurídica, política, econômica ou social, num rol apenas exemplificativo. Assemelha-se ao instituto da repercussão geral e verificamos hoje que o STJ está buscando uma PEC exatamente para ter transcendência nos recursos especiais, o que nós já temos na Justiça do Trabalho, porque ele verificou que o incidente de recursos repetitivos não foi suficiente para debelar as ações dentro do Tribunal Superior. O instituto da transcendência se funda no artigo 896-A da CLT, pela redação da Lei 12.467 de 2017, e é autoaplicável.

O artigo 896-A da CLT dispõe que o Tribunal Superior do Trabalho examinará previamente se a causa oferece transcendência em relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social e jurídica. Eu gosto de inverter aqui, porque, para mim, o principal item é a transcendência política, que é o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal. Nós pensamos aqui sobre a transcendência política só quanto à jurisprudência sumulada. Como o artigo 896-A fala: “são indicadores de transcendência, entre outros”, no Tribunal Superior do Trabalho tem-se buscado o respeito à jurisprudência do TST, não apenas à sumulada. Nós temos as OJs e, o principal, quando existe decisão da SDI, geralmente quando em composição completa, isso corresponde a uma decisão já sedimentada dentro do Tribunal Superior do Trabalho. Nestes casos, nós entendemos que não há transcendência para análise do recurso. Então, o recurso sobe, está contra a decisão; ao mesmo momento são citadas as decisões em que o Tribunal Superior do Trabalho já se manifestou sobre essa matéria, e ele é devolvido, se estiver de acordo, se não estiver de acordo ele é julgado monocraticamente e rapidamente. Esse critério já foi analisado pelo STF, pela ministra Ellen Gracie, que reconheceu que esse critério de transcendência é constitucional¹⁸⁸, porque há a fundamentação, o que em outros países não é necessário.

188 No telão há exibição de referência aos autos do processo STF-ADINC-2.527/DF, onde a relatora, Ministra Ellen Gracie, declarou a constitucionalidade da MP 2.226/2001, primeiro diploma legal a prever o requisito de transcendência para os recursos de revista.

Quanto à natureza jurídica da transcendência, trata-se de um pressuposto intrínseco de admissibilidade, mas que se reveste de natureza administrativa. Isso para nós é uma grande novidade, porque nós pensamos só na área judicial, nós pensamos só nas decisões; mas ele é um instrumento para diminuir processos no TST, ele é administrativo, ele considera a conveniência e oportunidade do exame da questão jurídica nos recursos de revista. Vamos ver: “esse daqui vale para todo mundo; então, é importante, vai ter transcendência”. Num contexto de gerenciamento de estoques, ela é uma prejudicial de mérito¹⁸⁹, a sua prejudicialidade estabelece que ela precede ao exame dos demais pressupostos intrínsecos. Então nós vamos verificar os pressupostos extrínsecos, ver se tem tempestividade, procuração, se foi recolhido depósito recursal. Verificado isso, nós analisamos a transcendência e não conhecemos do recurso ou conhecemos e damos provimento logo em seguida, e isso é o que o regimento interno fala¹⁹⁰: que ela será observada, verificada de ofício no TST.

É possível a mitigação dos pressupostos intrínsecos? Eu venho falando: o art. 896, § 11, da CLT autoriza a desconsideração de defeito que não se repute grave. Às vezes, por exemplo, a pessoa fez um depósito recursal insuficiente e você dá um prazo para que ela regularize. No entanto, o exame da transcendência é feito individualmente em relação a cada matéria do recurso de revista; então, entende-se que eventual transcendência não supre o preenchimento dos pressupostos extrínsecos ou intrínsecos dos recursos de revista ou do agravo de instrumento. No nosso regime hoje, no Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, temos que cumprir esses requisitos intrínsecos e extrínsecos do recurso de revista para que seja transcendente a matéria. Nos Estados Unidos você verifica a matéria, mesmo que esteja, vamos dizer, sem o depósito recursal; lá se verifica se a matéria é importante, e ela será analisada mesmo que ausente outro pressuposto, pois há um interesse de se unificar a jurisprudência pela Suprema Corte. No Brasil, não. Nesse sistema que foi colocado pela lei, precisa-se atender a todos esses requisitos para que a matéria seja transcendente.

Quanto à finalidade do exame de transcendência, destina-se a selecionar ou filtrar controvérsias passíveis de serem objeto de fixação de teses jurídicas, bem como a garantir a observância dessas teses pelos Tribunais Regionais do Trabalho¹⁹¹.

No que se refere à competência para análise, é do ministro relator do caso na Turma do TST, em decisão monocrática ou colegiada, e não do Regional. No juízo de admissibilidade, o TRT vai verificar apenas o exame dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos. Em razão disso, nunca foi tão importante a análise de recurso que vai para o TST pelo Regional, pois 78% dos processos que sobem ao TST são agravos de instrumento em recursos de revista.

189 Referência, no telão, à doutrina de Mauro Schiavi.

190 Artigo 247 do RITST.

191 Conforme material exibido no telão.

Quanto aos critérios da transcendência da matéria, penso que o principal deles é a transcendência política: se temos um recurso de revista de acórdão regional que contraria Súmula ou OJ do TST ou do STF, incluindo decisões da SDI-1 ou precedente de natureza vinculante do TST ou do STF, será reconhecida a transcendência política quando contrariá-las. A experiência que eu tenho tido é que 90% dos processos que sobem, e que a gente entende que há transcendência, envolvem transcendência política.

A transcendência jurídica: com as novas matérias da reforma trabalhista, tratando de situações a respeito das quais o TST ainda não se manifestou, será possível verificar a transcendência jurídica. Ainda, há casos que uma turma do TST se manifesta de uma forma e outra turma se manifesta de outra, ou então o próprio Supremo já colocou como um dos temas de análise, e aí eu entendo que nesses casos há transcendência jurídica.

A transcendência social veio na própria lei, mas é muito rara sua constatação. Até agora, de todos os mais de três mil processos que eu analisei, em nenhum deles reconheci a transcendência social, porque quando se fala em transcendência social, fala-se de direitos constitucionalmente assegurados e aí já existe decisão do TST ou há transcendência jurídica, com discussão sobre a matéria já instalada no âmbito do TST.

O maior medo, eu acho que de todos aqui, é o da transcendência econômica. A transcendência econômica vem falar sobre valores elevados, mas é a última que nós vamos analisar. Quando você vê que não existe transcendência política, pois os tribunais regionais estão julgando de acordo com a jurisprudência do TST; não existe a transcendência jurídica, pois a matéria ainda não foi analisada pelo TST; não existe a social. Mas quando você se depara com um dano moral ou uma ação civil pública, algo que há um interesse público, ou então em causas com valor muito alto, que tem potencial de quebrar uma empresa, é a hora de se verificar a presença da transcendência econômica. As pessoas hoje, eu escuto isso quando falo sobre transcendência, focam muito em transcendência econômica, perguntando quais serão os critérios a se analisarem, mas na prática ela será a última a ser analisada. Pela experiência que eu tenho e pelas conversas com os meus colegas, quase nunca vamos constatar transcendência econômica, a não ser, como falei, em situações excepcionais.

Eu teria um modelo na prática da análise da transcendência, quais são as decisões, como que nós analisamos ponto a ponto da transcendência, e vou deixá-lo à disposição do doutor Cassio.

Para que os senhores entendam o quanto que foi importante a instituição do critério de transcendência para o país, esclareço: eu estou na SDI-1 e julgo ED de embargos de ED de ED de recurso de revista de agravo de instrumento, que ainda segue com recurso extraordinário, que é denegado, que ainda vai para o órgão especial. Se formos observar, a quantidade de recursos que existem é imensa; e, dentro do TST, uma causa que é simples, com matéria sumulada, por exemplo, se interpunha uma séria de recursos, o que fazia que essas causas se perpetuassem

dentro do TST. Já peguei processos que vinham enrolados assim na SDI de três, quatro anos. Não é porque o magistrado não queira enfrentar, mas é que existem os recursos. Isso mudou, porque quando você diz que ela não tem transcendência em agravo de instrumento, no dia seguinte o processo está baixando. Não cabem sequer embargos. Claro que, se houver algo totalmente fora da realidade, pode até ser revisto, mas não cabem embargos. Isso permite que se devolvam os autos no dia seguinte e faz com que, diferentemente do que muitos colegas pensam, as decisões dos senhores sejam cada vez mais importantes.

Acho que esse é o recado que eu gostaria de dar fechando essa palestra: dizer que hoje nós temos um critério de transcendência que é rápido, mais célere que os incidentes de recursos de revistas e que por isso foram até, de certa forma, abandonados. Nós tínhamos o IUJ que foi abandonado também nesse novo sistema recursal, porque ele não se demonstrou eficiente e rápido para debelar as questões. Então, temos um sistema hoje, no TST, em que ele só vai buscar os recursos interessantes para serem julgados, só vai decidir o que ele não decidiu antes, e isso através de decisões monocráticas e rápidas, fazendo valer a sua jurisprudência sem que haja um prolongamento no tempo. Não se pode mais dizer: “olha, eu vou decidir...”, “eu tenho o meu interesse”, “eu penso dessa forma” e “eu vou julgar contra uma decisão ou jurisprudência do TST”. Em uma semana provavelmente essa decisão será reformada. E é esse pensamento que eu quero trazer para os senhores: vale a pena? Será que vale a pena a gente falar que porque somos juízes interpretamos a lei do jeito que queremos, criando teses? Pela Constituição, o TST é o tribunal que foi feito para unificar a jurisprudência; esse papel não é dos regionais, que têm que manter íntegra sua própria jurisprudência (artigo 926 do CPC), mas eles não têm que unificar a jurisprudência a nível nacional. Então se nós, magistrados, entendermos isso e as decisões forem cada vez mais fáceis, mais certas, em que você tenha uma certeza de qual vai ser a decisão sobre aquele caso, nós teremos uma segurança jurídica, nós teremos uma mudança neste país, nós teremos uma mudança em termos de Justiça do Trabalho, em que ela não será mais a protagonista. A Justiça do Trabalho não vai mais atrapalhar e não será mais paternalista, mas deixará com que a sociedade ande por si só.

Eu acredito nisto. Eu não sou um doutrinador ou jurista, creio que aqui tem muitas pessoas que talvez saibam falar mais sobre a matéria do que eu, como o meu amigo Arion¹⁹². A minha intenção é dar exemplos, a ideia de como nós estamos julgando no Tribunal Superior de Trabalho e qual é a filosofia que penso que deve ser trilhada a partir dessa reforma trabalhista e desse novo sistema recursal no TST. Agradeço, então, a paciência de todos aqui. Obrigado.

192 O palestrante refere-se ao Desembargador Arion Mazurkevic, integrante da 9ª Região.

5.4 Hermenêutica Jurídica Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior

Hermenêutica jurídica e Reforma Trabalhista

PROFESSOR DOUTOR TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR¹⁹³

Muito obrigado pelas palavras [do apresentador], que me deixaram até um pouco constrangido¹⁹⁴. Na vida acadêmica a gente produz o que pode, em termos de livros, mas esse contato pessoal, a possibilidade de um encontro é muito significativa sempre na nossa vida. Nessa condição, estar aqui presente e ter a oportunidade de falar a todos para mim é especialmente gratificante. Muito obrigado pela oportunidade.

Se eu estivesse vindo a lhes falar há 30 anos atrás, 40 anos atrás, considerando o título que me sugeriram para essa palestra, *hermenêutica jurídica*, certamente teria me preparado de uma forma diferente e lhes diria outras coisas, e nesse momento eu não vou conseguir dizer exatamente como eu o faria. Há 30, 40 anos atrás, talvez exista aqui gente que tenha estudado direito nessa condição, o modo de nós percebermos o direito era bastante diferente e o modo de nós percebermos aquilo que se chama até

193 Graduado em Filosofia, Letras e Ciências Humanas pela USP (1964) e em Direito também pela USP (1964). Doutor em Filosofia (1968) pela Universidade de Mainz, na Alemanha. Doutor em Direito pela USP (1970). Pós-doutor em Filosofia do Direito (1974). Advogado sócio do escritório Sampaio Ferraz Advogados. Professor dos cursos de pós-graduação de PUC de São Paulo. Professor titular aposentado do departamento de Filosofia do Direito da USP. Membro da Academia Paulista de Direito. Autor de inúmeros artigos jurídicos e livros.

194 A apresentação do palestrante e algumas referências a circunstâncias meramente locais foram suprimidos para melhor objetivação do texto.

hoje hermenêutica jurídica também era diferente, muito diferente. Na verdade, se nós pensarmos bem, eram razoavelmente nítidas as distinções que se faziam entre as diferentes abordagens desse objeto amplo que difusamente a gente poderia chamar O Direito nas faculdades de direito e também na prática jurídica. Por óbvio, quando a gente pensava no direito, nós pensávamos no direito objetivo, no direito subjetivo, isto é, naquele conjunto de práticas e situações que se dominavam a partir de certos conceitos, princípios, uma organização na forma equilibrada de premissas e consequências, isso nos permitia encarar o direito a partir do seu nascimento até o momento que ele se superava.

Por exemplo, o conceito de validade era um conceito fundamental, até para distinguir o que era ou o que não era direito, como o conceito de eficácia era também fundamental para saber como ele era aplicado e em que ponto ele se sustentava, na própria prática, e os conceitos consequentes me diziam quando eu ainda teria que lidar com o direito que estava estabelecido, que era válido ou quando ele se superava. A noção de revogação era uma noção tranquila estudada no campo jurídico e tranquilamente aceita e absorvida dentro dessa visão. Ao lado disso, nós temos todo um fenômeno da aplicação do direito, que era um momento em que, por assim dizer, o direito se revelava na sua pluralidade, na sua multiplicidade, na manifestação multifária, mas toda ela razoavelmente regulada por um ponto intermediário que era a teoria da interpretação. Enfim, o direito, dominado como um grande conjunto, passava a ter um sentido e era esse sentido que guiava a aplicação. Assim a gente raciocinava, assim a gente aprendia o direito e essa era a forma usual, não só entre nós, mas em várias partes do chamado direito continental europeu de origem romanística, assim que a gente percebia o direito. Essa situação fazia com que o fenômeno da aplicação do direito, e aí entrava a jurisprudência, os juízes, as discussões a respeito se a jurisprudência era ou não fonte do direito por conta da aplicação, aí entrava a hermenêutica jurídica fortemente dominada pela chamada doutrina como uma espécie de ponte entre essa tensão que existia entre legislação e aplicação do direito, ou, materializando, a figura do legislador e a figura do juiz na outra ponta. Essa tensão era mediada pela doutrina e assim funcionava. Com isso, nós conseguimos um razoável equilíbrio e ninguém ficava angustiado nessa passagem. A ponte se fazia e a hermenêutica jurídica entrava aí nesse ponto para fazer exatamente essa ponte.

Eu não estou dizendo nada de novo, isso era o modo como a gente estudava direito e como a gente na prática exercia as diversas profissões. Pois bem, do ponto de vista particular do Brasil essa era uma forma de a gente perceber o direito que ficou fortemente marcada no final dos anos 1930, começo dos anos 1940, no período Vargas. À parte todos os problemas de natureza política e ideológica, a ditadura Vargas, à parte esse lado político do que representou o período Vargas no Brasil, os 15 anos, é inegável que do ponto de vista jurídico aquilo foi um período onde essa forma de nós olharmos o direito foi particularmente acentuada. A gente não pode esquecer que nosso primeiro código era de 1916, vinha de antes, mas pratica-

mente foi naquele período, entre 1939 e 1945, que nós tivemos a forte codificação dos diferentes ramos do direito. O Código de Processo Civil de 1939 começou a vigor em 1940, o Código Penal é de 1940 mas entrou em vigor em 1942 para vigor junto com o Código de Processo Penal, e a CLT é dessa época. Codificar naquele momento significava racionalizar o direito. Na palavra demagógica, vamos chamar assim, nesse sentido do Francisco Campos, o Código era uma forma de o direito chegar ao povo, assim ele dizia, porque racionalizava e permitia que todos pudessem acompanhar o que acontecia juridicamente. Por isso, codificar era um instrumento importante. A codificação foi feita por Decreto-Lei, que era uma invenção da época, ou seja, havia uma forte ligação entre essa rara ideia de racionalizar o direito, de torná-lo apto a ser praticado de uma forma que todos entendessem e a doutrina, porque codificar significava usar a doutrina para estabelecer o universo normativo. Assim Francisco Campos pensava e desse jeito o fez, como Ministro da Justiça ele foi responsável por isso, isso era muito importante na época. Foi crucial para nós concebermos aquele arcabouço que acabou ficando até hoje.

E não mudou muito a parte da lei. Mudaram as ideologias, mudaram as bases ideológicas, mas esse arcabouço ficou: o Código do Processo Civil, por exemplo, ficou de 1939 até 1973, não é pouco. E a CLT está em vigor até hoje - com mudanças, mas está em vigor até hoje. Havia no espírito da época, pensando na CLT, uma importância grande dada ao modo como se deveria exercer essa função racionalizadora para que o povo tivesse acesso. A palavra *povo* naquele momento tinha uma conotação um pouco ambígua, um pouco na tradição constitucionalista brasileira que teve sempre um pé na Revolução Francesa e um pé na Revolução Americana. O pé na Revolução Americana fazia pensar no povo no sentido que a palavra toma até hoje nos Estados Unidos, do cidadão ativo e dos grupos que se formam e que exercem as suas atividades, esse é o pé americano. Mas também tinha o pé francês, onde povo significa a nação, a nacionalidade, algo um pouco mais abstrato. A nossa concepção misturava um pouco as duas coisas e o Francisco Campos, que não era bobo, percebia isso e dizia: o povo tem que ter acesso à justiça, mas a justiça tem que ser nacional, ela tem que ser racionalizada para que todos possam perceber. E nessa racionalização existe uma figura fundamental, dizia ele: o juiz. O juiz é o Estado e o Estado é que julga, é que dá a justiça. Isso dizia o Francisco Campos naquela época.

Nessa linha dava para entender o que se fazia, por exemplo, no Código Penal: greve, locaute, não; isso é crime, isso é um atentado à nacionalidade; o povo pode até fazer a greve, mas a nacionalidade não pode aceitar isso, porque isso arreventa com esse espírito comum. Isso o Francisco Campos dizia na sua época, e como greve e locaute eram crimes, dava para entender o que vinha no espírito da CLT na sequência: direitos do trabalhador, sem dúvidas, mas permeados por uma forte percepção hierárquica. Todos os direitos, desde que aceite tudo aquilo que está estabelecido nessa CLT e desde que isso esteja conforme o ponto de vista hierárquico da legislação. E aqueles que atuam dentro dessa região do direito também têm que perceber isso: ou seja, a cada um os seus direitos individuais, mas desde que isso não

interfira na nacionalidade e no sentido social do direito. Por isso a preponderância das convenções coletivas, por isso a preponderância da lei e por isso a organização do mundo trabalhista a partir das corporações. Assim foi pensado naquela época.

Isso mudou, isso foi alterado no tempo, mas alguma coisa ficou: essa ideia de que a legislação era um corpo racionalizado pela codificação. Bom, o que nós estamos vendo hoje? Uma mudança significativa, que todo mundo sente. Existe um autor alemão bastante conhecido hoje em dia, Teubner¹⁹⁵, um filósofo do direito que tem uma perspectiva interessante, principalmente para quem vive dentro da comunidade europeia, com todos os seus problemas. Teubner, num artigo escrito já há uns dois, três anos, fez uma junção de alguns fatos curiosos ao cabo do que ele pergunta até qual seria a relação entre eles. Primeiro, ele diz, pensando como um alemão dentro de um direito romanista, é inegável hoje em dia que nós vivemos uma forte expansão do direito dos juízes. Ele está falando na Europa sobre o que aqui no Brasil a gente conhece como ativismo judicial. Isso é inegável e está acontecendo, e no contexto da tradição romano germânica é uma situação que parece apontar para algo como o fim do direito dos códigos. É importante pôr em cheque aquela ideia de codificação como racionalização. Esse é o primeiro fato, ele aponta, levanta e mostra como algo relevante.

O segundo, diz ele, é um curioso renascimento do chamado direito natural, e ele como alemão tem isso bem na memória, não um renascimento do direito natural nos moldes como aconteceu depois da Segunda Guerra Mundial, quase que como uma reação espontânea com os descabros do nazismo e dos regimes fascistas de modo geral, mas num outro renascimento, diz ele. Trata-se de um renascimento em que o direito natural surge mais voltado para uma forte presença na argumentação jurídica. Não é o direito natural como um instrumento para olhar os descabros políticos de um regime, mas o direito natural voltado para a argumentação, um direito natural que entrou dentro da argumentação jurídica, o que por forte tradição positivista no mundo continental europeu também tinha sido muito amenizado: o direito natural ficava forte no plano político, com a ONU e tudo o mais, mas no plano jurídico nós não conhecíamos esse fenômeno que agora diz ele que está entrando. O direito natural virou argumento e virou argumento, por exemplo, através de um conceito que foi então sendo modificado do modo como era usado anteriormente: a noção do princípio. Por aí o direito natural entra e entra fortemente dentro da argumentação jurídica.

O terceiro e interessante fato, diz ele, é uma mudança nos movimentos populares, nas formas de protesto popular. Os movimentos sociais antigos eram particularmente quase só focados no Estado, nas instituições do Estado: você protestava

195 O professor se refere ao jurista e filósofo alemão Gunther Teubner. A respeito, sugere-se a leitura do artigo intitulado *Gunther Teubner: contribuições para a sociologia do direito*, de autoria de Marcos Caprio, disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/28/gunther-teubner.html>> Acesso em 17 de dezembro de 2018.

junto a essas instituições, elas eram os alvos. Hoje em dia, diz ele, isso mudou: nós percebemos também que outras instâncias são alvos de protestos e cada vez mais fortemente. Instituições de natureza econômica, como a Federação das Indústrias de São Paulo, a FIESP. Você protesta lá, contra aqueles. Hospitais também: de repente tem um hospital onde se ouviu falar que se faz aborto, os movimentos sociais fazem protesto ali. Esse foco plural de protestos, diz Teubner, é também um sinal dos tempos.

E por fim, diz ele, uma forte alteração naquilo que antigamente a gente chamava de Constituição. Ele não está pensando no Brasil, mas acho que no Brasil é claramente visível isso. Primeiro, diz ele, as constituições não são mais unidades, elas por assim dizer se desfazem em várias constituições. Na nossa isso é forte. Nós não temos uma Constituição, nós temos muitas: a Constituição Econômica, a Constituição Financeira, a Constituição do Trabalho, a Constituição Previdenciária, enfim, se quisermos nós vamos perceber várias constituições. Mas ele vai mais longe quando diz que isso se espalha dentro da sociedade e a gente percebe que hoje em dia não temos mais condições de falar na Constituição como essa grande unidade capaz de organizar todas as pluralidades. Não dá mais para fazer isso e com isso nós percebemos um fator que interfere fortemente no modo de percepção do próprio direito: a hierarquia vai por água abaixo. Você não sente mais a força da hierarquia. Isso diz Teubner pensando germanicamente na Europa.

Isso traz consequências para o mundo que nós estamos vivendo. Uma dessas consequências, eu acho que qualquer um pode entender isso e perceber isso fortemente, está no modo como experimentamos atualmente o nosso modo de encarar a Constituição e todo o ordenamento jurídico. Para começar, é nítida uma espécie de deslizamento do poder constituinte para o poder constituído. Antes ninguém ia negar que o poder constituído, aquele que interpreta a Constituição, tinha efetivamente uma função importante na determinação da própria Constituição, mas a presunção é que ele fazia isso a partir da Constituição. Hoje esse deslizamento nos dá a sensação de que não é mais bem assim. O deslizamento do poder constituinte para o poder constituído faz com que a gente perceba uma espécie de crescimento de um sistema novo, um “sistema” que merece ser colocado entre aspas, que trabalha, por assim dizer, em sucessões, em segmentos, funciona na base de segmentos no qual certas decisões são tomadas e se alastram até um certo ponto, de repente se interrompem e até podem ser retomadas posteriormente. O caso da prisão em segunda instância é um bom exemplo disso: você nunca sabe até que ponto isso se alastra e até que ponto isso vai voltar para trás.

Nesse jogo cresce aquilo que nós podemos talvez chamar de uma angústia jurídica, que qualquer um de nós sente e que se espalha de algum modo entre a população na forma como ela passa a encarar o direito e aqueles que o executam, a começar do Poder Judiciário, que passa a ter algumas características que antes eram próprias do Poder Legislativo. O Poder Legislativo trabalha com bancadas: a

bancada rural, a bancada evangélica, o Centrão - assim é o modo como o povo vê o Poder Legislativo. O Poder Judiciário nunca foi visto desse jeito, mas hoje em dia começa a ser visto: *ah, o Rio Grande do Sul é mais liberal ou tem uma visão do direito diferente de Brasília; o Supremo faz isso, o Supremo tem juízes que são duros, outros juízes soltam todo mundo.*

Esse modo de encarar o Poder Judiciário mostra que ele se transformou também nesse contexto e isso tem feito muita gente pensar que aquilo que nós chamávamos de sistema jurídico, sem hierarquia, sem uma organização clara a partir de conceitos que permitiam classificar em termos de *o sim e o não, válido ou não válido, constitucional ou inconstitucional*, ele toma outra figura, outra configuração. Até alguns anos atrás, não muitos anos atrás, era muito clara a distinção que sempre foi utilizada no nosso modo jurídico de pensar entre constitucional e inconstitucional: isso era uma dicotomia, ou é constitucional ou é inconstitucional. Hoje em dia não dá mais pra pensar nisso, qualquer um de nós percebe isso. Ou seja, a noção de constitucional igual a direito válido e inconstitucional igual a direito não válido, portanto nulo, não funciona mais, acho que todos nós temos isso presente. A ideia de modulação quebrou essa dicotomia: não é mais assim, não dá mais para saber se é ou não é inconstitucional. Do ponto de vista antigo tudo é mais ou menos constitucional, mas do ponto de vista que nós vivemos agora é preciso refletirmos e “flexionabilizarmos” a dicotomia, é assim que nós trabalhamos hoje.

Mas com isso, por dentro a ideia mesma de que o ordenamento é um sistema racionalmente estabelecido, fica difícil de se sustentar. Nessa condição, o que nós percebemos? O trabalho da hermenêutica jurídica se torna muito mais complicado. Se até no plano constitucional nós tínhamos no passado uma série de conceitos que me permitiam lidar com a aplicação do direito, previamente discutindo o sentido da legislação ou do direito de modo geral, hoje em dia isso não funciona mais do mesmo modo. E não funciona mais do mesmo modo, eu não sei se isso está na percepção de todos, porque a separação, a distinção entre o momento da interpretação e o momento da aplicação ficou completamente esfumada. No passado se discutia, Maximiliano discute, se há uma diferença entre interpretação e aplicação, mas a discussão era diferente do que nós percebemos hoje. Hoje a distinção é esfumada, a começar, por exemplo, da noção de princípio.

O que nós chamávamos princípio antes, ou o que nós chamávamos antes de direito natural, direitos fundamentais, nós lidávamos com isso como um instrumento de doação de sentido e de busca de sentido para o direito. Hermenêutica era procurar sentido, procurar sentido podia me levar a momentos de uma significação plural onde talvez nós pudéssemos apontar várias possibilidades de aplicação do direito, mas a ideia básica da hermenêutica jurídica tradicional era que o sentido do qual a gente presumidamente partia era um. A ideia de que certos conceitos eram indeterminados, outros valorativos, outros discricionários, para ficar em uma distinção do direito administrativo, era uma ideia que tinha por ponto de partida a noção de que a legislação tinha um sentido, em alguns momentos complicado de

ser estabelecido, como em conceitos indeterminados. Em certos momentos, mais complicados ainda, porque sujeita à mobilidade das valorações sociais, como nos conceitos valorativos. E em outros momentos você tinha em certos limites de dar ao juiz a possibilidade de escolha, nos conceitos discricionários. Mas até a possibilidade de fazer essa distinção em determinados valorativos, discricionários, tinha como pressuposto a ideia de que o sentido tinha que ser um e fazer hermenêutica jurídica era buscar esse sentido.

Hoje em dia isso não funciona mais. O que a gente percebe é, usando de novo a expressão, um deslizamento da teoria da interpretação e de hermenêutica jurídica para aquilo que hoje em dia se espalha por aí sob o título de teoria da argumentação. Tudo vira argumento. Aquilo que antigamente era a busca do sentido vira argumentação. Essa é uma transformação palpável e no Brasil talvez levada a consequências não imaginadas por aqueles que começaram a falar disso no mundo europeu, no mundo alemão principalmente, na década de 1980 ou 1990. Ou seja, esse deslizamento da hermenêutica jurídica para a argumentação tem uma consequência muito interessante: se do ponto de vista de uma teoria hermenêutica voltada para o direito tudo tem sentido e o que se deve fazer como alguém dedicado ao direito, como jurista, é buscar esse sentido, em termos de teoria da argumentação tudo é argumento e, como já dizia a antiga sofística grega, a todo argumento sempre existe um outro que lhe volta no sentido contrário e com a mesma força. Ou seja, argumento é algo que se contrapõe, é diferente da ideia de sentido. Quando a hermenêutica vira teoria da argumentação, ela entra em um jogo de contraposições. Nessa hora as contraposições, perdendo esse guia básico da noção de sentido, entram em um jogo complicado: direito à saúde, sim, mas qual é o sentido de direito fundamental a uma política pública, como que eu jogo com isso?

A ideia de que tudo se transforma em argumento praticamente altera, para ficar nesse exemplo, o modo como a gente tratou durante dois séculos pelo menos a noção de direito fundamental, que na Revolução Francesa se chamavam direitos inalienáveis do cidadão. Hoje, acho que qualquer um de nós há de perceber que no mundo da argumentação os direitos fundamentais deixaram de ser inalienáveis: ao contrário, eles entraram no terreno do alienável, você pelo menos troca ou vende uma parte deles. Liberdade é um direito inalienável, mas se eu vou para prisão eu troco por um pouco menos desde que eu faça uma delação, isto é, contribua para a investigação. Isso é uma coisa estranha se eu penso na tradição francesa: como é possível você alienar parte do seu direito em troca de algo? Aquela ideia forte no mundo continental europeu de que direitos são inalienáveis ou, na linguagem posterior jurídica, são indisponíveis, hoje é frágil, é bem mais frágil, porque você troca direitos.

Bom, nesse contexto a gente percebe que há nesse deslizamento de uma antiga hermenêutica jurídica voltada para o sentido para a teoria da argumentação em que tudo vira argumento, nesse deslizamento é que nós podemos entender o aparecimento disso que nós chamamos dentro da hermenêutica jurídica de ponderação.

A ponderação, aliás, é um termo curioso. Vale a pena até chamar a atenção para a origem etimológica da palavra ponderação. Ponderação vem de um substantivo latino, do latim *pondos*. Pensem naquela balança de feirante, que tem um prato no qual de um lado se coloca a mercadoria e de outro lado tem um peso; o feirante aí mede a mercadoria que coloca no outro prato. Esse peso que se colocava de um dos lados da haste os latinos chamavam de *pondos*. *Pondos*, ou *pound* em inglês, que nós traduzimos por libra, *pfund* em alemão. Nós perdemos a palavra latina, a palavra *pondos* ficou só em ponderação. E como ficou em ponderação e a gente pensa em libra e pensa na balança, nós somos levados a pensar que ponderar significa colocar uma coisa em um prato e outra coisa em outro prato e buscar equilíbrio. Não era assim que os latinos pensavam quando ponderavam. Ponderar significava ter um peso capaz de medir toda e qualquer mercadoria. Ou seja, ponderação não significava tentar um equilíbrio, não era bem isso que se tentava fazer. Mas para nós virou isso. E essa ponderação, nós sabemos, é extremamente complicada, não é simples a gente trabalhar com ela à nossa vontade, e por quê? A ideia de ponderar, por exemplo, princípios, é uma ideia complicada: ela não consegue se estabelecer inteiramente nessa forma de um equilíbrio. Existe um autor que nos chama a atenção para isso: a rigor, quando a gente supõe estar ponderando princípios, nós entramos dentro daquilo que ele chama de conflitos recalitrantes. Na verdade, você não consegue sair dessa imagem, esse ponto de equilíbrio na verdade é uma ilusão. Quando a gente supõe estar ponderando saúde com liberdade, livre iniciativa com direito ao trabalho, quando você tenta ponderar o que na verdade você percebe é que sub-repticiamente entra aí o velho *pondos* dos latinos. A direção da flecha que marca o equilíbrio entre os dois pratos é que é decisivo, isso acaba sendo o *pondos*. Isso é, na ponderação ocultamente a gente acaba enfiando uma outra regra e que me permite ir para um lado ou para o outro, não é a regra de equilíbrio, não existe equilíbrio possível nesse sentido. Portanto, aquilo que a gente chama de ponderação não é exatamente aquilo que se pretende estar praticando em termos de uma interpretação argumentativa do direito: o que existem são vários *pondos*, ou seja, vários critérios e por essa razão esse tipo de sistema que não consegue mais ou não se consegue mais nessa forma hierárquica, escalonada como se fazia até então.

Hoje em dia existem autores, na Alemanha já estão começando a aparecer alguns, que estão se apropriando de uma metáfora. Kelsen usou a metáfora da escada, o direito como uma ordem escalonada. Hoje em dia já existem autores que se utilizam de uma outra metáfora, que é a metáfora do rizoma: o capim é rizoma, na verdade é alguma coisa que vem da biologia e que se refere a essas formas de manifestação biológicas, a batata, os tubérculos de modo geral, que por assim dizer tem uma espécie de independência, eles crescem para todos os lados, às vezes se ligam a um outro tubérculo, mas em ligações que não permitem você fazer algo de uma continuidade extensiva, em um certo momento aquilo se interrompe. O rizoma é uma outra metáfora que talvez nos permita entender o que vem acontecendo então com a argumentação da ponderação no mundo jurídico de hoje como instrumento

de interpretação, isto é, você vai até um certo ponto, daí fecha. E depois toma um outro rizoma, recomeça por assim dizer e isso se expande de uma forma que não forma nenhuma hierarquia. Eu não tenho mais sistema.

Bom, como é que a gente pode lidar nessa condição com situações como essa que estamos vivendo no mundo trabalhista de uma reforma, uma reforma numa dessas codificações, a CLT, que eu nunca vou chamar de Código, mas de alguma forma ela foi uma codificação, pelo menos na cabeça de quem a realizou lá nos anos 1940. Como é que nós podemos lidar com isso? Um dos instrumentos importantes, aliás, espertamente utilizado por Francisco Campos na época, o Código Civil já existia, era de 1916, ele não ia fazer um outro Código Civil, já existia, mas ele fez uma coisa inteligente, ele mudou, praticamente criou, a Lei de Introdução ao Código Civil, que tinha uma finalidade: já que eu não posso e nem faz sentido fazer um novo Código Civil, vamos dominá-lo pela interpretação. E como é que eu domino pela interpretação? Criando regras interpretativas. A Lei de Introdução virou norma interpretativa e que depois até se alastrou para todos os outros direitos. Isto foi importante.

Se nós olharmos reformas, onde é que a gente cai? Com alterações da legislação, onde é que a gente cai? Na Lei de Introdução. O que é revogação, o que é derogação, como é que ficam os direitos, os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos, está tudo lá. Ok, aquilo não é fácil de ser interpretado, existem distinções, existem diferenças no modo como a gente vai lidar com aquilo, mas aos olhos da velha teoria da interpretação esse é o caminho, a gente teria que voltar para aquilo.

Bom, como é que eu faço quando eu lido com isso, entretanto, em termos de ponderação? Nos termos anteriores não seria nenhum absurdo eu começar a olhar, por exemplo, a noção de direito adquirido olhando o modo como aquilo se formou dentro da Lei de Introdução. A ideia que está hoje na Lei de Introdução a respeito de direito adquirido não é a de 1940, que incorporava basicamente a teoria do italiano Gabba, que dava à noção de direito adquirido uma conotação forte em termos de patrimônio: algo que entrava no patrimônio tinha uma conotação forte em termos de um centro organizador. Não devemos esquecer que patrimônio é uma palavra que vem de *munus*, encargo, e de pátrio, *pater*, a figura do pai é forte ali. Então aquilo integrava como uma unidade, passava a fazer parte desse patrimônio e era isso que se chamava então de um direito adquirido. Isso era Gabba. Em 1957, quando veio uma reforma justamente desse artigo, introduziram algumas expressões ali que alteraram um pouco essa noção do direito adquirido e outro doutrinador, Roubier, entrou nessa história. Com isso nós criamos direito adquirido em termos de algo que entra dentro do patrimônio, mas ao mesmo tempo alguma coisa que entra dentro do patrimônio marcadamente por força do dispositivo normativo que é alguma coisa que lhe é externa. Ou seja, na doutrina de Roubier ficava razoavelmente claro que o direito adquirido se referia àquilo que entrava dentro do patrimônio, mas não à condição normativa que permitia que algo, o direito subjetivo,

entrasse no patrimônio. Ou seja, por essa vertente não havia o chamado direito a regime jurídico. Isso em Roubier.

Do ponto de vista doutrinário isso criou um problema. Pontes de Miranda, logo depois dessa reforma de 1957, falou assim: acho que o legislador não se deu conta, mas ele criou um problema; nós temos dois autores que não se casam inteiramente. Mas a verdade é que assim ficou na nossa legislação e durante muito tempo isso foi sendo absorvido e foi sendo absorvido de tal maneira que, pelo menos dentro do direito público, foi criando dentro do Supremo Tribunal Federal uma jurisprudência relativamente constante, pelo menos do ponto de vista do direito tributário, por exemplo; naquele período da Revolução de 1964, com as interferências diretas no sistema monetário, etc, foi ficando assentado que você não tinha direito adquirido a um regime jurídico. O regime jurídico era a condição para o aparecimento do direito, mas ele não fazia parte do próprio direito, você não adquiria aquilo como algo seu. Há várias decisões do Supremo nessa direção.

Hoje, quando a gente enfrenta, no entanto, a hermenêutica jurídica com esse deslizamento para a teoria da argumentação, tudo isso virou argumento e é o que a gente está percebendo hoje. E como é que eu lido com isso? Nessa reforma começa a aparecer uma porção de situações em que a pergunta que se faz é: isso é regime ou isso é direito adquirido? A questão está na ordem do dia, acho, principalmente na reforma trabalhista. Até que ponto vai um, até que ponto vai outro. Na tradição da velha hermenêutica, em que eu tinha de modo relevante a ideia da hierarquia, era razoavelmente mais fácil eu lidar com isso. Hoje em dia está complicado, eu reconheço que é complicado, não dá mais para trabalhar com essa noção de sentido. O que é efetivamente esse direito adquirido em cada caso, essa é uma interrogação. E aqui acho que um dado significativo. Eu não sou especialista, longe disso, nem milito nessa área de direito do trabalho, mas algumas coisas apenas para provocar-lhes as indagações, as reflexões.

Dentro da teoria da ponderação ou dentro da teoria da hermenêutica transformada em argumentação, o modo de a gente lidar com princípios que não conseguem ser apreciados em termos de dois pratos de uma balança, no fundo não é bem assim que a gente trabalha, mas o modo como a teoria da argumentação lida com esse ponderar princípios, tem levado a teoria e por consequência todo o processo de formação de jurisprudência, a valorizar cada vez mais (vamos chamar assim) conceitos abstratos, porque é um modo de você criar, por assim dizer, um respiro na hora de ter que tomar uma decisão. Um desses conceitos que ganhou no Brasil, particularmente, uma enorme importância é *dignidade da pessoa humana*. Ele é suficientemente abstrato para abarcar tudo, até a natureza, até o mundo ambiental. Norberto Bobbio faz essa observação: hoje em dia até a natureza tem direitos humanos fundamentais. Talvez seja uma brincadeira no modo como ele expõe isso, mas é isso que ele tenta dizer. Enfim, para lhes dar um exemplo, o modo como a gente lida com essa dificuldade de equilibrar princípios é por assim dizer subir em abstração. E no direito do trabalho me parece que existe em uma dessas

abstrações que não vem de agora, mas de muito tempo, e que está ligada à ideia do favorecimento do trabalhador, isso é forte. *Aquilo que é mais favorável*. O meu velho professor de direito do trabalho, Cesarino Junior, um homem que vinha da década de 1940, me fazia ouvir o tempo inteiro essa palavra: ele dizia que não era direito do trabalho, era direito social; a expressão é *legislação social*, e sendo legislação social você tem que olhar para o social antes de olhar para o indivíduo. É esse social que me faz pensar na condição do trabalhador, inferior no equilíbrio dos pratos com o empregador, e por aí vinha esse princípio e outros, esse não é o único, eu sei, mas esse princípio era um princípio básico: aquilo que mais favorece, que seguramente tem, se a gente olhar agora em termos de teoria da argumentação, tem um grau de abstração suficientemente largo para começar a entrar em tudo quanto é situação. Dá para você praticamente lidar argumentativamente com qualquer situação.

Me lembro de ter lido recentemente um doutrinador, isso não é só de um, acho que existem outros também, justamente por conta da alteração que houve na reforma, se não estou enganado, da prevalência da convenção coletiva sobre o acordo e do acordo sobre o contrato individual, a virada que se dá contra Francisco Campos: é o indivíduo que conta, não é o social. Enfim, houve uma alteração profunda nisso e nessa alteração, antes de ela ocorrer, eu me lembro de um autor, me foge agora o nome dele, um doutrinador trabalhista que, olhando exatamente esse dispositivo antes da reforma, dizia: na verdade não é nem bem assim, porque se de um lado a convenção prevalece sobre o acordo e o acordo sobre o contrato individual, isso depende. Porque se for desfavorável dá para a gente inverter também isso, e dá para inverter até dizendo o seguinte, eu não sei aonde que eu li isso: “nem a lei prevalece e nem a Constituição prevalece”. Quer dizer, ok, nós estamos talvez levando ao máximo a quebra total da hierarquia, mas o que a gente percebe é que um princípio como esse, pelo seu grau de abstração, permite que eu leve a interpretação agora em termos de argumentação para um lado que na hora de decidir alguém suponha que seja um lado certo. Em outras palavras, aliás, acho que eu cheguei a ver isso dito dessa maneira, direito adquirido em termos de direito do trabalho é o direito mais favorável, é isso. Eu interpreto a Lei de Introdução desse jeito.

Bom, nessa linha de argumentação, a batata quente cai na mão do juiz, é claro, porque se a gente pensar bem eu não tenho propriamente em termos hermenêuticos sentido, busca de um sentido que orienta. Na verdade, o que eu tenho é argumento. Eu tenho uma espécie de abstração alta que me permite lidar então com argumentos e os argumentos acabam sendo decisivos, literalmente, isto é, eles acabam orientando a decisão. Como é que a gente lida com isso? Bom, no direito do trabalho onde talvez essa situação tenha sido percebida já há muito tempo, a mais tempo do que se percebeu no direito administrativo ou tributário ou de modo geral no direito civil, no direito do trabalho uma forma de se lidar com isso, antes mesmo do que aconteceu com as Súmulas do Supremo, foram essas decisões jurisprudenciais do Tribunal Superior onde você dá então as diretrizes. Só que nesse momento de deslizamento da hermenêutica para a teoria da argumentação, até isso está ficando

complicado, pelo menos pelo que eu vejo por noticiários. Até mesmo tomadas de posição do Tribunal Superior do Trabalho não têm a mesma força hierárquica que tinham há dez, quinze anos atrás. É como se aquela semente chamada *convicção do juiz* tomasse conta de todo o rizoma, de todo o tubérculo. O que de um lado é um modo de decidir, mas de outro lado é uma enorme angústia, pelo menos me parece, porque a gente entra em um momento angustiante: como lidar com isso? Dá para trabalhar com a velha ou com a antiga Lei de Introdução? Aliás, ela foi modificada agora recentemente exatamente dentro do direito público para tentar lidar com isso. A começar a dizer: não, o juiz tem que, já que ele trabalha com alternativas em termos de ponderação, então ele tem que, antes de decidir, dizer quais são as alternativas, por que ele escolheu uma e quais são as consequências dessa escolha, isso puseram agora na Lei de Introdução. Até, como ali fala em direito público, me perguntei se isso vai valer para o direito do trabalho também, aí eu pensei no meu mestre Cesarino Junior que dizia: *não, não é direito público, é direito social*.

Enfim, são argumentos, mas colocaram isso na Lei de Introdução, o que seria uma forma de você tentar lidar com a batata quente na mão do juiz. Já que ele se vale, em termos de teoria da argumentação, de abstrações do tipo *o que for mais favorável* (óbvio, a grande pergunta é: o que é mais favorável, o sujeito ficar desempregado ou aceitar o emprego provisório, não permanente, o que é melhor?). O princípio é suficientemente abstrato para nos deixar angustiados: como se faz essa avaliação? Economicamente? Quem é que decide? Como é que eu armo a decisão? Apelo para a interpretação tradicional em termos de busca de um sentido? Gabba e Roubier, como que eu lido com isso? Entrou no patrimônio, mas não no regime jurídico? Isso vale para esse momento ou eu tenho que abandonar isso? E olhar em cada momento para essa ponderação em que não é sequer a hierarquia que funciona, mas por assim dizer e em caso qual é o argumento mais forte. E aí talvez, no sentido da nova lei ou da mudança da Lei de Introdução, explicitar as alternativas e dizer porque eu escolhi essa e não escolhi aquela e quais são as consequências disso. É por aí que nós iremos?

Eu acho que nós estamos diante de interrogações para as quais nós não temos uma resposta única e final. O que a gente percebe é que a gente está em um momento de passagem. Eu não tenho ainda assentado o que é esse novo sistema que o direito está começando a adquirir. Vai demandar acho que ainda uns 20, 30 anos, eu não vou sobreviver a isso, acho que eu não vou chegar a ver isso, mas muitos do que estão aqui seguramente vão ver isso, talvez se lembrem um dia, *ah, vi uma conferência de um maluco que falava em rizoma lá em Curitiba um certo dia*. Isto é, como vai ser interpretação que não lida mais com o sistema, onde eu não tenho mais hierarquia, onde, para falar em metáforas, a velha ideia de que tudo gira em torno do tronco e que cada folhinha no alto da árvore depende desse tronco e dessa raiz, isso vai pro espaço, não existe mais isso, o que eu tenho são esses tubérculos que se ligam e se desligam, os tais rizomas, ou seja, eu tenho decisões que vão até um certo ponto e depois recuam. Como é que nós, acostumados que estamos à tradição do direito,

do estado de direito que vem no século XIX, como é que nós vamos começar a lidar com essas situações? Uma das coisas claras que estão acontecendo, que talvez ajudem a gente repensar isso, é que nessa nova situação a velha ideia de ordenamento jurídico como um conjunto de normas também está sendo ultrapassada.

Talvez valesse a pena a gente fazer uma analogia do ordenamento jurídico, o seu velho sentido hierárquico, organizado a partir da Constituição, com esses manuais de instrução para gente aprender a mexer no computador. É parecido. No manual se mistura um pouco de tudo. Você tem regras que tem até um certo sentido normativo. Parecem ali também. Aliás, até parecem meio, em um destaque meio de lado, *em tal país é proibido fazer isso, em tal país é proibido fazer aquilo*, etc, até tem um pouquinho disso, mas o resto são instruções para você poder lidar com essa máquina que toma conta da gente, chamada computador, e sem a qual a gente não consegue mais viver. Alguém não tem celular aqui? Duvido que alguém levante a mão. A gente está preso a isso. E nós somos isso. E esse ordenamento, quase como uma espécie de instrução, mistura um pouco de tudo: ainda existe algo que chama norma, mas existe muita coisa que é mais instrução, regra técnica. Eu vejo essa discussão que apareceu agora quanto a essa decisão ou não decisão do comitê de direitos humanos da ONU e que repercutiu aqui no Brasil¹⁹⁶. É um poder jurisdicional? A teoria geral do direito internacional, olhando para a ONU, diz não é. O Comitê é comitê, de especialistas em direitos fundamentais. Mas não é de juízes, não é Corte, não pode dar liminar. Isso olhando com a velha perspectiva; mas de outro lado, ainda que na velha perspectiva eles apenas tenham uma opinião, uma recomendação, chamem a atenção, como é que isso repercute? Não dá para a gente abandonar isso. É isso que me vem à memória nesse momento. Em relação ao direito internacional, certamente é alguma coisa que vai acontecer e está acontecendo dentro do direito do trabalho, é inevitável. E como é que você lida com isso? Isto é, como é que, em termos de teoria da argumentação, nós vamos lidar com esses influxos que vão acabar provocando rizomas, tubérculos? E a ideia do tubérculo não chega sequer a pensar em um sistema em rede, nem isso, que o tubérculo não é rede, ele se interrompe e não forma um todo, como não é monádico, não tem ponto central, ele é nômade, ele é nomádico, ele vai para um lado e vai para o outro.

Esse é o direito que a gente vai ter que estudar nos próximos 20 anos.

Muito obrigado.

196 Em plena campanha para as eleições presidenciais de 2018, o palestrante se referia a um Comunicado do Comitê de Direitos Humanos da ONU que solicitava ao Brasil que tomasse as medidas para que o candidato Luiz Inácio Lula da Silva, preso, pudesse desfrutar e exercer seus direitos políticos, enquanto na prisão, como candidato a eleições presidenciais. O inteiro teor pode ser acessado em: <<https://www.conjur.com.br/dl/recomendacao-comite-onu-lula.pdf>> Documento eletrônico acessado em 17 de dezembro de 2018.

5.5 Prevalência do Negociado sobre o Legislado Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Prevalência do Negociado sobre o Legislado¹⁹⁷

MINISTRO DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES¹⁹⁸

Muito bom dia a todos e a todas, eu cumprimento o Desembargador Pozzolo, a quem agradeço a gentileza das palavras extremamente generosas e que certamente foram exageradas. Efetivamente eu sou apenas um juiz do trabalho, um curioso que procura desempenhar bem a sua função, apesar dos tantos limites que nos são impostos pelo dia a dia do exercício da jurisdição.

Eu devo cumprimentar os desembargadores presentes nas pessoas da Presidente, Desembargadora Marlene, do Desembargador Cássio que foi o responsável pelo convite para que aqui estivesse compartilhando algumas ideias, algumas reflexões, algumas dúvidas a propósito de um tema atual, relevante e diria até central para o futuro das relações entre o capital e o trabalho, que é o tema da negociação coletiva.

197 Conferência proferida na VIII Semana Institucional da Magistratura do Trabalho da 9ª Região, promovida pela Escola Judicial do TRT do Paraná, em Curitiba, no dia 13 de setembro de 2018. A transcrição do áudio foi feita por Rafael de Souza Alberto e a adaptação do texto transcrito pela juíza Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira.

198 Especialista em direito constitucional pela UNB. Mestre em direito das relações sociais pela PUC São Paulo. Magistrado de carreira desde 1990 e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho desde 2014. Foi presidente da AMATRA-10 e vice-presidente da ANAMATRA e da AMB. Foi conselheiro do Conselho Nacional de Justiça no biênio 2005/2007. Professor de cursos de graduação e pós-graduação. Autor de diversos livros e artigos jurídicos.

É a primeira vez que venho ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª região, muito embora já tenha mantido boas relações, relações fraternas de amizade com vários colegas aqui da 9ª Região, durante o tempo em que exerço a magistratura e particularmente durante aquele período em que estive envolvido diretamente no movimento associativo da magistratura e aqui reverencio as figuras do Desembargador Arion, do colega Reginaldo Melhado, da juíza Morgana Richa, do colega Leonardo, enfim, são tantos os atores da magistratura do trabalho da 9ª Região que pontificam em nível nacional, o que apenas ressalta a minha satisfação de poder estar aqui. Sintam-se todos, portanto, muito abraçados.

Mas o tema que o Desembargador Cássio sugeriu, como eu disse antes, é um tema absolutamente central, atual e diria mais, decisivo para o futuro das relações entre o capital do trabalho. Eu, na minha exposição¹⁹⁹, tentarei recuperar alguns marcos históricos importantes para que nós possamos compreender o chamado estado da arte, o porquê de o legislador constituinte, ou melhor, legislador ordinário, ter inscrito na CLT novas regras, particularmente os artigos 611-A e 611-B, dispondo a propósito dos objetos lícitos possíveis da negociação coletiva de trabalho no Brasil. É preciso então perceber que a negociação coletiva realiza, materializa, o que os sindicatos de mais importante podem produzir no exercício de suas funções institucionais. A negociação coletiva é absolutamente relevante e importante e como eu disse, a minha exposição tentará focar no sistema normativo trabalhista que foi idealizado a partir da década de 30 do século passado, quando Getúlio Vargas ascendeu ao poder, porque foi esse o sistema que prevaleceu entre nós quando fomos até a Constituição de 1988.

Na sequência eu pretendo demonstrar os caminhos ou os descaminhos que foram experimentados na leitura constitucional a propósito da autonomia negocial coletiva e também procurarei demonstrar qual é o sentido da negociação coletiva a partir da visão do Supremo Tribunal Federal, que deve orientar a ação dos atores coletivos.

Por fim, tentar evidentemente vaticinar alguns cenários, muito embora nós saibamos que a legislação não muda a realidade, ela é indutora de comportamentos, mas é possível quem sabe traçar alguns cenários a partir das regras que foram estabelecidas pelo legislador ordinário.

Eu, nesse *powerpoint*, tentando demonstrar através de imagens qual era a realidade brasileira antes de 1930, selecionei algumas fotos que demonstram qual era a realidade do Brasil do ponto de vista da economia antes de 1930; e claro, nós não temos tempo pra abordar com a profundidade necessária toda a característica socioeconômica e política do Brasil pré-1930, da chamada República Velha, mas é preciso compreender esse passado para entender qual foi a proposta introduzida

199 O conferencista utilizou recurso audiovisual auxiliar (*powerpoint*) para exibição de imagens e texto, os quais, por limitações quanto ao formato da obra, não serão aqui reproduzidos, mas a supressão operada não prejudica o entendimento da conferência. Algumas referências feitas pelo conferencista quanto ao tempo de apresentação foram suprimidas para melhor objetivação do texto.

a partir de 1930, quando menos com aqueles três decretos que foram editados por Getúlio Vargas tentando conformar a organização sindical no Brasil. Decretos que ao fim e ao cabo produziram aquele efeito de captura, de supressão da liberdade, de captura dos sindicatos que foram considerados órgãos de colaboração com o Estado, exercentes de funções públicas delegadas, sindicatos com estatutos regulados em lei, eleições fiscalizadas e, sobretudo, sindicatos financiados pelo poder público.

Fundamentalmente o cenário pré-1930 da nossa sociedade brasileira está aí pontuado em vários itens, eu não pretendo obviamente cansá-los com análises singularizadas, mas é importante lembrar que a economia brasileira era marcada pela monocultura, exportação do café, sobretudo, no Sudeste também, em cana-de-açúcar, um processo econômico marcado por uma população essencialmente situada no campo. No Nordeste, por exemplo, eram os ingleses que eram responsáveis pela intermediação das transações envolvendo cana de açúcar; no Sudeste, diferentemente, foram os cafeicultores paulistas que intermediavam essas transações e por isso conseguiram amealhar grandes fortunas que posteriormente acabaram financiando o processo de industrialização brasileira.

Mas o que nós observamos é que tivemos efetivamente no período pré-1930 uma organização sindical livre. Foram dois os decretos, em 1903 e 1907, que procuraram regulamentar a sindicalização, primeiro a rural e depois a urbana, e nós também sabemos que antes de 1930, em um ambiente de absoluta anomia, de ausência de regulação legal para as relações de trabalho no Brasil, existia uma espécie de vale tudo no âmbito das relações do capital e trabalho. Imigrantes vieram ao Brasil, mais de 52 países emprestaram ao Brasil os seus cidadãos, basta observar os sobrenomes de muitos dos que aqui estão presentes, Arion Mazurkevic, doutor Ricardo Pozzolo, enfim, a origem europeia, italianos, poloneses, portugueses, espanhóis, foram os imigrantes que ajudaram a formar a classe operária brasileira, especialmente os italianos. Os italianos que trouxeram a prática sindical muito mais organizada, anarquista, revolucionária e que tomaram determinados segmentos do mercado de trabalho no Brasil levando o próprio poder público a editar depois de algum tempo a chamada Lei de Nacionalização do Trabalho, lei de proteção ao mercado de trabalho para os brasileiros, para os nacionais.

É interessante notar, que, por exemplo, na constituição civil, quatro quintos dos postos de trabalho eram ocupados por italianos. Isso gerou obviamente uma reação grande e o poder público acabou editando a Lei da Nacionalização do Trabalho, a chamada Lei dos Dois Terços. Ainda é interessante notar que nesse período pré-1930 muita agitação aconteceu, os sindicatos com as suas pautas revolucionárias, anárquicas, sindicatos também com pautas conservadoras, tradicionalistas, católicas, sindicatos com viés pragmático, vocacionados apenas à defesa dos interesses profissionais dos seus representados, mas eram sindicatos absolutamente livres, sindicatos que definiam as suas pautas e que lutavam para a realização da digni-

dade dos trabalhadores. É interessante notar também que sindicatos que não se limitavam a buscar tutelar os representados na relação capital trabalho. Sindicatos que montavam bibliotecas, sociedades de mútuo, sociedades de dança, clubes de leitura, enfim, eram sindicatos que efetivamente funcionavam como agremiações que transcendiam a relação capital trabalho.

Mas tivemos momentos de greve, momentos de agitação social, foram muitos os episódios que conformaram a chamada questão social no Brasil. Acho que todos se recordam que houve um Presidente, o Washington Luís, que entendia a questão social como um caso de polícia e era preciso então que o Estado interviesse não para reprimir, mas para a regular. E, claro, tivemos durante (o) período entre guerras, crises econômicas na Europa, isso acelerou o processo de migração. Tivemos, é interessante observar nas imagens, em São Paulo, como as pessoas se trajavam de forma bastante típica europeia, como os trabalhadores se conduziam com as suas bandeiras de luta. Greve geral em São Paulo em 1917. Essas imagens apenas objetivam demonstrar que no Brasil pré-1930, quando havia um ambiente de liberdade sindical absoluta, havia sim a luta sincera, espontânea, pela construção de relações dignas de trabalho.

Aqui, algumas das pautas desses trabalhadores no período pré-1930: luta pelo salário digno, combate ao excessivo horário de labor em condições degradantes e insalubres com mulheres e crianças, ênfase na formação da consciência de luta em defesa de interesses e princípios, tutela da vida social e da formação educacional, enfim, luta contra a expulsão dos sindicalistas estrangeiros, a chamada a aplicação da Lei Adolfo Gordo, uma lei de 1907. Enfim a história é muito rica em demonstrar eventos, fatos que justificaram o projeto político que foi introduzido no Brasil a partir de 1930 com ascensão de Getúlio Vargas ao poder.

Como eu disse ainda há pouco, nós tivemos três decretos editados na década de 30 que foram gradativamente suprimindo a autonomia e a liberdade dos sindicatos no Brasil. Os sindicatos eram agremiações completamente livres e foram gradativamente sendo capturadas pelo Estado até o decreto de 1939 que acabou introduzindo uma série de regras que estão presentes ainda hoje no texto da Consolidação das Leis do Trabalho.

É interessante observar, eu sempre defendi que com o advento da Constituição de 1988 todas as regras da CLT ligadas à organização sindical não foram recepcionadas. E não foram recepcionadas por quê? Porque a liberdade sindical é absolutamente incompatível com a regulação total e absoluta da organização sindical no Brasil. Claro, nós poderíamos aqui discutir a questão do custeio sindical, particularmente o chamado imposto sindical ou a contribuição sindical compulsória que o inciso IV do artigo 8º da Constituição parece ter preservado, mas ainda assim eu sustento que aquela regra constitucional não fixa um compromisso com a contribuição sindical compulsória e por isso por lei ordinária pode ser inclusive suprimida. Essa foi uma tese defendida no CONAMAT de 2010 que foi aprovada e que parece ter caído aí no esquecimento, mas é uma tese da ANAMATRA em

um CONAMAT que foi apresentado pelo juiz Cristiano Siqueira e por mim e que foi aprovada depois de um intenso debate, especialmente travado com os colegas do Rio Grande do Sul.

Mas o fato objetivo é que nós tivemos ao longo da década de 1930 esse processo de captura da organização sindical no Brasil e ainda em 1932 a edição de um decreto que buscou regulamentar a negociação coletiva. Já se estabelecia ali a previsão de astreintes, já se fixava a ideia de ultratividade, já se aplicava a teoria da imprevisão. É importante lembrar que a Constituição de 1934 no seu artigo 120, parágrafo único, assegurou a liberdade, a pluralidade sindical, mas o próprio decreto que foi editado em 1934, pouco antes do advento da Constituição, acabou suprimindo na prática a possibilidade de os sindicatos se institucionalizarem, porque exigia pelo menos um terço dos integrantes da categoria para que fosse constituído um sindicato, então era uma pluralidade limitada no máximo a três entidades sindicais. Mas foi o decreto de 1939 que lançou a pá de cal na organização sindical brasileira tornando-os de maneira definitiva órgãos paraestatais, sindicatos *chapa branca*, cuja função maior não era a negociação coletiva. E por que isso? Porque a organização, o sistema normativo trabalhista, que foi idealizado por Oliveira Viana, Mauricio de Lacerda, Evaristo de Moraes, entre outros, era um modelo fixado num tripé, um direito individual interventivo que deixava pouquíssimo espaço para que os atores sociais pudessem diretamente negociar, o que era compreensível para o contexto da época. Um direito coletivo em que os sindicatos figuravam, como disse ainda há pouco, como órgão de colaboração com o Estado em que a negociação coletiva tinha uma função secundária de ampliação dos direitos previstos em lei e uma Justiça do Trabalho dotada de um poder normativo, voltado a sufocar, no mais curto espaço de tempo possível, as greves e os conflitos coletivos. Era um sistema que negava o conflito, um sistema que entendia o conflito como um recurso antissocial e nocivo aos superiores interesses da nação. Era essa a exata dicção da Constituição Polaca, a Constituição de 1937, e que, portanto, deveria o conflito ser imediatamente subtraído com a atuação de um órgão público que no caso foi a Justiça do Trabalho. E é por isso que nós sustentávamos que o poder normativo jamais foi exercício de jurisdição típico, mas uma função política delegada ao Estado para intervir em uma esfera privada de relações coletivas de trabalho superando conflitos coletivos. Mas enfim tivemos esse cenário ou esse tripé conformando a legislação trabalhista no Brasil.

Eu, neste powerpoint que obviamente fica à disposição de todos, eu procuro listar alguns dos temas que foram tratados no decreto de 39 pra avançar, chegarmos logo à Constituição de 88 que, como sabemos, proclama a liberdade sindical. Diz que o Estado não pode interferir, mas deve controlar a unicidade. Só pode haver um sindicato representativo da mesma categoria em base territorial mínima equivalente à área de um município. A mesma Constituição conferiu ampla legitimidade aos sindicatos para a defesa de interesses individuais e coletivos em questões judiciais

ou administrativas e como disse, ainda sugeriu a prevalência ou a subsistência do custeio estatal dessas organizações sindicais.

Quando nós procuramos a literatura da época, examinar o que aconteceu em 1988, é interessante notar que as organizações sindicais no Brasil quase romperam de maneira absoluta com essas amarras corporativistas da unicidade e do custeio público. Houve um grande congresso na Praia Grande em São Paulo em que se entendeu que a manutenção dessas duas travas deveria ser transitória, deveria permitir apenas a transição para um novo sistema, uma nova realidade e nós sabemos que lamentavelmente as organizações sindicais não conseguiram avançar, e isso ficou evidente com a repulsa à proposta de emenda constitucional que foi gestada no âmbito do Fórum Nacional do Trabalho. Um trabalho, aliás, muito bem conduzido, muito bem feito, em uma tentativa de transição para um novo cenário em que os atores sociais poderiam assumir o maior protagonismo na relação capital trabalho.

É ainda interessante notar que muitos não percebem o sentido da Emenda Constitucional 45 quando introduziu a chamada cláusula do comum acordo para a propositura de dissídios coletivos. Aquela previsão do artigo 114, § 2º, foi pensada em conjunto, em paralelo, com a proposta de emenda constitucional gestada no Fórum Nacional do Trabalho. Como não houve avanço, o sistema ficou falho, o que levou o TST a retificar a Súmula 277 tentando reequilibrar o jogo. Seja como for, o fato objetivo é que a Emenda Constitucional 45 quando introduz a cláusula do comum acordo, desvelou a natureza essencialmente política do chamado poder normativo que nunca foi exercício de jurisdição, embora um processo político trabalhado, operado, implementado mediante um procedimento judicialiforme. Mas ainda voltando à Constituição, tivemos a liberdade sindical reconhecida e ainda a questão da representação da categoria a partir de regras de proteção aos dirigentes sindicais. Direito de greve foi amplamente reconhecido, inclusive reservando-se aos trabalhadores a autonomia pra definir quais seriam os interesses que por meio da greve poderiam ser defendidos. Aí surge um debate que o TST enfrenta de tempos em tempos que é a chamada greve política. O TST não considera lícito o exercício de direito de greve para a defesa de interesses que não estejam atados à relação capital trabalho. E ainda nós também sabemos que houve a previsão no artigo 11 da representação dos trabalhadores no local do trabalho, o que seria absolutamente essencial para que se promovesse o entendimento direto entre trabalhadores e empregadores. Há uma disputa, nós sabemos, de que esse espaço de representação deveria ou não ser ocupado pelas entidades sindicais, mas é uma questão ainda a ser debatida.

Quando nós falamos, enfim, em modelos de regulação de relações de trabalho, nós somos chamados a enfrentar as três formas que a Organização Internacional do Trabalho identifica no mundo: um modelo liberal, um modelo de absoluta abstenção do Estado que deixa os atores sociais absolutamente livres para construir como bem entenderem as regras que vão reger suas vidas, modelo próprio dos países de tradição anglo-saxã, e que consagram uma espécie de *laissez faire, laissez passer* coletivo.

Temos um modelo exatamente oposto que é um modelo interventivo, que foi o praticado entre nós até recentemente, em que o Estado disciplina absolutamente tudo da vida capital-trabalho, desde o instante em que se celebra o contrato de trabalho até os efeitos que decorrem da sua dissolução, e nesses âmbitos de intervenção a negociação coletiva cumpre uma função secundária, não uma função central, porque a lei já estabelece os direitos que devem ser observados. Claro que a negociação pode avançar, mas o espaço não é tão amplo, tão grande porque - o que aconteceu no Brasil é emblemático disso - o legislador já concedeu praticamente todos os direitos que poderiam ser pensados. E finalmente um modelo ideal, um modelo democrático, um modelo em que o Estado não se abstém em absoluto, um modelo em que o Estado cria condições para que a negociação coletiva possa florescer, vicejar de forma virtuosa e profícua, que é o modelo em que o Estado cria regras de estímulo à negociação coletiva e que igualmente define e pune condutas antissindicais. É o modelo que nós precisamos avançar pra construir no Brasil. E nós temos obviamente na CLT uma regra, a regra do artigo 616, que estabelecia o dever de negociação, dever de negociação que com o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, com a introdução da cláusula do comum acordo, parece ter sido não recepcionado, porque ali está dito, como nós todos sabemos, que as partes podem se recusar à negociação coletiva ou à arbitragem, quando na verdade princípios informativos da teoria geral dos contratos, a concepção própria da função social da propriedade, a ideia de que capital e trabalho são duas faces de uma mesma moeda como já proclamava a encíclica *Rerum Novarum*, o princípio da boa-fé objetiva que também é informativo da teoria geral dos contratos, especialmente nas relações de trato sucessivo, impõe que haja sem dúvida alguma permanente diálogo entre os atores sociais.

Mas o Brasil, em razão da preservação da unicidade sindical, em razão do custeio sindical ter sido igualmente considerado recepcionado, nós vivemos um modelo de semicorporativismo. E esse modelo semicorporativista foi posto à prova com o advento da Reforma Trabalhista. Na CLT, como nós sabemos, existem requisitos obrigatórios das normas coletivas e é interessante que entre esses requisitos obrigatórios na alínea “g” do artigo 613 está dito que são elementos constitutivos obrigatórios do negócio coletivo a previsão de direitos e deveres. Significando dizer, segundo a leitura que extraio e que não é mais chancelada, a negociação coletiva jamais poderia ser utilizada com o propósito único de reduzir direitos, porque é da essência da negociação coletiva a existência de contrapartidas, mas nós sabemos que a Reforma Trabalhista cuidou do tema, mais à frente nós iremos abordar esse assunto.

Procurou demonstrar também que a CLT disciplinou absolutamente a negociação coletiva no Brasil como efeito, como resultado daquela visão interventiva que pautou a implantação do direito do trabalho no Brasil. E aqui já nos aproximando do mérito dessa nossa exposição, entramos no tema da negociação coletiva, da prevalência, da possibilidade que ela prevaleça sobre o legislado. Não é possível discutir esse assunto, examinar essa matéria sem considerar, sem revisitar o emblemático julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 590.415, o

rumoroso caso BESC. Acho que todos já lemos, eu pelo menos devo ter lido esse acórdão umas cinco vezes, e o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que foi elogiado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, promove um resgate desse nosso sistema de regulação das relações entre capital e trabalho. Independentemente de concordarmos ou não com as teses ali preconizadas, nós sabemos que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição. Diria um colega muito querido: ele tem o direito de errar por último. Mas errando ou não, bem ou mal, o fato objetivo é que o Supremo diz em última instância qual é o significado da Constituição, das normas constitucionais. E o Supremo disse: a negociação coletiva no Brasil deve ser levada a sério. O Supremo, nesse julgamento que foi posteriormente reproduzido pelo Ministro Teori Zavascki em um outro rumorosíssimo caso, o RE 895.759, o chamado casos das horas *in itinere*, da supressão mediante contrapartidas, o Supremo, a Segunda Turma, reafirmou essa tese, a tese de que a negociação coletiva pode prevalecer sob a lei. Não basta que o direito, as horas *in itinere*, previsto no artigo 58, parágrafo 2º da CLT esteja, como disse, legalmente previsto, para torná-lo imune à negociação coletiva. Essa é a tese da chamada adequação setorial negociada. Como nós sabemos, a grosso modo nós podemos definir a adequação setorial negociada como a compreensão doutrinária segundo a qual uma vez inscrito em lei, o direito se tornaria imune à negociação coletiva, salvo se fosse pra ampliar os níveis legais de proteção. Seria mais ou menos reconhecer que a absorção de um direito por norma jurídica o tornaria gravado com a nota da indisponibilidade absoluta e aí nós caminhamos para uma outra reflexão interessante: indisponibilidade absoluta, relativa *versus* irrenunciabilidade. Me parece que nos últimos dez ou quinze anos houve uma ascensão da escola trabalhista doutrinária mineira em detrimento da escola paulista do direito do trabalho. A minha geração estudou nos manuais, livros clássicos de Arnaldo Süssekind, Segadas Viana, Délio Maranhão, Amauri Mascaro Nascimento, Octavio Magano Mesquita, quem mais? Enfim, e houve a ascensão de grandes doutrinadores de Minas Gerais, especialmente o querido colega Maurício Godinho Delgado, que veio gradativamente, se nós estudarmos várias edições do seu curso de direito do trabalho, poderemos perceber que a ideia da adequação setorial negociada ela veio sendo maturada gradativamente para chegar a esse instante em que a negociação coletiva só poderia cumprir uma função de ampliação. Uma vez que o direito tivesse previsto em lei, jamais seria possível à negociação regulá-lo de forma diversa da lei salvo se, como dito, para ampliar, jamais para tratar de forma diferente, ainda que em um contexto de negociação coletiva, com concessões recíprocas e a ideia da teoria do conglobamento. Ou seja, se nós temos uma cláusula perniciosa, negativa, que reduz um direito legalmente previsto, supõe-se, é da lógica da negociação, que haja uma contrapartida em algum momento daquele instrumento negocial. E o Supremo Tribunal Federal, nesses dois julgamentos, disse que não é a Justiça do Trabalho, não somos nós juízes do trabalho, que deveremos exercer juízos de conveniência e oportunidade acerca da adequação da celebração daquelas regras ou da aceitabilidade ou não das conces-

sões recíprocas que foram materializadas no instrumento coletivo. É óbvio, nós não podemos negar, que existem direitos, estes sim, verdadeiramente indisponíveis, direitos infensos à negociação coletiva que são assinatura de carteira, salário maternidade, vínculo com a Previdência Social, salário mínimo e etc. E o artigo 611-B define quais são os direitos efetivamente indisponíveis. E nesse sentido eu antecipo a minha visão e aqui uma ressalva, porque cada qual de nós, examina os fenômenos sociais, os fatos da vida, a partir do local em que está situado. Lá no TST o que eu verifico nesse âmbito de negociação coletiva é que os atores sociais não aceitam a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho posta na Súmula 444, posta na Súmula 423. Jurisprudência sumulada, pacificada, tem sido reiteradamente desafiada em acordos e convenções coletivas de trabalho, muitos dos quais firmados por entidades representativas, legítimas, combativas. Tivemos um caso recente de RMNR, um julgamento acho que todos aqui puderam acompanhar ou tiveram notícia, resolvido em uma votação apertadíssima por 13 a 12, eu integrei a corrente vencida, mas a vontade coletiva, o real significado daquela cláusula segundo o fartíssimo material que nos foi apresentado, era inequívoca. Se havia algum vício, alguma violação ao princípio da isonomia, não seria onerando ainda mais a Petrobrás, mandando apurar os adicionais gravosos, penosos, enfim, e aqui talvez esteja caminhando em um terreno pantanoso, porque cada qual de nós tem a sua própria convicção, eu apenas estou afirmando que a vontade dos atores coletivos devia ser respeitada e se havia algum vício, dever-se ia retroceder, corrigir o equívoco, subtraindo de quem não tinha o direito à inserção dos adicionais ou do valor relativo aos adicionais em razão do trabalho penoso, insalubre, perigoso, da base de cálculo daquela remuneração mínima, enfim. Mas o que eu chamo a atenção é que, gostemos ou não, o Supremo Tribunal Federal sinaliza de maneira clara, primeiro: a negociação coletiva deve ser levada a sério; segundo, não pode a Justiça do Trabalho interferir na autonomia negocial coletiva salvo quando houver disciplina em torno de direito indisponível. Era o que o Supremo vinha decidindo e essa posição do Supremo nos impunha, enquanto magistrados, especialmente ao TST, a revisão da adequação setorial negociada. Eu tentei propor algumas leituras antes mesmo do envio pelo Poder Executivo do Projeto de Lei 6787, porque nós não podemos achar que temos o monopólio da virtude em um modelo social democrático; nós temos o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Evidentemente a democracia com a sua lógica da soberania popular e do princípio majoritário produz normas jurídicas que vão ser interpretadas e aplicadas pelo Poder Judiciário, e o Poder Judiciário funciona como garante do processo democrático, como o tutor dos direitos fundamentais, então nós temos aparentemente um conflito entre democracia e constitucionalismo social. Como é que se resolve esse impasse? Nós temos o poder de declarar a inconstitucionalidade de normas que violem, conflitem com princípios e regras, valores presentes no texto constitucional. É uma competência reconhecida entre nós, aliás, o nosso sistema, existe um modelo difuso, um modelo concentrado e eu às vezes brinco dizendo que o nosso modelo é o modelo confuso

de constitucionalidade, porque conjuga os dois e ao fim e ao cabo nós percebemos que na operacionalização prática desse modelo, sobrevêm muita insegurança jurídica que é outro valor constitucional importante.

A segurança jurídica foi tratada aqui, salvo engano quando se discutiu o sistema de precedentes, a questão da interpretação foi tratada aqui por um dos luminares da filosofia no Brasil, que é o professor Tércio Sampaio Ferraz. O que nós precisamos perceber é que a declaração de inconstitucionalidade não é algo que deve ser banalizado, nós não podemos invocar um princípio constitucional, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, de baixa densidade normativa, que é um valor moral sobretudo, pra dizer que o artigo específico da reforma é inconstitucional. Existem opções que são próprias, exercidas pelo poder legislativo, as inconstitucionalidades devem ser evidentes, manifestas. Eu não posso, porque o princípio é uma norma aberta de conteúdo semântico e determinado, identificar o sentido do princípio da dignidade humana e substituir o critério do legislador por um critério que eu como juiz considero ideal. Com todo o respeito, não me parece ser esse o papel dos juízes quando interpretam normas de conteúdo principiológico e nós temos princípios que são muito abertos. Os princípios todos sabemos que desempenham funções relevantes e uma delas é a função interpretativa, é a função normogênica e a função supletiva. E aí o professor Tércio deve ter falado sobre teorias da interpretação, teorias da argumentação jurídica, a confusão que se estabelece nesse momento de neoconstitucionalismo em que cada qual de nós com o poder da caneta, agora do certificado digital, produz norma, invalida atividade do Poder Legislativo, desconsidera uma súmula do Tribunal Superior do Trabalho, uma jurisprudência consolidada, porque não concordamos. Um dia desses o Ministro Renato, vice-presidente do TST, se confessava muito preocupado, porque nós estamos aprendendo a operar com um sistema de precedentes no Brasil e a SDI 1, a Subseção 1 do TST, em razão da alternância de um dos seus membros, indicava a alteração da jurisprudência em relação a determinado assunto que envolvia a aplicação ou não da regra da CLT alusiva a intervalo para os trabalhadores em minas, para os mineiros. Decidiu-se dois meses antes que não se aplicava a regra da CLT. Houve a troca da composição, a matéria volta a debate, se decide e se aplica. A só troca de composição legitima a mudança da jurisprudência? Me parece que não. E é por isso que nós precisamos estudar muito, eu tenho sempre estimulado os colegas a debater esses assuntos, porque a segurança jurídica é um valor importante e a segurança jurídica exige cautela, prudência, respeito à democracia. Se não há uma inconstitucionalidade chapada, manifesta, evidente, inescusável, nós não podemos, invocando um princípio, o horizonte axiológico presente no artigo 7º da Constituição é a melhoria da condição social do trabalhador, mas qual é o modelo ideal que vai permitir a melhoria da condição social do trabalhador? É um modelo interventivo da CLT? Do Estado Novo? É o modelo da negociação coletiva? Pode ser. Nós precisamos vivenciar essas novas regras, ir corrigindo rumos pontualmente, mas negar objetivamente que as novas regras que aí estão devem ser aplicadas me parece um equívoco manifesto, me

parece romper com a noção de legalidade, de separação dos poderes, de democracia, de equilíbrio, que deve orientar a atuação dos órgãos do Poder Judiciário.

Como eu disse, quando o Supremo Tribunal Federal julgou os dois casos, o TST deveria ter se debruçado sobre o princípio da adequação setorial negociada, deveria ter observado que os atores sociais se negam a aceitar a jurisprudência do TST. Comentava ainda há pouco com o colega, amigo querido Reginaldo, um caso emblemático de uma empresa siderúrgica de Minas Gerais, a ALCOA, que estabeleceu um acordo coletivo introduzindo um regime horário, 2x2x4, os trabalhadores cumpriam 10 horas e 45 minutos iniciando no período matutino, nos dois dias seguintes, 10 horas e 45 minutos, avançando no período noturno e folgavam quatro dias. A tese apresentada era da contrariedade à Súmula 423 que é aquela que permite a ampliação via negociação coletiva da jornada em turnos ininterruptos de revezamento de seis para oito horas. E a sétima turma validou a negociação coletiva e o fez por quê? Porque considerou que os empregados, primeiro, se manifestaram de forma legítima em assembleia democraticamente conduzida pela entidade sindical. Segundo, havia vantagens, eles trabalhavam 156 horas mensais, recebiam 220 horas mensais; todos os trabalhadores que participaram da Assembleia aprovaram a celebração do acordo, não havia dúvida em relação à vontade coletiva da categoria, mas ações individuais foram propostas cada vez com maior frequência. Extintos os contratos vinham as ações impugnando a jornada estabelecida em acordo coletivo. E evidentemente em uma leitura que me parecia e me parece apressada da Súmula 423, muitos julgados invalidavam o regime e deferiam horas extras a partir da sexta diária. Evidentemente não é esse o papel da negociação coletiva e aqui o paradoxo que eu chamo a atenção: a negociação coletiva no Brasil até recentemente com esse sentido de adequação setorial negociada não resolvia conflitos; antes os estimulava. É claro que nós poderíamos aqui desenvolver considerações, digressões sobre a baixa representatividade dos sindicatos, se é patológico, que tem causa na unicidade, que tem causa no custeio oficial, mas nós não podemos negar a relevância das organizações sindicais. Às vezes é preciso que haja traumas para que o novo nasça. No Brasil, essa história de captura dos sindicatos a partir da década de 1930, fez com que as organizações sindicais se descolassem das bases, muitas delas evidentemente, das bases. Os sindicatos no Brasil equiparados a cartórios não se preocupavam com os associados, o sindicato não pode ser um prior, um antecedente da categoria, aliás, é o contrário, o Brasil pré-1930 demonstrou isso, a história mundial demonstra que a institucionalização do movimento social em organizações sindicais não pode ser imposta, ela é fruto de um sentimento anímico de pertinência da necessidade de mudança, da luta contra a iniquidade, contra a desigualdade, contra a injustiça social. O sindicato não pode existir descolado das bases. Isso é um absurdo, um paradoxo. Tivemos exemplos no Brasil de greves, São Paulo, Rio, metroviários, coleta de lixo urbano, trabalhadores de transporte urbano, rodoviário, greves que pararam Rio e São Paulo, sindicatos negociavam e a categoria não voltava ao trabalho, mostrando o que no Brasil? Um fosso absoluto entre as lideranças sindicais e as categorias representadas. O que a Reforma faz quando, por

exemplo, convola em facultativa a contribuição sindical compulsória, é tentar fazer com que as lideranças sindicais se aproximem das bases, justifiquem as suas posturas, as suas ações, construam a própria legitimidade. Esse é o recado que me parece mais evidente da reforma trabalhista no capítulo alusivo ao custeio.

Em primeiro lugar, o que a Reforma Trabalhista faz a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal é colocar em xeque aquela ideia da flexibilização mitigada, da flexibilização apenas possível em contextos de crise econômica, da flexibilização que não afasta o império da legislação posta pelo Estado. Artigo 7º, inciso VI, XIII e XIV da Constituição. Fixação de jornada em marcos distintos do previsto em lei e redução de salários. O debate em torno do sentido da Constituição me parece superado a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal. E nesse sentido tentando fazer com que os atores sociais, os atores coletivos, assumam essa responsabilidade moldando as regras que devem reger as suas vidas, o legislador trouxe um princípio novo, um princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, que é o que o Supremo anunciava. A Justiça do Trabalho não pode exercitar, em substituição à categoria, juízos de conveniência e oportunidade em torno do conteúdo das normas, das concessões que são produzidas em acordos e convenções coletivas de trabalho. Princípio da adequação setorial negociada, claramente superado. É superado por quê? Porque o legislador agora expressamente, a expressão é ruim, parece uma daquelas expressões contaminadas, como neoliberalismo, o negociado sobre o legislado é um debate que surgiu na década de 90 que foi contaminado, mas o que se pretende na verdade é que haja mais responsabilidade, mais autonomia, o que não exclui evidentemente a aplicação da própria lei na ausência de norma coletiva.

E por fim a discussão em torno do papel da negociação coletiva de acordo com o princípio da adequação setorial negociada só para ampliar, agora não, agora é para dispor como bem entenderem os atores sociais. E entramos aqui no artigo 611-A que tem alguns problemas, e acho que os principais problemas na disciplina legal do que pode e do que não pode ser negociado, dizem respeito à jornada de trabalho. O tema jornada de trabalho é um tema delicadíssimo, é um tema sensível, nós sabemos que o legislador quando estabeleceu limites máximos, embora admitindo eventuais horas extras, o fez considerando aspectos sociais, aspectos biológicos, aspectos econômicos, especialmente, por quê? Porque nós precisamos resgatar uma promessa constitucional que é a do pleno emprego. Quanto mais horas extras se presta, menos postos de trabalho são gerados, então quanto mais horas extras, menos empregos, quanto mais horas extras, menos convívio social do trabalhador com seus familiares, quanto mais horas extras menos possibilidade da chamada vida de relações, quanto mais horas extras mais acidentes do trabalho e, portanto, o tema relativo à jornada, intervalo, limites, é um tema muito delicado. Não por outra razão, a primeira Convenção da OIT cuidou de jornada de trabalho. A limitação da jornada sempre foi a principal bandeira de luta da classe trabalhadora na sociedade capitalista. Outro problema: enquadramento do grau de insalubridade. Aliás, a insalubridade eu tenho defendido é um tema que deveria nos envergonhar. A Constituição diz que é um direito do tra-

balhador receber adicional de insalubridade. A mesma Constituição diz que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. É como se a Constituição legitimasse a compra, a transação da saúde do trabalhador. A saúde é um bem indisponível. Se pode agora negociar, será que se pode realmente negociar grau de insalubridade? No atual momento que nós vivemos de tantos avanços tecnológicos? Talvez se justificasse lá em 1943, lá em 1930 em algumas formas de produção, sujeitassem o trabalhador, talvez se justificasse, porque não havia equipamentos de proteção, mas hoje nós devemos combater a insalubridade, ela tem que ser proscrita, tem que ser banida, mas o legislador reafirma a possibilidade da negociação em relação ao grau de insalubridade. Também a prorrogação da jornada em ambiente insalubre sem licença prévia das autoridades do Ministério do Trabalho.

Em cinco parágrafos no artigo 611-A foram introduzidas também outras características importantes, que em larga medida desconstroem a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Chamo a atenção para a primeira delas, segundo a qual a inexistência de contrapartidas recíprocas não enseja a nulidade do negócio coletivo. Quando há pouco nós vimos que é da essência da renovação, concessões recíprocas, direitos e deveres, a transação coletiva deve evidentemente promover a acomodação dos interesses, mas jamais simplesmente suprimir - é o que penso - os parâmetros legais. No § 4º: aqui um efeito civilista típico, se eu invalido uma cláusula de um acordo coletivo, a correspondente vantagem deve igualmente perder a sua eficácia. É uma trava que se estabelece na tentativa de preservar a teoria do congelamento. E finalmente o § 5º, os sindicatos subscritores de convenção ou acordo deverão participar como litisconsortes necessários em ação individual ou coletiva na qual se busque a anulação de cláusulas desses instrumentos. Já imaginaram o gigantismo das assessorias jurídicas dos sindicatos? Há evidentemente problemas aqui de ordem técnico processual, porque a eficácia de uma decisão em uma reclamatória trabalhista, em uma ação individual é a eficácia inter partes, o litisconsórcio necessário é aquele que exige para a validade da decisão a citação de todos os interessados, todos aqueles que vão ter a sua esfera subjetiva de interesses afetada, sem o que a sentença é nula. Mas abstraindo essas questões, o que se pretende com essa disposição é que os sindicatos tenham também mais responsabilidade no instante da celebração de acordos e convenções coletivas de trabalho.

O 611-B, como nós sabemos, dispõe quais são as normas ou os direitos que efetivamente não podem ser negociados no sentido de supressão ou de redução e vem pontuando e no parágrafo único surge o problema central que me parece que vai suscitar muitos debates sob o ponto de vista constitucional, que é a assertiva de que regras sob duração do trabalho e intervalos não são considerados normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto nesse artigo. Eu pessoalmente acho que o legislador não andou bem, não andou bem porque nós sabemos que o intervalo interjornada, intrajornada, tem função biológica, não apenas social, até psíquica, e isso obviamente impacta a segurança do trabalho, mas é um debate ainda a ser travado nas ações que já devem estar sendo propostas. Aliás eu quero

aqui enaltecer a importância da atuação dos juízes de primeiro grau, dos desembargadores, porque no TST as coisas demoram a chegar e quando chegam, às vezes chegam de forma parcial, tópica, o enfrentamento das questões no TST às vezes não é o ideal. Especialmente agora que vivemos na era da transcendência em que introduziu-se um filtro de seleção de recursos com um elevadíssimo grau de discricionariedade que se não for bem compreendido e gerenciado pode acabar pondo em xeque a própria razão de ser do Tribunal Superior do Trabalho, que é a uniformização do direito no Brasil.

A reforma ainda trata do veto à ultratividade e define o prazo máximo de dois anos de vigência e finalmente estabelece que o acordo coletivo sempre deverá prevalecer sobre a convenção coletiva de trabalho. E a razão de ser é óbvia, porque o acordo é celebrado a partir das singularidades das condições específicas da empresa ou grupo de empresa signatário dessa negociação coletiva.

Acho que já cansei muito a todos com essas considerações, já é tempo de encerrar, e eu gostaria de dizer que nós sim vivemos o fim de uma era e o início de um novo momento. O sistema antigo ainda não morreu, isso está presente muito nos debates que se travam em torno da eficácia imediata, retroativa, questões não sumuladas, mas objeto de jurisprudência pacífica podem ou não serem decididas com base no novo critério legal. A negociação coletiva, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal, no caso das horas *in itinere*, disse que poderiam ser suprimidas ou negociadas livremente nos casos anteriores que já tramitavam em que a jurisprudência do TST tranquila, pacífica, reiterada, admitindo a transação até 50%, devem ser decididos de que forma? Com base no critério do TST ou com base no critério do Supremo Tribunal Federal? Nós podemos - esse é um debate muito interessante - nós podemos aplicar retroativamente diretrizes jurisprudenciais quando alteradas? O exemplo da Súmula 277: houve a mudança da súmula, em muitos julgamentos do TST ela foi aplicada para casos anteriormente propostos.

O que eu gostaria então de dizer ao ensejo dessa fala, dessa manifestação, é que temos todos uma grande responsabilidade histórica. Não podemos de um lado negar a vigência e a eficácia das novas regras, mas de outro devemos ter muito cuidado na pronúncia da inconstitucionalidade de muitas delas. Como eu disse, as questões ligadas à jornada de trabalho são centrais, são delicadas e talvez concentrem o foco das declarações de inconstitucionalidade. Nós podemos aqui também dizer, lembrando o Supremo Tribunal Federal, que já deu início ao julgamento da Ação Direta 5766, que a própria discussão em torno da gratuidade da justiça, a concepção do acesso à justiça, com os ônus que foram impostos a partir da nova legislação, pode ser declarada constitucional, o que nos impõe, gostemos ou não, uma postura prudente, de cuidado, de reserva, na construção dessas novas decisões.

Muito obrigado a todos pela atenção.

5.6 A modernização da Legislação Trabalhista e a Instrução Normativa 41/2018

Ministro Aloysio Corrêa da Veiga

Modernização da Legislação Trabalhista e a Instrução Normativa 41 do TST²⁰⁰

MINISTRO ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA²⁰¹

Honrado com o convite que me fez a Escola Judicial para compartilhar com os senhores as perspectivas do alcance da reforma trabalhista, notadamente no que concerne ao direito processual do trabalho e a efetividade do novo modelo legal, no cotidiano da vida dos atores do processo.

200 Conferência proferida na VIII Semana Institucional da Magistratura do Trabalho da 9ª Região, promovida pela Escola Judicial do TRT do Paraná, em Curitiba, no dia 11 de setembro de 2018. A transcrição do áudio foi feita por Mariana Rosa Morêto e a adaptação do texto transcrito pela juíza Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira.

201 Graduado pela Universidade Católica de Petrópolis. Ingressou na magistratura trabalhista como juiz do trabalho substituto em 1981, foi promovido a desembargador da 1ª Região, e tomou posse como Ministro do Tribunal Superior do Trabalho em 2004, onde participou e presidiu a sexta turma e integrou a seção especializada de dissídios individuais de 2005 a 2007. Atualmente compõe o Conselho Nacional de Justiça, é presidente da comissão permanente do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, é membro da comissão executiva nacional de concurso público, é professor honoris causa da Universidade Católica de Petrópolis e membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Compôs o Conselho Superior da Justiça do Trabalho no biênio 2012 a 2014, foi diretor da ENAMAT de 2011 a 2013 e presidiu a Comissão que elaborou a Instrução Normativa 41. Autor de diversos trabalhos jurídicos, livros e revisas especializadas.

O novo Código de Processo Civil traz, na sua essência, uma concepção do desenvolvimento da relação jurídico processual, a dar ênfase à cooperação para se obter, em tempo razoável, a decisão de mérito.

O tempo percorrido na Justiça do Trabalho, uma das vantagens do “ser veterano”, é a de ter participado da elaboração das instruções normativas do TST, desde os idos de 2004, quando da reforma do Poder Judiciário. O Tribunal Superior do Trabalho, naquela ocasião, editou a Instrução Normativa 27, realçando no direito processual, o pensamento da Corte responsável pela uniformização da jurisprudência em nível nacional.

A instrução normativa tem amplitude de abrangência e é o aceno para a jurisdição trabalhista de como o Tribunal Superior do Trabalho se manifesta sobre as questões que lhe são postas. A finalidade é procurar transmitir a coerência das suas manifestações, evitando, com isso, a dilação temporal do processo sem resultado útil.

Nem por isso as instruções normativas são imunes a críticas. Elas são naturais. Vêm na medida em que a proposta é orientar para o fim de aprimorar o resultado final do processo.

De fato, a orientação emanada do Tribunal Superior do Trabalho indicará critérios de interpretação e de alcance da norma jurídica.

A lembrança que tenho, por exemplo, da estrutura da Justiça do Trabalho quando da minha posse, no início da carreira de magistrado era a da pouca estrutura. Eu era juiz substituto no Rio de Janeiro. O Tribunal Regional do Trabalho da primeira região abrangia tanto o Estado do Rio de Janeiro como o Estado do Espírito Santo. Éramos 18 juízes substitutos para atuar em todos esses dois Estados na jurisdição trabalhista do Tribunal do Trabalho da 1ª Região. O corregedor dizia: “está faltando juiz nas Juntas de Conciliação e Julgamento” (na época, como eram designadas) – “nas juntas tais, tais, precisa de um juiz para a substituição. Vai lá e faz a audiência”. Mas como eu poderia fazer audiência em três lugares ao mesmo tempo? “Não tem outro juiz. – É o ônus da jurisdição”. E tínhamos que dar conta, atuar em três unidades de jurisdição, ao mesmo tempo.

Tudo isso, sofreu alteração ao longo do tempo, transformações significativas ocorreram nesse período. Críticas nós sempre recebemos, e em todas as críticas com relação a sua existência e a sua estrutura a Justiça do Trabalho saiu fortalecida. Não há de ser essa crise atual que enfraquecerá a instituição.

Por isso que cabe a nós, e nós somos os atores nesse momento, preservar a própria instituição Justiça do Trabalho, na medida em que nós a representamos, e isso, com certeza nos deixará mais fortalecidos. Fortalecidos pela união dos próprios juízes, fortalecidos pela atuação, fortalecidos por eventos como esse, que naturalmente congrega e reúne os juízes da região. Somos uma colmeia, mas aqui não é pra fazer cera, é para sairmos mais fortes pelo debate e pela atuação. De fato, é preciso que haja o fortalecimento e o crescimento com a amplitude do debate, e é através desse debate que nós vamos atuar aprimorando essas relações de trabalho e demonstrando, com ações proativas, o quanto é importante este segmento do Poder Judiciário.

Somos contemporâneos do momento em que está em pleno foco do cenário a reforma trabalhista – Ela veio anunciada como a redenção de uma crise. A reforma trabalhista tem sido criticada de uma maneira absoluta. Ela é vista por uns como solução e por outros como retrocesso.

É preciso enfrentar com profundidade a mudança do paradigma. É conhecer e retirar determinados mitos que se estabeleceram em torno do tema e analisar de maneira científica, sem paixões, a crítica dessa transformação. Nós temos o dever de retirar a paixão e verificar o que de fato representa toda esta mudança. Não é possível que uma reforma legal só tenha coisa ruim, ou que seja uma maravilha plena. Penso que não! A mudança legal é fonte da criação humana, vinda num momento de crise, onde grassam o desemprego e a informalidade. Tem a reforma coisas boas e tem coisas ruins. Vamos aprimorar aquilo que é ruim e, naturalmente, usufruir das coisas boas. Isso mediante uma construção jurisprudencial, séria e justa.

É verdade que a reforma trabalhista retirou direitos? – pergunta-se: Sem dúvida nenhuma, ninguém diz que não. Horas in itinere, estavam lá como uma norma legal, mas suprimiram. Agora, tudo isso é preciso entender dentro de um conjunto e não isoladamente. Não estou defendendo a reforma e nem atacando a reforma, apenas analisando sobre o prisma de um caráter impessoal. É preciso entender o seguinte: é significativo pontuar perdas isoladas? – Isso rompe com a estrutura? – A adoção do trabalho intermitente precisa de aperfeiçoamento? – A resposta é afirmativa. Temos modelos na doutrina comparada, que mostram, pelo menos, o acerto em determinadas situações, como em Portugal, por exemplo, em que o trabalho intermitente é utilizado para o primeiro emprego e para a famosa terceira idade. No primeiro emprego é adotado o trabalho intermitente, quando os acadêmicos das universidades precisam, nas férias, trabalhar. E na atividade intermitente, no período de alternância de atividade, a remuneração vem para vincular o contrato à empresa. Então há uma permanência do empregado vinculado a empresa. No período de atividade ele recebe o salário integral, no período de inatividade ele recebe 20%.

Essas alterações precisam ser aprimoradas e não odiadas como se fossem demoníacas.

Com relação ao aspecto do direito material, é preciso dizer que a CLT precisava de uma reforma, mas não é um modelo anacrônico. A reforma era necessária. Havia ainda regulação do trabalho do mecânico, coisa que já não mais existe. E a questão daquele operador dos correios que era o de telex, quem se lembra do telex? O telex já não existe mais, e havia uma jornada especial de trabalho de seis horas para os operadores de telex. Daí se vê a necessidade de uma modernização e atualização da legislação.

Nós vivemos um momento de transformação social, o país está em crise econômica. Não há como fazer afirmações absolutas: “a reforma trabalhista é o vetor da modernidade, é o vetor do crescimento econômico”! Não é verdade. Se reforma trabalhista gerasse emprego, bastariam dois dispositivos na lei nova: art 1º - Fica proibido o desemprego e art. 2º, revogam-se as disposições em contrário. Estaria solucionado o grande problema.

A crise econômica pressupõe um modelo que está ultrapassado, mas que não é de agora, é de muito tempo, chamado falta de política de geração de emprego. Nós temos uma extensão territorial continental sem as intempéries de outros países, em que nós poderíamos desenvolver diversas atividades. Mas temos, por exemplo, uma malha ferroviária sucateada, inexistente, uma malha fluvial inoperante, um transporte marítimo precário, rodovias altamente precarizadas e sem atender à necessidade de escoamento da riqueza do país. Programas de habitação popular que não existem. Na realidade, tudo isso são fontes de geração de emprego, e se houver uma política pública séria de geração desse tipo de atividade econômica, haverá, sem dúvida nenhuma, emprego. O emprego gera o consumo; o consumo aumenta a atividade de produção, fomentando o crescimento da indústria e comércio. Isso é um moto contínuo. E nós, do Poder Judiciário, seremos cada vez menos demandados para resolver conflitos, por que haverá possibilidade de motivar o maior cumprimento das obrigações assumidas, voluntariamente.

Afirmam alguns que “nunca na história desse país houve uma mudança tão radical da legislação do trabalho pondo em risco os direitos fundamentais sociais”. Não é, também, uma verdade absoluta.

A maior modificação ou reforma trabalhista que existiu no Brasil, deu-se em 1966 com a adoção da Lei do Fundo de Garantia, porque ela mudou o paradigma. A Lei do Fundo de Garantia - Lei 5.107/66 – afetou, em substância, a garantia da continuidade estável da relação de emprego.

Até então, a relação de emprego era protegida contra a despedida arbitrária, sem justa causa. Depois de dez anos no emprego, o trabalhador era estável. Com a Lei 5.107 as relações de emprego não mais eram estáveis, podendo o empregado ser demitido em qualquer tempo. Essa foi sim uma grande transformação da legislação trabalhista. Transformações sempre existirão. Basta dizer que a sociedade está em constante evolução.

Não se pode criticar a reforma quanto a sua legitimidade. É preciso não esquecer que nós elegemos o Congresso Nacional. Foi lá que se discutiu a reforma trabalhista e onde ela foi aprovada, submetida ao rito do processo legislativo. São nossos representantes. A reforma tem origem no poder legitimado e investido da autoridade para exercer a sua função. A reforma trabalhista obteve a aprovação nas duas casas legislativas. Ao intérprete, sem prejuízo da interpretação fundamentada, resta o cumprimento da lei que ele jurou cumprir.

Com relação à questão processual, tema que foi objeto da Instrução Normativa número 41, destaca-se que ela, a Instrução Normativa 41 do Tribunal Superior do Trabalho, é fruto de uma comissão instituída e composta de oito ministros a qual eu tive a honra de presidir, onde nós debatemos toda a estrutura da reforma do processo e se estabeleceu um método capaz de acenar com o procedimento necessário a garantir o ato processual, juridicamente perfeito e a segurança da irretroatividade da lei, assim como se estabeleceu quando da Instrução Normativa número 27, referência para a Emenda Constitucional 45.

A comissão de ministros propiciou o debate de cada um dos componentes para, após, ouvidos todos os integrantes do Tribunal Superior do Trabalho, chegar a um denominador comum com relação a esse aspecto.

Quanto aos limites da atuação dessa comissão, havia uma pretensão de que a comissão se manifestasse sobre toda reforma trabalhista, inclusive na questão de direito material. E, nós entendemos que a questão de direito material não poderia ser resumida a uma normatividade sem que partisse da sua fonte de origem que era a interpretação jurisprudencial, e essa interpretação jurisprudencial, ela partiria, desde o primeiro grau de jurisdição, na construção da interpretação do alcance da reforma trabalhista no conteúdo do direito material.

Todo o trabalho foi permeado nessa direção, consenso entre os componentes da comissão, por metodologia, segundo a qual, não seria objeto de regulamentação os dispositivos da nova lei que ensejassem a alteração interpretativa ou jurisprudencial de direito material, diante da necessidade da manifestação para que a jurisprudência, uniforme e coerente, fosse capaz de zelar pela solução justa e equilibrada dos conflitos de interesse.

É certo que a instrução normativa não tem caráter vinculante, nem poderia ter, e nunca nenhuma instrução normativa se propôs ter caráter vinculante. Quando o Tribunal Superior do Trabalho se manifesta sobre determinado tema, há sempre uma certa e natural resistência. No entanto, essa é a opção constitucional. Cabe, constitucionalmente, ao Tribunal Superior a função de uniformizar a jurisprudência trabalhista em todo país. É claro que o TST não tem poder legiferante e nem vai legislar sobre determinada matéria. A lei deu autoridade para que o Tribunal Superior pudesse exercer a função uniformizadora na interpretação da lei.

Não cabe, portanto, ao Tribunal regulamentar aquilo que a lei não deu espaço e nem deu autoridade para que houvesse uma regulamentação. Mas é preciso acenar para toda a sociedade, para toda a estrutura social e para todos os atores do processo, qual o caminho a seguir diante uma mudança tão significativa.

Vou lembrar o tempo passado para contar histórias. – Nos idos de 1988, quando do advento da Constituição, promulgada no dia 5 de outubro, o primeiro ato que aconteceu, no âmbito dos debates entre os juizes do trabalho de então foi: “agora acabou o nosso problema, o artigo 133 da Constituição Federal diz que o advogado é essencial à administração da justiça”. Daí, vários juizes, no Rio de Janeiro, meus colegas, promulgada a Constituição, de imediato, publicaram sentenças, condenando o vencido em honorários de sucumbência. Não pode ser assim. Essa conduta não causa apenas trauma, causa um espanto em todos. A norma legal não pode retroagir sem violentar o *due process of law*.

É preciso, porém, estar atento com relação à reforma trabalhista. Não pode ela servir para que as partes sofram um agravo naquilo que pretendem, em flagrante surpresa. A prudência é essencial.

Quando as ações começaram a chegar aos tribunais regionais, com a edição da Lei 13.467/2017, houve um aumento significativo de julgamentos *ex abrupto*, onde

se extinguíram diversas ações porque o pedido não era líquido! Qual o papel do Tribunal Superior do Trabalho nesse caso? Acenar como harmonizar a conduta. Cada um dos dispositivos da reforma trabalhista motivou um comportamento, por isso se tornou necessário acenar para uma previsibilidade, um equilíbrio na atuação do Judiciário Trabalhista.

No tocante ao artigo 11-A da CLT, que trata da prescrição intercorrente, sempre motivou muita polêmica no processo do trabalho. Havia a convivência de duas súmulas com sinalizações opostas. A Súmula 114 do TST dizendo que não era compatível com processo de trabalho a prescrição intercorrente, e a Súmula 327 do Supremo Tribunal Federal dizendo que a prescrição intercorrente era aplicável na Justiça do Trabalho.

A Súmula 327 foi editada quando o Supremo Tribunal Federal tinha competência em matéria infraconstitucional. Não havendo mais competência do STF em matéria infraconstitucional, tornou-se a súmula letra morta, um vazio. E a autoridade da jurisdição trabalhista nessa matéria, entendeu que não caberia na prescrição intercorrente no processo do trabalho.

A reforma no Código de Processo Civil, criando a execução como uma fase do processo de conhecimento, se equiparou ao processo de trabalho que, historicamente, já previa a execução como uma fase do processo de conhecimento. A execução na Justiça do Trabalho sempre foi de ofício. E sendo de ofício, não havia razão para prescrição intercorrente, porque o ato não era da parte, era do juiz. Por isso não cabia prescrição intercorrente no processo de trabalho.

O tema continuou nas pautas de julgamento durante muito tempo, inclusive, recentemente, em que o Tribunal Superior do Trabalho teve que se manifestar porque alguns tribunais insistiam em consagrar a existência da prescrição intercorrente no processo de trabalho. Diga-se, antes da reforma.

Com a reforma, houve a adoção, por norma legal, da prescrição intercorrente. Não cabe ao intérprete negar vigência à lei. Resta saber de que maneira se aplica. Atinge aos processos em curso, na fase de execução, que já se encontravam paralisados há mais de dois anos? – Definitivamente que não. Só pode ser aplicada aos casos novos e foi isso e nada mais, que a instrução normativa se manifestou.

O fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir da determinação judicial a que alude o parágrafo primeiro do artigo 11-A, desde que a determinação judicial tenha sido declarada após 11 de novembro de 2017. Por quê? Qual foi o mecanismo para se adotar a prescrição intercorrente? A decisão do juiz que determinava o cumprimento de uma obrigação pela parte. Ou seja, pelo credor. Descumprida a determinação, o fluxo iniciava e dois anos após haveria a prescrição intercorrente. Então não posso aplicar tamanha alteração de comportamento à situação pretérita. Primeiro porque essas decisões não são aquelas decisões do tipo, prossiga-se na execução. Necessita de conteúdo de qual providência cabe à parte ao impulso processual.

No tocante ao litisconsórcio necessário, outro ponto sensível, que envolvia as ações anulatórias, ajuizadas pelo Ministério Público, que se avolumavam nos tribu-

nais trabalhistas. Dizia respeito à cobrança da contribuição assistencial. As partes estabeleciam, em acordo ou em convenção coletiva, uma contribuição assistencial, devida pelos empregados, sindicalizados ou não, em favor do sindicato profissional. Tal ajuste coletivo motivava, em seguida, a atuação do Ministério Público nas ações anulatórias, impugnando o ajuste, porque não poderia haver a cobrança ou a instituição de contribuição assistencial de não associado. As partes convenientes celebraram o ajuste. Sindicato profissional e sindicato patronal. O sindicato de empregador pouco se importava. Os efeitos da cláusula oneravam o empregador apenas na responsabilidade pelo desconto da folha de pagamento de seus empregados.

Quando se tratar de uma ação anulatória, ou de ação individual em que se discute a nulidade de cláusulas de ajustes coletivos firmados entre categorias profissionais e econômicas, se impõe, obrigatoriamente a presença dos celebrantes do ajuste, como litisconsortes necessários, nas relações jurídico processuais. Nesse ponto, indiscutível o acerto da reforma. A manifestação do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na IN. 41, deu-se apenas para definir quando se aplica o novo entendimento, acenando com o ajuizamento da ação pós vigência da lei nova.

Em se tratando da gratuidade de justiça, a nova lei houve, por bem, exigir a comprovação de sua incapacidade econômica para estar em juízo sem prejuízo de seu sustento. Inovou ao determinar que se o empregado tiver crédito, ele pagará as custas. E se ele for devedor e condenado ao pagamento das despesas processuais, por dois anos manterá a espada de Dâmoçles sobre sua cabeça. Não me parece que seja uma solução adequada da norma legal, na medida em que o beneficiário da justiça gratuita tem direito ao acesso à justiça e não pode haver impedimento. Retirar de seu crédito, parcela para pagamento de emolumentos, custas e honorários periciais, não me parece que seja essa a abrangência do acesso à justiça pela gratuidade em face da miserabilidade. Esse é um dispositivo que nós teremos que conviver e aprimorar a sua aplicação.

Com relação aos honorários advocatícios, havia uma polêmica muito grande, com respeito à aplicação imediata, por se tratar da imediatidade da aplicação da lei processual no tempo. A lei processual aplica-se de imediato, não há dúvida. Como se pode aplicar, de imediato, a nova lei processual nos processos ajuizados anteriormente à nova lei? – As partes tinham a convicção de que não sofreriam condenação em honorários pela mera sucumbência. A lei, a doutrina, a jurisprudência, de regência até então, eram uniformes em admitir aplicável apenas os honorários no caso do artigo 14 da Lei 5.584/70.

De repente, não é possível que a alteração legislativa possa vir a reger obrigações não existentes quando da propositura da ação. Não é razoável. Daí a manifestação de se respeitar o momento da propositura da ação, para que não retroaja a norma legal e nela conter condenação nesse sentido, a prestigiar o ato processual juridicamente perfeito.

Outro tema que motivou grande discussão é aquele de que trata o artigo 10 da Instrução Normativa 41. O caput do mencionado artigo 10, diante do que dispõe

o artigo 793 da CLT, procurou normatizar o procedimento de aplicação da multa a testemunha que falta com a verdade. Isso tem provocado muita indignação por parte dos juízes com relação à questão do momento da aplicação da multa, pela testemunha mentirosa, a punir o perjúrio.

Aplica-se a multa do artigo 793-C da CLT à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos, ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa, sendo que a execução da multa será nos próprios autos.

Era preciso definir o momento em que seria aplicada a multa. Basta, tão somente, o juiz entender que o depoimento, ao seu arbítrio, não era verdadeiro, para sustentar a condenação, de imediato, ao pagamento da multa pela testemunha, ou é preciso oportunizar para ouvir os fundamentos do depoimento. Eis a questão! – O preceito não pode ser entendido como uma autorização, *manus militaris*, para o juiz aplicar multa à testemunha, toda vez que entender esteja ela mentindo.

A Instrução Normativa, neste caso especificamente, limitou-se a dar o alcance da norma, sem interferir na autoridade do magistrado. Estabeleceu o momento, após a colheita da prova oral, de que a aplicação da multa à testemunha dar-se-á na sentença. É na sentença o momento em que se dá a apuração da falsidade. E será precedida de uma instauração de incidente, mediante o qual juiz indicará o ponto, ou os pontos controvertidos no depoimento.

Cabe ao juiz assegurar o contraditório, ele tem que oportunizar a testemunha demonstrar que não há falta da verdade ou dar as razões da imprecisão do depoimento. Até mesmo a possibilitar a retratação, como excludente do crime de perjúrio. Antes da sentença eu tenho que provocar a testemunha para que ela se retrate ou não. Se ela se retratar não há como aplicar multa, porque não houve crime, não houve o falso testemunho.

Com relação à exceção de incompetência, aquele prazo de 24 horas, era, de fato, exíguo demais, como contido na redação primitiva do art. 800 da CLT. Houve várias decisões em que os juízes, *sponte sue*, dilatavam o prazo legal. A impossibilidade de o juiz dilatar o prazo processual motivava a multiplicação de recursos nesse sentido. A alteração legislativa, aumentando para cinco dias, determina que tal norma se aplica de imediato. Mas, ressalte-se, se aplica de imediato nas notificações recebidas, pós vigência da lei, ainda que a ação tenha sido ajuizada anteriormente.

Esse foi, sem dúvida o escopo da Instrução Normativa, o de apenas acenar para a jurisdição trabalhista e aos jurisdicionados, de como podem estar em juízo, com previsibilidade e segurança.

Cada vez mais há um anseio da sociedade de que a jurisdição seja prestada em tempo razoável. É necessário que seja célere e justa. O processo moderno se transforma. O modelo genuíno da civil law, se integra aos princípios da common law com o objetivo de manter os pronunciamentos da jurisdição íntegros, estáveis e coerentes, dever legal dos Tribunais, no que deve ser observado por todos aqueles que colaboram com o desenvolvimento da relação jurídico processual, a consagrar a

segurança, a previsibilidade e a confiança, indispensáveis à credibilidade na função do Estado de prover a jurisdição justa e equilibrada.

A Instrução Normativa 41 procurou ter um caráter eminentemente processual com relação à aplicação da lei no tempo, no que reafirma o princípio de que a lei não retroage para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Com esse espírito, com esses pressupostos, que se chegou às conclusões da instrução normativa, sem, enfrentar ou ingressar, no direito material, porque esse - o conteúdo da matéria - é fruto do crescimento e da interpretação jurisprudencial.

Ainda restam alguns artigos polêmicos a enfrentar, como por exemplo, o da regra contida no art. 702 da CLT, quando dispõe sobre o quorum para adoção de súmulas que pende de apreciação pelo Tribunal Superior do Trabalho, na arguição de inconstitucionalidade do dispositivo, já encaminhada ao Tribunal Pleno.

A Instrução Normativa 41, não poderia deixar de assim ser entendida, limitou-se a dar um rumo com o fim de consagrar às partes previsibilidade e segurança de estar em juízo.

Quanto à retórica maçante com relação à extinção da Justiça do Trabalho, não nos aflige, pelo contrário, nos fortalece, enriquece e nos motiva, mais uma vez, em demonstrar a nossa importância, a nossa competência, e a nossa judiciosidade no exercício da jurisdição. Vamos sair, sem dúvida nenhuma, mais fortalecidos. Muito obrigado.

PARTE 6

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“A alegria não chega apenas no encontro do achado, mas faz parte do processo da busca. E ensinar e aprender não pode dar-se fora da procura, fora da boniteza e da alegria”.

PAULO FREIRE

Os trabalhos desenvolvidos pela Escola Judicial do TRT-IX ao longo de 2018 tiveram como objetivo esmiuçar a reforma trabalhista e seus efeitos na aplicação jurisdicional, tanto no aspecto do direito material quanto do direito processual. A análise de seus resultados indica que embora as mudanças implementadas pela Lei 13.467/17 tenham afetado profundamente a praxe e a rotina das unidades jurisdicionais, criando questionamentos e perplexidades, os debates realizados em conjunto entre servidores e magistrados ajudaram na construção de posicionamentos bem fundamentados.

Não se buscou, em momento algum, a obtenção de consensos, mas desenvolver raciocínios a partir da técnica e da doutrina. Afinal, o papel de construtor de uniformização jurisprudencial pertence ao TST, muito embora as primeiras - e variadas - interpretações partam do juízo de primeiro grau.

A construção das ideias foi lenta e gradativa: no primeiro semestre, iniciaram-se com os debates internos da Comissão Científica da Escola Judicial, capitaneada pelo Diretor Cassio Colombo e pela Coordenadora Morgana de Almeida Richa. Seguiram-se, ainda no primeiro semestre, com a análise do direito material, através de metodologias de ensino a distância, para o que contribuíram tanto magistrados como servidores.

No segundo semestre, os debates se direcionaram primeiro ao campo do direito processual, com a participação de parte dos magistrados e dos servidores (preferencialmente os lotados em gabinetes e como assistentes de magistrados), e se encerraram com a Semana Institucional, no mês de setembro.

Nesse Semana, em especial, que conta com a participação de quase todos os magistrados trabalhistas paranaense de primeiro e segundo graus, o debate foi qualificado e contou com o uso de metodologias ativas, através da divisão em pequenos grupos de trabalho, tudo presencial. Ainda, nas palestras, foram apresentados pontos de vista de representantes do Tribunal Superior do Trabalho, que destacaram, em síntese, a importância de se pensar em um tratamento uniformizado da jurisprudência nacional, a fim de se alcançar a segurança jurídica que é almejada pela sociedade brasileira.

Além desse debate local, a apresentação de problemas na perspectiva mundial, pelos palestrantes internacionais, despertou nos presentes a necessidade de conexão com os rumos globais de questões que envolvem o mundo do trabalho, economia e sociedade como um todo. Os debates culminaram com uma plenária final, quando os coordenadores das salas de metodologias ativas apresentaram as conclusões multifacetadas de cada tema trazido para análise, sem pretensão de se encontrar uma solução definitiva, papel que no devido tempo será exercido pela jurisprudência, mormente no sistema de precedentes atualmente adotado pelo processo brasileiro.

Participar do resgate histórico desse momento e registrar seu conteúdo, a fim de dividir com o mundo jurídico trabalhista, foi especialmente gratificante. Nós, como integrantes da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, e em especial como coordenadoras dessa obra, dividimos esse trabalho com a comunidade jurídico-trabalhista na esperança de contribuir para a construção de um direito do trabalho que seja adequado ao século XXI e que possa atender às demandas atuais da sociedade.

Outras demandas virão no ano de 2019, transformando esse mosaico em uma das faces de um caleidoscópio que está sendo constantemente construído no estudo do direito.

*ANA PAULA SEFRIN SALADINI
NANCY MAHRA DE MEDEIROS NICOLAS OLIVEIRA*

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ALMEIDA, André Luiz Paes. **CLT e súmulas do TST comentadas**. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2015.
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- BREVES comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Trabalho na constituição**. São Paulo: LTr, 1989. V. 1
- COMENTÁRIOS à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. São Paulo: LTr, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 232, de 13 de julho de 2016**: Fixa valores de honorários. Documento eletrônico disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_232_13072016_15072016132913.pdf> Acesso em 21 de maio de 2018.
- _____. **Resolução nº 66, de 10 de junho de 2010**: Regulamenta responsabilidade pelo pagamento de honorários no âmbito do 1º e 2º graus. Documento eletrônico disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=717d1c84-0b41-4fc0-b138-09cad3720800&groupId=955023> Acesso em 21 de maio de 2018.
- CORTEZ, Julpiano Chaves. **Direito do Trabalho: Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2018.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Inovações na legislação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Rescisão do contrato de trabalho**: doutrina e prática. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por juízes do trabalho**: artigo por artigo. São Paulo, LTr, 2018.

MANNRICH, Nelson (coordenador). **Reforma trabalhista**: reflexões e críticas. São Paulo: LTr, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista**: entenda o que mudou. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Teoria jurídica do salário**. São Paulo: LTr, 1994.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

PREPOSTO PROFISSIONAL. Portal de serviços disponível em: <<http://prepostoprofissional.com/>> Acesso em 04 de maio de 2018.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- REIS, Jair Teixeira. **Manual de rescisão do contrato de trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 1995.
- SANTOS, Enoque Ribeiro. **Negociação coletiva de trabalho nos setores público e privado**. São Paulo: LTr, 2015.
- SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho de acordo com o novo CPC e a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 1.189.050** – SP, Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Documento eletrônico disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revisita/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58607291&num_registro=201000622004&data=20160314&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 18 de maio de 2018.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5766**: andamento processual. Documento eletrônico disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>> Acesso em 11 de julho de 2018.
- SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. 2.v.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Cadernos de processo do trabalho, 3: fontes e princípios do direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.
- _____. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. **O assédio moral no trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. **Pedidos de homologação de acordos seguem regras específicas**. Documento eletrônico disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/indice-noticias-em-destaque/21461-pedidos-de-homologacao-de-acordos-extrajudiciais-seguem-regras-especificas>> Acesso em 10 de julho de 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. **Acórdão proferido nos autos do ROPS 0011766-24.2017.5.03.0106**. Relator Juiz Convocado Cleber Lúcio de Almeida, 1ª Turma. Belo Horizonte, 16 de abril de 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. **Caderno de proposições da 7ª Semana Institucional da Magistratura**. Curitiba, 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho. **Recomendação nº 3**, de 24 de julho de 2018.

_____. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho**: 2016. Documento eletrônico disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/3ca7ff-91-e5ee-4309-ff14-187ebc65ff27>> Acesso em 03 de maio de 2018.

_____. **Resolução 221**, de 21 de junho de 2018. Edita a Instrução Normativa nº 41.

**ANEXOS:
FUNDAMENTOS NORMATIVOS**

ANEXO I

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 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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º

.....

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a 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.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.”
(NR)

“Art. 4º

§ 1º Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente do trabalho.

§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

- I - práticas religiosas;
- II - descanso;
- III - lazer;
- IV - estudo;
- V - alimentação;
- VI - atividades de relacionamento social;
- VII - higiene pessoal;

VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.” (NR)

“Art. 8º

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

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.” (NR)

“Art. 10-A. O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência:

- I - a empresa devedora;
- II - os sócios atuais; e
- III - os sócios retirantes.

Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.”

“Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

- I - (revogado);

II - (revogado).

.....

§ 2º Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

§ 3º A interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo efeitos apenas em relação aos pedidos idênticos.” (NR)

“Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos.

§ 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.

§ 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.”

“Art. 47. O empregador que mantiver empregado não registrado nos termos do art. 41 desta Consolidação ficará sujeito a multa no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por empregado não registrado, acrescido de igual valor em cada reincidência.

§ 1º Especificamente quanto à infração a que se refere o *caput* deste artigo, o valor final da multa aplicada será de R\$ 800,00 (oitocentos reais) por empregado não registrado, quando se tratar de microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 2º A infração de que trata o *caput* deste artigo constitui exceção ao critério da dupla visita.” (NR)

“Art. 47-A. Na hipótese de não serem informados os dados a que se refere o parágrafo único do art. 41 desta Consolidação, o empregador ficará sujeito à multa de R\$ 600,00 (seiscentos reais) por empregado prejudicado.”

“Art. 58.

.....

§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

§ 3º (Revogado).” (NR)

“Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.

.....

§ 3º As horas suplementares à duração do trabalho semanal normal serão pagas com o acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o salário-hora normal.

§ 4º Na hipótese de o contrato de trabalho em regime de tempo parcial ser

estabelecido em número inferior a vinte e seis horas semanais, as horas suplementares a este quantitativo serão consideradas horas extras para fins do pagamento estipulado no § 3º, estando também limitadas a seis horas suplementares semanais.

§ 5º As horas suplementares da jornada de trabalho normal poderão ser compensadas diretamente até a semana imediatamente posterior à da sua execução, devendo ser feita a sua quitação na folha de pagamento do mês subsequente, caso não sejam compensadas.

§ 6º É facultado ao empregado contratado sob regime de tempo parcial converter um terço do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário.

§ 7º As férias do regime de tempo parcial são regidas pelo disposto no art. 130 desta Consolidação.” (NR)

“Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 1º A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal.

.....

§ 3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma dos §§ 2º e 5º deste artigo, o trabalhador terá direito ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.

§ 4º (Revogado).

§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.” (NR)

“Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no *caput* deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.”

“Art. 59-B. O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

Parágrafo único. A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.”

“Art. 60.

Parágrafo único. Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.” (NR)

“Art. 61.

§ 1º O excesso, nos casos deste artigo, pode ser exigido independentemente de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

.....” (NR)

“Art. 62.

.....
III - os empregados em regime de teletrabalho.

.....” (NR)

“Art. 71.

.....
§ 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

.....” (NR)

“TÍTULO II

..... CAPÍTULO II-A

DO TELETRABALHO

‘Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.’

‘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.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.’

‘Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.’

‘Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no *caput* deste artigo não integram a remuneração do empregado.’

‘Art. 75-E. 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.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.”

“Art. 134.

§ 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

§ 2º (Revogado).

§ 3º É vedado o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado.” (NR)

“TÍTULO II-A DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

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

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

‘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.’

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

‘Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessan-

tes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.’

‘Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

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

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

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

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

“Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

- I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
- II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
- III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

§ 1º

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição

Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.” (NR)

“Art. 396.

§ 1º

§ 2º Os horários dos descansos previstos no *caput* deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.” (NR)

“Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”

“Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

.....

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

“Art. 444.

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.” (NR)

“Art. 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor.

Parágrafo único. A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.”

“Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para

a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

- I - remuneração;
- II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;
- III - décimo terceiro salário proporcional;
- IV - repouso semanal remunerado; e
- V - adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.”

“Art. 456-A. Cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada.

Parágrafo único. A higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum.”

“Art. 457.

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

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo

trabalhista e previdenciário.

.....
§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.” (NR)

“Art. 458.

.....
§ 5º O valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio ou não, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, próteses, órteses, despesas médico-hospitalares e outras similares, mesmo quando concedido em diferentes modalidades de planos e coberturas, não integram o salário do empregado para qualquer efeito nem o salário de contribuição, para efeitos do previsto na alínea q do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”(NR)

“Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional.

.....
§ 5º A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria.

§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.” (NR)

“Art. 468.

§ 1º

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação cor-

respondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.” (NR)

“Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.

§ 1º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º O pagamento a que fizer jus o empregado será efetuado:

I - em dinheiro, depósito bancário ou cheque visado, conforme acordem as partes; ou

II - em dinheiro ou depósito bancário quando o empregado for analfabeto.

§ 6º A entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverão ser efetuados até dez dias contados a partir do término do contrato.

a) (revogada);

b) (revogada).

§ 7º (Revogado).

§ 10. A anotação da extinção do contrato na Carteira de Trabalho e Previdência Social é documento hábil para requerer o benefício do seguro-desemprego e a movimentação da conta vinculada no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nas hipóteses legais, desde que a comunicação prevista no caput deste artigo tenha sido realizada.” (NR)

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

“Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.”

“Art. 482.

m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

.....” (NR)

“Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I - por metade:

- a) o aviso prévio, se indenizado; e
- b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;

II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.”

“Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

“Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.”

“TÍTULO IV-A

DA REPRESENTAÇÃO DOS EMPREGADOS

‘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.

§ 1º A comissão será composta:

I - nas empresas com mais de duzentos e até três mil empregados, por três membros;

II - nas empresas com mais de três mil e até cinco mil empregados, por cinco membros;

III - nas empresas com mais de cinco mil empregados, por sete membros.

§ 2º No caso de a empresa possuir empregados em vários Estados da Federação e no Distrito Federal, será assegurada a eleição de uma comissão de representantes dos empregados por Estado ou no Distrito Federal, na mesma forma estabelecida no § 1º deste artigo.’

‘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.

§ 1º As decisões da comissão de representantes dos empregados serão sempre colegiadas, observada a maioria simples.

§ 2º A comissão organizará sua atuação de forma independente.’

‘Art. 510-C. A eleição será convocada, com antecedência mínima de trinta dias, contados do término do mandato anterior, por meio de edital que deverá ser fixado na empresa, com ampla publicidade, para inscrição de candidatura.

§ 1º Será formada comissão eleitoral, integrada por cinco empregados, não candidatos, para a organização e o acompanhamento do processo eleitoral, vedada a interferência da empresa e do sindicato da categoria.

§ 2º Os empregados da empresa poderão candidatar-se, exceto aqueles com contrato de trabalho por prazo determinado, com contrato suspenso ou que estejam em período de aviso prévio, ainda que indenizado.

§ 3º Serão eleitos membros da comissão de representantes dos empregados os candidatos mais votados, em votação secreta, vedado o voto por representação.

§ 4º A comissão tomará posse no primeiro dia útil seguinte à eleição ou ao término do mandato anterior.

§ 5º Se não houver candidatos suficientes, a comissão de representantes dos empregados poderá ser formada com número de membros inferior ao previsto no art. 510-A desta Consolidação.

§ 6º Se não houver registro de candidatura, será lavrada ata e convocada nova eleição no prazo de um ano.’

‘Art. 510-D. O mandato dos membros da comissão de representantes dos empregados será de um ano.

§ 1º O membro que houver exercido a função de representante dos empregados na comissão não poderá ser candidato nos dois períodos subsequentes.

§ 2º O mandato de membro de comissão de representantes dos empregados não implica suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, devendo o empregado permanecer no exercício de suas funções.

§ 3º Desde o registro da candidatura até um ano após o fim do mandato, o membro da comissão de representantes dos empregados não poderá sofrer despe-

dida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

§ 4º Os documentos referentes ao processo eleitoral devem ser emitidos em duas vias, as quais permanecerão sob a guarda dos empregados e da empresa pelo prazo de cinco anos, à disposição para consulta de qualquer trabalhador interessado, do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho.”

“Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados.

.....” (NR)

“Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.” (NR)

“Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.” (NR)

“Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos.

.....” (NR)

“Art. 583. O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro, observada a exigência de autorização prévia e expressa prevista no art. 579 desta Consolidação.

.....” (NR)

“Art. 587. Os empregadores que optarem pelo recolhimento da contribuição sindical deverão fazê-lo no mês de janeiro de cada ano, ou, para os que venham a se estabelecer após o referido mês, na ocasião em que requererem às repartições o registro ou a licença para o exercício da respectiva atividade.” (NR)

“Art. 602. Os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto da contribuição sindical e que venham a autorizar prévia e expressamente o recolhimento serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho.

.....” (NR)

“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.”

“Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

- I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

IV - salário mínimo;

V - valor nominal do décimo terceiro salário;

VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

VIII - salário-família;

IX - repouso semanal remunerado;

X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI - número de dias de férias devidas ao empregado;

XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX - aposentadoria;

XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI - 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;

XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;

XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.”

“Art. 614.

.....

§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.” (NR)

“Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.” (NR)

“Art. 634.

§ 1º

§ 2º Os valores das multas administrativas expressos em moeda corrente serão reajustados anualmente pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, ou pelo índice que vier a substituí-lo.” (NR)

“Art. 652. Compete às Varas do Trabalho:

.....

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

.....” (NR)

“Art. 702.

I -

.....

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial;

.....

§ 3º As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados

do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

§ 4º O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar o disposto na alínea f do inciso I e no § 3º deste artigo, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária.” (NR)

“Art. 775. Os prazos estabelecidos neste Título serão contados em dias úteis, com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento.

§ 1º Os prazos podem ser prorrogados, pelo tempo estritamente necessário, nas seguintes hipóteses:

I - quando o juízo entender necessário;

II - em virtude de força maior, devidamente comprovada.

§ 2º Ao juízo incumbe dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.” (NR)

“Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e o máximo de quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, e serão calculadas:

.....” (NR)

“Art. 790.

.....

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.” (NR)

“Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.” (NR)

“Art. 791-A. 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.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.”

“TÍTULO X

CAPÍTULO II

Seção IV-A

Da Responsabilidade por Dano Processual

‘Art. 793-A. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente.’

‘Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.’

‘Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juízo condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juízo ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.’

‘Art. 793-D. Aplica-se a multa prevista no art. 793-C desta Consolidação à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa.

Parágrafo único. A execução da multa prevista neste artigo dar-se-á nos mesmos autos.”

“Art. 800. Apresentada exceção de incompetência territorial no prazo de cinco dias a contar da notificação, antes da audiência e em peça que sinalize a existência desta exceção, seguir-se-á o procedimento estabelecido neste artigo.

§ 1º Protocolada a petição, será suspenso o processo e não se realizará a audiência a que se refere o art. 843 desta Consolidação até que se decida a exceção.

§ 2º Os autos serão imediatamente conclusos ao juiz, que intimará o reclamante e, se existentes, os litisconsortes, para manifestação no prazo comum de cinco dias.

§ 3º Se entender necessária a produção de prova oral, o juízo designará audiência, garantindo o direito de o excipiente e de suas testemunhas serem ouvidos, por carta precatória, no juízo que este houver indicado como competente.

§ 4º Decidida a exceção de incompetência territorial, o processo retomará seu curso, com a designação de audiência, a apresentação de defesa e a instrução processual perante o juízo competente.” (NR)

“Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fun-

damentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.” (NR)

“Art. 840.

§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

§ 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.

§ 3º Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1º deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito.” (NR)

“Art. 841.

§ 3º Oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação.” (NR)

“Art. 843.

§ 3º O preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada.” (NR)

“Art. 844.

§ 1º Ocorrendo motivo relevante, poderá o juiz suspender o julgamento, designando nova audiência.

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

§ 4º A revelia não produz o efeito mencionado no caput deste artigo se:

- I - havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação;
- II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;
- III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

§ 5º Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados.”(NR)

“Art. 847.

Parágrafo único. A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência.” (NR)

“TÍTULO X

..... CAPÍTULO III

..... **Seção IV**

Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO III-A

DO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

‘Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria.’

‘Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação.’

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

‘Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.”

“Art. 876.

Parágrafo único. A Justiça do Trabalho executará, de ofício, as contribuições sociais previstas na alínea a do inciso I e no inciso II do caput do art. 195 da Constituição Federal, e seus acréscimos legais, relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e dos acordos que homologar.” (NR)

“Art. 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.

Parágrafo único. (Revogado).” (NR)

“Art. 879.

§ 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.

§ 7º A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.” (NR)

“Art. 882. O executado que não pagar a importância reclamada poderá garantir a execução mediante depósito da quantia correspondente, atualizada e acrescida das despesas processuais, apresentação de seguro-garantia judicial ou nomeação de bens à penhora, observada a ordem preferencial estabelecida no art. 835 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.” (NR)

“Art. 883-A. A decisão judicial transitada em julgado somente poderá ser levada a protesto, gerar inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT), nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo de quarenta e cinco dias a contar da citação do executado, se não houver garantia do juízo.”

“Art. 884.

§ 6º A exigência da garantia ou penhora não se aplica às entidades filantrópicas e/ou àqueles que compõem ou compuseram a diretoria dessas instituições.” (NR)

“Art. 896.

§ 1º-A.

IV - transcrever na peça recursal, no caso de suscitar preliminar de nulidade de julgado por negativa de prestação jurisdicional, o trecho dos embargos declaratórios em que foi pedido o pronunciamento do tribunal sobre questão veiculada no recurso ordinário e o trecho da decisão regional que rejeitou os embargos quanto ao pedido, para cotejo e verificação, de plano, da ocorrência da omissão.

.....
§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).

§ 5º (Revogado).

§ 6º (Revogado).

.....
§ 14. O relator do recurso de revista poderá denegar-lhe seguimento, em decisão monocrática, nas hipóteses de intempestividade, deserção, irregularidade de representação ou de ausência de qualquer outro pressuposto extrínseco ou intrínseco de admissibilidade.” (NR)

“Art. 896-A.

§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

I - econômica, o elevado valor da causa;

II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;

IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

§ 2º Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo desta decisão para o colegiado.

§ 3º Em relação ao recurso que o relator considerou não ter transcendência, o recorrente poderá realizar sustentação oral sobre a questão da transcendência, durante cinco minutos em sessão.

§ 4º Mantido o voto do relator quanto à não transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecorrível no âmbito do tribunal.

§ 5º É irrecorrível a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria.

§ 6º O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas.” (NR)

“Art. 899.

§ 4º O depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança.

§ 5º (Revogado).

.....

§ 9º O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial.

§ 11. O depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial.” (NR)

Art. 2º A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

.....” (NR)

“Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I - relativas a:

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;

b) direito de utilizar os serviços de transporte;

c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.”

“Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

.....” (NR)

“Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

“Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.”

Art. 3º O art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso I-A:

“Art. 20.

I-A - extinção do contrato de trabalho prevista no art. 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943;

.....” (NR)

Art. 4º O art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 28.

.....

§ 8º (Revogado).

a) (revogada);

.....

§ 9º

.....

h) as diárias para viagens;

.....

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, próteses, órteses, despesas médico-hospitalares e outras similares;

.....

z) os prêmios e os abonos.

.....” (NR)

Art. 5º Revogam-se:

I - os seguintes dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943:

a) § 3º do art. 58;

b) § 4º do art. 59;

- c) art. 84;
- d) art. 86;
- e) art. 130-A;
- f) § 2º do art. 134;
- g) § 3º do art. 143;
- h) parágrafo único do art. 372;
- i) art. 384;
- j) §§ 1º, 3º e 7º do art. 477;
- k) art. 601;
- l) art. 604;
- m) art. 792;
- n) parágrafo único do art. 878;
- o) § 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896;
- p) § 5º do art. 899;

II - a alínea a do § 8º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

III - o art. 2º da Medida Provisória nº 2.226, de 4 de setembro de 2001.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor após decorridos cento e vinte dias de sua publicação oficial.

Brasília, 13 de julho de 2017; 196º da Independência e 129º da República.

MICHEL TEMER

TORQUATO JARDIM

RONALDO NOGUEIRA DE OLIVEIRA

ANEXO II

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017²⁰²

Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 e em leis específicas, é facultado às partes, por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

§ 1º A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73.

§ 2º É facultado às entidades atuantes no setor de saúde estabelecer, por meio de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.”
(NR)

202 Vigência expirada em 23.04.2018

“Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural.” (NR)

“Art. 223-G.

.....
§ 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou

IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

.....

§ 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

§ 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória.

§ 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte.” (NR)

“Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.

.....

§ 2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades.

§ 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação.” (NR)

“Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

§ 1º É vedada a celebração de cláusula de exclusividade no contrato previsto no **caput**.

§ 2º Não caracteriza a qualidade de empregado prevista no art. 3º o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços.

§ 3º O autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo.

§ 4º Fica garantida ao autônomo a possibilidade de recusa de realizar atividade demandada pelo contratante, garantida a aplicação de cláusula de penalidade prevista em contrato.

§ 5º Motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do **caput**, não possuirão a qualidade de empregado prevista o art. 3º.

§ 6º Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício.

§ 7º O disposto no **caput** se aplica ao autônomo, ainda que exerça atividade relacionada ao negócio da empresa contratante.” (NR)

“Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito e registrado na CTPS, ainda que previsto acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, e conterá:

I - identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes;

II - valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno e observado o disposto no § 12; e

III - o local e o prazo para o pagamento da remuneração.

.....

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de vinte e quatro horas para responder ao chamado, presumida, no silêncio, a recusa.

.....

§ 6º Na data acordada para o pagamento, observado o disposto no § 11, o empregado receberá, de imediato, as seguintes parcelas:

.....

§ 10. O empregado, mediante prévio acordo com o empregador, poderá usufruir suas férias em até três períodos, nos termos dos § 1º e § 2º do art. 134.

§ 11. Na hipótese de o período de convocação exceder um mês, o pagamento das parcelas a que se referem o § 6º não poderá ser estipulado por período superior a um mês, contado a partir do primeiro dia do período de prestação de serviço.

§ 12. O valor previsto no inciso II do **caput** não será inferior àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função.

§ 13. Para os fins do disposto neste artigo, o auxílio-doença será devido ao segurado da Previdência Social a partir da data do início da incapacidade, vedada a aplicação do disposto § 3º do art. 60 da Lei nº 8.213, de 1991.

§ 14. O salário maternidade será pago diretamente pela Previdência Social, nos termos do disposto no § 3º do art. 72 da Lei nº 8.213, de 1991.

§ 15. Constatada a prestação dos serviços pelo empregado, estarão satisfeitos os prazos previstos nos § 1º e § 2º.” (NR)

“Art. 452-B. É facultado às partes convencionar por meio do contrato de trabalho intermitente:

I - locais de prestação de serviços;

II - turnos para os quais o empregado será convocado para prestar serviços;

III - formas e instrumentos de convocação e de resposta para a prestação de serviços;

IV - formato de reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados nos termos dos § 1º e § 2º do art. 452-A.” (NR)

“Art. 452-C. Para fins do disposto no § 3º do art. 443, considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do art. 452-A.

§ 1º Durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho.

§ 2º No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.” (NR)

“Art. 452-D. Decorrido o prazo de um ano sem qualquer convocação do empregado pelo empregador, contado a partir da data da celebração do contrato, da última convocação ou do último dia de prestação de serviços, o que for mais recente, será considerado rescindido de pleno direito o contrato de trabalho intermitente.” (NR)

“Art. 452-E. Ressalvadas as hipóteses a que se referem os art. 482 e art. 483, na hipótese de extinção do contrato de trabalho intermitente serão devidas as seguintes verbas rescisórias:

I - pela metade:

a) o aviso prévio indenizado, calculado conforme o art. 452-F; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; e

II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção de contrato de trabalho intermitente permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990, limitada a até oitenta por cento do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato de trabalho intermitente a que se refere este artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.” (NR)

“Art. 452-F. As verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente.

§ 1º No cálculo da média a que se refere o **caput**, serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior.

§ 2º O aviso prévio será necessariamente indenizado, nos termos dos § 1º e § 2º do art. 487.” (NR)

“Art. 452-G. Até 31 de dezembro de 2020, o empregado registrado por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado demitido não poderá prestar serviços para o mesmo empregador por meio de contrato de trabalho intermitente pelo prazo de dezoito meses, contado da data da demissão do empregado.” (NR)

“Art. 452-H. No contrato de trabalho intermitente, o empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do empregado e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações, observado o disposto no art. 911-A.” (NR)

“Art. 457.

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

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, limitadas a cinquenta por cento da remuneração mensal, o auxílio-alimentação, vedado o seu pagamento em dinheiro, as diárias para viagem e os prêmios não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de encargo trabalhista e previdenciário.

.....

§ 12. A gorjeta a que se refere o § 3º não constitui receita própria dos empregadores, destina-se aos trabalhadores e será distribuída segundo os critérios de custeio e de rateio definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 13. Se inexistir previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos § 14 e § 15 serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma estabelecida no art. 612.

§ 14. As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão:

I - quando inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até vinte por cento da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, hipótese em que o valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador;

II - quando não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até trinta e três por cento da

arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, hipótese em que o valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador; e

III - anotar na CTPS e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de gorjeta.

§ 15. A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá seus critérios definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros estabelecidos no § 14.

§ 16. As empresas anotarão na CTPS de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referente aos últimos doze meses.

§ 17. Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, a qual terá como base a média dos últimos doze meses, sem prejuízo do estabelecido em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 18. Para empresas com mais de sessenta empregados, será constituída comissão de empregados, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta de que trata o § 3º, cujos representantes serão eleitos em assembleia geral convocada para esse fim pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para que foram eleitos, e, para as demais empresas, será constituída comissão intersindical para o referido fim.

§ 19. Comprovado o descumprimento ao disposto nos § 12, § 14, § 15 e § 17, o empregador pagará ao trabalhador prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a um trinta avos da média da gorjeta por dia de atraso, limitada ao piso da categoria, assegurados, em qualquer hipótese, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

§ 20. A limitação prevista no § 19 será triplicada na hipótese de reincidência do empregador.

§ 21. Considera-se reincidente o empregador que, durante o período de doze meses, descumprir o disposto nos § 12, § 14, § 15 e § 17 por período superior a sessenta dias.

§ 22. Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador, até duas vezes ao ano, em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro, a empregado, grupo de empregados ou terceiros vinculados à sua atividade econômica em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.

§ 23. Incidem o imposto sobre a renda e quaisquer outros encargos tributários sobre as parcelas referidas neste artigo, exceto aquelas expressamente isentas em lei específica.” (NR)

“Art. 510-E. A comissão de representantes dos empregados não substituirá a função do sindicato de defender os direitos e os interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, hipótese em que será obrigatória a participação dos sindicatos em negociações coletivas de trabalho, nos termos do incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição.” (NR)

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do **caput** do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

.....
 XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

.....
 § 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.” (NR)

“Art. 911-A. O empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do trabalhador e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 1º Os segurados enquadrados como empregados que, no somatório de remunerações auferidas de um ou mais empregadores no período de um mês, independentemente do tipo de contrato de trabalho, receberem remuneração inferior ao salário mínimo mensal, poderão recolher ao Regime Geral de Previdência Social a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, em que incidirá a mesma alíquota aplicada à contribuição do trabalhador retida pelo empregador.

§ 2º Na hipótese de não ser feito o recolhimento complementar previsto no § 1º, o mês em que a remuneração total recebida pelo segurado de um ou mais empregadores for menor que o salário mínimo mensal não será considerado para fins de aquisição e manutenção de qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários.” (NR)

Art. 2º O disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes.

Art. 3º Ficam revogados os seguintes dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943:

I - os incisos I, II e III do **caput** do art. 394-A;

II - os § 4º, § 5º e § 8º do art. 452-A; e

III - o inciso XIII do **caput** do art. 611-A.

Art. 4º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 14 de novembro de 2017; 196º da Independência e 129º da República.

MICHEL TEMER
RONALDO NOGUEIRA DE OLIVEIRA

ANEXO III

INSTRUÇÃO NORMATIVA TST Nº 41, DE 21 DE JUNHO DE 2018

DJe TST de 22.06.2018

Dispõe sobre a aplicação das normas processuais da Consolidação das Leis do Trabalho alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

Art. 1º A aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, com eficácia a partir de 11 de novembro de 2017, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada.

Art. 2º O fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11-A da CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

Art. 3º A obrigação de formar o litisconsórcio necessário a que se refere o art. 611-A, § 5º, da CLT dar-se-á nos processos iniciados a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

Art. 4º O art. 789, caput, da CLT aplica-se nas decisões que fixem custas, proferidas a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017.

Art. 5º O art. 790-B, caput e §§ 1º a 4º, da CLT, não se aplica aos processos iniciados antes de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

Art. 6º Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nºs 219 e 329 do TST.

Art. 7º Os arts. 793-A, 793-B e 793-C, § 1º, da CLT têm aplicação autônoma e imediata.

Art. 8º A condenação de que trata o art. 793-C, caput, da CLT, aplica-se apenas às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

Art. 9º O art. 793-C, §§ 2º e 3º, da CLT tem aplicação apenas nas ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

Art. 10. O disposto no caput do art. 793-D será aplicável às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

Parágrafo único. Após a colheita da prova oral, a aplicação de multa à testemunha dar-se-á na sentença e será precedida de instauração de incidente mediante o qual o juiz indicará o ponto ou os pontos controvertidos no depoimento, assegurados o contraditório, a defesa, com os meios a ela inerentes, além de possibilitar a retratação.

Art. 11. A exceção de incompetência territorial, disciplinada no art. 800 da CLT, é imediatamente aplicável aos processos trabalhistas em curso, desde que o recebimento da notificação seja posterior a 11 de novembro de 2017 (Lei 13.467/2017).

Art. 12. Os arts. 840 e 844, §§ 2º, 3º e 5º, da CLT, com as redações dadas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, não retroagirão, aplicando-se, exclusivamente, às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017.

§ 1º Aplica-se o disposto no art. 843, § 3º, da CLT somente às audiências trabalhistas realizadas após 11 de novembro de 2017.

§ 2º Para fim do que dispõe o art. 840, § 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil.

§ 3º Nos termos do art. 843, § 3º, e do art. 844, § 5º, da CLT, não se admite a cumulação das condições de advogado e preposto.

Art. 13. A partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, a iniciativa do juiz na execução de que trata o art. 878 da CLT e no incidente de desconsideração da personalidade jurídica a que alude o art. 855-A da CLT ficará limitada aos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.

Art. 14. A regra inscrita no art. 879, § 2º, da CLT, quanto ao dever de o juiz conceder prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada da conta de liquidação, não se aplica à liquidação de julgado iniciada antes de 11 de novembro de 2017.

Art. 15. O prazo previsto no art. 883-A da CLT, para as medidas de execução indireta nele especificadas, aplica-se somente às execuções iniciadas a partir de 11 de novembro de 2017.

Art. 16. O art. 884, § 6º, da CLT aplica-se às entidades filantrópicas e seus diretores, em processos com execuções iniciadas após 11 de novembro de 2017.

Art. 17. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, regulado pelo CPC (artigos 133 a 137), aplica-se ao processo do trabalho, com as inovações trazidas pela Lei nº 13.467/2017.

Art. 18. O dever de os Tribunais Regionais do Trabalho uniformizarem a sua jurisprudência faz incidir, subsidiariamente ao processo do trabalho, o art. 926 do CPC, por meio do qual os Tribunais deverão manter sua jurisprudência íntegra, estável e coerente.

§ 1º Os incidentes de uniformização de jurisprudência suscitados ou iniciados antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho ou por iniciativa de decisão do Tribunal Superior do Trabalho, deverão observar e serão concluídos sob a égide da legislação vigente ao tempo da interposição do recurso, segundo o disposto nos respectivos Regimentos Internos.

§ 2º Aos recursos de revista e de agravo de instrumento no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, conclusos aos relatores e ainda não julgados até a edição da Lei nº 13.467/2017, não se aplicam as disposições contidas nos §§ 3º a 6º do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

§ 3º As teses jurídicas prevalecentes e os enunciados de súmulas decorrentes do julgamento dos incidentes de uniformização de jurisprudência suscitados ou iniciados anteriormente à edição da Lei nº 13.467/2017, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, conservam sua natureza vinculante à luz dos arts. 926, § 1º e 2º, e 927, III e V, do CPC.

Art. 19. O exame da transcendência seguirá a regra estabelecida no art. 246 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, incidindo apenas sobre os acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho publicados a partir de 11 de novembro de 2017, excluídas as decisões em embargos de declaração.

Art. 20. As disposições contidas nos § 4º, 9º, 10º e 11º do artigo 899 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, serão observadas para os recursos interpostos contra as decisões proferidas a partir de 11 de novembro de 2017.

Art. 21. Esta Instrução Normativa entrará em vigor na data da sua publicação. Ficam revogados os art. 2º, VIII, e 6º da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST.

JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA
MINISTRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

ANEXO IV

RECOMENDAÇÃO Nº 3/GCGJT, DE 24 DE JULHO DE 2018

O MINISTRO CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, no uso das atribuições legais e regimentais,

Considerando o disposto no artigo 11-A da CLT e a previsão do artigo 2º da Instrução Normativa nº 41/2018, do Tribunal Superior do Trabalho;

Considerando a necessidade de harmonização do texto consolidado com outros dispositivos legais aplicáveis ao Processo do Trabalho, como o artigo 40 da Lei nº 6.830/80 e o artigo 921 do Código de Processo Civil;

Considerando a ausência de previsão de procedimento a ser adotado para o reconhecimento da prescrição intercorrente;

Considerando a necessidade de adoção de procedimentos uniformes pelos magistrados do trabalho na condução das execuções trabalhistas;

Considerando a competência regimental do Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho para expedir recomendações aos Tribunais Regionais do Trabalho, referentes à regularidade dos serviços judiciários;

RESOLVE:

RECOMENDAR aos Juízes e Desembargadores do Trabalho a observância dos seguintes procedimentos em relação à prescrição intercorrente:

Art. 1º. A prescrição intercorrente prevista no artigo 11-A da CLT somente deverá ser reconhecida após expressa intimação do exequente para cumprimento de determinação judicial no curso da execução.

Art. 2º. O juiz ou relator indicará, com precisão, qual a determinação deverá ser cumprida pelo exequente, com expressa cominação das consequências do descumprimento.

Art. 3º. O fluxo da prescrição intercorrente contar-se-á a partir do descumprimento da determinação judicial, desde que expedida após 11 de novembro de 2017 (artigo 2º da IN-TST nº 41/2018).

Art. 4º. Antes de decidir sobre a ocorrência da prescrição intercorrente, o juiz ou o relator deverá conceder prazo à parte interessada para se manifestar sobre o tema, nos termos dos artigos 9º, 10 e 921, § 5º, do Código de Processo Civil (artigo 4º da IN-TST nº 39/2016, e artigo 21 da IN-TST nº 41/2018).

Art. 5º. Não correrá o prazo de prescrição intercorrente nas hipóteses em que não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, devendo o juiz, nesses casos, suspender o processo (artigo 40 da Lei nº 6.830/80).

§ 1º Na hipótese do caput deste artigo, os autos poderão ser remetidos ao arquivo provisório (artigo 85 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho), assegurando-se ao credor o desarquivamento oportuno com vistas a dar seguimento à execução (§ 3º do artigo 40 da Lei nº 6.830/80).

§ 2º Decidindo o juízo da execução pelo arquivamento definitivo do feito, expedirá Certidão de Crédito Trabalhista, sem extinção da execução (artigos 86 e 87 da Consolidação dos Provimentos da CGJT).

§ 3º Não se determinará o arquivamento dos autos, provisório ou definitivo, antes da realização dos atos de Pesquisa Patrimonial, com uso dos sistemas eletrônicos, como o BACENJUD, o INFOJUD, o RENAJUD e o SIMBA, dentre outros disponíveis aos órgãos do Poder Judiciário; e da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade reclamada, quando pertinente.

§ 4º Antes do arquivamento, provisório ou definitivo, o juízo da execução determinará a inclusão do nome do(s) executado(s) no Banco Nacional dos Devedores Trabalhistas – BNDT e nos cadastros de inadimplentes, e promoverá o protesto extrajudicial da decisão judicial, observado o disposto no artigo 883-A da CLT e o artigo 15 da IN-TST nº 41/2018. § 5º Uma vez incluído(s) o(s) nome(s) do(s) executado(s) no BNDT e nos cadastros de inadimplentes, sua exclusão só ocorrerá em caso de extinção da execução, conforme as hipóteses do artigo 86 da Consolidação dos Provimentos da CGJT.

Art. 6º. Reconhecida a prescrição intercorrente, nos termos desta Recomendação, será promovida a extinção da execução, consoante dispõe o artigo 924, V, do CPC (artigo 21, da IN-TST nº 41/2018).

Art. 7º. Esta Recomendação entra em vigor na data de sua publicação.

Publique-se. Dê-se ciência aos Desembargadores Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Corregedores Regionais, do inteiro teor desta Recomendação, por meio eletrônico.

*MINISTRO LELIO BENTES CORRÊA
CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO*

ANEXO V

PROVIMENTO CGJT Nº 1, DE 8 DE FEVEREIRO DE 2019.

Dispõe sobre o recebimento e o processamento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ) das sociedades empresariais, nos termos do artigo 855-A da CLT.

O MINISTRO CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, no uso das atribuições legais e regimentais,

Considerando que compete à Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho a fiscalização, a disciplina e a orientação da administração da Justiça do Trabalho sobre os Tribunais Regionais do Trabalho, seus Juízes e Serviços Judiciários;

Considerando o disposto no artigo 855-A da Consolidação das Leis do Trabalho e nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, que tratam do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica das sociedades empresariais;

Considerando a necessidade de uma padronização mínima dos procedimentos em relação ao recebimento e ao processamento dos referidos incidentes no âmbito da Justiça do Trabalho;

Considerando os princípios da eficiência administrativa, da efetividade da jurisdição e da economia processual, que sugerem a concentração de atos, como forma de otimizar os procedimentos; e

Considerando a decisão proferida pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho nos autos da Consulta nº 1000577-09.2018.5.00.0000,

RESOLVE:

Art. 1º Não sendo requerida na petição inicial, a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 855-A da CLT será processada como incidente

processual, tramitando nos próprios autos do Processo Judicial Eletrônico em que foi suscitada, vedada sua autuação como processo autônomo.

Parágrafo único. As disposições deste Provimento aplicam-se à desconsideração da personalidade jurídica processada nas unidades de primeiro e segundo graus da Justiça do Trabalho.

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

Art. 3º Instaurado o incidente, a parte contrária e os requeridos serão notificados para se manifestar e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Parágrafo único. Havendo necessidade de prova oral, o juiz designará audiência para sua coleta.

Art. 4º Concluída a instrução, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, da qual serão as partes e demais requeridos intimados.

Parágrafo único. Da decisão proferida:

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do artigo 893 da CLT;

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, em 8 (oito) dias, independentemente de garantia do juízo.

Art. 5º Em se tratando de incidente requerido originariamente no tribunal, a competência para sua instauração, para decisão de pedidos de tutela provisória e para a instrução será do Relator.

§ 1º O Relator poderá decidir monocraticamente o incidente ou submetê-lo ao colegiado, juntamente com o recurso.

§ 2º Decidido o incidente monocraticamente pelo Relator, da decisão caberá agravo interno, nos termos do Regimento do Tribunal.

Art. 6º Restando suspenso o processo, devem ser observadas as disposições do ATO CONJUNTO CSJT.GP.CGJT Nº 1, de 28 de maio de 2018.

Art. 7º Decidido o incidente ou julgado o recurso, os autos retomarão seu curso regular.

Art. 8º O Sistema de Gerenciamento de Informações Administrativas e Judiciárias da Justiça do Trabalho (e-Gestão) deverá conter funcionalidade que permita o cômputo estatístico dos IDPJs, a fim de registrar sua instauração, seu fluxo e a decisão correspondente.

Art. 9º Este Provimento entra em vigor na data da sua publicação.

Publique-se.

*MINISTRO LELIO BENTES CORRÊA
CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO*



ISSN-0100-5448