

Revista
Científica
Virtual

REFORMA TRABALHISTA: NOVAS REFLEXÕES

Coordenação: Dra. Ivani Contini Bramante

Edição 28 - Inverno 2018





DIRETORIA OABSP

PRESIDENTE

MARCOS DA COSTA

VICE-PRESIDENTE

FABIO ROMEU CANTON FILHO

SECRETÁRIO-GERAL

CAIO AUGUSTO SILVA DOS SANTOS

SECRETÁRIO-GERAL ADJUNTO

GISELE FLEURY CHARMILLOT GERMANO DE LEMOS

TESOUREIRO

RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO

CONSELHO SECCIONAL - 2016/2018

MEMBROS EFETIVOS:

Adriana Galvão Moura Abilio
Ailton Jose Gimenez
Alceu Batista de Almeida Junior
Aldimar de Assis
Aleksander Mendes Zakimi
Alexandre Luis Mendonça Rollo
Andrea Lupo
Anna Carla Agazzi
Antonio Carlos Delgado Lopes
Carlos Alberto Expedito de Britto Neto
Carlos Alberto Maluf Sanseverino
Carlos Simão Nimer
Cid Vieira de Souza Filho
Clarice Ziauber Vaitekunas de Jesus
Arquely
Claudio Peron Ferraz
Clemencia Beatriz Wolthers
Denis Domingues Hermida
Dijalma Lacerda
Eder Luiz de Almeida
Edmilson Wagner Gallinari
Edson Roberto Reis
Eli Alves da Silva
Fabio de Souza Santos
Fabio Guedes Garcia da Silveira
Fabio Guimarães Correa Meyer
Fabio Picarelli
Fabiola Marques
Fernando Calza de Salles Freire
Fernando Oscar Castelo Branco
Flavia Cristina Piovesan
Gilda Figueiredo Ferraz de Andrade
Helena Maria Dinizw
Ivan da Cunha Souza
Jarbas Andrade Machioni
João Carlos Rizolli
João Emilio Zola Junior
João Marcos Lucas
José Eduardo de Mello Filho
José Fabiano de Queiroz Wagner
José Maria Dias Neto
José Roberto Manesco
José Tarcisio Oliveira Rosa
Julio Cesar Fiorino Vicente
Katia Boulos
Laerte Soares
Lívio Enescu
Luiz Augusto Rocha de Moraes
Luiz Flavio Filizzola D'urso
Luiz Silvio Moreira Salata
Marcelo Knoepfelmacher
Marcio Cammarosano
Marco Antonio Pinto Soares
Mario de Oliveira Filho
Maristela Basso
Martim de Almdeira Sampaio
Maurício Januzzi Santos
Maurício Silva Leite
Moirá Virginia Huggard-Caine
Oscar Alves de Azevedo
Paulo José Iasz de Moraes
Renata de Carlis Pereira
Renata Soltanovitch
Ricardo Rui Giuntini
Roberto Delmanto Junior
Rosângela Maria Negrão
Sidnei Alzidio Pinto
Sílvia Regina Dias
Sonia Maria Pinto Catarino
Tallulah Kobayashi de A. Carvalho
Taylon Soffener Berlanga

Umberto Luiz Borges D'urso
Uriel Carlos Aleixo
Wilza Aparecida Lopes Silva
Wudson Menezes

MEMBROS SUPLENTES:

Aderbal Da Cunha Bergo
Adriana Zamith Nicolini
Alessandro De Oliveira Brecailo
Aline Silva Fávero
Ana Maria Franco Santos Canalle
Andre Aparecido Barbosa
Andréa Regina Gomes
Antonio Carlos Roselli
Antonio Elias Sequini
Arlés Gonçalves Junior
Audrey Liss Giorgetti
Benedito Alves De Lima Neto
Carlos Figueiredo Mourao
Celso Caldas Martins Xavier
Cesar Marcos Klouri
Cibele Miriam Malvone Toldo
Coriolano Aurelio De A Camargo Santos
Daniel Da Silva Oliveira
Dave Lima Prada
Edivaldo Mendes Da Silva
Eliana Malinosk Casarini
Eugenia Zarenczanski
Euro Bento Maciel Filho
Fabiana Fagundes
Fabrício De Oliveira Klébis
Flavia Filhorini Lepique
Flavio Perboni
Frederico Crissiúma De Figueiredo
Gerson Luiz Alves De Lima
Glaucia Maria Lauletta Frascino
Glaucio Polachini Gonçalves
Glaudecir Jose Passador
Janaina Conceicao Paschoal
Jose Helio Marins Galvao Nunes
Jose Meirelles Filho
Jose Pablo Cortes
Jose Vasconcelos
Leandro Caldeira Nava
Leandro Sarcedo
Lucia Helena Sampataro H Cirilo
Lucimar Vieira De Faro Melo
Luis Auguto Braga Ramos
Luis Henrique Ferraz
Luiz Eugenio Marques De Souza
Luiz Gonzaga Lisboa Rolim
Mairton Lourenco Candido
Marcelo Gatti Reis Lobo
Marcio Goncalves
Marco Antonio Araujo Junior
Marcos Antonio David
Margarete De Cassia Lopes
Maria Claudia Santana Lima De Oliveira
Maria Das Gracas Perera De Mello
Maria Marlene Machado
Maria Paula Rossi Quinones
Maria Silvia Leite Silva De Lima
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Marisa Aparecida Migli
Mauricio Guimaraes Cury
Nelson Sussumu Shikicima
Orlando Cesar Muzel Martho
Otavio Pinto E Silva
Patrick Pavan
Pedro Paulo Wendel Gasparini
Raquel Tamassia Marques

Regina Aparecida Miguel
Regina Maria Sabia Darini Leal
Rene Paschoal Liberatore
Ricardo Galante Andreetta
Ricardo Hiroshi Botelho Yoshino
Roberto Cerqueira De Oliveira Rosa
Roberto De Souza Araujo
Rosa Luzia Cattuzzo
Rosana Maria Petrilli
Rosemary Aparecida Dias Oggiano
Sandra Neder Thome De Freitas
Sandra Valeria Vadala Muller
Simone Mizumoto Ribeiro Soares
Vera Silvia Ferreira Teixeira Ramos
Vivian De Almeida Gregori Torres

MEMBROS HONORÁRIOS VITALÍCIOS:

Antonio Claudio Mariz De Oliveira
Carlos Miguel Castex Aidar
José Roberto Batochio
João Roberto Egdio De Piza Fontes
Luiz Flávio Borges D'urso
Mario Sergio Duarte Garcia

MEMBROS EFETIVOS PAULISTAS NO CONSELHO FEDERAL:

Guilherme Octavio Batochio
Luiz Flavio Borges D'urso
Marcia Regina Approbato Machado
Melaré

MEMBROS SUPLENTES PAULISTAS NO CONSELHO FEDERAL:

Aloisio Lacerda Medeiros
Arnoldo Wald Filho
Carlos Jose Santos Da Silva

DIRETORIA ESAOABSP

DIRETORA: IVETTE SENISE FERREIRA

VICE-DIRETOR: LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO

COORDENADORA-GERAL: MÔNICA APARECIDA BRAGA SENATORE

CONSELHO CURADOR

PRESIDENTE: EDSON COSAC BORTOLAI

VICE-PRESIDENTE: JÚLIO CESAR FIORINO VICENTE

SECRETÁRIO: VITOR HUGO DAS DORES FREITAS

CONSELHEIROS:

CLAUDIO CINTRA ZARIF

FERNANDA TARTUCE SILVA

GEORGE AUGUSTO NIARADI

LUCIA MARIA BLUDENI

MARCOS PAULO PASSONI

MARIA CRISTINA ZUCCHI

Revista Científica Virtual

DIREITO DIGITAL: NOVOS RUMOS

DIRETORIA OAB/SP-----	02
CONSELHO SECCIONAL -----	03
DIRETORIA ESAOAB/SP-----	04
CONSELHO CURADOR ESAOAB/SP -----	04
APRESENTAÇÃO -----	07

PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA MITIGADA OU CREDITÍCIA NO PROCESSO DO TRABALHO <i>DRA. IVANI CONTINI BRAMANTE</i> -----	08
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

BENEFICIÁRIOS DE JUSTIÇA GRATUITA E A INCON- STITUCIONALIDADE DE HONORÁRIOS PERICIAIS E ADVO- CATÍCIOS <i>DRA. ANA CECILIA SAMPAIO DE MARTINO</i> -----	20
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DA ATIVIDADE NO DIREITO DO TRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA <i>DRA. ELIETE TAVELLI ALVES</i> -----	26
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

A ATUAÇÃO DOS SINDICATOS DE TRABALHADORES NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA <i>DR. FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA P. GIORDANI</i> ----	38
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CONVENÇÕES DA OIT NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁ- TRIO E REFORMA TRABALHISTA <i>DR. JARDEL GONÇALVES ANJOS FERREIRA</i> -----	56
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

APLICAÇÃO DO SEGURO GARANTIA JUDICIAL TRAZIDO PELA REFORMA TRABALHISTA <i>DRA. KEILA RIBEIRO FLORES</i> -----	64
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

NOVOS REQUISITOS RECURSAIS E A TRANSCENDÊNCIA DO RECURSO DE REVISTA <i>DRA. LUCAS OLIVEIRA DOS REIS SOUZA</i> -----	70
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

GRUPO ECONÔMICO E RESPONSABILIDADE EXECUTIVA TRABALHISTA <i>DRA. LUCIANA VITALINA FIRMINO DA COSTA</i> -----	80
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

EXPEDIENTE

Revista Científica Virtual da
Escola Superior de
Advocacia

Edição 28 – Inverno 2018
São Paulo OAB/SP – 2018

Conselho Editorial

Dra. Gilda Figueiredo Ferraz
Dr. José Rogério Cruz e Tucci
Dr. Luiz Flávio Borges D'urso
Dr. Marcus Vinicius Kikunaga
Dra. Regina Beatriz Tavares

Coordenador de Editoração

Dra. Ivani Contini Bramante

Jornalista Responsável

Marili Ribeiro

Coordenação de Edição

Bruna Corrêa
Fernanda Gaeta

Diagramação

Felipe Lima
Ingrid Brito Oliveira

Fale Conosco

Largo da Pólvora, 141 –
Sobreloja
Tel. +55 11.3346.6800

Publicação Trimestral
ISSN – 2175-4462.
Direitos – Periódicos.
Ordem Dos Advogados do
Brasil

A MITIGAÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.467/17 – INCONSTITUCIONALIDADES E “INCON- VENCIONALIDADES” <i>DR. MARCO AURÉLIO F. GALDURÓZ FILHO</i> -----	88
A REFORMA TRABALHISTA E A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE <i>DRA. MARIE ROSE HANNA NEJM</i> -----	96
PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E A LEI 13.467/2017 <i>DRA. RENATA DO VAL</i> -----	102
A TEORIA DINÂMICA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DE PROVA <i>DR. RICARDO SOUZA CALCINI</i> -----	110
HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E A REFORMA TRABALHISTA <i>DR. RODRIGO ARANTES CAVALCANTE</i> -----	128

APRESENTAÇÃO

Uma revista digital, como a presente, tem o desiderato de acessibilidade global para o operadores do Direito.

A pretensão é difundir as novas idéias dos autores, a partir da reflexão e pesquisa das vivências cambiantes sociais, políticas, econômicas e jurídicas. Assim, a Revista oficializa publicações acadêmico-práticas em torno do Direito e, tem por escopo ser um veículo específico de produção e acesso do público interessado.

A Revista tem por finalidade analisar as alterações na legislação trabalhista, promovida pela Lei 13.467/2017, e trazer NOVAS REFLEXÕES SOBRE A REFORMA TRABALHISTA, diante da novel, extensa e profunda reforma nessa seara.

*Nesta edição o conteúdo veicula temas da área do Direito do Trabalho, intitulado: **Reforma Trabalhista: Novas Reflexões.***

Isto porque, passados seis meses desde a edição da Lei 13.467/17, que trata da Reforma Trabalhista, a comunidade jurídica trabalhista ainda debate, com efervescência, acerca da sua aplicação.

Trata-se de um momento impar na história do Direito do Trabalho no Brasil. Muitos textos legais foram alterados, inseridos e ou revogados. As alterações não se resumem aos aspectos quantitativos, se espraiam também por temas diferentes e abarca o direito material, o direito sindical e o direito processual.

Neste trabalho os autores contribuem na ampliação o foro de debate, diante do rompimento dos paradigmas, e dos pontos polêmicos, na análise do acerto e desacerto das novidades legislativas no mundo do trabalho.

Assim a intenção é oferecer, na seara do Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, mais uma arena de construção teórica prática, de idéias e de reflexões relevantes para aqueles que militam e para as novas gerações de profissionais apaixonados pelo Direito.

*Ivani Contini Bramante
Desembargadora Federal do Trabalho*

PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA MITIGADA OU CREDITÍCIA NO PROCESSO DO TRABALHO



IVANI CONTINI BRAMANTE

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região; Mestre e Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Especialista em Relações Coletivas de Trabalho pela Organização Internacional do Trabalho; Professora de Direito Coletivo do Trabalho e Direito Previdenciário do Curso de Graduação do Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo; Coordenadora do Curso de Pós Graduação em Direito das Relações do Trabalho da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo; Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Membro do Grupo de Estudos Previdenciários Wladimir Novaes Martinez – GEP WNM; Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Membro do Grupo de Estudos Previdenciários Wladimir Novaes Martinez – GEP WNM

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	09
I. DIFERENÇAS DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO DO TRABALHO -----	11
II. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO PROCESSO DO TRABALHO - INTERTEMPORALIDADE -----	13
III. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO PROCESSO DO TRABALHO E ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA ESTRITA, ATÍPICA, MITIGADA OU CREDITÍCIA -----	14
IV. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NO PROCESSO DO TRABALHO -----	15
CONCLUSÃO -----	17

PALAVRAS-CHAVE:

REFORMA TRABALHISTA HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROCESSO DO TRABALHO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

INTRODUÇÃO

A intenção não é discutir o motivo das mudanças legislativas processuais trabalhistas, mas perquirir a interpretação e dar novo rumo às situações que se entende mais adequado à nova conformação processual-social, ínsita ao ramo do Direito Social.

O que importa é que as mudanças já surtem efeitos no dia a dia processual, e, portanto, mister se faz a análise e comparativo dos entendimentos anteriormente sedimentados na jurisprudência e traçar qual o novo caminho a ser trilhado, a partir da evolução histórica-sistemática-gramatical, sem descuidar dos ditames do artigo 5º, XXXV, LIV e LV da CF/88, do princípio do acesso a justiça e devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

A Lei 13.467/17 acrescentou o artigo 791-A à CLT para regulamentar a aplicação dos honorários advocatícios sucumbenciais no âmbito do processo do trabalho, conforme verbis:

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. (Artigo incluído pela Lei nº 13.467/2017 - DOU 14/07/2017)

§ 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 arbitrarará 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.

Considerando os princípios que norteiam a proteção do hipossuficiente trabalhador, a matéria acerca da sucumbência merece uma interpretação histórica–sistemática –gramatical, e um enfoque distinto das normativas do processo civil, para que possa ser aplicada de modo adequado, de acordo com a lógica do sistema processual trabalhista.

I. DIFERENÇAS DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO DO TRABALHO

O Código de Processo Civil, quanto aos honorários advocatícios, adotou o princípio da causalidade ampla como gênero, sendo o princípio da sucumbência uma das espécies. Portanto, são devidos os honorários advocatícios, no processo civil, nas hipóteses de sucumbência típica, total ou parcial (art. 85, CPC) pelo vencido em favor do advogado do vencedor; bem como nos casos de desistência, renúncia, reconhecimento do pedido, extinção sem mérito e, nas instâncias recursais (arts. 85 usque 90 CPC).

Entretanto, no processo do trabalho, quanto aos honorários advocatícios, nunca foi adotado o princípio da causalidade. Ressalte-se que a fixação do fato gerador dos honorários advocatícios como sendo o crédito e não a sucumbência meramente causal não é nova do processo do trabalho.

No sistema anterior à reforma promovida pela Lei 13.467/17, os honorários advocatícios eram aplicados na forma da Lei 5.584/70 que prevê: “Art 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.”

De outro lado, a norma determinava que: “Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº

1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.”

Do cotejo dos artigos 16 e 14 da Lei 5.584/70, havia a aplicação dos honorários advocatícios apenas à entidade sindical, sendo fixado seu valor na forma do parágrafo 1º do artigo 11 da Lei 1.060/50 que fixava:

- *Os honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciais serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário de assistência for vencedor na causa. § 1º. Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença.”*

O *jus postulandi*, bem como justiça gratuita sempre foram condição *sine que non* de acesso a justiça na Justiça do Trabalho. Vê-se, pois, que no processo do trabalho, historicamente, à vista dos princípios da hipossuficiência e do *jus postulandi* (art. 791 da CLT), os honorários advocatícios sempre foram devidos, a cargo da reclamada e em favor do Sindicato da categoria profissional do reclamante, nas hipóteses de justiça gratuita (Lei 1.060/50) e assistência judiciária sindical (Lei 5.584/70). Portanto, desvinculado da causalidade ou

da mera sucumbência, consoante retratado na jurisprudência consolidada nas Sumulas 219 e 329 do TST:

• **SÚMULA 219/TST - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.** (Res. 14/1985 - DJ 19.09.1985. Nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 27 da SDI-II - Res. 137/2005, DJ 22.08.2005. Nova redação do item II e inserido o item III - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011. Incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1 ao item I - Res 197/2015 - divulgada no DeJT 14/05/2015. Nova redação do item I e acrescidos os itens IV a VI - Res 204/2016 - divulgada no DeJT 17/03/2016)

• I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente:

• a) estar assistida por sindicato da categoria profissional;

• b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art.14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305 da SBDI-I).

• II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

• III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

• IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

• V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

• VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.”

• **SUMULA 329/TST - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** Art. 133 da CF/1988 (Res. 21/1993, DJ 21.12.1993). Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

II. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO PROCESSO DO TRABALHO – INTERTEMPORALIDADE

Por primeiro, merece enfoque a questão da intertemporalidade, pois na aplicação dos honorários advocatícios no processo do trabalho, a luz do advento da Lei 13.467/17, só pode incidir na demandas ajuizadas após o advento da citada lei.

Isto porque, pois ninguém pode perder seus bens e sua liberdade, sem o devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CF/88), sendo necessária a observância dos princípios constitucionais da irretroatividade da lei e do direito adquirido, bem como, do princípio processual da vedação da decisão surpresa,

- “art. 5º, XXXVI, CF/88 - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

- “art. 10, 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.

Nesse sentido temos o Enunciado n. 98 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho

- “HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO EM RAZÃO DA NATUREZA HÍBRIDA DAS NORMAS QUE REGEM HONORÁRIOS ADVO-

CATÍCIOS (MATERIAL E PROCESSUAL), A CONDENAÇÃO À VERBA SUCUMBENCIAL SÓ PODERÁ SER IMPOSTA NOS PROCESSOS INICIADOS APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.467/2017, HAJA VISTA A GARANTIA DE NÃO SURPRESA, BEM COMO EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE, UMA VEZ QUE A EXPECTATIVA DE CUSTOS E RISCOS É AFERIDA NO MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO.

Ademais, pelo princípio da adstrição do pedido, não há como condenar a parte em honorários advocatícios se não houver pedido na inicial, até porque essa verba não era prevista no ordenamento jurídico. A respeito do tema o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, recentemente, acerca da aplicação da Lei nova 13.467/17, especificamente sobre a imposição de honorários advocatícios nas ações em curso:

- **Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO PROCESSO DO TRABALHO. ART. 791-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, INTRODUZIDO PELA LEI 13.467/2017. INAPLICABILIDADE A PROCESSO JÁ SENTENCIADO.**

- 1. A parte vencedora pede a fixação de honorários advo-

catícios na causa com base em direito superveniente – a Lei 13.467/2017, que promoveu a cognominada “Reforma Trabalhista”.² O direito aos honorários advocatícios sucumbenciais surge no instante da prolação da sentença. Se tal crédito não era previsto no ordenamento jurídico nesse momento processual, não cabe sua estipulação com base em lei posterior, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (STF-AG.REG – RE 1.014.675. RELATOR :MIN. ALEXANDRE DE

MORAES. PRIMEIRA TURMA. 23/03/2018).

E, ainda, não há como fixar honorários advocatícios, na execução trabalhista, e tampouco cobrar em ação própria e ou, executar os honorários advocatícios se eles não constam da sentença condenatória. Nesse sentido:

• “**SUMULA 453/STJ:** Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.”

III. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO PROCESSO DO TRABALHO E ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA ESTRITA, ATÍPICA, MITIGADA OU CREDITÍCIA

Com razão Rafael E. Pugliese Ribeiro (*Reforma Trabalhista Comentada*. Editora Juruá, 1ª edição. 2018) afirma que o princípio da causalidade é gênero, sendo que o princípio da sucumbência uma das espécies e, nesse passo a Lei 13.467/17 **não acolheu o princípio da causalidade ampla** prevista no Código de Processo Civil.

Com efeito, o caput do artigo 791-A, da CLT, estatui que: “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.”

Deste modo, o fato gerador dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, se dá somente nas hipóteses em que resultar crédito para a parte autora, equivale dizer: *nos casos em que houver condenação, e incide sobre o valor liquidado da sentença ou o proveito econômico obtido.*

A imposição de honorários advocatícios no processo do trabalho se distancia da sucumbência típica do processo civil e assume feições de efetiva sucumbência creditícia, o que permite definí-la, no sistema

processual brasileiro, como sucumbência atípica.

Portanto, é factível afirmar que o processo do trabalho não acolheu o princípio da causalidade, mas tão somente o prin-

cípio da sucumbência, e ainda, na modalidade estrita, que pode ser denominada de princípio da sucumbência estrita, atípica, mitigada, ou creditícia.

IV. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NO PROCESSO DO TRABALHO. DIFERENÇA ENTRE SUCUMBÊNCIA FORMAL (VALOR) E SUCUMBÊNCIA MATERIAL (BEM DA VIDA)

No que tange à sucumbência recíproca, é mister deixar claro que a *sucumbência se refere ao pedido e não ao valor do pedido*, por conta da distinção entre *sucumbência formal e material*, para fins de aferição do interesse recursal e, conseqüentemente, a própria existência da chamada sucumbência recíproca.

Entende-se por sucumbência formal a frustração da parte em termos meramente processual, porque não obteve na via judicial tudo aquilo pretendia. Assim na procedência parcial do pedido haverá sucumbência apenas formal. No que tange à sucumbência material, verifica-se sempre que a parte deixou de obter no mundo dos fatos aquilo que poderia ter conseguido com o processo. (Informativo 562 do STJ)

Ex.: Se o reclamante Joaquim pede a condenação da empresa X em R\$ 20 mil a título de danos morais e conseguiu a condenação em R\$ 5 mil, o reclamante foi vencedor “ganhou a demanda sob o ponto de vista material”. Vê-se que a reclama-

da foi condenada a lhe pagar os danos morais, e o bem de vida pretendido “reparação pelo dano moral” foi alcançado, então não houve sucumbência material. De outro turno quanto ao valor do bem da vida pretendido, o pedido foi de 20 mil e a condenação de 5 mil, houve sucumbência meramente formal-processual parcial. Não há que se confundir o pedido, bem da vida, com o *quantum* monetário atinente, que só será fixado e tornado certo com a sentença de mérito.

Assim a sucumbência material diz respeito ao pedido mediato (bem da vida), e a sucumbência formal atine ao valor do pedido, que tem expressão monetária.

Nesse diapasão o Enunciado n. 99 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizado nos dias 9 e 10 de outubro de 2017, a saber:

• **ENUNCIADO N. 99 SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA . O JUÍZO ARBITRARÁ HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA (ART. 791-A, PAR.3º,**

DA CLT) APENAS EM CASO DE INDEFERIMENTO TOTAL DO PEDIDO ESPECÍFICO. O ACOHLIMENTO DO PEDIDO, COM QUANTIFICAÇÃO INFERIOR AO POSTULADO, NÃO CARACTERIZA SUCUMBÊNCIA PARCIAL, POIS A VERBA POSTULADA RESTOU ACOLHIDA. QUANDO O LEGISLADOR MENCIONOU “SUCUMBÊNCIA PARCIAL”, REFERIU-SE AO ACOHLIMENTO DE PARTE DOS PEDIDOS FORMULADOS NA PETIÇÃO INICIAL.

Deste modo, *não há ausência de sucumbência recíproca se a condenação for em valor inferior àquele por ventura indicado à inicial.*

Por exemplo, nos casos de indenização por danos morais, fixado o valor indenizatório menor do que o indicado na inicial, não se pode, para fins de arbitramento de sucumbência, incidir no paradoxo de impor-se à vítima o pagamento de honorários advocatícios superiores ao deferido a título indenizatório.

Nesse passo a SUMULA 326 do STJ:

- *Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.*

Ainda o julgado no REsp de n. 431.230-PR, Min. Barros Monteiro, a afirmar que:

- *A despeito de haver a autora pleiteado a indenização no importe correspondente a cinquenta vezes o valor do título (à época, R\$ 541.286,00 - quinhentos*

e quarenta e um mil, duzentos e oitenta e seis reais), indubitoso é, como acentuou o julgado recorrido, que saiu ela vencedora na postulação principal. É o que releva para a definição dos ônus sucumbenciais, uma vez que, do contrário, a prevalecer o entendimento da recorrente, a parte que saiu ganhadora na lide ainda terá de pagar honorários advocatícios ao litigante adversário.

Isso se explica, pois, às vezes, os valores indicados pela parte autora na inicial é de caráter meramente estimativo, não pode ser tomado como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial.

Ou seja, se o juiz fixar indenização inferior ao pedido da inicial, não haverá responsabilidade pelo indenizado a pagar honorários ao adverso e ou. partilhar custas e despesas, em proporção, haja vista não ter sofrido qualquer derrota neste ponto.

Não obstante a nova legislação indicar a necessidade de a petição inicial trabalhista trazer o pedido certo, o *quantum* indicado em nada modifica a questão de que “não há sucumbência” no caso de condenação em montante inferior ao pedido lançado na inicial, pois trata-se tão somente a sucumbência formal-processual e não material-processual.

A determinação legal para que a inicial aponte o valor certo pretendido serve como meio pedagógico, e para suplantar as

situações do famigerado “valor de alçada”, para pagar o mínimo de custas e se furtar às eventuais multas processuais e litigância de má-fé, calculadas sobre o valor da causa, dentre outras situações.

CONCLUSÃO

Quanto ao aspecto intertemporal:

(I) os honorários de sucumbência possuem natureza híbrida (material e processual) e portanto, são inaplicáveis aos processos em curso, e só poderá ser imposto nos processos iniciados após a entrada em vigor da lei 13.467/2017. Não se olvide que ninguém pode perder seus bens e sua liberdade, sem o devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV,CF/88); que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (“art. 5º, XXXVI, CF/88) e que há vedação da decisão surpresa (art. 10,CPC).

(II) Ademais, pelo princípio da adstrição do pedido, não há como condenar a parte em honorários advocatícios, nos processos em curso, se não houver pedido na inicial, até porque essa verba não era prevista no ordenamento jurídico.

*(III) não há como fixar honorários advocatícios, na execução trabalhista, e tampouco cobrar em ação própria e ou, executar os honorários advocatícios se eles não constam da sentença condenatória, em respeito a coisa julgada (art. 5º,XXXVI,CF/88) Nesse sentido: “**SUMULA 453/STJ** : Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.”*

Quanto ao aspecto material:

(I) A Lei 13.467/17 (art. 791-A,CLT) não acolheu o princípio da causalidade ampla prevista no Código de Processo Civil, ao revés, adotou o princípio da sucumbência estrita, atípica, mitigada, ou creditícia.

(II) A alteração legislativa foi meramente subjetiva, consistente apenas na colmatação do sistema, diante da revogação da Lei 1.060/50 e na ampliação do beneficiário dos honorários, que deixou de ser apenas o sindicato da categoria profissional e agora pode ser aplicado ao advogado particular do autor da ação (seja ele empregado ou empregador) ou do reconvinte.

(III) O legislador, mediante a Lei 13.467/17, não pretendeu alterar o princípio da sucumbência mitigada que enseja a aplicação dos honorários advocatícios no processo do trabalho e, que sempre se distanciou do processo civil. Ao contrário, manteve o tradicional modelo que condiciona sua incidência ao fato de ser a parte credora de determinado valor reconheci-

do judicialmente.

(IV) os honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, não decorrem do princípio da causalidade e tampouco da mera sucumbência, mas limitam-se às sentenças condenatórias que resultem na existência de crédito em favor da parte vencedora ou, obrigação de outra natureza de que resulte um proveito econômico mensurável ou estimado pelo valor da causa;

*(V) Diante da distinção entre sucumbência material (pedido mediato – bem da vida) e sucumbência formal, meramente -processual (valor do bem da vida pretendido) **a sucumbência se dá em razão do pedido e não em razão do valor monetário** expressivo da moeda. Assim, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.*

*(VI) pelo princípio da sucumbência estrita, atípica, mitigada, ou creditícia, adotado pela Lei 13.467/17, e incidência apenas 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.** Conclui-se que: **não são devidos os honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, nas hipóteses de improcedência, desistência, renúncia, extinção sem mérito e arquivamento da ação. Inteligência literal do artigo 791-A, CLT, combinado com a interpretação histórica e sistemática com os artigos 14 e 16 da Lei 5584/70 e 11 da Lei 1060/50. Isto porque, que não se aplicam de forma subsidiária ou supletiva, as regras sobre honorários advocatícios do CPC, diante da regulamentação própria e da incompatibilidade normativa e principiológica com o processo do trabalho.***

São Paulo, 22 de maio de 2018.

ESA, UMA
INSTITUIÇÃO DE
ENSINO COM A
MARCA
OABSP



WWW.ESAOABSP.EDU.BR

BENEFICIÁRIOS DE JUSTIÇA GRATUITA E A INCONSTITUCIONALIDADE DE HONORÁRIOS PERICIAIS E ADVOCATÍCIOS

ANA CECILIA SAMPAIO DE MARTINO

Advogada e consultora. Especialização em Direito e Processo do Trabalho. Especialização em Direito Sindical. Professora convidada no curso intensivo de Direito Sindical - Teoria e Prática da Escola Superior de Advocacia. Membro da Comissão Especial de Direito Sindical da OAB/SP.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	21
I. O INSTITUTO DA JUSTIÇA GRATUITA -----	22
I.I. ANTES DA PUBLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017 ----	22
I.II. APÓS A PUBLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017 -----	23

PALAVRAS-CHAVE:

JUSTIÇA GRATUITA. INCONSTITUCIONALIDADE DE HONORÁRIOS PERICIAIS E ADVOCATÍCIOS. REFORMA TRABALHISTA

INTRODUÇÃO

O intuito do presente estudo é analisar as modificações constantes nos artigos 790-B, caput e parágrafo 4º do 791-A, e parágrafos 2º e 3º no art. 844 CLT alterados pela Lei 13.467/2017, promulgada em 13 de julho de 2017, sob o prisma da gratuidade de justiça, com enfoque nos Princípios Constitucionais.

Com o objetivo claro de reduzir os direitos dos trabalhadores, o legislador não se preocupou em observar as garantias constitucionais, violando inclusive, os princípios da isonomia, da inafastabilidade da Jurisdição, assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (caput, incisos XXXV e LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal).

A Procuradoria Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766, em face dos artigos aqui discutidos alegando a inconstitucionalidade material dos dispositivos.

I. O INSTITUTO DA JUSTIÇA GRATUITA

I.1 ANTES DA PUBLICAÇÃO DA LEI

13.467/2017

Em consonância com a Constituição Federal, o §3º do artigo 790 da CLT, combinado com a Lei 1.060/50, garantia o direito ao benefício da gratuidade àqueles que (1) percebessem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou que (2) declarassem, sob as penas da lei, não estar em condição de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

A previsão do direito à assistência judiciária na Justiça do Trabalho está no artigo 14 da Lei 5.584/70 e disciplina que “a assistência judiciária a que se refere a Lei no 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”.

Assim sendo, a parte beneficiária da Justiça gratuita não arcaria com o pagamento de custas e despesas processuais, assim que sucumbente no objeto da perícia não pagaria os honorários periciais (artigo 790- B, CLT).

Os honorários advocatícios de sucumbência não eram aplicados de forma ampla na Justiça do Trabalho em razão do jus postulandi, (artigo 791 da CLT), exceto para hipótese em que o sindicato estivesse como subs-

tituto processual, em ação rescisória e em causas não derivadas de relação de emprego, conforme (Súmula 219 do TST).

A Sumula 463 do TST prevê que, (I) para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015); (II) No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo, sumula alinhada com o Novo Código de Processo Civil.

Assim, a jurisprudência era tranquila no sentido de que bastava a simples declaração de hipossuficiência econômica, conforme inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal:

• *A garantia do art. 5º, LXXIV – assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos –, não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situ-*

ação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). [RE 205.746, rel. min. Carlos Velloso, j. 26-11-1996, 2ª T, DJ de 28-2-

1997.]

Com a promulgação do CPC/2015, os artigos 98 a 102, derogaram e sobrepujaram parte dos dispositivos da Lei 1.060/1950, prevendo expressamente que a gratuidade judiciária abrange custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

I.II. APÓS A PUBLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017

Com a nova lei, foram alterados os parágrafos 3º e 4º do artigo 790, artigo 790-B, e inseridos 791-A, § 4 e parágrafos 2º e 3º no art. 844, todos da CLT.

A Lei alterou o teto para concessão do benefício da gratuidade judiciária, sendo faculdade do juiz conceder àqueles que perceberem “salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” (§ 3º, artigo 790 da CLT) e comprovarem a insuficiência de recursos para pagamento de custas no processo (§ 4º do mesmo artigo da CLT).

Verifica-se que não basta mais a simples alegação de falta de recursos para obter o benefício, mas é necessário comprovar que não consegue arcar com as custas do processo.

Desde já, salienta-se que há entendimento no sentido de que os critérios acima não são cumulativos, mas situações distintas, sendo que para aqueles que perceberem “salário igual ou

inferior 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” bastaria comprovar a percepção do salário nessas condições e, apenas para aqueles que percebessem acima do teto previsto no parágrafo 3º incidiria a necessidade da comprovação de insuficiência de recursos para pagamento de custas no processo previsto no parágrafo 4º do artigo 790 da CLT.

O legislador ampliou a incidência de honorários advocatícios de sucumbência para todas as causas trabalhistas, inclusive quando há a sucumbência recíproca, no caso de procedência parcial dos pedidos. (caput e § 3 do artigo 791-A da CLT).

De acordo com o caput e § 4º os artigos 790-B, e §4º, do artigo-791-A, ambos da CLT, os beneficiários da gratuidade terão que arcar com honorários periciais, se sucumbentes na pretensão objeto da pericia, e, honorários advocatícios, no caso de sucumbência, ainda que parcial, no ob-

jeto da demanda:

• *LEI 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 no 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. 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. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. [...] § 4o 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. [...]

• *§ 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, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

• *“Art. 844. § 2o Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.”*

Ao impor aos beneficiários da gratuidade o pagamento de despesas processuais de sucumbência, o legislador feriu gravemente os Princípios da inafastabilidade da jurisdição e a assistência judiciária integral aos que comprovarem insuficiência de recursos (incisos XXXV e LXXIV do artigo 5º da CF).

É inadmissível compreender que, ao mesmo trabalhador que se reconheceu o benefício da gratuidade por insuficiência de recursos, se faz pagar os honorários advocatícios e periciais, ignorando os próprios fundamentos que embasaram a concessão do benefício. A alteração é incompatível com a própria ideia de gratuidade.

A nova lei dificulta o acesso à justiça pelos economicamente menos favorecidos, impossibilitando que os trabalhadores assumam riscos inerentes à demanda trabalhista.

E ainda, créditos trabalhistas auferidos por quem detenha condição de beneficiário de gratuidade

de não se sujeitam a pagamento de custas e despesas processuais, exceto se houver a perda da condição; o contrário, viola a Norma Fundamental de retirar da parte beneficiária, recursos que foram considerados como indispensáveis a sua subsistência e de sua família para pagar despesas processuais.

Se assim não bastasse, conforme se verifica, a norma trabalhista tornou o instituto mais restritivo do que a norma processual civil quanto à gratuidade judiciária, pois impõe a obrigação de custear honorários advocatícios de sucumbência ficando sob condição suspensiva de exigir, desde que o beneficiário “ não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”.

Verifica-se, nesse caso, a violação também ao Princípio da isonomia (CF, caput, art. 5º), conforme bem se posicionam Jorge Luiz Souto Maior e Valde-te Souto Severo, em recente artigo “O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista”:

- *“A assistência judiciária tem por função permitir que o direito fundamental do acesso à justiça seja exercido também por*

quem não tem condições financeiras de arcar com os custos do processo. Tornar a gratuidade da justiça menos garantista na Justiça do Trabalho, comparativamente ao que se verifica em outros ramos do Judiciário, equivale a tornar o trabalhador um cidadão de segunda classe”.

Outra inconstitucionalidade prevista na Lei que alterou a CLT foi a inserção dos parágrafos 2º e 3º no artigo 844, acima transcrito.

Novamente o legislador restringe a norma constitucional ao impor o pagamento de custas ao reclamante beneficiário da gratuidade em razão de arquivamento decorrente de ausência à audiência inicial, condicionando ainda o pagamento á propositura de nova demanda.

Com o discurso de diminuir as demandas trabalhistas, o legislador infraconstitucional, violou direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, tratando de forma diferenciada e com mais rigor aquele trabalhador que detém de poucos recursos financeiros.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DA ATIVIDADE NO DIREITO DO TRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA

ELIETE TAVELLI ALVES

Advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, especialista em Direito Processual Civil também pela PUC/SP, especialista em Direito do Trabalho pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP, mestranda em Direito Empresarial com ênfase em Direito Laboral na Universidade de Coimbra – UC/PT.

SUMÁRIO

RESUMO-----	27
INTRODUÇÃO -----	27
I. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL -	28
II . O CÓDIGO CIVIL DE 2.002 E SEU ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO -----	30
III. A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DA ATIVIDADE NO DIREITO DO TRABALHO E A “REFORMA TRABALHISTA” -----	32
CONCLUSÃO -----	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	36

PALAVRAS-CHAVE:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DO TRABALHO. REFORMA TRABALHISTA

RESUMO

Partindo de uma breve evolução histórica da responsabilidade civil, abordar-se-á a consagração da responsabilidade pelo risco da atividade no ordenamento jurídico pátrio, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, pacificamente aplicável no campo do Direito do Trabalho, fazendo algumas considerações sobre a chamada “Reforma Trabalhista”. Neste intuito, serão analisadas as disposições da Lei n. 13.467/17 e da Medida Provisória n. 808/17 relacionadas ao tema.

INTRODUÇÃO

Não é de hoje a constatação de que a sociedade hodierna transformou-se rápida e significativamente, principalmente, após a Revolução Industrial. Com o surgimento da sociedade de massa, no século passado, mostraram-se necessárias inúmeras inovações visando atender aos novos interesses e aos novos grupos sociais.

Diante desta realidade e considerando que o modelo privado não se mostrou capaz de suprir, de maneira satisfatória, as novas necessidades e resolver os conflitos sociais que se apresentavam, a intervenção do Estado revelou-se imprescindível no regramento das novas relações. E isso se deu por meio de imposição de normas de controle, adotando-se o modelo intervencionista.¹

Neste sentido, importante ressaltar que o direito pátrio não se intimidou em inovar, assumindo, sob certos aspectos, papel de vanguarda quando comparado ao direito alienígena.

Nesta esteira, advieram a Lei da Ação Popular (em 1.965), a Lei da Ação Civil Pública (em 1.985), a Constituição da República (em 1.988), o Código de Defesa do Consumidor (em 1.990) e algumas inovações no Código Civil de 2002, entre elas: a introdução da cláusula geral de responsabilidade objetiva insculpida no parágrafo único, do art. 927, objeto do presente estudo.

No plano constitucional, tivemos a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III). Tivemos, também, como um dos objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I). Igualmente, no art. 5º, são consagrados outros direitos fundamentais, entre eles: a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Tratando-se da norma fundamental, à qual devem se compatibilizar todas as demais normas, inafastável a concepção de um novo Direito Civil, agora sob o enfoque da consagração e proteção dos direitos fundamentais, em especial aos supracitados; afastando-se, de vez, a concepção indivi-

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004.

dualista de tempos passados.

*Foi justamente este o motivo da inserção do parágrafo único, do art. 927, no novo Código Civil, com a inovação e adoção da teoria do risco da atividade. Esta teoria desloca o eixo fundamental da responsabilidade civil da figura do ofensor e de sua sanção, transferindo-o para o dano, a pessoa da vítima e para a sua completa reparação. O intuito é favorecer a vítima, dispensando-a da prova da culpa do lesante. Como bem salienta Cláudio Luiz Bueno de Godoy, deslocou-se a análise da culpa do ofensor para o **dano injusto** sofrido pelo ofendido.²*

O foco passou a ser a vítima que, de regra, não deverá ficar sem ressarcimento quando submetida à atividade que implique risco para seus direitos.³

Nos dizeres de Ney Stany Morais Maranhão, a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva insculpida no novo Código Civil representa o alvorecer de um novo tempo, não apenas para o direito brasileiro, representando uma nova etapa da responsabilidade civil em âmbito mundial.

Considerando-se, no entanto, o advento da Lei n. 13.467/17 e a Medida Provisória n. 808/17, necessário se faz identificar se e quais modificações foram introduzidas no ordenamento jurídico laboral concernentes ao tema. Este é o objetivo específico do presente estudo. Para tanto, antes de se adentrar no estudo dos efeitos da Reforma Trabalhista no campo da responsabilidade civil em análise, far-se-á uma contextualização do tema visando facilitar sua compreensão.

I. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, na história, pode-se afirmar que ocorrido um dano a outrem, em princípio, a sua resolução escapava do âmbito do Direito. Se havia algum tipo de reparação, esta se materializava de acordo com a resolução da iniciativa privada.

Em seguida, surgiram as regras do talião (Lei das XII Tábuas), tendo-se apropriado o legislador da iniciativa particular, intervindo para declarar quando e em que condições as vítimas tinham o direito à retaliação (é o chamado “olho por olho, dente por dente”).

Posteriormente, iniciou-se o período em que a grande característica era a tentativa de conciliação. Período em que a composição entre as partes passou a ser cultuada.

Com o passar do tempo, houve o surgimento da concepção de responsabilidade. Neste momento, o Estado passou a exercer o papel punitivo, surgindo, também a ação de indenização. Primeiros passos da chamada Responsabilidade Civil.

Segundo o jurista Flávio Tartuce⁴:

² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade – uma cláusula geral no código civil de 2002*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

³ MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade – uma perspectiva civil-constitucional*. Coleção Prof. Rubens Limongi França. Rio de Janeiro: Ed. Forense; São Paulo: Ed. Método. 2010, vol. 7.

⁴ TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Ed. GEN/Método, 2013.

• *A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida.*

Note-se que o referido doutrinador sugere a coexistência de dois tipos de responsabilidade civil: a contratual e a extracontratual, também conhecida como responsabilidade civil aquiliana.

Nessa contenda, vale frisar que a responsabilidade civil extracontratual é assim denominada, pois surgiu devido a *Lex Aquilia de Danno*, aprovada no final do século III a.C.

Esta lei surgiu no Direito Romano, em um momento em que a responsabilidade sem culpa era regra. Ocorre que, o próprio Direito Romano, passou a compreender, de forma evolutiva que a análise da responsabilidade sem culpa poderia gerar situações injustas, entendendo-se que havia a necessidade de apuração desta.

A partir de então, a ideia de responsabilidade mediante culpa passou a ser regra em todo o Direito comparado. Esta ideia influenciou as codificações privadas modernas, como o Código Civil Francês de 1804, o Código Civil Brasileiro de 1916 e ainda o Código Civil Brasileiro de 2002.

Nesse sentido, vislumbramos dois tipos de responsabilidade civil, quais sejam, a contratual e extracontratual. A primeira, fundada no inadimplemento de

uma obrigação contratual, e a segunda, fundada no ato ilícito, ou no abuso de direito (conforme incorporações do Código Civil de 2002). Sendo que estas responsabilidades podem ser observadas sob o âmbito subjetivo (regra geral) ou objetivo (exceções).

Sabe-se que a responsabilidade mediante culpa refere-se à responsabilidade subjetiva. Para esta, a culpa é seu principal pressuposto. O novo Código Civil de 2002, em seu artigo 186, manteve a responsabilização subjetiva como regra geral. A teoria subjetiva defende a ideia de que é pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar um dano, o comportamento culposo do agente.

Contudo, além da teoria subjetiva, passou-se a difundir-se também a teoria objetiva, que ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos culpa, dano e vínculo de causalidade, assenta-se na relação entre dois polos, quais sejam: o dano e a autoria do evento danoso. Para esta teoria, deve-se observar se ocorreu o dano e se dele emanou algum prejuízo. Assim, ocorrendo tal situação, o autor do fato causador do dano deverá ser responsabilizado.

Nesse sentido, deve ser destacado o papel significativo de Saleilles e Josserand, ainda no século XIX, que pautados na chamada teoria do risco, contribuíram para o fortalecimento da responsabilidade objetiva ou responsabilidade sem culpa. Vale

ressaltar, que de acordo com os doutrinadores foi a Revolução Industrial, juntamente com a explosão demográfica e demais fatores daquele período, que fizeram ensejar uma nova concepção de responsabilidade civil.⁵

Com o desenvolvimento do maquinário, cresceu o número de acidentes de trabalho, em virtude da exploração da mão de obra trabalhadora. Desta forma, o operário ficou sem nenhum amparo e, mesmo depois que o acidente ocorria, este permanecia desprotegido, tendo em vista que não tinha meios de demonstrar e provar a culpa do seu empregador.

Diante de tal circunstância,

buscaram-se fundamentos para a teoria objetiva, culminando-se com a chamada Teoria do Risco.

O novo Código Civil, apesar de trazer como regra geral a responsabilidade subjetiva, admite várias hipóteses de responsabilidade objetiva, aderindo às evoluções de pensamento jurídico e necessidades sociais surgidas no curso da história.

Dessa forma, em algumas situações mostra-se desnecessária a apuração acerca do comportamento do agente, se houve culpa em sua atuação ou não; bastando, para tanto, que o mesmo tenha praticado conduta que tenha ocasionado dano para outra pessoa.

II. O CÓDIGO CIVIL DE 2.002 E SEU ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO

De acordo com as considerações já apontadas neste estudo, a responsabilidade subjetiva constitui regra geral no nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Assim, de acordo com os preceitos do Código Civil de 2002, para que alguém seja responsabilizado por indenizar é necessária a demonstração de culpa.

A grande inovação do Código Civil de 2002, no entanto, é que este passou a admitir a responsabilidade objetiva expressamente no seu artigo 927, *in verbis*:

• *Art. 927. Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a*

repará-lo.

• *Parágrafo único. “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

Este dispositivo foi inspirado no artigo 2050 do Codice Civile Italiano, de 1942. Contudo, existindo diferenças entres os mesmos. Afinal, enquanto no Brasil a responsabilidade é objetiva (sem culpa) em alguns casos, na Itália não há unanimidade se a responsabilidade é objetiva ou se está presente a culpa presumida.

A responsabilidade admitida

5 TARTUCE, Flavio. *ob. cit.*

no Código Civil brasileiro, como exceção à sua regra geral (subjetividade), é responsabilidade objetiva (independente de culpa), sendo esta fundada na teoria do risco.

A teoria do risco, por sua vez, tem diversas modalidades, tais como: teoria do risco administrativo, teoria do risco integral, teoria do risco-proveito, teoria do risco criado e a teoria do risco da atividade (ou risco profissional), sendo esta o objeto do presente estudo.

Tecnicamente, podemos dizer que a norma contida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, é do tipo aberto, ficando a critério único do julgador o reconhecimento do risco da atividade.⁶

Trata-se de uma cláusula geral de ordem objetiva, centrada na ideia de risco (atividade do agente). Atividade que, neste caso, não é marcada pela ilicitude; mas, que decorre do exercício regular de um direito por parte do lesante. A atividade é socialmente considerada aceitável e legalmente reputada como lícita. É o caso, por exemplo, das atividades nucleares, industriais, de extração de petróleo, de transporte ferroviário ou aéreo, de exploração de minas etc..⁷

Cláusula geral porque não descreve casos específicos, previamente selecionados pelo legislador. Mas, servindo-se de conceitos indeterminados, estabelece um enunciado genérico, aplicável pelo magistrado aos casos concretos, de acordo com

suas peculiaridades.

Segundo Ney Stany Morais Maranhão, surge, aqui, o princípio da operabilidade, conferindo ao magistrado um mais alargado campo hermenêutico de atuação com possibilidade de dar efetiva concretude aos valores que inspiram a norma legal.

Neste sentido, não se pode deixar de ressaltar a conexão axiológica entre o art. 1º, inciso III e o art. 3º, inciso I, ambos da Constituição Federal, e, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Este foi criado justamente para fazer valer os princípios constitucionais da **solidariedade** e da **dignidade da pessoa humana**.

A norma em comento guarda íntima ligação com o fator prevenção, pretendendo o legislador não apenas compensar danos individuais, mas também estimular o agente a que assumira uma séria postura preventiva de danos, no máximo de suas possibilidades, sempre em atenção à especial característica existencial dos valores nutridos pela Constituição Federal.

Outro aspecto importante para se frisar é que a regra geral contida no parágrafo único, do art. 927, não oferece a possibilidade do agente causador do dano se eximir de responsabilidade demonstrando que tomou todas as medidas possíveis e necessárias para evitar o prejuízo. Ou seja: para se impor o dever de reparar, basta a mera fixação do liame de causalidade entre o dano e a atividade de risco prati-

6 GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade – uma cláusula geral no código civil de 2002. Coleção Prof. Agostinho Alvim. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.*

7 MARANHÃO, Ney Stany Morais. *ob. cit.*

cada.

Desse modo, pode-se dizer que “aquele que opta por exercer atividade que expõe alguém a um risco diferenciado tem o dever ex

ante de segurança, com vistas à preservação da pessoa humana, e o dever *ex post* de ressarcimento, independentemente de culpa, caso ocorra o prejuízo”.⁸

III. A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DA ATIVIDADE NO DIREITO DO TRABALHO E A “REFORMA TRABALHISTA”

Embora o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, estabeleça a obrigação de indenizar do empregador com fulcro na teoria subjetiva, já é pacífico, entre nós, que o referido dispositivo constitucional não exclui a aplicação da responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927, do Código Civil, às demandas trabalhistas. Especialmente porque, tal aplicação, dar-se-á em benefício do obreiro.

Logo, essa modalidade de responsabilidade civil deverá ser aplicada àqueles casos em que o trabalhador venha a desempenhar, por ordem de seu empregador, atividade que inerentemente lhe traga riscos.

Salienta-se, por oportuno, que a teoria do risco da atividade (apesar do enfoque meramente econômico) já havia sido contemplada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu art. 6º, inciso VI, adotando-se a responsabilidade objetiva como sistema geral da responsabilidade no diploma consumerista, sendo este comumente apli-

cado na Justiça Laboral.

Percebe-se que na Justiça do Trabalho a configuração do risco anormal imposto ao empregado é facilmente identificado, principalmente quando ocorrido o acidente do trabalho. Já na esfera cível, a identificação do que venha a ser a atividade de risco dependerá sempre das peculiaridades do caso concreto.

Com a chegada da Lei n. 13.467/17 e da Medida Provisória n. 808/17, novos rumos, talvez, em marcha ré, estão sendo impostos no campo da responsabilidade civil quando aplicável na Justiça Especializada. As inovações trazidas, nesse campo, pelas citadas lei e medida provisória, dizem respeito ao dano extrapatrimonial, tratado no art. 223-A e seguintes da Lei n. 13.467/17, alterado no art. 223-G, § 1º, § 3º a § 5º, da Medida Provisória n. 808/17. Esclarecendo-se que por dano extrapatrimonial deve-se entender os danos morais.

Começando pelo art. 223-A, parece pretensioso o legislador ao dispor que o dano extrapatrimonial seja “apenas” regula-

⁸ MARANHÃO, Ney Stany Morais. *ob. cit.*

do pelo dispositivo em comento. Isso, na verdade, significaria a exclusão de normas constitucionais, bem como do Código Civil, o que implicaria na exclusão da responsabilidade objetiva ou a decorrente do risco da atividade, prevista no art. 927, parágrafo único, comumente aplicável na Justiça do Trabalho.

Adverte VÓLIA BOMFIM CASSAR que, além de inconstitucional, a medida é injusta, pois trata de forma diferente a reparação de danos de natureza civil da reparação trabalhista. Enfatiza a doutrinadora que as regras gerais do Código Civil (arts. 927 e seguintes) são também aplicáveis às lesões trabalhistas, inexistindo óbice para que assim seja.⁹

Em comentário ao referido art. 223-A, HOMERO BATISTA MATEUS DA SILVA, ressalta que embora a lei se esforce para restringir a tutela jurisdicional, tal intenção é difícil de ser cumprida, haja vista a imprevisibilidade das condutas sociais e a vastidão da criatividade humana.¹⁰

No mesmo contrassenso, o art. 223-B, prevê as causas do dano não patrimonial por ação ou omissão do agente agressor, desprezando o fato de que também há dano por exercício de atividade de risco. Parece que o legislador, por meio da lei ordinária, pretende mudar a realidade do mundo fenomênico. No entanto, o ordenamento jurídico não admite essa dissociação.

Além disso, o referido dispositivo, ao mencionar “titulares ex-

clusivas do direito à reparação”, referindo-se às pessoas físicas ou jurídicas, pretende que a reparação do dano seja garantida somente à vítima direta do evento danoso. Mas, como ficarão os sucessores e outros eventuais titulares desse direito? Por óbvio, não ficarão no desamparo, pois a letra da lei infraconstitucional não basta para tolhir direitos constitucionalmente consagrados.

Mais uma vez, agora no art. 223-E, ao mencionar 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, sugere, a lei, a exclusão da aplicação da responsabilidade objetiva. Igualmente, no art. 223-G, em seu inciso VII, menciona-se “o grau de dolo ou culpa”, restringindo-se a reparação do dano extrapatrimonial às hipóteses de responsabilidade subjetiva.

Apenas um ponto parece ter sido esclarecido por meio da Medida Provisória n. 808/17 que, após as várias críticas lançadas à Lei n. 13.467/17, trouxe expressamente na alteração procedida no art. 223-G, § 5º, a exclusão dos limites fixados em seu §1º ao evento morte. Esclareceu-se, com isso, um ponto bastante relevante, mas ainda não o suficiente para a amplitude do terreno da responsabilidade civil e suas modalidades.

Diante dessas constatações, o que se pode concluir é que as disposições contidas na Lei n. 13.467/17 e da Medida Provi-

⁹ CASSAR, Vólia Bomfim, Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/05/09/breves-comentarios-principais-alteracoes-propostas-pela-reforma-trabalhista/> - acesso em 21/03/2018.

¹⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei n. 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017 – p. 60.

sória n. 808/17 são inaplicáveis aos casos que versem sobre responsabilidade objetiva, aqui englobando a responsabilidade decorrente do risco da atividade preconizada no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. O que não significa dizer que esta não

mais se aplicará à Justiça Laboral; mas, apenas, que as normas trazidas pela “Reforma Trabalhista” não se aplicam quando o assunto for “dano oriundo do risco da atividade”.

CONCLUSÃO

Pelo exposto no presente trabalho, concluímos que a cláusula geral insculpida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, coaduna-se perfeitamente à visão constitucional do Direito pátrio, com enfoque na consagração e proteção dos direitos fundamentais; afastando-se, de vez, a concepção individualista de tempos passados.

*A inovação e adoção da teoria do risco da atividade por nosso ordenamento é verdadeira consagração do princípio da **dignidade da pessoa humana** e **da solidariedade**, insculpidos na Carta Magna.*

No entanto, visando aprimorar a aplicação de tal instituto e considerando-se que se trata de uma “cláusula aberta”, a qual deixa a critério único do julgador o reconhecimento do risco da atividade, torna-se necessária a identificação de alguns de seus limites. Com tal objetivo, podemos concluir que referidos limites podem ser impostos pela aplicação de algumas das excludentes de responsabilidade civil previstas e reconhecidas em nosso sistema jurídico, a saber: caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima; e, fato de terceiro.

Tem-se, ainda, que na modalidade de responsabilidade ora estudada, a chamada “prova liberatória” não serve para beneficiar aquele que desempenha atividade de risco.

Note-se que, embora seja a responsabilidade civil pelo risco da atividade de aplicação ampla, proporcionando ao Magistrado a adequação da norma ao caso concreto, com o objetivo maior de efetiva reparação do dano e amparo à vítima, resta devidamente afastada a teoria do risco integral, impondo-se a aplicação das excludentes de responsabilidade sempre que configuradas.

No campo do Direito do Trabalho, embora o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, estabeleça a obrigação de indenizar do empregador com fulcro na teoria subjetiva, é pacífico o entendimento de que a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, aplica-se às demandas trabalhistas.

E, igualmente ao que acontece no campo do Direito Civil, a aplicação da responsabilidade objetiva decorrente do risco da atividade no Direito do

Trabalho deve observar as hipóteses de configuração das excludentes de responsabilidade, especialmente: o caso fortuito e força maior, a culpa exclusiva da vítima, e o fato de terceiro. São neste sentido os precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, admitindo-se que, ainda que haja a atividade de risco a atrair a aplicação da responsabilidade civil objetiva, esta é inaplicável quando resta comprovado que o infortúnio decorreu de causa excludente do nexo de causalidade, o que afasta a responsabilidade, inclusive objetiva, do empregador.

Com o advento da “Reforma Trabalhista”, concretizada por meio da Lei n. 13.465/17 e da Medida Provisória n. 808/2017, o que se pode concluir, neste momento, é que as disposições nelas contidas são inaplicáveis aos casos que versem sobre responsabilidade objetiva, aqui englobando a responsabilidade preconizada no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Logo, as normas trazidas pela “Reforma Trabalhista” não se aplicam quando o assunto for “dano decorrente do risco da atividade”, o qual será regido pelas demais normas vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. São Paulo: Renovar, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim, Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/05/09/breves-comentarios-principais-alteracoes-propostas-pela-reforma-trabalhista/> - acesso em 21/03/2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*, 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - responsabilidade civil*. 24ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, vol. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil - responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, Vol. III.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade – uma cláusula geral no código civil de 2002*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 12ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil – parte especial – do direito das obrigações (arts. 927 a 965)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, Vol. 11.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade – uma perspectiva civil-constitucional*. Coleção Prof. Rubens Limongi França. Rio de Janeiro: Ed. Forense; São Paulo: Ed. Método. 2010, vol. 7.

NEGRÃO, Theotônio et al. *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*. 29ª

ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 20ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2008, Vol. 4.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei n. 13.467/2017 – artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Ed. GEN/Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2012, vol 3.

TEPEDINO, Gustavo. *Código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

A ATUAÇÃO DOS SINDICATOS DE TRABALHADORES NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA

FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA P. GIORDANI

Desembargador Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Membro da Academia Nacional de Direito Desportivo.

SUMÁRIO

RESUMO-----	39
A ATUAÇÃO DOS SINDICATOS DE TRABALHADORES NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA -----	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	52

PALAVRAS-CHAVE:

SINDICATOS DE TRABALHADORES. NEGOCIAÇÕES COLETIVAS. REFORMA TRABALHISTA.

RESUMO

No presente artigo, após breve introdução em que se aborda a própria Reforma que redundou na lei nº 13.467/2017, pretende-se debater seus efeitos na negociação coletiva, nomeadamente no que tange à atuação dos sindicatos, considerando sua razão de ser e as dificuldades que encontram para atuarem.

Do preâmbulo da Constituição Federal da Suíça, consta que “a força da comunidade é medida pelo bem-estar dos mais fracos de seus membros”. Tendo em foco a Reforma Trabalhista, levada a efeito pela Lei nº 13.467/2017, cabe questionar, se com ela os mais fracos/vulneráveis de nossa comunidade, dos que vivem em solo brasileiro, na nossa Terra, no nosso amado Brasil, e vivem do seu trabalho, tendo-o como meio único para proverem ao seu sustento e ao dos seus, terão um bem-estar que melhore a força da nossa comunidade, aquela força a que se refere a Lei Maior Helvética.

Para isso, há que se procurar conhecer a Lei n. 13.467/17 e analisá-la para ver se, no campo da realidade, ela pode efetivamente oferecer algo em prol de um fortalecimento/melhoramento das condições de vida dos trabalhadores; para isso, por certo que será absolutamente insuficiente crer, sem maiores considerações, no que se fala a seu respeito, principalmente quando se percebe que o espaço para ser ouvido é inversamente proporcional ao que se pensa acerca da aludida lei, ou seja, para os que lhe são favoráveis, abrem-se espaços amplos, mas bem amplos mesmos, ao passo que para os que enxergam alguns problemas que suas disposições podem gerar não são concedidos os mesmos espaços, em verdade, quase não é aberto espaço algum!

Isso não é o melhor para

que se possa avaliar o quanto de bom ou não uma lei pode conter e provocar no seio da sociedade em que produzirá seus efeitos. Para tanto e desde logo há que se fixar que, como é natural com as ideias em geral, salutar, necessário mesmo, ouvir os que lhe são e os que não lhe são favoráveis/simpáticos e depois, com a reflexão que então se poderá fazer, ter condições de inferir algo, é dizer, como o bom senso aconselha:

“se há dois campanários na aldeia, não é mau que se ouçam os timbres diferentes de seus sinos”¹, o que se torna mais importante ainda quando se sabe que “a mentira, a cada instante que passa, adere, sorradeira e subreptícia, aos flancos da verdade, dominando-a”², além da preocupação com a possibilidade de que, “Aproximamo-nos, talvez, do estado ideal em que o discurso político estará finalmente livre do fantasma mesmo da verdade, que às vezes o assombra ainda como um velho remorso”³.

O que pensar acerca dessas preocupações depende de cada pessoa, entretanto, de um fato não há como se afastar, que é o de que: “o texto respira o ar do seu contexto”⁴, e o contexto presente, em que se atribui -já que mais fácil-, até meio abertamente (ou de maneira totalmente aberta, escancaradamente aberta!), a culpa por tudo ou quase tudo ao direito do trabalho, vale insistir, penso, que sem reflexão, exame crítico, não é possível, máxime em assunto tão delicado,

1 João da Gama Cerqueira, “Sistema de direito do Trabalho”, I, Editora revista dos Tribunais, 1961, página 09.,

2 Tito Lívio Ferreira, “História e Lenda – 1ª série”, editora Civilização Brasileira, 1944, página 14.

3 Jean-Jacques Courtine, “O Mentir Verdadeiro”, texto incluído em “A Arte da Mentira Política atribuído a Jonathan Swift”, Pontes editores, 2006, página 26.

4 afirmação que José de Melo Alexandrino em artigo de sua larva, atribui ao Presidente do Tribunal Constitucional, em Seminário que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 23.04.2014, “Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades”, organizadores Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luis Pereira Coutinho, “O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos”, Almedina, junho/2014, página 56.,

5 Richard Sennett, “A corrosão do caráter”, Editora Record, 2007, página 11.,

6 Peter Häberle e Hèctor López Bofill, “Um diálogo entre Poesia e Direito Constitucional”, Saraiva, 2017, página 26.

7 Irrecusável a importância do tema concernente ao direito à busca da felicidade, de estatura constitucional, já tratado pela doutrina, como também pela jurisprudência; com efeito, pois, em sede doutrinária, entre outros juristas que abordaram o tema, pode-se mencionar Rogério Donnini, que assim se posiciona: “No plano social, a busca pela felicidade, implícita na Constituição Federal de 1988, advém do princípio da dignidade da pessoa humana e está relacionada diretamente com os direitos sociais do art. 6º (...o lazer...), isto é, uma vida pode ser considerada digna se atendidas as metas desse dispositivo, o que facilitaria ou seria um rumo à busca da felicidade”. “Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade – Felicidade, Proteção, Enriquecimento com Causa e Tempo Perdido”, Sergio Antonio Fabris Editor, PA, 2015, página 72. Depurando mais um tanto sua exposição, acrescenta esse autor:

“O texto constitucional não apenas previu os direitos fundamentais sociais como indicou seu conteúdo e maneira de aplicação, obrigando o Estado a prover essas demandas. São, assim, direitos que exigem do Estado uma atuação, considerada positiva, com o escopo de buscar uma igualdade social, o que se coaduna com a inclusão, entre estes, pela busca da felicidade”. Rogério Donnini, “Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade – Felicidade, Proteção, Enriquecimento com Causa e Tempo Perdido”, Sergio Antonio Fabris Editor, PA, 2015, página 72.

No âmbito jurisprudencial, de citar decisões tanto do A. STF., como do E. STJ. No Augusto STF: “...O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana...”. AG.REG. No Recurso Extraordinário 477.554, Relator Ministro Celso de Mello.

como o de uma lei que refletirá na vida de milhões de pessoas, concluir, só pela voz/desejo de outros (abstração feita da motivação dos desejos que possam ter!). Seja ela boa ou não, aqui também, como há de ser na vida em geral, não se deve pensar pela cabeça dos outros, mas pela própria, confrontando o que se vê afirmado com a vida com a experiência que os acontecimentos proporcionam, até porque, como lembra Richard Sennett, verbis: “uma ideia precisa suportar o peso da experiência concreta, senão se torna mera abstração”⁵, e a reforma, ao que parece, desde logo, tem essa dificuldade, a de não suportar esse peso, o que a própria MP 808 já atesta, não só ela, mas a quantidade de emendas apresentadas ao seu texto...

No presente artigo, as considerações feitas limitar-se-ão ao papel dos sindicatos durante e nas negociações coletivas, no cenário que a nova lei montou e no qual pretende que atuem.

Diz Peter Häberle, grande constitucionalista alemão, que: “um quantum irrenunciável de utopia deve impregnar o Estado constitucional”⁶.

Essa utopia bem pode dizer com a busca da felicidade⁷, vista até como direito fundamental, porquanto se um Estado não pode, logicamente, garantir a felicidade de seus membros, há de se garantir o de buscá-la; e se atingí-la é algo que foge às possibilidades humanas, nesse plano de existência, ao menos se

acercar da porção que é possível conseguir, o que já não é pouco, nem fácil. É algo que cumpre seja possibilitado aos homens em geral, e aos trabalhadores, em particular, muito em particular, pelas colossais dificuldades que têm/terão para isso (dificuldades às quais, de tempos em tempos, se quer acrescentar outras!).

Todavia, numa relação tão assimétrica, como a de emprego, em que o empregado não tem como negociar os termos de seu contrato de trabalho com seu empregador, salvo raríssimas exceções que, certamente, não são as “imaginadas” pelo art. 444, § único, Consolidado, claro está que nesse quadro muito se faz sentir a necessidade de um Sindicato forte e atuante, o que a própria história/evolução do Direito do Trabalho deixa a descoberto!

O Sindicato ao proteger/defender/pugnar por melhores condições de trabalho para os integrantes da respeitante categoria profissional ajuda a que esses trabalhadores logrem se aproximar, um pouco mais que seja, da porção de felicidade que lhes é possível obter, o que é bom, não só para esses obreiros e para o próprio sindicato (com vistas a sua razão de existir), como também para a sociedade como um todo, pela paz, harmonia e progresso nas relações de trabalho que tal sucesso permite.

Hodiernamente e até como fundamento/justificativa para a reforma, muito se disse/diz sobre uma evolução/modernização

das relações de trabalho, que a negociação entre os empregados, via seus sindicatos, com os empregadores, estava/está num estágio muito mais avançado, o que justificava/justifica a preferência do negociado sobre o legislado, quadro esse que não reflete a realidade, a não ser num ou noutro caso, o que se aceita só para admitir que há uma mínima correspondência desse modo de ver com o que efetivamente acontece, ainda mais num momento em que há mais de treze milhões de desempregados no País (lembrando que se esse número é admitido, não é exagero/infundado pensar que, no total, há muitos mais!). Pergunto: que negociação é possível/real/verdadeira num momento desses, em que o desemprego atinge proporções assustadoramente elevadas, o que leva os trabalhadores a terem sério (o que é para lá de lógico e natural) receio de perderem o seu ou não encontrarem outro se já o perderam, lembrando que, como é fácil perceber, tanto para forçar a reforma trabalhista, já feita (o que não significa que não se pretenda mais...), como a previdenciária, que ainda é ardentemente desejada por certos setores, muito se trabalha com a cultura do medo, usando como argumentos base/símbolo, assertos do tipo ou se faz essas reformas, ou não haverá empregos, ou não se poderá aposentar mais, e isso é dito sem maiores fundamentos, é dizer, sem qualquer preocupação com a demonstração da veraci-

dade de tais declarações ou evitando mesmo, deliberadamente, enfrentar tais debates, o que, de per si, já faz nascer/alimentar a desconfiança de que as coisas não são bem assim, como simplesmente ditas (do reverso, por que evitar o debate sobre elas?), lembrando, quanto à reforma previdenciária, a existência de estudos e afirmações de pessoas capacitadas para isso, de que não há o alegado déficit. E quanto a reforma trabalhista, de que não foi comprovado que as leis trabalhistas, a proteção da legislação do trabalho, tenha relação de causa e efeito com os níveis/risco/aumento do desemprego, aqui, de lembrar o grande Prof. João Leal Amado, que observou:

“A verdade é que, até hoje, a ciência econômica nunca conseguiu demonstrar a existência de uma relação causal entre o nível de proteção do emprego e as taxas de desemprego”⁸.

No que tange ao medo/pavor/terror do desemprego, acima referido, permito-me rememorar o que disse há tempo, em trabalho elaborado com eminente jurista: “Não é preciso ser um profundo conhecedor da alma do indivíduo empregado para saber o pânico que lhe toma a alma e atinge-o no mais recôndito do seu ser, a só menção da palavra desemprego; aliás, em muitos casos, nem sequer é preciso mencioná-la, tudo faz lembrá-la: os noticiários dos meios de comunicação, os vizinhos sem trabalho, a massa de pessoas à procura de emprego nas ruas, o

⁸ João Leal Amado, “O Direito do Trabalho, a Crise e a Crise do Direito do Trabalho”, *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, volume 04, nº 08, jul/dez 2013, página 185.

próprio ambiente de trabalho, o humor dos superiores hierárquicos, a disputa ou o isolamento entre os colegas de serviço, uma legislação que permite, regra geral, a ruptura do vínculo contratual sem maiores dificuldades etc”⁹.

Sentir esse que não destoa do expressado pela insigne Dominique Schnapper, também não de agora, e que demonstra que o “uso” desse mal não é algo novo ou recente, para atemorizar os trabalhadores; são suas as seguintes palavras: “O desemprego influencia todas as relações dentro da empresa. Nem sequer há necessidade de dizer, ‘se não estás contente, põe-te na rua, muitos desempregados esperam apanhar o teu lugar, toda a gente o sabe. Existe uma tensão contínua e os assalariados do sector privado têm a sensação de estar ‘aferrolhados’”¹⁰.

Também se esgrime, para “amparar” a necessidade da Reforma promovida pela lei nº 13.467/2017, com a existência de uma crise, e também com base em sua suposta ocorrência, quer se proceder a um desmonte do Direito do Trabalho, tanto o individual, quanto o coletivo!

Todavia, a propósito do argumento da crise é de se lembrar, à partida, que o Direito do Trabalho nasceu com e por causa de crise; logo, viver/conviver com crise, não é novidade para esse ramo do direito!

Por seu turno, no “Dicionário das Crises e das Alternativas”¹¹, dos investigadores do Centro de Estudos Sociais (CES) da Uni-

versidade de Coimbra, na palavra crise, está dito que:

“...Por vezes, a palavra ‘crise’ não é tanto usada para descrever uma situação difícil, e até perigosa, mas antes para agravar e até criar essa mesma situação. A História antiga e contemporânea diz-nos que os políticos (e poderes dominantes) procuram produzir, frequente e ativamente, um clima de crise – seja social, económico ou ‘afetivo’ – de forma a alterar o equilíbrio da balança constitucional a seu favor”.

Logo, é preciso muita cautela e rigor em aceitar justificativas baseadas na (suposta) ocorrência de crise!

Aliás, é preciso que se diga, com vigor e a plenos pulmões: é chegada/passada a hora de se “tirar dos ombros” do Direito do Trabalho uma culpa que não é dele, mas do sistema económico e dos responsáveis pelo norte que lhe é traçado, enfim, é hora, como já disse o inolvidável juslaborista Oscar Ermida Uriarte, da “DESCULPABILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO”:

“A incapacidade do sistema económico de criar ou manter emprego tem levado seus cultores a ‘culpar’ o Direito do Trabalho que seria um dos obstáculos à sua ação: talvez se pudessem gerar (péssimos) empregos, se não houvesse (tantos) mínimos trabalhistas: eliminemo-los.

É claro que essa pretensão conta com o beneplácito de muitos setores empresariais que acreditam ter chegado a hora de praticar uma espécie de ‘revan-

9 Ana Paula Pellegrina Lockmann e Francisco A. M.P.Giordani, “A Influência da Necessidade na Atuação Sindical”, coordenadores Tércio José Vidotti e Francisco A.M.P.Giordani, “Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial – Estudos em Homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen”, Ltr, 2003, página 296.

10 Dominique Schnapper, “Contra o Fim do Trabalho”, Terramar – Editores, Distribuidores e Livreiros Ltda., Lisboa, 1998, página 63.

11 Almedina, 2012, página 68.

che patronal’: recuperar muitos direitos ou benefícios que foram sendo reconhecidos no decorrer de quase todo o século XX.

O atual enfraquecimento sindical e o próprio desemprego, que supostamente deveria ser reduzido, aumentam o desequilíbrio de forças entre capital e trabalho a favor do primeiro. Os postulados econômicos neoliberais são utilizados para fundamentar a desregulamentação”.¹²

É preciso ficar claro, desde logo, que não há nada contra a economia, o lucro e os quejandos, a questão é a preocupação com o fato de que, além das leis de mercado existem as da fome, da desesperança, da vida, e que ao invés de confrontá-las, o ideal e necessário é harmonizá-las; simples assim

E nesse sentido, a negociação coletiva tem papel de primeiríssima importância!

A pergunta que não quer calar, que explode no peito:

O Direito já não se “economizou” o quanto poderia, não está faltando à Economia se “direitar” (com vistas à interpretação/aplicação de ambos)?

Essa indagação parte da consideração de que as leis trabalhistas, de há anos já, são publicadas em atenção, não tanto ou quase nada (parece mais correta a 1ª opção), salvo uma ou outra isoladíssima exceção (no que se quer, se esforça em acreditar!), às necessidades dos trabalhadores (razão para a qual existem – rectius: deveriam existir), mas para atender anseios de

uma determinada visão econômica, ou seja, de uma maneira de enxergar o seu funcionamento, “otimizando-o”, para empregar vocábulo tão a gosto de muitos de seus estudiosos, cabendo repisar que de um olhar sobre o funcionamento da economia que não teve suas necessidades/vantagens/eficácia comprovadas em momento algum, como apontado acima, ficando nos discursos bem produzidos (e muito fortemente apoiados), parecendo, antes, cuidar-se de um projeto que se limita (e para isso parece muito bem elaborado) a baixar custos e aumentar os lucros. Para o que as novas tecnologias e as novas atividades que propiciam, com a extinção/diminuição de tantas outras, aliada a uma mão de obra em excesso, consequência desses e de outros fatores, além da forte atuação dos Estados, editando leis afinadas a essa visão (predominante) da economia tanto colaboram. As justificativas/argumentos/cálculos e o mais que é dito para impor essa linha econômica, carecem de demonstração, o que agora se reitera. No momento atual, de ressonância mínima, infelizmente, e isso admitindo que tenha alguma, o asserto de Annie Besant:

“Numa sociedade competitiva, a falta de escrúpulos traz sucesso imediato, enquanto numa sociedade cooperativa a consciência ‘valerá a pena’. Dar salários de fome aos trabalhadores, forçados pela competição a aceitá-los, pode levar a um sucesso

¹² Oscar Ermida Uriarte, “A Flexibilidade”, Ltr, 2002, páginas 55/6.

imediatamente sobre os rivais nos negócios, e o homem que paga salários decentes para os empregados pode ver-se ultrapassado na corrida para a riqueza, mas, com o tempo, terá melhor rendimento no trabalho e, no futuro, contará com uma colheita de felicidade, pois para isso lançou a semente”¹³.

Com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, o modo de ver predominante de uns tempos aos atuais e a legislação que vem a sustentá-lo, não leva na devida consideração o homem que vive do seu trabalho, que não pode ser visto/tido como mera mercadoria, já que esse labor é indissolúvelmente ligado a quem o presta e aqui, se ajustam como luvas as observações de Dom Orlando Dotti, Bispo Emérito de Vacaria-RS, em prólogo ao livro do Padre Anderson Francisco Faenello:

“Não se pode cair no reducionismo de olhar para o trabalho apenas como emprego nem como salário compensador, e muito menos como mercadoria disponível na praça do mercado. O trabalho humano deve ser analisado dentro do humanismo cristão, em que a pessoa humana goza do primado sobre todas as coisas, e o trabalho, de primazia sobre o capital. Nesse visão, ‘todo trabalho é para o homem e não o homem para o trabalho’ (LE6)”¹⁴.

Esse modo de ver as coisas também ignora, olímpicamente, a falta de equivalência mínima de forças, como já observado,

que é a nota característica de uma relação empregatícia, a tal ponto que, como disse o preclaro Manoel Carlos Toledo Filho, Desembargador do TRT-15ª Região, verbis : “o empregador não necessita da Justiça do Trabalho porque, no cotidiano do labor, pratica a autotutela, enquanto que o empregado, por não deter poder de reação imediata, deve aguardar o momento oportuno para propor uma reclamação em que, talvez, logre recuperar ao menos uma parte de seus direitos”¹⁵, sendo certo que por outras águas não singra o posicionamento do também insigne Juiz do TRT-15ª Região, Jorge Luiz Souto Maior, quando assevera que:

“A desigualdade da relação material, ademais, permite que o empregador tenha aquilo que, na teoria processual, se denomina ‘autotutela’. Ou seja, o empregador tem o poder de tutelar, por ato unilateral, o seu interesse, impondo ao empregado determinados resultados fático-jurídicos. Se o empregado não comparece ao trabalho, o empregador desconta seu salário; se atrasa, a mesma coisa. Se o empregado age de modo que não atenda à expectativa do empregador, este, mesmo que o direito, em tese, não lhe permita fazê-lo, multa, adverte e até dispensa o empregado...”

O empregador, portanto, não precisa da tutela do Estado para a satisfação de seu interesse.

O mesmo, no entanto, não ocorre com o empregado, que

13 Annie Besant, “Um Estudo Sobre o Karma”, Editora Pensamento, 1995, página 52.

14 Padre Anderson Francisco Faenello, “A Felicidade Humana no Trabalho”, Paulus, 2014, páginas 11/12.

15 Manoel Carlos Toledo Filho, “Os Poderes do Juiz do Trabalho Face ao Novo Código de Processo Civil”, “Os Impactos do Novo CPC no Processo do Trabalho”, publicação Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2015, páginas 78/9.

diante da supressão de seus direitos, por ato do empregador, precisa, geralmente, se socorrer da via processual”¹⁶.

Em sendo assim, até para que se respeite o contrato de trabalho ajustado, para que se possa mesmo cogitar de um contrato com alguma equivalência entre as partes contratantes, há que se conferir direitos àquele que não tem/detém poder, para promover o aludido equilíbrio, e assim há de se proceder, uma vez que, como superiormente asseverado pela ilustre Professora Aldacy Rachid Coutinho, “Afim, quem detém poder não precisa de direitos. Mas o ausente de poder precisa de direitos para enfrentar o poder”¹⁷.

E completando seu raciocínio, acrescenta:

“A proteção é necessária pela própria estruturação jurídica que transita pela contratualidade, consubstanciada em poder”¹⁸ e ainda: “Proteger é, antes de tudo, dar efetividade às normas que resguardam os direitos fundamentais sociais, os direitos humanos e, em especial, permitir o exercício do direito à vida”¹⁹.

Outrossim e bem por isso não se pode olvidar que:

“A lógica própria do Direito do Trabalho não é proteger espaços de autonomia dos privados –como ocorre no Direito Civil –, sim frear os eventuais abusos de uma situação que se rotula como de mando e obediência, e que é precisamente a mesma lógica inscrita no código genético dos direitos fundamentais”²⁰.

Falando em direitos fundamentais, não é possível deixar de registrar que, para perseguir seus objetivos, a lei em comento, “atropelou” direitos fundamentais dos trabalhadores, não respeitou o projeto constitucional, magoando o texto, o sistema e o espírito da nossa Carta Magna em diversos de seus dispositivos, dando a nítida impressão de ignorar e/ou não se importar com o fato de que:

“Todavia, a intervenção legislativa, independentemente de sua finalidade, deve ser orientada pelo princípio básico de que o legislador não pode dispor dos direitos fundamentais, ou seja, ‘o giro copernicano assinalado por Krüger – não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se mova no âmbito dos direitos fundamentais”²¹.

O que corresponde a afirmar que: “os direitos fundamentais funcionam também como limites externos aos poderes públicos”²².

Voltando aos argumentos utilizados pelos idealizadores e os ardorosos defensores da Lei em tela, há que se registrar uma advertência, a qual deve estar viva e presente na memória de todos, sempre que se pense/cogite/pretenda justificar a restrição/retirada (ainda que de maneira sutil e/ou transversa) de direitos (que pode se dar quando não se admita, diretamente, a restrição/retirada, mas se permite que ocorra, por outros meios, “tipo”, via negociação coletiva...), todos eles, mas mais ainda quanto aos

16 Jorge Luiz Souto Maior, “O Conflito entre o Processo do Trabalho e o Novo CPC”, publicação Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2015, páginas 31/2.

17 Aldacy Rachid Coutinho, “Propostas para uma Ressignificação do Princípio da Proteção”, organizadores Paulo Ferrareze Filho e Alexandre Matzenbacher, “Proteção do Trabalhador: Perspectivas Pós-Constitucionais”, Editora Lumen Juris, 2016, página 54.

18 Aldacy Rachid Coutinho, “Propostas para uma Ressignificação do Princípio da Proteção”, organizadores Paulo Ferrareze Filho e Alexandre Matzenbacher, “Proteção do Trabalhador: Perspectivas Pós-Constitucionais”, Editora Lumen Juris, 2016, página 54.,

19 Aldacy Rachid Coutinho, “Propostas para uma Ressignificação do Princípio da Proteção”, organizadores Paulo Ferrareze Filho e Alexandre Matzenbacher, “Proteção do Trabalhador: Perspectivas Pós-Constitucionais”, Editora Lumen Juris, 2016, página 55.

20 José Luis Ugarte Cataldo, “Derechos, Trabajo y Privacidad”, Perrot, 2011, página 59.

21 Edilsom Pereira de Farias, “Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação”, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, página 89.

22 Liliâne Roriz, “Conflito entre Normas Constitucionais”, América Jurídica, RJ, 2001, página 09.

do porte/estatura, da magnitude dos direitos fundamentais:

“A História – particularmente a do século XX – mostra que o direito das pessoas foram sempre restringidos com apelo a causas nobres. E nesses cenários inicialmente justificados foram perpetrados os maiores barbarismos. Há, pois, limites que nenhum fim, por excelente que se apresente, pode postergar”²³.

Fácil ver que esse quadro pode provocar (terá grandes possibilidade de provocar) agressões a dignidade da pessoa humana do trabalhador! Ainda mais entre nós, atento ao dito por Ana Paula de Barcellos, no sentido de que:

“a concepção de dignidade da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que a simples circunstância de se tratar de um ser humano”²⁴.

Bem por isso e/ou mais ainda por isso, é necessária a defesa dos direitos fundamentais (no que agora nos toca, dos direitos fundamentais dos trabalhadores), bem compreendidos os ensinamentos infra-transcritos:

“Ainda assim, para sobreviver, uma sociedade livre precisa defender os direitos fundamentais dos mais desacreditados de seus cidadãos, com o mesmo vigor com que defende os dos mais respeitáveis. O falecido presidente John F. Kennedy fez em 1963 uma observação pertinente a esse respeito. Disse ele que ‘os direitos de todos os homens são diminuídos quando os direitos de

um homem são ameaçados”²⁵.

Outrossim, é chegado também o momento de se deixar de optar por soluções “Mandrake”, que não considerem a realidade; o que essa realidade coloca aos nossos olhos, é dizer, não se pode brincar, fazer experiências, construções apenas teóricas/acadêmicas, afastadas da vida, do cotidiano do ambiente de trabalho e colocá-las na legislação, é dizer:

“Não existem soluções mágicas. No processo penal o intérprete deve lidar com o concreto da vida humana que sangra e não com as estereis abstrações acadêmicas e legislativas, porquanto elas podem levar a uma situação de agravamento do genocídio promovido pelo Estado penal”²⁶.

Transportando essas observações para o Direito do Trabalho, é de se indagar: se não devem fazer o mesmo, cada um a seu tempo, primeiro o legislador, e depois o intérprete do direito do trabalho, para evitar uma situação de agravamento do desemprego e da exclusão social, para além do abalo no conceito de trabalho digno e decente? Nas ocasiões em que o legislador não o faz e/ou faz de maneira inadequada e/ou insuficiente, em seu momento, caberá aos operadores do direito fazê-lo, mesmo porque, um verdadeiro operador do direito do trabalho não pode olvidar que:

“Por vezes, a dimensão humana é esquecida e encontram-se economistas que, com res-

23 António Menezes Cordeiro, “Respeito Pela Esfera Privada do Trabalhador”, coordenação António Moreira, “I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – memórias”, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, página 31.

24 apud Daniel Sarmento, “Dignidade da Pessoa Humana – conteúdo, trajetórias e metodologia”, Editora Fórum, 1ª edição, 1ª reimpressão, 2016, página 66.

25 Vance Packard, “Sociedade Nua”, Ibrasa-Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1966, páginas 253/254.

26 Alexandre Bizzotto, “A Era da Tecnologia e o Processo Penal”, organizadores Alexandre Bizzotto, Denival Francisco da Silva e Tiago Felipe de Oliveira, “Quotidianus – A Criminalização Nossa de Cada Dia”, Intelecto Editora, 2016, página 85.

peito a uma fábrica com 1.000 trabalhadores, contabilizam como existindo 1.000 unidades de produção na dita fábrica, mas para um jurista os referidos trabalhadores são pessoas”²⁷.

Fica claro, do quanto vem de ser exposto, o papel fundamental que sempre coube/cabe aos sindicatos dos trabalhadores, e mais ainda numa quadra, como a em que hora se vive, na qual se quer mudar o paradigma, atingindo-se as estruturas mesmas do Direito do Trabalho, sem oferecer/apresentar/substituí-las por outras que cuidem das ainda hoje muito claras e prementes necessidades dos trabalhadores, talvez mais agravadas ainda pelos motivos já referidos em linhas transatas.

Porém, antes de apontar algumas sugestões acerca de possíveis posturas que os sindicatos poderão adotar, é de se lembrar, muito rapidamente, quanto ao direito coletivo do trabalho, que a ele se atribui, como diz Sergio Gamonal Contreras, “Una de las evoluciones más apasionantes en la historia del derecho ha sido la del derecho colectivo”; e quanto aos sindicatos, um de seus pilares de sustentação, junto com a negociação coletiva e a greve, que sua importância foi tamanha que, como observado pelo grande e inesquecível Óscar Ermida Uriarte, “Véase, para empezar, que tanto el sindicato como la huelga – dos de sus pilares- nacieron al mundo del Derecho estatal como delitos y en menos de un siglo se convirtieron no sólo

en derechos sino en derechos humanos inherentes a la personalidad humana”²⁹.

Dito isso, à partida, de fixar que os sindicatos devem estar bem conscientes que o sistema que vigora os vê com reservas, e isso desde sempre, sendo que, em momentos passados, achava que podiam ter uma utilidade maior, mas sempre “sob suas vistas”; agora, parece tender a acreditar que é possível tê-los mais afastados ou distantes do círculo de influência!

Talvez aqui esteja uma grande e gritante dificuldade, a de comprovar seus vigor e utilidade, diante do que se diz para desmerecê-los, como decorrência do mencionado no parágrafo anterior, o que passa pela busca de novas estratégias e maior coesão entre os sindicatos!

Apenas como um exemplo de estratégia, pode ser sugerida uma utilização mais intensa das redes sociais, atento a que, como diz a eminente juslaborista portuguesa Teresa Alexandra Coelho Moreira:

“as redes sociais estão a ser utilizadas pelas associações sindicais, através da criação de perfis sociais ou páginas onde se facilita a informação sobre as mesmas e onde se disponibilizam opiniões de conteúdo laboral a que pode aceder qualquer pessoa seja ou não utilizador registrado.

Há que ver que, em termos de relação de força e organização, atualmente, a pressão talvez mais eficaz sobre os em-

27 Pedro Romano Martinez, “O Novo Código de Processo do Trabalho uma Reforma necessária”, “Estudios do Instituto de Direito do Trabalho”, vol. VI, Almedina, página 16.

28 Sergio Gamonal Contreras, *Trabajo y Derecho*, página 177.

29 Óscar Ermida Uriarte, em prefácio ao livro “Derecho Colectivo del Trabajo”, 2ª edição, de Sergio Gamonal Contreras, Abeledo Perrot, Chile, 2011, página 02.

pregadores não será tanto uma greve nos termos clássicos, mas uma forma socialmente mais contestatária, virtual e bem mediatizada através dessas novas tecnologias”³⁰.

Hoje não há mais e/ou não se quer mais estado de Bem Estar Social, ao menos no sentido que sempre se entendeu/preendeu/desejou, mas estado de Estar Individual, com um individualismo exacerbado, fazendo abalar os valores da solidariedade, tão caros ao sindicalismo, o que faz assomar a necessidade dos sindicatos de convencer seus representados do valor da solidariedade para a atuação sindical. Redes sociais, também muito úteis aqui!

Essa postura não é romântica, mas muito prática, face aos debates que, se sempre existiram, agora se fazem com muito mais vigor, como consequência da extinção da contribuição sindical.

Contribuição essa que sempre foi usada pelos governos, ao longo do tempo, na tentativa de manter os sindicatos, de certa maneira, menos combativos, e agora se ameaça tirá-la, para mantê-los menos combativos! Curioso!

É fato que não se sustenta mais a obrigatoriedade da contribuição sindical (e aqui não se pretende discutir acerca da legitimidade/legalidade da forma em que se procedeu a alteração feita), há já um forte consenso favorável a isso, mas o que impressiona, não é a retirada da imposição, mas fazê-lo sem a

previsão de qualquer pedaço de transitoriedade, para possibilitar planejem/trabalhem/criem os sindicatos meios de receitas que possam/venham a substituí-la, para que possam continuar a prestar seus serviços da melhor maneira, o que faz pensar que o desiderato foi o do enfraquecimento dos sindicatos!

Devem também os sindicatos batalhar para que as negociações coletivas não restem desfiguradas, deixando de se justificar como instrumento para melhoria das condições de vida e trabalho dos trabalhadores, com atenção à sua saúde física e mental, com acrescida preocupação com o meio ambiente de trabalho, e fiquem sendo só um meio de compor as consequências de afirmadas crises econômicas e estratégias empresariais, o que, a par de não corresponder ao modelo constitucional, apequenaria/amestinharia sua razão de ser e de existir: a preocupação com a vida e saúde da empresa deve existir sim, o que, de resto, foi previsto em nossa Carta Política, apenas não há que se relegar ao oblívio a preocupação com os trabalhadores, como consectário de tudo quanto foi mencionado no corpo deste e que remete, ao fim e ao cabo, ao valor maior dado/atribuído por nossa Constituição Federal a dignidade da pessoa humana, bem como ao valor social do trabalho.

Aliás, a proposta acerca da prevalência do negociado sobre o legislado, na realidade, parece

30 Teresa Alexandra Coelho Moreira, “Estudos de direito do Trabalho”, volume II, Almedina, 2016, página 63.

partir da premissa que será fácil curvar/dobrar os sindicatos para obter sua concordância com a retirada de direitos dos trabalhadores, dadas as dantescas dificuldades que enfrentam para sobreviver/se manter.

Deverão os sindicatos, pelos meios que tiverem a seu alcance, demonstrar que, no momento atual, o argumento da autonomia privada coletiva, construído com base numa igualdade entre as partes, é uma falácia, porque não existe (como pensar em autonomia coletiva com um “oceano” de águas agitadas, provocadas por um alarmante/assustador número de desempregados? Como cuidar de autonomia coletiva com a fragmentação das profissões, com sindicatos sem recursos e com dificuldades outras?); nesse passo, há de ser dada a palavra ao grande Márcio Túlio Viana, que, de maneira irresponsável, observa:

“No caso do ‘negociado sobre o legislado’, a reforma parte da idéia de que há um equilíbrio de forças no plano coletivo. E nesse ponto, aliás, até acompanha a doutrina, que sempre se baseou no velho discurso de que a união faz a força – ou, mais precisamente, de que basta a união para fazer a força.

Acontece, porém, que o contexto mudou. Por uma série de razões, repete-se hoje, no plano coletivo, a desigualdade existente no plano individual. E mesmo assim, ou também por isso, o legislador quer que as partes negociem livremente – inclusive

para baixo”³¹.

Deverão os sindicatos, que ainda assim não fizeram/fazem, melhorar os índices de sua democracia interna e promover uma mais apurada qualificação de seus dirigentes, e tendo ao seu lado profissionais competentes para assessorá-los, nas mais diversas áreas.

Como é bem de ver, as dificuldades são grandes, mas não podem fazer esquecer que a dignidade da pessoa humana não se contenta, nem se limita, a permitir ao ser humano “vencer” um dia após o outro, apenas sobrevivendo, e sabe-se lá como, sem que lhe seja oportunizada uma existência digna, saudável, de modo a permitir-lhe realizar-se e evoluir como pessoa, considerada, respeitada, sem passar por humilhações e privações, participando e interagindo com os demais indivíduos e com a sociedade! De evocar aqui o que disse o grande historiador Jaime Pinsky, no sentido de que:

“Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais”³².

Temos, em nosso País -e muitos, muitos mesmo, felizmente, nos mais diversos campos/setores/segmentos - homens de bem, mas há de se reconhecer que encontram/existem dificul-

31 Márcio Túlio Viana, “Livrem-nos da livre negociação: aspectos subjetivos da reforma trabalhista”, coordenadores Raimundo Simão de Melo e Cláudio Jannotti da Rocha, “Constitucionalismo, Trabalho, Segurança Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária”, LTr, 2017, página 298.

32 Jaime Pinsky, introdução, organizadores Jaime Pinsky e Carla Ponsky, “História da Cidadania”, Editora Contexto, 6ª edição, 2ª reimpressão, 2015, página 09.

dades para, isoladamente ou em pequenos grupos, fazer frente, com preocupações com os que vivem do seu trabalho, ao que se apresenta como o novo senhor do mundo: o Sr. MERCADO, sr. muito cômico de suas prerrogativas e que exige integral submissão de seus súditos, sendo esse um outro poderoso fator a reclamar que se dê forças aos sindicatos, para que participem e atuem, no que lhes cabe e no seu campo próprio de atuação, o que já não é pouco, com e nessas preocupações/necessidades dos trabalhadores, promovendo, assim, o equilíbrio tão necessário às relações de trabalho.

Aliás, numa Constituição como a nossa, que põe em realce a dignidade da pessoa humana, há de se ter muita atenção com as pessoas mais vulneráveis, até para tornar mais consistente a sociedade, valendo lembrar aqui que “Ser humano e viver humanamente não são a mesma coisa”³³, e mais, pois: “quando a vida, a morte e o sofrimento do outro não me inspiram cuidado, então dificilmente se pode falar em humanidade”³⁴.

Relativamente ao rio de críticas que, com muita frequência, corre/é feito aos sindicatos, embora, como tudo onde há a presença do homem, erros existam

e sejam cometidos, o que cumpre corrigir/evitar, há de se notar que, oculta nessas censuras, está a idéia de, criticando-os, enfraquecê-los (mais do que já estão), de modo a não permitir, dificultando ao máximo, que cumpram a missão para a qual existem, e que diz com a busca de um equilíbrio (tão necessário, com vistas ao respeito devido ao homem que vive do seu trabalho e ao valor que a nossa Magna Carta confere a esse homem, a sua dignidade enquanto pessoa e ao seu labor) entre os trabalhadores e seus empregadores (aí o seu “pecado”). O que alguns entendem, para o bom “funcionamento” do Sr. Mercado, deva ser severamente limitado (para os mais ousados e/ou encantados e/ou a serviço desse mesmo Sr. Mercado: inviabilizado!), há considerar as colossais dificuldades que sempre tiveram os sindicatos para cumprirem com suas missões, quadro esse muito mais agravado nos dias atuais, de maneira que não será despiciendo lembrar, aqui, o grande escritor Bertolt Brecht {que} dizia: Do rio que tudo arrasta se diz violento, mas ninguém diz que são violentas as margens que comprimem esse mesmo rio”³⁵.

33 José Carlos Bermejo, “Humanizar a Saúde – cuidado, relações e valores”, Editora Vozes, 2008, página 117.

34 F. Torralba, *Lo iniludiblemente humano – Hacia una fundamentación de la ética del cuidar*, apud José Carlos Bermejo, “Humanizar a Saúde – Cuidado, relações e valores”, Editora Vozes, 2008, página 36.

35 Mia Couto, “E se Obama Fosse Africano?”, *Cia das Letras*, 5ª reimpressão, página 144.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aldacy Rachid Coutinho, “Propostas para uma Ressignificação do Princípio da Proteção”, organizadores Paulo Ferrareze Filho e Alexandre Matzenbacher, “Proteção do Trabalhador: Perspectivas Pós-Constitucionais”, Editora Lumen Juris, 2016.

Alexandre Bizzotto, “A Era da Tecnologia e o Processo Penal”, organizadores Alexandre Bizzotto, Denival Francisco da Silva e Tiago Felipe de Oliveira, “Quotidianus – A Criminalização Nossa de Cada Dia”, Intelecto Editora, 2016.

Ana Paula Pellegrina Lockmann e Francisco A. M.P.Giordani, “A Influência da Necessidade na Atuação Sindical”, coordenadores Tércio José Vidotti e Francisco A.M.P.Giordani, “Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial – Estudos em Homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen”, Ltr, 2003.

António Menezes Cordeiro, “Respeito Pela Esfera Privada do Trabalhador”, coordenação António Moreira, “I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – memórias”, Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

Anderson Francisco Faenello, padre “A Felicidade Humana no Trabalho”, Paulus, 2014.

Annie Besant, “Um Estudo Sobre o Karma”, Editora Pensamento, 1995.

Daniel Sarmiento, “Dignidade da Pessoa Humana – conteúdo, trajetórias e metodologia”, Editora Fórum, 1ª edição, 1ª reimpressão, 2016.

Dominique Schnapper, “Contra o Fim do Trabalho”, Terramar – Editores, Distribuidores e Livreiros Ltda., Lisboa, 1998.

Dicionário das Crises e das Alternativas”, Investigadores do Centro de Estudos sociais (CES) da Universidade de Coimbra, Almedina, 2012.

Edilsom Pereira de Farias, “Colisão de Direitos – A Honra, a intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação”, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

F. Torralba, Lo iniludiblemente humano – Hacia una fundamentación de la ética del cuidar”, apud José Carlos Bermejo, “Humanizar a Saúde – Cuidado, relações e valores”, Editora Vozes, 2008.

Francisco A. M.P.Giordani e Ana Paula Pellegrina Lockmann, “A Influência da Necessidade na Atuação Sindical”, coordenadores Tércio José Vidotti e Francisco A.M.P.Giordani, “Direito Coletivo do Trabalho em uma Socie-

dade Pós-Industrial – Estudos em Homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen”, Ltr, 2003.

Hèctor López Bofill e Peter Habèrle, “Um diálogo entre Poesia e Direito Constitucional”, Saraiva, 2017.

Jaime Pinsky, introdução, organizadores Jaime Pinsky e Carla Ponsky, “História da Cidadania”, Editora Contexto, 6ª edição, 2ª reimpressão, 2015.

Jean-Jacques Courtine, “O Mentir Verdadeiro”, texto incluído em “A Arte da Mentira Política atribuído a Jonathan Swift”, Pontes editores, 2006.

João da Gama Cerqueira, “Sistema de direito do Trabalho”, I, Editora revista dos Tribunais, 1961.

João Leal Amado, “O Direito do Trabalho, a Crise e a Crise do Direito do Trabalho”, Revista Direito e Desenvolvimento, João pessoa, volume 04, nº 08, jul/dez 2013.

Jorge Luiz Souto Maior, “O Conflito entre o Processo do Trabalho e o Novo CPC”, publicação Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2015.

José Carlos Bermejo, “Humanizar a Saúde – cuidado, relações e valores”, Editora Vozes, 2008.

José de Melo Alexandrino, “Jurisprudência da Crise. Das Questões Pré-vias às Perplexidades”, organizadores Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luis Pereira Coutinho, “O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos”, Almedina, junho/2014.

José Luis Ugarte Cataldo, “Derechos, Trabajo y Privacidad”, Perrot, 2011. Liliane Roriz, “Conflito entre Normas Constitucionais”, América Jurídica, RJ, 2001.

Manoel Carlos Toledo Filho, “Os Poderes do Juiz do Trabalho Face ao Novo Código de Processo Civil”, “Os Impactos do Novo CPC no Processo do Trabalho”, publicação Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2015.

Márcio Túlio Viana, “Livrem-nos da livre negociação: aspectos subjetivos da reforma trabalhista”, coordenadores Raimundo Simão de Melo e Cláudio Jannotti da Rocha, “Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária”, LTr, 2017.

Mia Couto, “E se Obama Fosse Africano?”, Cia das Letras, 5ª reimpressão.

Oscar Ermida Uriarte, “A Flexibilidade”, Ltr, 2002.

Pedro Romano Martinez, “O Novo Código de Processo do Trabalho uma Reforma necessária”, “Estudos do Instituto de Direito do Trabalho”, vol. VI, Almedina.

Peter Habêrle e Hèctor López Bofill, “Um diálogo entre Poesia e Direito Constitucional”, Saraiva, 2017.

Richard Sennett,, “A corrosão do caráter”, Editora Record, 2007.

Rogério Donnini, “Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade – Felicidade, Proteção, Enriquecimento com Causa e Tempo Perdido”, Sergio Antonio Fabris Editor, PA, 2015.

Sergio Gamonal Contreras, Trabajo y Derecho, Abeledo Perrot, Chile.

Sergio Gamonal Contreras, “Derecho Colectivo del Trabajo”, 2ª edição, Abeledo Perrot, Chile, 2011, 2ª edição.

Teresa Alexandra Coelho Moreira, “Estudos de direito do Trabalho”, volume II, Almedina, 2016.

Tito lívio Ferreira, “História e Lenda – 1ª série”, editora Civilização Brasileira, 1944.

Vance Packard, “Sociedade Nua”, Ibrasa-Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1966.

APRIMORE SEUS
CONHECIMENTOS COM
QUEM É REFERÊNCIA



WWW.ESAOABSP.EDU.BR

CONVENÇÕES DA OIT NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E REFORMA TRABALHISTA



JARDEL GONÇALVES ANJOS FERREIRA

Advogado. Professor Universitário. Mestre em Direito Internacional (FDUSP). Especialista em Diplomacia Econômica (Unicamp). Membro da Comissão Especial de Erradicação do Trabalho Análogo ao de Escravo (OAB/SP).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	57
I. MONISMO X DUALISMO -----	58
II. POSIÇÃO DO BRASIL E REFLEXOS NA REFORMA TRABALHISTA -----	60
CONCLUSÃO -----	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	63

PALAVRAS-CHAVE:

CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. OIT. MONISMO. DUALISMO. BRASIL. REFORMA TRABALHISTA. LEI 13.467/2017. RECURSO DE REVISTA.

RESUMO

O presente artigo abordará as normas internacionais de trabalho no ordenamento jurídico e a eficácia e a aplicação do Direito Internacional dos direitos humanos trabalhistas no Brasil de forma que tais convenções sejam ferramentas úteis para os operadores do direito usarem como causa de pedir e fundamento de Recurso de Revista.

INTRODUÇÃO

Os operadores do direito não soem recorrer às normas de Direito Internacional do Trabalho como fonte de direito para efetivar a proteção dos direitos humanos trabalhistas. Embora não haja dúvidas quanto à vigência e à eficácia dos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, após o devido trâmite legislativo, a aplicabilidade das normas internacionais para solução das controvérsias judiciais não é habitual como causa de pedir, ou como fundamento de sentenças e de acórdãos proferidos¹, o que contribui para a baixa efetividade dos direitos e deveres trabalhistas estabelecidos pelas organizações internacionais.²

A fim de discutir esses problemas, esse artigo abordará (i) as normas internacionais de trabalho no ordenamento jurídico e (ii) a eficácia e a aplicação do Direito Internacional dos direitos humanos trabalhistas no Brasil.

1 TST. Recurso de Revista n. TST. RR-77200-27.2007.5.12.0019, 1ª Turma. Rel. Min. Viera de Mello Filho. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2012.

2 COIMBRA, Rodrigo, Reflexões sobre a Baixa Efetividade dos Direitos e Deveres Trabalhistas Estabelecidos pelas Comunidades e Organizações Internacionais, in Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 86, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014. p. 184

I. MONISMO X DUALISMO

A incorporação e a classificação das normas internacionais no ordenamento jurídico dependem do sistema jurídico adotado pelos Estados como entes soberanos, o que acaba implicando a produção dos efeitos dos tratados no ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, é preciso recorrer às teorias denominadas monismo e dualismo para explicar a posição jurídica da República Federativa do Brasil no sistema jurídico e para classificar o status das convenções da OIT.

De acordo com a tese monista, existe unidade fundamental das diversas ordens jurídicas, que engloba o direito interno e o internacional: o direito é uno.³ O direito interno e o internacional são elementos de único sistema jurídico, de único ordenamento, ocorrendo a identidade de sujeitos e de fontes de direito.⁴ No entanto, o próprio monismo apresenta duas posições, de acordo com a primazia do direito interno ou do direito internacional.⁵

O monismo com primazia do direito interno tem suas origens na concepção hegeliana, a qual julga o Estado como ente soberano absoluto. O Direito Internacional será nesse caso mero desdobramento do interno, uma vez que o Estado não está sujeito a nenhuma lei que não tenha sido emanada de sua própria vontade. A lei que vigora no Estado expressa sua vontade e por isso deve ser criada pelo seu poder

legislativo. Portanto, a obrigatoriedade do direito internacional está no direito interno.⁶

Já o monismo com primazia do direito internacional foi desenvolvido sobretudo pela escola de Viena, tendo como expoentes Kelsen, Verdross, entre outros, e se baseia na teoria de Kelsen ao estabelecer uma pirâmide de leis. No topo dessa pirâmide, existe a norma fundamental (Grundnorm), que é uma norma máxima, colocada acima dos Estados, e cada jurista poderia escolher qual seria essa norma fundamental. Na primeira fase, a teoria de Kelsen foi denominada teoria da livre escolha e, posteriormente, influenciado por Verdross, Kelsen leva em consideração o Grundnorm como sendo uma norma de direito internacional. Assim, a norma fundamental é um princípio jurídico superior de Direito Internacional, baseada na máxima tradicional *pacta sunt servanda* (os compromissos são para serem cumpridos), e esse princípio rege o relacionamento entre Estados.⁷

Na primeira fase da teoria de Kelsen (“monismo radical”), ocorre a primazia do direito internacional sem possibilidade de conflitos⁸, uma vez que a norma inferior jamais poderia violar a norma superior, que é sua fonte e fundamento. Portanto, o radical pregaria a primazia do tratado sobre a ordem jurídica interna.⁹ Nesse sentido, a Convenção de

3 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 95.

4 *Ibidem*, p. 96.

5 O monismo com primazia do direito internacional se divide ainda em radical ou em moderado, in MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Internacional Público*. 2 vols., 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 112.

6 *Ibidem*, p. 111.

7 A teoria monista com primazia do direito internacional foi criada por Kelsen logo após a segunda guerra mundial, quando se iniciaram a criação da ONU e a reconstituição das relações entre Estados. Em 1927, a teoria monista com primazia do direito internacional tinha sido prevista anteriormente por juristas franceses, como Leon Duguit e Politis. In: MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Internacional Público*. 2 vols., 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 111.

8 MELLO, Celso D. Albuquerque, *op. cit.*, p. 112.

9 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 239.

Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe em seu artigo 27 que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.¹⁰

Já na segunda fase da teoria do mestre da escola de Viena (“monismo moderado”), existe a possibilidade de conflito entre o direito internacional e o direito interno como de fato existe, como lembra Celso Mello¹¹, o que não prejudica a unidade do sistema jurídico, uma vez que prevalece o direito internacional sobre o interno, assim como não prejudica a unidade do direito interno, quando há conflito entre a lei e a Constituição. Portanto, a essência no monismo moderado é a predominância do direito internacional, constituindo fonte formal a lei internacional.

Ao lado do monismo, surge a teoria dualista, descrita e sistematizada pelo internacionalista italiano Dionísio Anzilotti, em *Cours de droit international*.¹² O dualismo considera a existência de duas ordens jurídicas (a interna e a internacional) independentes, distintas e separadas.¹³ Essa clivagem é resultante (1) de destinatários distintos, (2) de fontes de direito diferentes e (3) das estruturas das ordens jurídicas. O direito interno cuida do relacionamento entre pessoas pertencentes a um Estado, ou entre um Estado e seus cidadãos. Por outro lado, o Direito Internacional cuida do relacionamento entre um Estado e outros Estados. Há diversidade também de origem

das normas. A lei interna é elaborada por um poder interno do Estado em que ela vai vigorar. Interpreta a vontade independente e soberana desse Estado. Por seu turno, o Direito Internacional é elaborado por vários Estados e interpreta a vontade de todos os que elaboram a lei e não de um só. Quanto à estrutura das duas ordens jurídicas, o direito interno se fundamenta em um sistema de subordinação, enquanto o direito internacional na coordenação¹⁴, uma vez que a comunidade internacional é uma sociedade paritária em que não há poder central para impor uma vontade coletiva. Ainda, a norma nacional é criada para ser aplicada nos limites territoriais de um Estado, enquanto a internacional transcende as fronteiras territoriais. Pode-se dizer que a norma interna começa onde termina a norma internacional. É possível, contudo, que a lei internacional se incorpore ao direito de um país, transformando-se em lei nacional. Trata-se de outra situação; a lei internacional passa a ser lei nacional. Destarte, um tratado internacional não se incide automaticamente no ordenamento de um Estado, mas só quando se incorpora ao direito interno.

O dualismo, portanto, dispõe de duas modalidades para explicar a incorporação de uma fonte de origem internacional ao ordenamento jurídico pátrio. Assim como o monismo tem uma vertente radical e outra moderada para explicar a relação de primazia entre o direito internacional

10 Essa convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do decreto legislativo 496, de 17/07/2009, e do decreto 7.030, de 14/12/2009, com duas reservas: artigos 25 e 66, letra a.

11 MELLO, Celso D. Albuquerque. *op. cit.*, p. 112.

12 ANZILOTTI, Dionísio, *Cours de droit international*, Editions Panthéon-Assas, Paris, L.G.D.J. Diffuseur, 1999, p. 49-65.

13 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *op. cit.*, p. 237.

14 MELLO, Celso D. Albuquerque. *op. cit.*, p. 110.

e interno, o dualismo também o tem, porém, para explicar tal incorporação. O dualismo radical significa que existe a necessidade de edição de lei distinta para a incorporação de tratado à ordem jurídica interna, enquanto

o dualismo moderado aduz que a incorporação prescinde de lei, ainda que se faça mediante procedimento complexo, com a aprovação parlamentar e a promulgação executiva¹⁵.

II. POSIÇÃO DO BRASIL E REFLEXOS NA REFORMA TRABALHISTA

A posição atual do Brasil segue o dualismo moderado, de acordo com o julgamento do RE 466.343-1 pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁶ Reconhecem-se, portanto, duas ordens jurídicas independentes, separadas e distintas. O direito estrangeiro ou internacional aplica-se internamente, mas só pode ser aplicado no Brasil depois de observados os trâmites previstos no ordenamento jurídico pátrio. A teoria do dualismo adotada pelo Brasil considera a existência de dois direitos autônomos e separados: o direito interno e o direito internacional. Segundo essa teoria com reflexo no ordenamento jurídico pátrio, o tratado internacional celebrado pelo Brasil com outros países obriga o país perante estes, mas não os brasileiros, uma vez que o tratado não tem aplicação imediata e automática no âmbito interno do Brasil. Ele pode, entretanto, ser incorporado ao ordenamento jurídico, aplicando-se internamente no Brasil. Essa incorporação se dá por meio de um processo legislativo, constituído de dois atos, a saber: a convenção deve ser

aprovada pelo Congresso Nacional por meio de um decreto legislativo¹⁷ e promulgada por um decreto executivo pelo Presidente da República¹⁸. A título de exemplo, pode-se apontar a Convenção de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias: ela foi celebrada em 1930 por vários países, entre os quais o Brasil. Essa convenção obrigava o Brasil, e não os brasileiros, uma vez que não tinha aplicação no território nacional, não produzia efeitos no Brasil, mas só no plano internacional. Na década de 1960, essa convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional (Decreto legislativo 54, de 1963) e foi promulgada pelo Executivo (Decreto 57.663, de 24.1.1966), sendo, portanto, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio e vigorando até hoje no país.

Há, entretanto, a exceção introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004: quando se referem aos direitos humanos, as convenções internacionais aprovadas, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros,

15 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *op. cit.*, p. 238

16 STF .RE 466.343-1, São Paulo, Tribunal Pleno, Voto do Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 12 de março de 2008.

17 Nos termos do inciso I, do artigo 49 da Constituição Federal.

18 Nos termos do inciso IV, do artigo 84 da Constituição Federal.

serão equivalentes às emendas constitucionais, nos termos do § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal. Trata-se, porém, de caso restrito e não geral: apenas quando se tratar de convenções internacionais sobre direitos humanos.¹⁹

19 Até o presente momento (18.06.2016), somente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo (2007) foi aprovada no Brasil nos termos do §3º do artigo 5º da Constituição Federal.

20 Art. 896-A [...]: §1º, incisos III e IV, da CLT

21 O art. 896, da CLT, dispõe que cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; [...]c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

22 TST - RR: 7734720125040015, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 22/04/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2015

A controvérsia persistiu por certo quanto ao status dos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico após a Constituição Federal de 1988 e antes da EC 45/2004. O já mencionado RE 466.343-1 estabelece que os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico antes da EC/45 equivalem às normas infraconstitucionais e supralegais, de forma que integram o bloco de constitucionalidade como parâmetro das leis, uma vez que já foram incorporados ao ordenamento jurídico pátrio com fundamento na cláusula aberta do §2º, do art. 5º, da Constituição Federal.

Não existe, todavia, nenhuma convenção do Direito Internacional do Trabalho aprovada pelo procedimento especial do § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal. Mesmo assim, todas as

normas internacionais de Direito do Trabalho no ordenamento jurídico nacional já equivalem, no mínimo, ao status supralegal para todos os efeitos jurídicos. Mesmo não tendo ainda status de Emenda Constitucional, já podem, portanto, ser utilizada para o controle constitucional. Além disso, podem e devem ser utilizadas como fundamento da causa de pedir de pretensões trabalhistas, como fundamento de recursos de revista (transcendência social e jurídica²⁰) do Tribunal Superior do Trabalho²¹ ou como fundamento de sentença e acórdãos proferidos.

Pondera o ministro do TST Cláudio Brandão que, ao relatar caso sobre a possibilidade de acumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade em prejuízo da norma celetista, as Convenções 148 e 155 da OIT, ratificadas pelo Brasil, têm status de norma constitucional “ou, pelo menos, supralegal”²², conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que torna inaplicável a CLT nesse caso em concreto.

CONCLUSÃO

Os atuais dispositivos que foram introduzidos ou alterados da CLT pela Lei 13.467/2017 podem ficar prejudicados, caso se confrontem com as Convenções Internacionais da OIT. Saber bem manejar, portanto, essas legislações internacionais é estrategicamente interessante para os operadores do Direito, especialmente aos advogados, não só para garantir os direitos humanos trabalhistas dos clientes, mas também como técnica processual para vencer o juízo de admissibilidade dos Recursos de Revista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

ANZILOTTI, Dionisio, *Cours de droit international*, Editions Panthéon-As-sas, Paris, L.G.D.J. Diffuseur, 1999

COIMBRA, Rodrigo, *Reflexões sobre a Baixa Efetividade dos Direitos e Deveres Trabalhistas Estabelecidos pelas Comunidades e Organizações Internacionais*, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 86, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2014

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Internacional Público*. 2 vols., 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

STF .RE 466.343-1, São Paulo, Tribunal Pleno, Voto do Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 12 de março de 2008.

TST - RR-77200-27.2007.5.12.0019, 1ª Turma. Rel. Min. Viera de Mello Filho. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2012.

TST - RR: 7734720125040015, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 22/04/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2015

APLICAÇÃO DO SEGURO GARANTIA JUDICIAL TRAZIDO PELA REFORMA TRABALHISTA

KEILA RIBEIRO FLORES

Advogada, Pós-Graduada em Direito Empresarial e Econômico pela FAPESP e IPEC, Mestranda em Direito Tributário pela Pontificia Universidad Católica Argentina

SUMÁRIO

RESUMO-----	65
INTRODUÇÃO -----	65
SEGURO GARANTIA JUDICIAL -----	66
CONCLUSÃO -----	69

PALAVRAS-CHAVE:
SEGURO GARANTIA JUDICIAL. REFORMA TRABALHISTA.

RESUMO

Este estudo tem por objetivo apresentar a modalidade de Seguro Garantia Judicial nas demandas trabalhistas em decorrência a abrangência trazida pela Reforma Trabalhista.

INTRODUÇÃO

Com as recentes inovações na legislação, em atenção à Legislação Trabalhista, a modalidade de Seguro Garantia ganha maior amplitude, proporcionando, especialmente para as pessoas jurídicas, obtenção de garantia nas obrigações em que discutem em Juízo, a um custo menor por um período mais longo.

Neste estudo, enfatizaremos o ramo do Setor Público onde temos o Seguro Garantia Judicial e sua utilização no Direito do Trabalho e seus efeitos.

SEGURO GARANTIA JUDICIAL

O Seguro Garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado, e se divide nos ramos do Setor Público e Privado, onde para garantir a regularidade e solvabilidade da atividade securitária, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) supervisiona as atividades das seguradoras e edita normas tanto para a constituição, autorização de financiamento e limites operacionais, como para a fixação das modalidades e termos dos seguros.

A Circular da SUSEP¹ nº 477, de 30 de setembro de 2013, dispõe sobre o Seguro Garantia, divulga Condições Padronizadas.

Nesta circular temos como definição que Contrato Principal é “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública (segurado) e particulares (tomadores), em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”² e como Segurado a Administração Pública ou o Poder Concedente.

Nas Condições Contratuais, as seguradoras devem deixar claro os procedimentos a serem adotados com a finalidade de comunicar e registrar o Sinistro, além dos critérios a serem satisfeitos para a Caracterização do Sinistro, bem como deve conter

o valor da garantia e o prazo de vigência da apólice.

A cobertura da apólice vigorará até a extinção das obrigações, ou seja, a garantia persistirá enquanto durar a demanda judicial desde que o tomador efetue a renovação da apólice no momento do término do prazo nela constante, com o pagamento do respectivo prêmio pelo período.

O Seguro Garantia Judicial foi introduzido na Legislação Processual Civil em 2006 e aos poucos foi ganhando maior amplitude, sendo utilizado de forma subsidiária pela Justiça do Trabalho ainda que de forma tímida.

Com a necessidade de adequação do processo do trabalho às disposições do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015), o Tribunal Superior do Trabalho alterou a Orientação Jurisprudencial 59³, trazendo a possibilidade das empresas garantirem o débito na fase executiva com o seguro garantia judicial.

A Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe significantes alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, dentre elas a previsão expressa do seguro garantia como modalidade de garantia judicial, previsto nos artigos 882 e 899, pacificando a aceitação da modalidade na esfera judicial e inovando a modalidade na fase de conhecimento.

1 <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31460>

2 Art. 6º, §1º, I da Circular SUSEP 477, de 30 de setembro de 2013.

3 OJ 59. MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA. CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA. SEGURO GARANTIA JUDICIAL (nova redação em decorrência do CPC de 2015) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

A carta de fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito em execução, acrescido de trinta por cento, equivalem a dinheiro para efeito da gradação dos bens penhoráveis, estabelecida no art. 835 do CPC de 2015 (art. 655 do CPC de 1973).

Dispõe o artigo 882 da CLT:

• *“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.”*

Extrai-se deste dispositivo de lei a faculdade do executado em poder garantir a execução com seguro garantia da quantia correspondente, atualizada e acrescida das despesas processuais, devendo ser observado a ordem preferencial estabelecida na lei processual civil⁴, que traz o dinheiro como primeiro na ordem preferencial de garantia.

Dispõe o § 2º do Art. 835 do CPC:

• *“§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.”*

Este dispositivo permite que o executado substitua a penhora por seguro garantia judicial, na qual a equipara à dinheiro, com a condicionante que o valor garantido não seja inferior ao valor da execução acrescido de trinta por cento, o que também está em consonância a OJ 59, SBDI II do TST.

A contratação de seguro ga-

rantia constitui-se uma alternativa conveniente as empresas, visto que minimiza o impacto da retirada de um aporte financeiro no fluxo de caixa que poderia ocasionar a inadimplência de obrigações cotidianas, afasta o risco de penhora online, não compromete limites de crédito junto às instituições financeiras e ainda permite a discussão dos valores da execução, sem a imediata disponibilização de seu valor integral que ficaria retido nos autos até o deslinde da controvérsia recorrente nos tribunais.

Neste tema, a inovação trazida pela Lei 13.467/17 foi a possibilidade de utilização do seguro garantia na fase de conhecimento, quanto ao depósito recursal que poderá ser substituído pelo seguro garantia judicial, disposto no §11 do artigo 899, que traz a seguinte redação:

• *“§11. O depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial.”*

O depósito recursal tem valores fixados pelo Tribunal Superior do Trabalho, atualmente limitados a R\$ 9.189,00 (nove mil, cento e oitenta e nove reais), no caso de interposição de Recurso Ordinário e R\$ 18.378,00 (dezoito mil, trezentos e setenta e oito reais), no caso de interposição de Recurso de Revista, Embargos, Recurso Extraordinário e Recurso em Ação Rescisória.⁵

As empresas para poderem exercer o direito de terem suas decisões judiciais revisadas pelos tribunais, têm que efetuar

4 Art. 835 do Código de Processo Civil

5 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO PRESIDÊNCIA ATO Nº 360 /SEGJUD.GP, DE 13 DE JULHO DE 2017. *Divulga os novos valores referentes aos limites de depósito recursal previstos no artigo 899 da CLT. O CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, no exercício da Presidência, no uso de suas atribuições legais e regimentais, considerando o disposto no item VI da Instrução Normativa nº 3 desta Corte, RESOLVE Art. 1º Os novos valores referentes aos limites de depósito recursal previstos no artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, reajustados pela variação acumulada do INPC/IBGE, no período de julho de 2016 a junho de 2017, serão de: a) R\$ 9.189,00 (nove mil, cento e oitenta e nove reais), no caso de interposição de Recurso Ordinário; b) R\$ 18.378,00 (dezoito mil, trezentos e setenta e oito reais), no caso de interposição de Recurso de Revista, Embargos e Recurso Extraordinário; c) R\$ 18.378,00 (dezoito mil, trezentos e setenta e oito reais), no caso de interposição de Recurso em Ação Rescisória. Art. 2º Os valores fixados no artigo anterior são de observância obrigatória a partir de 1º de agosto de 2017.*

o depósito recursal, sendo que apesar do valor inicialmente parecer pequeno, o impacto de sua somatória pode tomar grandes proporções financeiras, além do fato de haver muitas empresas que possuam baixo faturamento e este valor se torna expressivo, comprometendo o fluxo de caixa

e por vezes obstando o acesso ao duplo grau, desta forma, o seguro garantia judicial passa a ser uma possibilidade menos onerosa para as empresas.

CONCLUSÃO

O seguro garantia judicial, é uma garantia eficaz e segura, permitindo ao executado, bem como ao recorrente, uma melhor utilização de seus ativos e do valor em caixa em vez de imobilizá-los na demanda judicial, além de propiciar a efetiva garantia no processo para os executados que não tenham disponibilidade de numerário em caixa o que obstaria o direito do exercício de defesa por falta de garantia do juízo.

Porém, não podemos deixar de observar a manutenção desta garantia quanto a sua vigência, que irá perdurar até o fim da demanda desde que o tomador renove a apólice com o pagamento do respectivo prêmio, assim, o segurado deve ser diligente quanto a validade da garantia, exigindo do tomador a devida renovação.

E por fim, ainda que garantido o juízo pelo seguro garantia, que equipara-se a dinheiro, não podemos negar que a efetivação do recebimento é mais morosa, visto que somente após o inadimplemento do tomador haverá o pagamento do sinistro, mediante depósito judicial, para após ser soerguido pelo segurado exequente.

NOVOS REQUISITOS RECURSAIS E A TRANSCENDÊNCIA DO RECURSO DE REVISTA



LUCAS OLIVEIRA DOS REIS SOUZA

Advogado, Professor Universitário, Palestrante e Coach; Mestrando em Direito pela UNINOVE; Presidente da comissão de Direito do Trabalho da OAB subseção Santana; Conselheiro Fiscal do IAPE (Instituto dos Advogados Previdenciários de São Paulo); Membro da comissão especial de Direito Material do Trabalho da OAB seção São Paulo; Professor de Pós-Graduação em Direito Previdenciário na EPD (Escola Paulista de Direito); Professor de Direito do Trabalho na ESA (Escola Superior da Advocacia). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho;

SUMÁRIO

RESUMO-----	71
INTRODUÇÃO -----	72
NOVOS REQUISITOS E A TRANSCENDÊNCIA RECURSAL --	73
CONCLUSÃO -----	78

PALAVRAS-CHAVE:

*REFORMA TRABALHISTA. RECURSO DE REVISTA. REQUISITOS.
TRANSCENDÊNCIA. LEI 13.467/2017.*

RESUMO

No presente artigo serão apresentadas algumas das principais alterações trazidas à CLT pela Reforma Trabalhista estampada na Lei nº 13.467/17, no tocante à transcendência do recurso de revista como requisito de admissibilidade, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto abordado. De forma simples e objetiva o leitor poderá conhecer um pouco mais sobre as mudanças que estão em vigor desde o dia 11/11/2017.

INTRODUÇÃO

A Lei 13.467 de 14 de julho de 2017 tramitou na Câmara dos Deputados com o Projeto 38 de 2017 e passou pelo período de vacatio legis de 120 dias, período curto para alterações de proporções tão relevantes, tanto no que tange ao direito material, quanto no que tange ao direito processual do trabalho.

Dentre tantas alterações legislativas da denominada reforma trabalhista, houve regulamentação e inovação quanto aos indicadores de transcendência do recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho – TST, sendo estes considerados como pré-condição de admissibilidade do aludido recurso.

NOVOS REQUISITOS E A TRANSCENDÊNCIA RECURSAL

O manejo dos recursos trabalhistas, e em especial o recurso de revista, traz certos pressupostos recursais que são divididos em pressupostos subjetivos e objetivos.

Os subjetivos podem ser classificados pela legitimidade, capacidade postulatória e interesse processual.

Os objetivos, podem ser destacados como: recorribilidade do ato, adequação, tempestividade, preparo, regularidade na representação, e agora a comprovação da transcendência, sem prejuízo do prequestionamento (Súmula 297 do C. TST) da matéria a ser discutida no Tribunal Superior do Trabalho (TST).

É de se lembrar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) goza da mesma natureza do Supremo Tribunal Federal (STF) no que se refere à instância extraordinária, atuando por sua vez sob o prisma de delegação na interpretação final do ordenamento jurídico-trabalhista infraconstitucional, motivo pelo qual deve ser dado o mesmo tratamento em termos de mecanismos redutores de recursos ao STF (repercussão geral), também ao TST.

A quantidade estratosférica de recursos que sobem aos tribunais superiores não permite uma apreciação satisfatória das causas submetidas a estas esferas, e por isso se fez necessário a criação do mecanismo

da transcendência para redução quantitativa de processos, com a finalidade precípua de ultimar a prestação jurisdicional de forma satisfatória.

Na língua portuguesa, a transcendência, esclarece o dicionário Houaiss, é o caráter do que transcende; superioridade de inteligência, perspicácia, sagacidade, importância superior.

A transcendência, segundo João de Lima Teixeira Filho, é noção meta-jurídica, com notável subjetividade, ainda mais porque tem a ver com reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

O PL nº 3.267/2000, que foi base para a edição da MP nº 2.226/2001, esclarecia a transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza jurídica, política, social ou econômica, considerando: a) jurídica, o desrespeito patente aos direitos humanos fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas; b) política, o desrespeito notório ao princípio federativo ou à harmonia dos Poderes constituídos; c) social, a existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho; d) econômica, a ressonância de vulto da causa em relação à entidade

de direito público ou economia mista, ou à grave repercussão da questão na política econômica nacional, no segmento produtivo ou no desenvolvimento regular da atividade empresarial.

Ives Gandra da Silva Martins Filho, ao analisar o PL nº 3.267, no que faz relação à transcendência jurídica, aponta, de imediato, quatro hipóteses: a) recursos oriundos de ações civis públicas, cujo objeto envolva interesses difusos e coletivos; b) processos em que o sindicato atue como substituto processual da categoria, defendendo interesse individuais homogêneos; c) causas que discutam norma que tenha por fundamento maior o próprio direito natural, cujo desrespeito pode ensejar a necessidade de defesa dos direitos humanos fundamentais; d) processos em que um Tribunal Regional do Trabalho resista a albergar a jurisprudência pacificada do TST ou do STF.

O artigo 896-A da CLT, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.226/2001 já havia instituído a transcendência como condição de admissibilidade do recurso de revista. Foi algo que antecedeu à repercussão geral do Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal (STF), contudo delegou sua regulamentação ao TST, que, em virtude de divergência interna, nunca o fez. O caput do artigo está redigido da seguinte forma:

“Art.896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se

a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.226, de 4.9.2001)”

A Lei 13.467/2017 em comentário inicialmente tratou de revogar os §§ 3º., 4º., 5º. e 6º. do art. 896 da CLT que assim asseveravam:

- *“Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: ...*

- *§ 3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicação, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014)*

- *§ 4º Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência. (Redação dada*

pela Lei nº 13.015, de 2014)

- § 5º *A providência a que se refere o § 4º deverá ser determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecorríveis. (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014)*

- § 6º *Após o julgamento do incidente a que se refere o § 3º, unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência. (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014)” GRIFOS NOSSOS.*

Tais dispositivos revogados preconizavam a necessidade de uniformização de jurisprudência por parte dos TRT's, incumbência esta devida ao TST, pelo que tal revogação não foi de todo ruim.

Além disso, acrescentou-se ao artigo 896, o § 1º, inciso IV para exigir do recorrente a transcrição na peça recursal, em caso de suscitar preliminar de nulidade de julgamento por negativa de prestação jurisdicional, o trecho dos embargos de declaração em que foi pedido o pronunciamento do tribunal sobre a questão veiculada no recurso ordinário e o trecho da decisão do Regional que rejeitou os embargos quanto ao pedido, para cotejo e verificação de imediato, da ocorrência

da omissão.

De mais a mais, e com intuito de reduzir a quantidade de processos e de restrição do recurso de revista, a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) complementa o referido artigo em 06(seis) parágrafos, exigindo a demonstração da transcendência do recurso, sob pena de ele não ser admitido:

- “ § 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 irrecurável no âmbito do tribunal.

- § 5º *É irrecurável 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.” GRIFOS NOSSOS.*

Como se vê, fora adotado a essência da repercussão geral, prevista no art. 102 § 3º da Constituição Federal de 1988:

- “§ 3º *No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) “GRIFOS NOSSOS.*

A matéria foi regulamentada por lei, mediante alteração do Código de Processo Civil (CPC) de 1973 e incorporado no CPC de 2015, inclusive acrescentando algo idêntico ao recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

- Art. 1.035. *O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do re-*

curso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

- § 1º *Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.*

- § 2º *O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.*

- § 3º *Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:*

- I - *contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;*

- II - *tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos;*

- II – *(Revogado);(Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)*

- III - *tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.*

- § 4º *O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.*

- § 5º *Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e trami-*

tem no território nacional.

- § 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

- § 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º caberá agravo, nos termos do art. 1.042.

- § 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

- § 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

- § 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

- § 10. Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.

- § 10. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

- § 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão. GRIFOS NOSSOS.

Como é notório, a Lei 13.467 exemplificou alguns indicadores da transcendência, que devem estar presentes para a interposição do recurso de revista. A transcendência econômica deve estar relacionada ao elevado valor da causa. Já a política refere-se ao desrespeito da instância recorrida à súmula do TST ou do Supremo Tribunal Federal. A social, por sua vez, relaciona-se à postulação de um direito social constitucionalmente assegurado. E, por fim, a jurídica deve abranger uma questão nova sobre interpretação da legislação trabalhista.

É evidente que pelo próprio texto legislativo, o rol de indicadores da transcendência não é taxativo, apenas exemplificativo, sendo possível a inclusão de outros parâmetros a critério dos ministros do Colendo TST.

Um dos aspectos mais extenuantes é a previsão de irrecorribilidade das decisões de não transcendência, trazida no § 5º do art. 869-A da CLT, que estabelece a irrecorribilidade da decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria. Contrariamente à repercussão geral, que é decidida de

forma colegiada.

A transcendência pode ser decidida monocraticamente e, sem qualquer previsão de recurso no caso de agravo de instrumento.

Tais circunstâncias podem gerar grande insegurança jurídica dentro da própria Corte trabalhista, vez em que haverá situações em que determinado ministro se posicionará pela transcendência em certo recurso, e outro ministro, ao analisar caso parecido, poderá entender pela não transcendência, e sem a previsão de um instrumento que uniformize o entendimento dentro daquele Tribunal Superior.

Além disso, tais indicadores são por demais subjetivos; a exemplo no econômico, em que é relativo ao elevado valor da causa, tem-se a necessidade de estipulação de um referencial, pois um processo no custo de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) pode ser extremante elevado para o reclamante, mas não para a reclamada.

Certamente existe a neces-

sidade de indicadores com parâmetros mais claros e objetivos, a fim de se evitar situações de instabilidade, pois estas alterações ainda carecem de debates e discussões e com sérios riscos de gerarem insegurança jurídica, instituto este entabulado no art. 5º. caput da Constituição Federal:

• *“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” GRIFOS NOSSOS.*

A Lei da reforma trabalhista também alterou a autonomia dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT'S), no sentido de que não poderão adentrar as questões relativas ao instituto da transcendência, deixando claro que tal função compete exclusivamente ao TST, consoante § 6º. do art. 896-A da CLT.

CONCLUSÃO

Destarte, conclui-se que a ideia do legislador quando da criação da Lei 13.467/2017, que regulamentou e implementou a transcendência como requisito do recurso de revista, teve como objetivo maior racionalizar e simplificar o julgamento dos recursos que chegam até o TST, viabilizando o exercício da função de guardião maior da legislação trabalhista, que a corte deve cumprir por imposição constitucional.

Contudo, as empresas e os trabalhadores enfrentarão grande dificuldade para ter seus processos apreciados pelo TST, vez em que terão de demonstrar que as matérias constantes de seu recurso transcendem o mero interesse subjetivo das partes e terão abrangência maior dentro da sociedade.

Um dos aspectos mais inquietantes é a previsão de irrecorribilidade das decisões de não transcendência, segundo o qual é irrecorrível a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria. Diferentemente da repercussão geral, que é decidida de forma colegiada, a transcendência pode ser decidida monocraticamente e, o que é pior, sem previsão de recurso no caso de agravo de instrumento.

Além do mais, como o rol de indicadores de transcendência não é taxativo, é possível que outros parâmetros sejam incluídos a critério dos ministros do TST.

Certamente, isto poderá gerar uma enorme insegurança dentro da própria Corte Trabalhista, pois haverá situações em que os ministros podem divergir sobre o entendimento da transcendência.

Portanto, necessário se faz que os indicadores da transcendência sejam mais objetivos e claros, a fim de evitar divergências, instabilidade e insegurança jurídica para a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Instituto Antônio Houaiss. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 2.749.

Süssekind, Arnaldo; Maranhão, Délio; Vianna, Segadas; Teixeira, Lima. Instituições de Direito do Trabalho, v. 2. São Paulo: LTr, 22ª ed., 2005, p. 1498.

Martins Filho, Ives Gandra da Silva. Ob. cit., p. 916.

Lei n.º 13.467, de 13 de Julho de 2017. Reforma Trabalhista. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em 27/01/2018.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm.

DELGADO, Mauricio Godinho. A reforma trabalhista no Brasil. São Paulo. LTr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus. Comentários à reforma trabalhista. Análise da Lei 13.467/2017. Artigo por artigo. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 10ª edição. De acordo com o novo CPC. São Paulo: LTr, 2016.

LIMA, Francisco Meton Marques de. Reforma trabalhista. Entenda ponto a ponto. São Paulo. LTr, 2017.

www.agu.gov.br/page/download/index/id/892456

GRUPO ECONÔNIMO E RESPONSABILIDADE EXECUTIVA TRABALHISTA



LUCIANA VITALINA FIRMINO DA COSTA

Advogada. Professora. Palestrante. Presidente da Comissão de Direito Processual Civil da 242a Subseção da OAB/Butantã. Vice-Presidente da Comissão de Direito Previdenciário da 242a Subseção da OAB/Butantã. Membro efetivo da Comissão da Mulher Advogada da OAB/SP. Mestranda em Direito pela UNINOVE. Curstando MBA em Direito do Trabalho e Previdenciário. Pós-Graduada em Direito Tributário. Pós-graduada em Direito da Seguridade Social, Direito Civil e Direito Processual Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	81
I. REFORMA TRABALHISTA -----	82
II. GRUPO ECONÔMICO -----	82
II.I GRUPO ECONÔMICO VERTICAL E HORIZONTAL --	83
II.II IDENTIDADE DE SÓCIOS -----	84
III. SOLIDARIEDADE ATIVA E PASSIVA -----	85
IV. CARACTERÍSTICAS DA EXECUÇÃO TRABALHISTA DE GRUPO ECONÔMICO -----	85
CONCLUSÃO -----	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	87

PALAVRAS-CHAVE:

GRUPO ECONÔMICO. REFORMA TRABALHISTA. CLT. SÓCIOS. EXECUÇÃO. SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE. EMPRESAS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo apresentar de forma simples e objetiva as principais mudanças com relação a grupo econômico trazidas pela Lei no 13.467/2017 que alterou diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Apresentamos de forma sucinta as espécies de grupo econômico (horizontal e vertical), bem como a diferença entre a solidariedade ativa e passiva.

Finalizando com breves comentários sobre a execução trabalhista do grupo econômico.

O desenvolvimento desta tarefa é feito através da pesquisa bibliográfica onde se buscou obter subsídios para elaboração do presente artigo.

I. REFORMA TRABALHISTA

A Lei no 13.467/2017 publicada no Diário Oficial da União no dia 14 de julho de 2017, alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), bem como as Leis no 6.019/1974, 8.036/1990 e 8.212/1991, de 24 de julho de 1991, objetivando adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Conforme determinado no artigo 6o da Lei 13.467/2017 as

alterações promovidas entraram em vigor após o decurso do prazo de 120 (cento e vinte) dias da data da publicação, ou seja, entraram em vigor no dia 11 de novembro de 2017.

Dentre as diversas alterações promovida pela Lei no 13.467/2017, destacamos as modificações no tocante ao grupo econômico.

II. GRUPO ECONÔMICO

O artigo 2o da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) com a alteração dada pela Lei no 13.467/2017 nos apresenta a definição de empregador e grupo econômico, vejamos:

- **“Art. 2o - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.**

- **§ 1o - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.**

- **§ 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 ain-**

da 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.” (negritou-se).**

Pela leitura do artigo acima mencionado, observamos que para caracterizar grupo econômico é necessário que a empresa esteja sob a mesma direção, controle ou administração de outra (empresa); essa é a hipótese de grupo econômico hierarquizado ou sob subordinação, também conhecido como grupo econômi-

co vertical.

Segundo o Legislador a mera identidade de sócio não caracteriza o grupo econômico, sendo necessário a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas, ou seja, deve demonstrar a participação da empresa na utilização de serviços, movimentação de custos e etc., estamos, portanto, diante da hipótese de grupo econômico horizontal ou sob coordenação.

A nova redação do artigo 2o da CLT trouxe o entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho quanto a existência de grupo econômico.

Vale destacar que a nova redação dada pela Lei no 13.467/2017 ao artigo 2o da CLT não dispõe sobre a prestação de serviços em mais de uma empresa do

3

grupo econômico, razão pela qual, entendemos que permanece válida o disposto na Súmula 129 do TST, a saber:

- *“Súmula no 129 do TST*
- *CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO*
- *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.”*

II.1 GRUPO ECONÔMICO VERTICAL E HORIZONTAL

Como dito alhures, a doutrina classifica o grupo econômico em: grupo econômico vertical e grupo econômico horizontal.

O grupo econômico vertical é aquele em que há subordinação entre as empresas e está previsto no §2o, primeira parte, do artigo 2o da CLT.

Para esse tipo de grupo econômico (vertical), exige-se requisitos mais rígidos para o reconhecimento do conglomerado econômico, tais como, controle, administração ou laços de dire-

ção.

O grupo econômico horizontal, segundo a doutrina, configura-se quando existe uma relação de coordenação, em que não há subordinação entre as empresas.

Nessa hipótese (horizontal), é possível a formação de grupo econômico ainda que as empresas mantenham sua autonomia.

O grupo econômico horizontal está previsto na parte final do §2o, do artigo 2o da CLT.

II.II. IDENTIDADE DE SÓCIOS

O §3o do artigo 2o da CLT foi uma inovação do Legislador que claramente definiu que a simples identidade de sócios não caracteriza grupo econômico.

A primeira leitura, nos leva a pensar (equivocadamente) que o Legislador restringiu os direitos trabalhistas ao excluir a mera identidade dos sócios como característica do grupo econômico.

4

Todavia, trata-se de tese já adotada pela jurisprudência, uma vez que há precedentes no Tribunal Superior do Trabalho que concluiu que a mera identidade de sócios não era suficiente para caracterizar grupo econômico.

O próprio §3o do artigo 2o da CLT esclarece quais os critérios para definir o grupo econômico: “a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”.

Frise-se: se as empresas atuam em atividades econômicas completamente diversas e sob direção distintas, sem compartilhamento de clientes, produto ou estabelecimento, não se configura grupo econômico, pela simples identidade de sócios.

O Juiz Marcos Dias de Castro da 18o Vara do Trabalho do Rio de Janeiro não reconheceu a existência de grupo econômico, apesar das empresas possuírem os mesmos sócios e estarem situadas no mesmo endereço, vejamos:

- “Vistos,
- *Melhor analisando os autos, não foram encontrados os requisitos necessários para que seja configurada a existência de grupo econômico, como preconiza o art. 2o, § 2o da CLT. As empresas apontadas como formadoras de grupo econômico possuem sócios em comum, estão situadas no mesmo endereço, contudo, não restou demonstrado controle administrativo e financeiro entre as empresas.*

- *A mera identidade de sócios não caracteriza o grupo econômico, pois são necessários para a configuração do grupo três requisitos, quais sejam: a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes (artigo 2o, parágrafo 3o, da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017). Portanto, indefiro o pleito autoral ante a ausência de requisitos legais. Poderia-se vislumbrar a possibilidade de abertura de incidente de descon sideração inversa. (...)” (Reclamação Trabalhista no 0010357-45.2014.5.01.0018) (negritou-se).*

Para o Magistrado, não existiu a demonstração de controle administrativo e financeiro entre as empresas, razão pela qual indeferiu a formação de grupo econômico pleiteado pelo Reclamante.

III. SOLIDARIEDADE ATIVA E PASSIVA

A solidariedade das empresas pode se apresentar de 02 (duas) formas: ativa e passiva.

A teoria da solidariedade ativa, para a doutrina, pressupõe que todas as empresas do grupo econômico são responsáveis, tendo em vista que todas as empresas que integram o conglomerado econômico são vistas como um mesmo empregador.

Todavia, para a teoria da solidariedade passiva, uma das empresas é a empregadora e as demais integrantes do grupo

econômico e, portanto, são responsáveis apenas pelos débitos trabalhistas.

O TST entende que já que as empresas coligadas podem ser consideradas responsáveis pelas verbas trabalhistas, os empregados, por sua vez, podem exercer atividades nas empresas coligadas sem a necessidade de formação de novo contrato de trabalho.

Esse entendimento, como já mencionado, está previsto na Súmula 129 do TST¹.

IV. CARACTERÍSTICAS DA EXECUÇÃO TRABALHISTA DE GRUPO ECONÔMICO

Os estudiosos entendem que o pagamento do débito trabalhista é dever de todos os integrantes do grupo econômico.

Na hipótese de existência de grupo econômico o crédito trabalhista pode ser exigido de qualquer empresa, não tendo que se falar em benefício de ordem, uma vez que a responsabilidade das empresas integrantes do grupo econômico é solidária e não subsidiária.

A prova da existência ou não do grupo econômico cabe ao Reclamante, nos termos do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (também alterada pela Lei no 13.467/2017), contudo, nada impede que o Juiz inverta o ônus da prova determinando que as Empresas Reclamadas demonstrem a inexistência de

grupo econômico.

Por fim, registre-se que em Outubro/2017 foi ajuizada pela Confederação Nacional de Transportes (CNT) a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no 488 que questiona os atos praticados por Juízes do Trabalho que incluem, na fase de cumprimento de sentença ou na fase de execução, pessoas físicas ou jurídicas que não participaram dos processos trabalhistas sob o argumento que trata-se de um mesmo grupo econômico. A Relatora dessa ação é a Ministra Rosa Weber e essa ADPF ainda não tem data de julgamento.

¹ Súmula no 129 do TST
CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO

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.

CONCLUSÃO

A Lei no 13.467/2017 alterou diversos artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas, além de alterar outras Leis presentes no nosso ordenamento jurídico.

Com relação ao grupo econômico, o Legislador definiu quando se constitui o grupo, deixando claro que a mera identidade de sócios não é suficiente para declarar a existência de grupo econômico.

O artigo modificado simplesmente repetiu o entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho no tocante a existência de grupo econômico.

Em que pese a existência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no 488 em que se discute a inclusão de empresas e pessoas físicas na fase de execução, sob a alegação que trata-se de grupo econômico, é notório destacar que referida ADPF foi proposta em Outubro de 2017, ou seja, após a publicação da Lei no 13.467/2017 e antes da entrada em vigor da referida lei.

Nos resta aguardar o resultado dessa ADPF para saber qual será o entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no tocante a matéria, levando em consideração a Lei no 13.467/2017 e a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à Reforma Trabalhista*. Rio de Janeiro: Método, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr Editora, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista: Análise crítica da Lei 13.467/2017*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MAGALHÃES. Joalvo. *Reforma trabalhista e grupo econômico*. <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/reforma-trabalhista-e-grupo-economico-28122017>>. Acesso em 02/05/2018.

MOREIRA, Cibele Rezende. *Grupos Econômicos: especificidades nas relações de emprego*. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,grupos-economicos-especificidades-nas-relacoes-de-emprego,589118.html>>. Acesso em 03/05/2018.

RODRIGUES. Carlos Alberto Oliveira. *Reforma trabalhista e grupo econômico*. < <https://jus.com.br/artigos/63035/reforma-trabalhista-e-grupo-economico>>. Acesso em 02/05/2018.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2017.

A MITIGAÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.467/17 – INCONSTITUCIONALIDADES E “INCON- VENCIONALIDADES”



MARCO AURÉLIO F. GALDURÓZ FILHO

Advogado. Proprietário do Escritório Galduróz Advocacia – Sorocaba/SP. Membro da Comissão do Exercício da Advocacia Trabalhista da OAB de Sorocaba/SP – 24ª Subseção, 2013/2015. Membro da Comissão de Relacionamento Institucional OAB/SP e TRT 15ª Região a partir de 2016. Especialista em Direito Material do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio. Professor em diversos Cursos de Graduação e Pós-Graduação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	89
I. DA ATUAL LEGISLAÇÃO – CLT -----	90
II. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA -----	90
III. INCONVENCIONALIDADE DE LIMITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA -----	92
III. DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS -----	93
CONCLUSÃO -----	95

PALAVRAS-CHAVE:

*NÃO RETROCESSO SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE. INCONVENCIONALIDADE.
BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. LEI Nº 13.467/17. ARTIGO 790-B E 791-A, CLT.*

INTRODUÇÃO

Indubitável o momento de difícil compreensão de alteração da legislação laboral, porquanto houve significativa alteração tanto no direito material quanto processual.

Urge salientar que a reforma se deu às pressas, não se observando o melhor critério técnico na elaboração das alterações na legislação.

Em decorrência da falta de diálogo com as entidades sociais e dos verdadeiros atores das relações juslaborais (advogados, membros do Ministério Público do Trabalho e magistrados), é cristalina a inadequação constitucional e convencional de vários artigos da citada reforma trabalhista.

O artigo detém como objetivo a demonstração dos fundamentos necessários para se sustentar o pedido de inconstitucionalidade pelo controle difuso, desde o primeiro grau de jurisdição no tocante à mitigação da concessão do benefício da justiça gratuita, com eventuais condenações em honorários periciais e advocatícios sucumbenciais.

A explanação busca o aprofundamento da normatização constitucional à luz das convenções internacionais das quais o nosso país é signatário, especialmente em consonância com o princípio do não retrocesso social e do acesso integral à justiça, como meio de manutenção do equilíbrio econômico e social.

Nesse sentido, objetivamente, buscar-se-á a demonstração de inconstitucionalidade e inconveniência, especialmente dos artigos 790-B e seu parágrafo 4º, 791-A e seu parágrafo 4º, ambos da CLT.

I. DA ATUAL LEGISLAÇÃO - CLT

Inicialmente, transcrevem-se os artigos 790-B, *caput* e seu parágrafo 4º, 791-A e seu parágrafo 4º, ambos 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.”

- (...)

- § 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.”

- 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.

- (...)

- § 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.”

II. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA:

Não se esconde que a reforma na legislação laboral deteve nítido viés de benefício ao poder econômico.

Em uma rápida leitura, constata-se que a maioria esmagadora das alterações traz benefícios para apenas um dos lados da relação laboral, especificamente o empregador.

Inafastável que o outro objetivo central da reforma foi a redução das demandas trabalhistas a

qualquer custo, não se preocupando com os requisitos formais e materiais na elaboração da nova legislação.

Tal situação, de imediato, ao reduzir garantias e onerar indevidamente o beneficiário da justiça gratuita, viola a vedação do retrocesso social e a progressividade dos direitos humanos.

O citado conceito é trazido na doutrina moderna pelo constitucionalista português José Jo-

aquim Gomes Canotilho.¹

Desta feita, a vedação ao retrocesso social é a necessidade da manutenção de direitos já consagrados e básicos, com vistas à evolução social e a constante busca pelo bem comum, objetivo máximo do Estado Democrático de Direito.

Outro ponto de destaque é o de que a nossa Constituição de 1988 é dirigente/compromissária.

As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma constituição total.²

Valoriza-se no citado tipo constitucional os princípios básicos de equilíbrio econômico e financeiro, em especial os princípios fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração.

A necessidade de pagamento de honorários de sucumbência, assim como de honorários periciais por aqueles beneficiários da justiça gratuita, afronta diretamente tal princípio, porquanto limitará o acesso das pessoas de menor poder aquisitivo ao judiciário.

Deve-se mencionar, outrossim, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, princípio fundamental, previsto especificamente no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

O citado preceito possui o caráter de não afastar nenhuma lesão ou ameaça de direito do poder judiciário, porquanto todos detêm direito a uma decisão do citado órgão.

Tal preceito está coligado diretamente com o disposto no inciso LXXIV, do mesmo artigo 5º, da Constituição Federal, onde se garante a prestação jurisdicional àqueles que tenham insuficiência de recursos. Transcreve-se:

“LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

A normatização constitucional é conhecida como de segunda geração no direito constitucional com objetivo claro, especificamente a busca pela igualdade e equiparação de forças entre aqueles que possuam poderio econômico desequilibrado.

Assim, a cobrança de honorários sucumbenciais e periciais àqueles hipossuficientes gera um conflito na legislação e a não adequação aos preceitos constitucionais.

Aliás, inexistente qualquer previsão semelhante no ordenamento jurídico pátrio.

Os dispositivos constitucionais em testilha não trazem nenhum tipo de limitação, porquanto são normas de eficácia plena, não podendo ser mitigado pela legislação infraconstitucional.

Portanto, notório que os artigos em testilha trazidos pela Lei nº 13.467/17 estão em conflito com a Constituição Federal, especialmente os incisos XXXV e LXXIV, pois afastarão várias lesões de direito do Poder judiciário, visto que gerarão a não percepção de verba de caráter alimentar pelo obreiro, em face

¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111.

² NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2009, 3ª ed, p. 113

do desconto do seu crédito conquistado no curso da ação trabalhista.

E não é só. Fazendo-se uma leitura mais abrangente, há conflito, também, com as normas

diretivas de nossa Constituição Federal, especialmente os artigos 1º, incisos III e IV; 3º, incisos I e III, 5º, *caput* e parágrafo 2º, e 7º a 9º.

III. “INCONVENCIONALIDADE” DE LIMITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Há que se afirmar, ainda, que a previsão do *caput* e parágrafo 4º, do artigo 790-B, assim como o parágrafo 4º, do artigo 791-A, não são apenas inconstitucionais, mas também ao passar pelo crivo das Convenções Internacionais, das quais a República Federativa do Brasil é signatária, encontram sérios conflitos.

O Brasil é signatário de inúmeras convenções internacionais com compromissos acerca do acesso ao poder judiciário.

O controle de convencionalidade de tratados internacionais assinados pelo Brasil, especialmente os de direitos humanos, é tarefa de todo o Estado Brasileiro, e não apenas do Judiciário, segundo palavras de Eduardo Ferrer, vice-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.³

Afirma-se que o controle de convencionalidade é a forma de garantir a aplicação interna das convenções internacionais das quais os países são signatários, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 1969 e ratificada pelo Brasil em 1992. Em 2008, o STF entendeu que os tratados inter-

nacionais sobre matéria de direitos humanos assinados pelo Brasil têm natureza supralegal – em 2004, a Emenda Constitucional 45 havia estabelecido que esses tipos de tratados teriam valor de emenda à Constituição, caso aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional - (Art. 5º, §3º).

Portanto, não se afasta que os pactos internacionais têm valoração privilegiada em nosso ordenamento jurídico.

Igualmente inescusável que há a necessidade de sua aplicação aos processos laborais, diante do previsto no artigo 8º, da CLT.

Adentrando-se à demonstração de incompatibilidade da reforma laboral com as citadas convenções cita-se, inicialmente, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Tal ordenamento foi ratificado pelo Decreto nº 591/1992, no Brasil.

Registra-se que o citado pacto trouxe norteamento acerca da melhoria contínua das condições de vida.

3 <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82548-control-de-convencionalidade-deve-ser-do-estado-diz-vice-da-corte-idh>

Nesse sentido, mencionam-se os artigos 2º e 11:

- **ARTIGO 2º**

- 1. *Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.*

- 2. *Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, **situação econômica**, nascimento ou qualquer outra situação.*

- **ARTIGO 11**

- 1. *Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.*

Destaca-se nos preceitos a expressão progressividade social, assim como a garantia de direitos, independentemente da situação econômica.

O Decreto nº 678/1992, que instituiu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em nosso país, traz outros elementos valorosos acerca da inconveniência da limitação do acesso à justiça.

Nesse sentido:

IV. DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir **progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas** econômicas,

sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Novamente, o destaque vai para o não retrocesso social.

Igualmente, a citada conven-

ção garantiu o acesso de todos ao poder judiciário, conforme o artigo 8º, item I. Nesse sentido:

- *“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (destaques não originais).*

Reitera-se que a norma em testilha foi recebida com caráter supralegal, constatando-se a importância na pirâmide normativa de nosso ordenamento jurídico.

Por fim, o protocolo Adicional-Pacto de San Salvador de 17/11/1998, aditivo à citada Con-

venção Americana de Direitos Humanos trouxe previsão especial nas relações de trabalho, norteando o direcionamento da legislação dos países signatários.

Assim:

- *Artigo 1º: Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.*

CONCLUSÃO

Demonstrou-se que a mitigação do acesso à justiça gratuita, trazida pela Lei nº 13.467/17, não detém precedentes no ordenamento jurídico pátrio.

Afirma-se que tal mitigação é inconstitucional e não está de acordo com as Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário.

Não se pode perder de vista que a justiça gratuita visa, como objetivo fundamental, à manutenção do equilíbrio econômico e social, porquanto a utilização do poder judiciário por todos é um dos preceitos básicos da democracia e do Estado Democrático de Direito.

Assim, como princípio fundamental que é, a justiça gratuita não pode ser mitigada, visto que é benefício integral da parte que pleiteia e possui os requisitos necessários para a sua concessão.

Portanto, notória a inconstitucionalidade e inconveniência do caput e parágrafo 4º, do artigo 790-B, assim como o parágrafo 4º, do artigo 791-A, valorizando-se o preceito da progressividade social, concedendo-se o benefício da justiça gratuita àqueles que perfaçam os requisitos, sem qualquer tipo de limitação.

A REFORMA TRABALHISTA E A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE



MARIE ROSE HANNA NEJM

Advogada militante em São Paulo. Sócia do Escritório BASSIL HANNA NEJM ADVOGADOS. Especialista em Direito Processual Civil. Associada da AATSP – Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo.

SUMÁRIO

A REFORMA TRABALHISTA E A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE -----	97
CONCLUSÃO -----	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	101

PALAVRAS-CHAVE:

REFORMA TRABALHISTA. SÓCIO RETIRANTE

A Reforma na Consolidação das Leis Trabalhistas, já em vigor, recebeu as mais variadas modificações. No presente artigo abordaremos as inovações relacionadas ao sócio retirante da sociedade, suas responsabilidades junto à empresa, apontando as semelhanças com o código civil, e traçando um paralelo com as decisões anteriores à reforma, sobre o tema.

Até a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, a única previsão legal na esfera trabalhista quanto à modificação na sociedade, estava inserida no Artigo 10 da CLT, a qual permanece inalterada e preceitua que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos dos empregados.

Com isso, verificamos que pelo Princípio da Proteção ao Trabalhador, a Consolidação das Leis Trabalhistas busca garantir os direitos dos empregados, via de regra, hipossuficientes, mesmo que a sociedade empresária sofra qualquer tipo de mudança no quadro societário.

Contudo, até então, a legislação trabalhista se mantinha omissa em relação ao tempo e forma de responsabilização dos *sócios retirantes* da sociedade.

Antes da reforma trabalhista, num primeiro momento, os tribunais atribuíam aos sócios retirantes da sociedade a responsabilidade de forma solidária pelas relações trabalhistas advindas das contratações que tenham ocorrido enquanto o sócio participava da sociedade, com base no

Princípio da Proteção aos Trabalhadores, implícito em nosso ordenamento jurídico, princípio este que norteia o Direito do Trabalho, em razão da, até então, ausência de dispositivo legal específico sobre o tema.

Nesse sentido, as decisões judiciais, mantinham a conformidade de responsabilizar igualmente o sócio atual e o sócio retirante, com relação aos empregados que foram contratados antes de sua retirada, de forma solidária e por tempo indeterminado, com a justificativa de que o sócio retirante se beneficiou do trabalho do reclamante, sem ser levado em consideração o tempo que o ex-sócio já havia saído da sociedade.

Nesta esteira, conceituamos que, não localizando nenhum bem de propriedade ou ativos da empresa demandada, era cabível a desconsideração da personalidade jurídica sendo incluídos os sócios e ex-sócios na execução, sem nenhuma ordem de preferência entre sócios e ex-sócios, e sem qualquer análise temporal com relação a retirada do ex-sócio do contrato social da empresa.

Já a jurisprudência mais recente, mesmo antes da entrada em vigor da reforma trabalhista, começou a considerar ao menos o prazo de 02 anos da retirada do sócio para responsabilizá-lo dos encargos trabalhistas da empresa, porém, majoritariamente, manteve-se a responsabilidade solidária entre o ex-sócio e os demais sócios atuais.

A Reforma Trabalhista, neste aspecto, surgiu trazendo prazo e forma de responsabilização do sócio retirante, a fim de não permitir que o ex-sócio se torne “refém” das ações trabalhistas por tempo indeterminado e de forma solidária à empresa, e aos sócios atuais da sociedade, no que diz respeito aos funcionários que laboraram à época em que figurava como sócio, conferindo, assim, maior segurança jurídica às relações empresariais.

Em contrapartida, se podemos dizer que por um lado as alterações legislativas trazem mais segurança jurídica para as relações empresariais, é igualmente verdade que, por outro lado, reduz a possibilidade de satisfação dos débitos trabalhistas, mitigando as possibilidades de constrição de bens dos sócios retirantes.

Esse fenômeno é natural quando experimentamos uma alteração legislativa, pois, sendo o direito uma relação em que necessariamente existirá pelo menos dois polos envolvidos, visualizando-se ganhos de um lado, muito provavelmente refletirá perdas para o lado oposto.

O artigo 1.029 do Código Civil preceitua que qualquer sócio pode retirar-se da sociedade. E explica que, nos casos de contrato por prazo indeterminado a retirada do sócio deve ocorrer mediante notificação aos demais sócios com 60 (sessenta) dias de antecedência, ou da forma como dispuser o contrato social. No entanto, sendo o contrato por

prazo determinado, é necessária a comprovação de justa causa de forma judicial.

Portanto, o sócio retirante é aquele que se retira da sociedade mediante notificação prévia aos demais sócios ou por justa causa através de comprovação judicial, devendo ocorrer modificação no contrato social da empresa.

O Artigo 10-A, inserido na Consolidação das Leis Trabalhistas pela Reforma Trabalhista regulamentou e incluiu a responsabilidade do sócio retirante pelas ações trabalhistas, referente ao período em que era sócio na empresa, pelo prazo de 02 (dois) anos, a contar da averbação da modificação do contrato, de forma subsidiária, tendo a seguinte ordem de preferência:

- a) empresa atual;
- b) sócios atuais;
- c) sócios retirantes.

A Reforma Trabalhista, inseriu na Consolidação das Leis Trabalhistas, o Artigo 10-A, com o intuito de estipular prazo e regras quanto ao sócio retirante, senão vejamos:

• *“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:(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

• *1 - a empresa devedora;(Incluído pela Lei nº 13.467,*

de 2017)

- *II - os sócios atuais; e (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

- *III - os sócios retirantes. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

- *Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)."*

Desta maneira, com a lei já em vigor, ficou estabelecida a responsabilidade dos sócios retirantes de forma *subsidiária*, pelas obrigações trabalhistas relativas ao período em que figurou como sócio, pelo prazo de 02 anos, que se *inicia com a averbação da modificação do contrato*.

O contratempo está nos casos em que o sócio se retira da sociedade ou é excluído da sociedade, e deixa de averbar a modificação do contrato, questão esta que não foi inserida na Consolidação das Leis do Trabalho, e utilizaremos, por analogia, o artigo 1.032, do Código Civil, na tentativa de sanar a presente omissão.

Assim, conforme o nosso entendimento, e com base no Código Civil, o sócio retirante ou excluído da sociedade, quando não averbada a modificação do contrato, fica responsável pelas obrigações contraídas pela sociedade até mesmo após o seu afastamento, até que seja realizada, efetivamente, a averbação.

E com base no mesmo artigo do Código Civil, concluímos que o espólio, também, fica responsabilizado pelas obrigações contraídas após o falecimento dos sócios, a estes ficando responsáveis pelo mesmo período de até 02 anos, após a averbação da resolução da sociedade.

- *"Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação."*

A aplicação do Código Civil frente as omissões da Reforma Trabalhista, encontra amparo na Teoria do Diálogo das Fontes, que surge para sustentar a tese de que as normas não se excluem, mas se complementam, de que o direito deve ser interpretado como um todo, podendo ter aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo, sobre o mesmo caso.

Não há necessidade de exclusão de uma fonte para aplicação da outra. No caso, o Código Civil apresenta dispositivos que são omissos na Consolidação das Leis Trabalhistas.

Neste sentido, entendemos que é possível a aplicação do Artigo 1032, do Código Civil, com relação às omissões da Consolidação das Leis Trabalhistas, no que tange ao sócio excluído e aos herdeiros do sócio falecido.

A reforma trabalhista trouxe

também a aplicação da descon- sideração da personalidade jurí- dica expressa no Artigo 855-A da Consolidação das Leis Trabalhis- tas, regulamentando a matéria da mesma forma como consta no Código de Processo Civil. Assim, a desconconsideração da personali- dade jurídica não pode ser feita de ofício, sempre será a pedido da parte ou do Ministério Público, se instaurado o incidente da des- consideração, o sócio ou pessoa jurídica será citada para apre- sentar manifestação no prazo de 15 (quinze) dias

• *Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconconsideração da persona- lidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

• *§ 1º Da decisão interlo- cutória que acolher ou rejeitar o incidente: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

• *I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação; (Incluído pela Lei*

nº 13.467, de 2017)

• *II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independen- temente de garantia do juízo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

• *III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em inci- dente instaurado originariamente no tribunal. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

• *§ 2º A instauração do inci- dente 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 Ci- vil) (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

Por fim, devemos observar com bastante atenção a previsão expressa do Parágrafo Único do Artigo 10-A, da CLT, a qual consta que, caso fique comprovada a fraude na alteração societária, o sócio retirante responderá de forma solidária junto com os demais sócios pelos encargos trabalhis- tas.

CONCLUSÃO

Concluimos que o sócio retirante responderá de forma subsidiária, pelas ações trabalhistas contraídas no período em que configurava como sócio, pelo período de apenas 02 (dois) anos, após a averbação da modificação da sociedade. Caso não averbada a modificação da sociedade, o ex-sócio permanece responsável pelas reclamações trabalhistas. Por analogia ao disposto no Código Civil, a responsabilidade do sócio excluído e, dos herdeiros do sócio falecido, se dão pelo mesmo prazo de dois anos após a averbação da modificação da sociedade, porém, caso não ocorra a averbação a responsabilidade permanece. Por fim, em caso de fraude comprovada, o sócio retirante responde de forma solidária com os demais sócios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson; MIZIARA, Raphael; LENZA, Breno. CLT Comparada com a Reforma Trabalhista. 1ª edição. Editora: JusPODIVM, 2017;

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista. Análise da Lei 13.467/2017 – Artigo por Artigo. Editora: Revista dos Tribunais, 2017;

PRETTI, Gleibe. Comentários à Lei sobre a Reforma Trabalhista. O que mudou na CLT e nas relações de trabalho. Editora: LTr, 2017;

NAHAS, Thereza; PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael. CLT Comparada Urgente. Editora: Revista dos Tribunais, 2017;

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. De acordo com o novo CPC. 12ª edição. Editora: LTr, 2017;

MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. Atualizado de acordo com o novo CPC. 39ª edição. Editora: Saraiva, 2017;

CARRION, Valentim. Comentário à Consolidação das leis do Trabalho. 30º ed. São Paulo; Saraiva, 2005

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E A LEI 13.467/2017

RENATA DO VAL

Advogada. Professora. Autora de Obras Jurídicas pela editora LTr. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Direito Público. Membro efetivo da Comissão de Direito Material do Trabalho da OABSP 2016/2018. Membro efetivo da Comissão de Direito Especial à Adoção da OABSP 2016/2018.

SUMÁRIO

RESUMO-----	103
PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E A LEI 13.467/2017 ---	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	109

PALAVRAS-CHAVE:

DIREITO DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXECUÇÃO TRABALHISTA. REFORMA TRABALHISTA.

RESUMO

Discussão sobre a prescrição intercorrente introduzida pela lei conhecida como “reforma trabalhista”, com a visão da jurisprudência atual sobre o tema.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E A LEI 13.467/2017

A prescrição nada mais é do que a inércia do titular de um direito em pleiteá-lo no prazo legal, logo para alguns juristas a prescrição vem a ser a perda do direito de ação.

A base para a existência da figura da prescrição vem a ser a segurança jurídica, já que a parte não poderá ficar aguardando eternamente a prática de ato ou ingresso de ação.

Já a prescrição intercorrente ocorre com a inércia após proposta a ação, com a inércia do autor ou exequente na prática de ato processual que seja de sua competência realizar.

Na esfera trabalhista a prescrição intercorrente gerou muita controvérsia no início, muitos defendiam que não deveria ser aplicada nesta área e outros defendiam sua aplicação na fase de execução.

Aqueles que defendiam sua aplicação tinham por base a necessidade de segurança jurídica do devedor que poderia ficar anos com execuções ou processos parados por culpa do autor que não dava o devido andamento e em qualquer tempo, quando o autor praticasse o ato, mesmo que muitos anos depois

poderiam o mesmo ter validade e ter seus bens conscritos.

Já a corrente que defendia sua inaplicabilidade ao processo do trabalho o fazia devido aos princípios que norteiam a execução trabalhista como a primazia do credor, antigamente o impulso oficial na fase de execução, e a natureza do crédito – alimentar.

O fato é que durante anos tal questão foi discutida nos tribunais trabalhistas de todo o Brasil e encontrávamos decisões das mais diversas, mas em sua maioria pela inaplicabilidade da prescrição intercorrente nesta área do direito.

Nesse sentido temos como decisões da época no âmbito do TST:

• “ **AÇÃO RESCISÓRIA. EXECUÇÃO - IMPULSO OFICIAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.** *O interesse de provocar a execução não é apenas do vencedor, mas também do vencido, para evitar o acréscimo dos acessórios e até o juízo, para que sua sentença não resulte inócua. Não é por outra razão que a CLT concede a iniciativa da execução não somente às partes, como também ao juiz e até mesmo ao Ministério Públi-*

co (art. 878, seu parágrafo único, da CLT). Recurso ordinário a que se dá provimento. (ED-RO-AR - 295480-81.1996.5.10.5555 , Relator Ministro: Thaumaturgo Cortizo, Data de Julgamento: 28/06/1999, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 03/09/1999)

- “PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Esta Justiça Especializada já pacificou o seu entendimento no sentido de que inaplicável a prescrição intercorrente no âmbito das execuções trabalhistas, pois a fase de execução constitui um mero incidente de natureza declaratória da fase cognitiva. A exceção ocorre somente quando o ato não pode ser impulsionado pelo Juiz, como no caso de apresentação de artigos de liquidação. Revista conhecida e provida.” (ED-RR - 645538-35.2000.5.15.5555 , Relator Ministro: José Luciano de Castilho Pereira, Data de Julgamento: 14/02/2001, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 23/03/2001)

O TST firmou a Súmula 114 pela inaplicabilidade da prescrição intercorrente nos processos trabalhistas.

- “Súmula nº 114 do TST - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.”

Contudo, o STF firmou Súmula em sentido diverso: “Súmula 327. O Direito Trabalhista admite a prescrição intercorrente.”

Também encontramos julgados no STF no mesmo sentido:

- “(...) conforme consignado na decisão agravada, a análise de questão atinente à aplicabilidade do instituto da prescrição intercorrente no âmbito trabalhista demanda o exame da legislação infraconstitucional. Incabível, portanto, o extraordinário.” (AI 841655 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgamento em 31.5.2011, DJe de 15.6.2011)

- “Segundo reiterado entendimento desta Corte, não cabe recurso extraordinário para se rediscutir questões processuais relativas a pressupostos de cabimento de recurso trabalhista, sob o argumento de violação ao texto constitucional, o que também impede a apreciação da matéria objeto da Súmula STF 327.” (RE 595770 ED, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 24.3.2009, DJe de 17.4.2009)

Assim, tínhamos antes da redação da lei conhecida como “reforma trabalhista” o TST entendendo pela inaplicabilidade da prescrição intercorrente na esfera trabalhista e o STF entendendo pela aplicabilidade.

Embora tivéssemos dois tribunais com súmulas em sentido opostos, ambas não possuíam caráter vinculante e os tribunais regionais do país e juízes de primeira instância cada qual entendia a questão conforme sua convicção, mas majoritariamente entendendo pela inaplicabilidade do instituto nos processos traba-

lhistas.

Importa anotar que para aqueles que entendiam pela aplicação da prescrição intercorrente na área trabalhista o faziam na sua grande maioria apenas para atos processuais que dependessem exclusivamente do reclamante exequente, como a apresentação dos cálculos de liquidação, muito embora penso que este ato seja comum as partes.

• *“PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. Impõe-se o reconhecimento da prescrição intercorrente quando, decorrido o lapso temporal previsto na Súmula nº 150 do STF, os trâmites da execução permanecerem paralisados por inércia do credor. Agravo a que nego provimento, no particular. (TRT 18ª Região – 2ª Turma – AP 0080800-70.2006.5.18.0004 RELATOR: DANIEL VIANA JÚNIOR)*

Com a Lei 13.467/17 o legislador introduziu na CLT a aplicação da prescrição intercorrente no artigo 11-A.

• *“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.”*

Logo, hoje temos por força legal a aplicação da prescrição

intercorrente aos processos trabalhistas, sendo que a legislação passou a prever o momento inicial de contagem do lapso temporal prescricional no §1º.

Quando da publicação da obra “Reforma Trabalhista Comentada Artigo por Artigo de acordo com Princípios, Constituição Federal, Tratados Internacionais e a MP n. 808/2017”, tive a oportunidade de escrever a respeito do instituto e firmar posição:

• *“Com a inclusão do art. 11-A na CLT passa a ser aplicada a prescrição intercorrente no processo do trabalho.*

• *Muitos discutem que esse fato importa em prejuízo ao trabalhador. Pensamos que sim, embora à primeira vista possa parecer inofensivo o instituto.”*

Assim, é possível se concluir que houve prejuízo na aplicação da prescrição intercorrente no âmbito trabalhista aos trabalhadores, já que estes são em sua maioria os exequentes, e a reforma trabalhista retirou o impulso oficial na fase de execução, salvo para aqueles que atuam com o jus postulandi.

Mas o fato da sua aplicação não é das piores considerando a nova lei como um todo, posto que também seja possível se concluir que, estando a parte representada por advogado, este último deve por dever legal dar andamento aos feitos, sob pena não somente da aplicação da prescrição intercorrente, mas também até mesmo por quebra contratual.

A grande controvérsia atual vem a ser o momento da aplicação da nova lei. Ela pode ser aplicada às execuções de processos em curso quanto a prescrição intercorrente? Pode ser aplicada de forma retroativa?

No início de vigência da nova lei já defendia a inaplicabilidade do instituto de forma retroativa, logo não pode se pensar em aplicar a prescrição intercorrente, por exemplo, aos processos que se encontravam no arquivo judicial por falta de andamento, contado seu prazo de 2 anos de forma retroativa.

Atualmente a jurisprudência vem se manifestando, e podemos perceber três correntes. Uma no sentido da aplicação da nova lei para os processos em curso, mas com despachos de andamento a contar da vigência na nova lei em 11/11/2017 para frente. Nesse sentido:

- *“PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PROCESSO DO TRABALHO. APLICABILIDADE. ARTIGO 11-A DA CLT. DIREITO INTERTEMPORAL. INÍCIO DA FLUÊNCIA DO PRAZO BIENAL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017 E APÓS INTIMAÇÃO DO JUÍZO. Considerando que a Lei nº 13.467/2017 entrou em vigor em 11/11/2017, apenas a partir desta data é que pode ter início a fluência do prazo bienal da prescrição intercorrente, sem impulso oficial da execução, desde que o exequente seja previamente intimado e deixar “de cumprir determinação judicial no curso da execução”. (17ª TUR-*

MA PROCESSO Nº 0161100-92.1999.5.02.0009 AGRAVO DE PETIÇÃO. ORIGEM: 09ª VT de São Paulo - MARIA DE LOURDES ANTONIO Relatora”

Importa anotar que o §1º da lei 13.467/17 é cristalino no sentido de que a prescrição intercorrente somente tem a contagem iniciada após o exequente deixar de cumprir determinação judicial no curso da execução.

Assim, se faz necessário que haja de fato determinação judicial realizada após 11/11/2017 e que o exequente não cumpra o determinado, e somente assim pode-se considerar iniciada a contagem da prescrição intercorrente.

Temos também entendimentos jurisprudenciais no sentido da total inaplicabilidade do novo instituto a processos distribuídos antes da nova lei. Nesse sentido:

- *“EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Não incidente a prescrição intercorrente na execução trabalhista por aplicação da Súmula Nº 114 do TST e Orientação Jurisprudencial Nº 11 da Seção Especializada em Execução - SEEx. (TRT-4 - AP: 01372007719955040102, Data de Julgamento: 09/03/2018, Seção Especializada em Execução)*

Há terceira corrente de julgados com entendimentos contrários, no sentido de que a nova lei possa ser aplicada de forma retroativa, pensamento que com a devida vênia não posso concordar ante a premissa da segurança jurídica, direito adquirido, mas é importante citar.

• “Nesse passo, eis que decorridos mais de 04 (quatro anos) de inércia, indefiro os pedidos do autor e reconheço, de ofício, a ocorrência de prescrição intercorrente, com fulcro no artigo 884, § 1º da CLT (que faculta ao embargante alegar a prescrição da dívida na fase de execução, entendendo-se como cabível apenas a alegação de prescrição intercorrente, pois a prescrição de mérito restaria superada pela coisa julgada), no artigo 40, § 4º, da Lei 6.830/1980 (aplicável subsidiariamente por força do art. 889 da CLT, e que permite o reconhecimento ex officio de prescrição intercorrente), nos artigos 332, § 1º, e 487 do CPC (que preveem a possibilidade de reconhecimento da prescrição de ofício, inclusive em sede liminar e independente de citação da parte contrária) e nas Súmulas 150 (que afirma ser o prazo da prescrição intercorrente igual ao da prescrição de mérito) e 327 do STF (que afirma o cabimento da prescrição intercorrente na seara laboral).

• Afasta-se, in casu, a aplicabilidade da Súmula 114 do TST, eis que superada pela Reforma Trabalhista, com a inclusão do artigo 11-A na CLT, que expressamente incluiu a hipótese de reconhecimento da prescrição intercorrente na esfera trabalhista.

• Pelo exposto e considerando que é inescusável o abandono da causa por anos a fio, tendo em vista que o interesse na satisfação do crédito é do próprio exequente, **declaro extinta**

a execução, nos termos do artigo 487, II, do Código de Processo Civil, ora aplicado subsidiariamente.

• Intimem-se as partes e, após decorrido o prazo sem a interposição de recurso, dê-se a baixa e archive-se definitivamente.

• Int. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

• 78ª Vara do Trabalho de São Paulo ||| RTOOrd 0141300-50.2008.5.02.0078”

Logo, como podemos perceber a discussão judicial atual quanto ao tema prescrição intercorrente decorre principalmente da discussão do direito intertemporal.

Outra questão que envolve discussão atual sobre o tema vem a ser a seguinte indagação: É possível sua aplicação em execuções frustradas por falta de bens?

A este respeito tive a oportunidade de me posicionar na obra “Reforma Trabalhista Comentada Artigo por Artigo de acordo com Princípios, Constituição Federal, Tratados Internacionais e a MP n. 808/2017 – Ltr 2ª Edição”:

• “O § 1º determina que apenas se iniciará a contagem da prescrição intercorrente se o Juiz do Trabalho determinar que a parte dê andamento no processo e a mesma fique inerte. Pensamos que no caso de a parte realmente ficar silente deva ser iniciado este prazo, a contar do final do prazo fixado pelo juízo ou pela lei para realização do ato.

• Contudo, pensamos que caso seja determinado que a parte dê andamento na execução e a mesma peticione que todos os meios de busca foram diligenciados (na hipótese de realmente terem ocorrido todas as buscas possíveis) não poderia o trabalhador ser penalizado, já que não deu causa à ausência de andamento no feito, pelo contrário peticionou no sentido de que não mais restam meios, pelo menos naquele momento, para obter êxito na execução.

• No mais, o devedor não poderia se aproveitar de sua própria torpeza, já que sabemos que inúmeras execuções frustradas na Justiça do Trabalho ocorrem por desvio de bens e devedores conscientes de tais desvios que muitas das vezes é impossível de se provar.

• Embora seja este nosso entendimento, ou seja, inaplicabilidade da prescrição intercorrente ante ausência de bens do executado, ante os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção aos direitos sociais, e outros. Há quem defenda que mesmo nesta hipótese poderá haver a aplicação da prescrição intercorrente nos moldes da Lei de Execução Fiscal que deve ser aplicada nesta visão de forma subsidiária ao processo do trabalho.”

Como visto este é outro tema controverso atualmente, posto que há correntes defendendo a aplicação da prescrição intercorrente nas hipóteses de ausência de bens dos executados, e há

corrente que afasta a aplicação.

No sentido de afastar a aplicação já tínhamos o seguinte entendimento na jurisprudência antes da nova lei:

• “PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXECUÇÃO. A ausência de atos executórios derivada de falta de bens do executado ou de seu desaparecimento não pode ensejar a declaração da prescrição intercorrente, porque a inércia processual não pode ser imputada ao exequente. Agravo de petição da exequente a que se dá provimento.” (TRT-2 - AP: 01892002619975020042 SP 01892002619975020042 A20, Relator: RILMA APARECIDA HEMETÉRIO, Data de Julgamento: 29/10/2015, 17ª TURMA, Data de Publicação: 06/11/2015)

Contudo, qualquer que seja o posicionamento do advogado no caso concreto é importante que por cautela que este peticione defendendo sua visão e pleiteando posicionamento judicial a respeito, sob pena de ficando inerte ao ser provocado entender-se iniciada a contagem do prazo da prescrição intercorrente.

Isso porque na hipótese do juízo despachar para que o exequente indique meios de prosseguimento à execução, e já não mais existindo buscas a serem realizadas é importante que o advogado coloque esta questão ao crivo do juiz, posto que na hipótese de ficar silente o juízo pode entender que houve no caso desinteresse no credor e não ausência de bens simplesmente.

Por fim, a nova legislação

também foi expressa no sentido de que o juízo pode aplicar a prescrição intercorrente de ofício e atualmente já temos muitas decisões judiciais sobre o tema sendo proferidas de ofício.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALCANTE, Rodrigo Arantes; VAL, Renata Do. *Reforma Trabalhista comentada artigo por artigo, de acordo com Princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais*. São Paulo: LTr, 2017.

Jurisprudência TRT 2ª Região. Disponível em <http://www.trtsp.jus.br/> Acesso em: março 2018.

Jurisprudência TRT 4ª Região. Disponível em <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4> Acesso em: março 2018.

Jurisprudência TRT 18ª Região. Disponível em <http://www.trt18.jus.br/portal/> Acesso em: março 2018.

Lei Reforma Trabalhista 13.467/17 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13467.htm Acesso em: março 2018.

Súmulas e julgados do TST. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: março 2018.

Súmulas e julgados STF. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/> Acesso em: março 2018.

A TEORIA DINÂMICA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DE PROVA



RICARDO SOUZA CALCINI

Professor de Pós-Graduação e de Cursos Jurídicos. Instrutor de Treinamentos “In Company”. Palestrante em Eventos Corporativos. Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela EPM do TJ/SP. Especialista em Direito Social pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Assessor de Desembargador e Professor da Escola Judicial no TRT/SP da 2ª Região. Membro do IBDSJC, da ABDPC, do CEAPRO, da ABDPro, da ABDConst, do IDA e do IBDD.

SUMÁRIO

RESUMO-----	111
INTRODUÇÃO -----	111
I. ÔNUS DA PROVA ESTÁTICA E O NOVO CPC DE 2015-	113
II. TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO -----	114
III. PROVA NEGATIVA (“DIABÓLICA”) -----	119
IV. REFORMA TRABALHISTA E A JURISPRUDÊNCIA DO TST -----	120
CONCLUSÃO -----	125
CONCLUSÃO -----	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	127

PALAVRAS-CHAVE:

ÔNUS DA PROVA. TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO. ACESSO À JUSTIÇA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NOVO CPC DE 2015. REFORMA TRABALHISTA.

RESUMO

O presente artigo trata do estudo da própria teoria geral da prova. Faz importantes considerações sobre ônus da prova, em especial sobre a regra geral de distribuição do ônus da prova e sua inversão. Discorre acerca do liame existente entre os poderes instrutórios do juiz e o momento da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova. Analisa a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, partindo-se de sua origem e definição. Aborda o direito fundamental do acesso à justiça. Faz referência à recepção da teoria da carga dinâmica pelo ordenamento jurídico brasileiro. Conclui com a abordagem da Reforma Trabalhista no tocante à carga dinâmica do ônus probatório.

1 CPC, Artigo 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

2 CRFB, Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

3 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 44. ed. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 456.

4 CPC, Artigo 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

5 CPC, Artigo 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

INTRODUÇÃO

Do ponto de vista etimológico do termo, “ônus” significa obrigação, dever, encargo de alguém ou de uma das partes. Assim, ônus da prova significa o dever da parte de fazer prova de suas alegações.

A prova consiste em todo meio idôneo e moralmente legítimo de comprovar e demonstrar a existência de um fato.¹ Assim, inexiste rol taxativo dos meios de prova, a qual visa formar o convencimento do Magistrado, afetando sua forma de julgar. Possui íntimo liame com as garantias constitucionais do acesso à Justiça, do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, XXXV, LIV e LV, CF).²

A doutrina pátria define a prova em dois aspectos, sendo o primeiro de cunho objetivo, e o segundo de caráter subjetivo.

Sobre tal distinção, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: (a) objetivo, isto é, como instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.); (b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.³

Quanto ao objetivo da prova, frisa-se que, em regra, essa se refere a fatos pertinentes e controvertidos do processo. Porém, salienta-se que algumas questões fáticas prescindem de prova, tais quais aquelas indicadas no artigo 374 do CPC de 2015⁴. Ainda, com fulcro no axioma do “iuri novit curia”, a prova da existência de direito é excepcional, exigindo determinação do Juiz nesse sentido, como ocorre, por força da lei, nos casos de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.⁵

Ademais, é possível pontuar a existência de fases na questão probatória. A primeira consiste no pedido para sua produção; a segunda refere-se ao

juízo de admissibilidade pelo Magistrado, que avaliará a pertinência desta; a terceira é a colheita da prova, que, em regra, ocorre na audiência (CPC, artigo 449 c/c CPC⁶; CLT, artigo. 852-H⁷); e a quarta se traduz na própria valoração probatória pelo Juiz ao decidir.

Fato é que o Julgador não pode se esquivar de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade em lei. Com isso, na falta de normas jurídicas particulares, o Magistrado aplicará as regras da experiência comum e da técnica, recorrendo à analogia, costumes e princípios gerais do direito (CPC, artigos 140⁸ e 375⁹).

Com efeito, é certo que em nosso ordenamento jurídico vigora a teoria do livre convencimento motivado, também denominada de persuasão racional, a qual se encontra prevista no artigo 371 do CPC¹⁰. Entende-se ser a melhor teoria a que concretiza os valores do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que o jurisdicionado deve conhecer os motivos determinantes da decisão.

Segundo tal sistemática, caberá ao Juiz dizer as razões pelas quais decidiu determinado litígio a ele submetido, em atenção ao comando do artigo 93, IX, da CRFB¹¹. Assim, como não há hierarquia entre as provas, pode o Juiz dar preferência a uma prova em detrimento da outra, julgando de acordo com as provas constantes do processo, motivando, para tanto, a sua decisão.

Importante salientar que o CPC de 2015, no §1º do seu artigo 489, traz novas obrigações quanto à fundamentação da sentença, impondo ao Magistrado que aprecie - tópico por tópico - todos os argumentos levantados pelas partes, ainda que absolutamente impertinentes, sob pena de nulidade.¹²

Bem por isso, para o atingimento da verdade, necessário se faz que o Julgador, dentre outras questões, se atenha aos elementos de prova, a qual é verdadeiro instituto de natureza processual, e que tem por escopo formar a sua própria convicção no ato de julgar.

6 CPC, Artigo 449. Salvo disposição especial em contrário, as testemunhas devem ser ouvidas na sede do juízo. Parágrafo único. Quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la.

7 CLT, Artigo 852-H. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente.

8 CPC, Artigo 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

9 CPC, Artigo 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

10 CPC, Artigo 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

11 CRFB, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

12 CPC, Artigo 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

I. ÔNUS DA PROVA ESTÁTICO E O NOVO CPC DE 2015

No Código de Processo Civil de 1973, a incumbência do ônus da prova encontra-se delineada no artigo 333, segundo o qual o ônus probatório era do autor em relação aos fatos constitutivos de seu direito; ao passo que o ônus se direcionava ao réu quanto à prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do autor.

Note-se que esse parâmetro do CPC/1973, que instituiu o chamado “ônus de prova estático”, foi mantido nos incisos do atual artigo 373 do CPC/2015:

• *Art. 373. O ônus da prova incumbe:*

- *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*
- *II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

A tal respeito, José Roberto dos Santos Bedaque traz as suas conceituações:

- *Fato constitutivo é aquele que dá vida a uma vontade concreta da lei, que tem essa função específica e que normalmente produz esse efeito. Extinto, porque faz cessar essa vontade. Impeditivo é inexistência do fato que deve concorrer com o constitutivo, a fim de que ele produza normalmente seus efeitos; enquanto o fato constitutivo é a causa eficiente, o impeditivo é a ausência de uma causa concorrente.*¹³

Entretanto, o Juiz, de ofício, poderá determinar a realização de provas que julgar necessárias à instrução do processo (CLT, artigo 765¹⁴ c/c CPC, artigo 370¹⁵). Essa permissão legal não deve suprir o ônus da prova das partes, mas, tão-somente, viabilizar a produção de novas provas a fim de auxiliar o Julgador na avaliação das provas que já se encontram nos autos.

E por decorrência direta dos seus poderes instrutórios, o Magistrado há de ter uma atuação intensa na produção das provas, as quais irão embasar, no momento adequado, a formação da sua convicção na prolação da prestação jurisdicional. Para tanto, quando for necessário, pode e deve o Magistrado inverter a sequência originária do encargo probatório, mantendo, assim, a efetiva justiça na distribuição do ônus da prova.

Importante salientar que, na avaliação da prova, o Juiz não deve aplicar o princípio “in dubio pro operário” (desdobramento do princípio protetor).¹⁶ Isso porque o direito processual do trabalho é um dos ramos do Direito Público, onde se tem a extrema aplicação do princípio da legalidade. As regras processuais informadoras do ônus probatório devem ser observadas pelo Juiz, sob pena de violação do devido processo legal. Na dúvida, o Julgador deve decidir de acordo com o

¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed., São Paulo: RT, 2011, p. 124.

¹⁴ CLT, Artigo 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

¹⁵ CPC, Artigo 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

¹⁶ A correta compreensão da índole do Direito do Trabalho mostra-nos que não tem a finalidade de realizar uma justiça comutativa, mas sim uma justiça distributiva. Para tanto impõe-se o combate à desigualdade real, quer se manifeste no campo político, econômico ou social. (PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 125).

ônus probatório e, na avaliação da prova, pelo princípio da per-

suasão racional.

II. TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO

Nada obstante a regra estática do ônus de prova, e sem que haja o comprometimento de sua imparcialidade, o Magistrado, nos dias atuais, não mais deve ser espectador do processo, passando a ter uma conduta mais ativa. Deixa-se de lado a verdade formal dos autos, em busca da efetiva verdade substancial, material e real dos fatos. Concretiza-se, assim, os primados da efetiva pacificação social e da efetividade processual (CRFB, artigo 5º, LXXXVIII¹⁷, Pacto de São José da Costa Rica/69, art. 8º, item I¹⁸).

Sustentar que, agindo deste modo, o Juiz estaria perdendo sua imparcialidade, configuraria, no mínimo, um despautério. Podem muito bem ocorrer, e, de fato, ocorrem situações fáticas onde aspectos relevantes não são trazidos ao processo em decorrência de uma menor sorte econômica de uma das partes, ou mesmo por astúcia de uma delas que omite ou mascara os fatos conforme a sua conveniência e a seu bel-prazer. Nesses casos, o cruzar de braços do Juiz é que caracterizaria uma parcialidade.

Poderosas e irrefragáveis são as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier firmando seu entendimento, cujo enxerto abaixo trasladado arremata perfei-

tamente o posicionamento aqui defendido:

• O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como espectador de um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, de deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem ele a função de impedir que uma das partes se torne vencedora na ação, não por causa do direito que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma delas ser hipossuficiente pode fazer com que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. O processo foi concebido para declarar lato sensu o direito da parte que a ela faz jus e não para dela retirá-lo, dando-o a quem não o possuía. Em função desse parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova¹⁹.

Não por outra razão é que se fala hoje na denominada “Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova”, cuja ideia síntese – nascida na Argentina, por Jorge W. Peyrano²⁰ – é pautada na aptidão do ônus de provar. O novo Código de Processo Civil, inclu-

17 CRFB, Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

18 CADH, Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

19 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O ônus da prova. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Editora Consulex, n. 200, mai.2005, p. 40.

20 “En tren de identificar la categoría de las ‘cargas probatorias dinámicas’, hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquella según la cual se incumbe la carga probatoria a quien - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva” (PEYRANO, Jorge W., Aspectos procesales de la responsabilidad profesional, in, Lás Responsabilidades Profesionales – Libro al Dr. Luis O. Andorno, coord. Augusto M. Morello e outros, La Plata: LEP, 1992, p. 263).

sive, traz em seu corpo referido instituto, fazendo ressalva, apenas, ao dever do Juiz de infirmar às partes que, em determinado caso a ele submetido, inverterá o ônus de prova, forte do princípio do contraditório substancial.

Para tanto, é de se citar o novo §1º acrescentado ao artigo 373 do CPC:

• *Art. 373. O ônus da prova incumbe:*

• *[...]*

• *§ 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 do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz 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.*

Antonio Janyr Dall’Agnol, em obra específica referente ao assunto à baila, pontifica como premissas decorrentes da “Teoria da Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios”:

• *a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim: a) a caso em sua concretude e b) a ‘natureza’ do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra*

*em melhor condição de fazê-lo.*²¹

E, neste cenário, é relevante apontar qual deve ser o critério adotado pelo Magistrado para justificar, no caso concreto, a inversão do ônus da prova.

Teoricamente, é possível identificar três correntes no campo doutrinário: (i) a existência de uma presunção em favor de quem, originariamente, teria o encargo; (ii) a aplicação subsidiária do artigo 6º, VIII, CDC, dada a verossimilhança da alegação do trabalhador ou a sua hipossuficiência; e (iii) quem seja a parte mais apta, no caso concreto, a se desincumbir do encargo probatório (carga dinâmica quanto ao ônus da prova).

O legislador ordinário, por sua vez, optou pela adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova, seja para os casos previstos em lei, seja diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.²²

Nos dizeres de Kfourri Neto:

• *[...] as regras que determinam a posição da parte litigante - autor ou réu - nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar - e o sistema deixa de ser pético, para se tornar dinâmico.*²³

Nesse prumo, identificada uma das hipóteses acima referidas, poderá o Juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso em despacho saneador (CPC, arti-

21 DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 280, fev. 2001, p. 11.

22 CDC, Artigo 6º. *São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.*

23 KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 127.

go 357, III²⁴), desde que o faça por decisão fundamentada.²⁵ Assim procedendo, o Juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, ressaltando-se que a decisão não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Com isso, a partir do caso concreto, o ônus de provar pode ser atribuído de maneira dinâmica. E, segundo a doutrina, com o objetivo de:

- [...] atender a paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juiz [...]. À vista de determinados casos concretos, pode-se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar.²⁶

Questão que imediatamente surge diante da possibilidade da atribuição dinâmica do ônus da prova é a relativa à obrigatoriedade do Magistrado de comunicar previamente às partes se o procedimento processual será regido com a atribuição dinâmica do ônus da prova, com relativização da regra geral prevista nos incisos I e II do artigo 373 do novo CPC.

A posição que parece mais adequada é a de que as partes sejam previamente comunicadas pelo Juiz, em decisão adequadamente motivada, acerca da de-

cretação da atribuição dinâmica do ônus da prova.

E isso porque o ônus da prova é regra de instrução e/ou procedimento, sendo fundamental, até mesmo diante de uma leitura constitucional do processo e de um adequado respeito ao princípio do contraditório – aqui visto como ampla participação e diálogo entre os sujeitos processuais –, que o Magistrado estabeleça com clareza, em momento processual próprio, quais serão as regras do ônus da prova que deverão ser observadas no caso concreto.

Note-se que tal visão de se observar não apenas o dever de fundamentação, e, sobretudo, o contraditório substancial que veda a prolação de decisão surpresa, é enfatizada por relevante parcela da doutrina, aqui representada pelo professor Cássio Scarpinella Bueno, que, antes mesmo do surgimento do Novo CPC de 2015, já defendia a regra de instrução e/ou procedimento ao ônus de prova:

- *Toda temática relativa ao ônus da prova, inclusive as hipóteses de sua inversão, deve ser entendida como regra de procedimento e não como regra de julgamento. Como é o magistrado o destinatário da prova, é importante que ele verifique com cada uma das partes as reais possibilidades da produção das provas de suas alegações em casos em que haja possibilidade de variação das regras gerais [...] Mais ainda quando há, nos diversos procedimentos, um específico*

24 CPC, Artigo 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

25 Tanto a publicidade, como a fundamentação das decisões judiciais, desempenham papéis que são essenciais à transparência do Poder Judiciário. A fundamentação, para que haja possibilidade de controle e de recurso relativamente à decisão. A publicidade, para que se possa conhecer o debate que levou à decisão, inclusive no que se refere aos seus fundamentos. Portanto, publicidade e fundamentação são as duas faces de uma mesma moeda. Complementam-se na busca de algo indispensável em um regime democrático: dar a devida satisfação acerca das decisões do poder público — inclusive em juízo — aos seus destinatários, os cidadãos.

26 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 395.

momento ou, quando menos, um instante procedimental mais oportuno, para que o magistrado, se volte precipuamente à análise dos pontos controvertidos e sobre a necessidade da produção de sua prova correlata. Não há como, na atualidade do pensamento do direito processual civil, entender diferentemente. Tratar o ônus da prova como mera regra de julgamento, de juízo, acaba revelando uma visão privatista que desloca o magistrado dos fins – que são invariavelmente públicos – do processo.²⁷

Da mesma opinião também já compartilhava o professor Luiz Guilherme Marinoni:

- *Ninguém duvida que o juiz pode julgar favoravelmente à parte que não cumpriu o ônus da prova, uma vez que o julgamento pode se basear em provas produzidas de ofício ou mesmo em provas produzidas pela parte contrária. Mas isso não retira a importância de que as partes saibam, de forma prévia, a quem incumbe o ônus da prova, pois, se esse ônus não precisa ser necessariamente observado para que a parte obtenha um resultado favorável – e nesse sentido seria correto sustentar que o ônus da prova não é um verdadeiro ônus -, não há como negar que a parte deve ter ciência prévia do que deve fazer para ter um julgamento favorável independentemente de outras provas, produzidas de ofício ou pela parte contrária.²⁸*

Logo, claro está que as partes precisam saber qual é a regra do ônus da prova que será

considerada no procedimento, notadamente porque elas necessitam ter conhecimento de como podem contribuir, com a devida participação no processo, e com base no direito constitucional à prova, para a obtenção de uma sentença de mérito favorável à sua pretensão.

Parece evidente, pois, que esclarecer previamente quais serão as regras do procedimento que regerão o trâmite processual, dentre elas a do ônus da prova, está dentro das diretrizes do princípio da cooperação e do dever de o Magistrado aplicá-lo em sua dinâmica relação com os demais sujeitos processuais. Afinal, o princípio da cooperação²⁹ este que está hoje previsto no artigo 6º do NCPC: “*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”.

E no tocante à conduta do juiz no curso do processo, Miguel Teixeira de Sousa ensina que o magistrado tem os seguintes deveres decorrentes da cooperação: (i) dever de esclarecimento (o juiz deve solicitar às partes explicações sobre o alcance de suas postulações e manifestações); (ii) dever de prevenção (as partes devem ser alertadas do uso inadequado do processo e da inviabilidade do julgamento do mérito); (iii) dever de consulta (o juiz deve colher manifestação das partes preparatória de sua própria manifestação ou decisão); (iv) dever de auxílio (incentivar as partes no sentido de

27 Bueno, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 2, Tomo I. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 290.

28 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª. Edição. São Paulo: RT, 2011. p. 177.

29 No processo cooperativo, modelo de processo civil característico do atual Estado Constitucional, não se pode conceber um procedimento que não seja estruturado senão a partir de um diálogo constante entre o juiz e as partes ao longo de todas as fases procedimentais, inclusive a respeito daquelas questões cognoscíveis de ofício. Quanto maior for esse diálogo, com maior facilidade as partes aceitarão o comando contido no elemento imperativo da decisão a elas destinado e mais consistente será a justificativa que o elemento lógico conferirá ao elemento imperativo da decisão. Evitar o processo de surpresas ou o processo de armadilhas deve ser uma premissa a ser respeitada por todos os sujeitos do processo, mais particularmente pelo julgador que, afinal, produz as decisões a repercutir na vida dos sujeitos parciais do processo.

superar dificuldades relativas ao cumprimento adequado de seus direitos, ônus, faculdades ou deveres processuais).³⁰

Destarte, do ponto de vista normativo, claro está que o Magistrado, caso venha a alterar a distribuição do ônus da prova, deve alertar as partes, em decisão motivada, e, preferencialmente, em momento prévio ao início da fase de instrução - tudo de modo a permitir que os sujeitos processuais possam estar conscientes da regência probatória que será adotada no trâmite do procedimento.

Não por outra razão é que o Novo CPC de 2015, exatamente neste mesmo sentido, chanceando a perspectiva do ônus da prova como regra de instrução, prevê no inciso III do seu artigo 357 que na decisão de saneamento e de organização do processo o Julgador deve definir a distribuição dinâmica do ônus da prova, desde que observados os requisitos do artigo 373 do NCCPC.

Portanto, de acordo com o próprio novo CPC, a decisão de saneamento do processo seria o momento adequado para a definição da distribuição do ônus da prova, embora não haja vedação a adoção de tal prática em momento anterior ou posterior ao saneamento, afinal, não há que se falar em preclusão contra o Magistrado.

Assim, caso o juiz, por exemplo, após a leitura da petição inicial e da contestação, já tenha condições de aferir se estão pre-

sentas as condições legais para a atribuição dinâmica do ônus da prova, parece plausível que ele deve, desde logo, já decidir se aplicará o §1º do artigo 373 do novo CPC, não precisando, pois, aguardar a fase de saneamento do processo.

Por outro lado, caso no decorrer da instrução pareça mais clara ao Magistrado a presença dos requisitos da atribuição dinâmica do ônus da prova, mostra-se plausível, desde que observadas as normas fundamentais do Novo CPC de 2015, que seja determinada a dinamização do ônus da prova.

O mais importante é que o Julgador não venha a permitir que a fase de instrução do processo ocorra e finalize sem que as partes estejam claramente conscientes se houve – ou não – a atribuição dinâmica do ônus da prova, de modo a se evitar que apenas sejam comunicadas da dinamização do ônus da prova na sentença, o que, por evidente, é absolutamente vedado pelo devido processo legal e pelo atual Caderno Processual Civil, o qual não permite o modelo das “decisões surpresa”.

É de se ver a opinião do professor André Pagani de Souza que, nesse caso específico, é cristalina ao afirmar o seguinte:

• *É importante ressaltar que a flexibilização das regras sobre o ônus da prova pode gerar uma decisão surpresa, na hipótese de o magistrado não informar as partes previamente que não observará a distribuição do ônus,*

30 SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. Revista de Processo, n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 174-184.

tal qual disciplinada pelo art. 333 do código de processo civil. Em outras palavras, o órgão judicial não pode informar as partes que flexibilizou as regras sobre o ônus da prova somente no momento do julgamento. É de rigor que ele, observando o seu dever de prevenção decorrente do princípio do contraditório, advirta as partes sobre o ônus da prova no caso concreto, para que as partes possam atuar de modo a influenciar na preparação do julgamento.³¹

Na mesma linha, Daniel Penteado de Castro enfatiza que:

- *Filiamo-nos ao entendimento de que o magistrado deverá alertar as partes sobre a possibilidade de inversão, o que implica numa dilação probatória mais densa e garantidora da defesa de ambas as partes litigantes na demanda. Aliás, sob esse enfoque, assegurar aos litigantes*

a produção das provas que se fizerem necessárias (principalmente ao réu, já ciente da possibilidade da inversão), certamente conduzirá a um julgamento mais seguro e equânime, à medida que cada parte produzirá a prova que entender necessária e estará ciente do ônus que lhe compete, deixando, portanto, de se surpreender com a regra da inversão de imediato na sentença.³²

Destarte, é possível a dinamização do ônus da prova em momento posterior à fase de saneamento, sempre com a ressalva de que tal atribuição dinâmica se deu antes do encerramento da fase de instrução e com observância das normas fundamentais que hoje regem o CPC de 2015. Tudo de modo a se permitir, de fato, que haja tempo processual hábil para a produção da prova determinada pelo Magistrado.

III. PROVA NEGATIVA (“DIABÓLICA”)

Do ponto de vista processual, dois elementos são necessários na inversão do ônus da prova, quais sejam, a decisão motivada e a oportunidade de provar, sem que a decisão possa ensejar uma “*probatio diabolica reversa*”.

Essa diretriz, inclusive, está prevista hoje no §2º do artigo 373 do Novo CPC, que expressamente referenda a proibição da “prova negativa”, a saber:

- **Art. 373.** O ônus da prova incumbe:

- [...]

- § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A partir da leitura de citado preceito legal, infere-se, pois, que o ordenamento jurídico pátrio preconiza, como regra, a distribuição sem dinamismo do “onus probandi”. E isso porque, em grande parte dos casos, tal inversão causaria extrema dificuldade de produção da prova,

31 SOUZA, André Pagani. *Vedação das decisões – surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 178

32 CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 161.

podendo acarretar a denominada “prova diabólica”.

Essa situação, portanto, representa a prova do fato negativo, que é aquela modalidade de prova impossível, ou excessivamente difícil de ser produzida no processo. É a hipótese de se provar algo que não ocorreu.

Nesse sentido, exemplos práticos da prova do fato negativo são os consubstanciados na prova, pelo réu, de sua inocência; da prova, pelo demandado, de inexistência de sua citação para responder ao processo; da prova de direitos indisponíveis ou intergeracionais, entre outras.

IV. REFORMA TRABALHISTA E A JURISPRUDÊNCIA DO TST

Já foi dito aqui neste estudo que a finalidade da prova é formar a convicção do Juiz a respeito dos fatos da causa, sendo o Magistrado o destinatário da prova.

Assim sendo, a regra do ônus de prova não se traduz em instituto peculiar e inerente apenas ao ramo do Direito Processual Civil; ao revés, sua aplicabilidade encontra grande incidência na seara trabalhista, sendo certo que a legislação celetária já previa uma norma específica sobre o assunto, em seu artigo 818, que, dada sua incompletude, sempre atraiu a aplicação supletiva das normas do Código de Processo Civil.

Para tanto, é de se citar a redação originária do artigo 818 da CLT: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. E, note-se, que o uso da palavra “originária” foi proposital, na medida em que a Lei nº 13.467/2017, que instituiu a chamada Reforma Trabalhista, passou a regular o instituto do ônus da prova de forma totalmente

distinta na legislação celetista e, mais, aproximou o processo do trabalho ao processo civil, ao incorporar, basicamente, as regras do artigo 373 do CPC de 2015, a saber:

- *Art. 818. O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)*

- *I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)*

- *II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)*

- *§ 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 desincum-*

bir do ônus que lhe foi atribuído. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

• § 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. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

• § 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. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Impende salientar que, antes mesmo da edição da Lei da Reforma Trabalhista, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, com fulcro na redação primitiva do artigo 818 da CLT, já estabelecia diretrizes de aplicabilidade prática acerca do ônus de prova nos processos trabalhista, em situações pontuais descritas por sua jurisprudência consolidada, sem ter a pretensão, por óbvio, de esgotar a temática.

Nesse diapasão, é salutar a transcrição dos verbetes sumulares que, editados antes da Lei nº 13.467/2017, traziam o delineamento do ônus de prova em questões mais recorrentes e discutidas no âmbito dos processos laborais, a saber:

• SUM-6 EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT di-

vulgado em 12, 15 e 16.06.2015. [...] VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.

• SUM-16 NOTIFICAÇÃO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não-recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário.

• SUM-212 DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

• SUM-338 JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SB-DI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por pro-

va em contrário. III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

• SUM-460 VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.

• SUM-461 FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).

Assim sendo, o atual artigo 818 da CLT, como dito alhures, incorporou os regramentos do citado artigo 373 do CPC, notadamente porque foram repetidas, basicamente, as redações dos incisos I e II, além dos §§ 1º e 2º, do artigo 373 do CPC, para os incisos I e II, além dos §§ 1º e 3º, do artigo 818 da CLT.

Bem por isso, reiterem-se aqui os comentários já feitos aos dispositivos do Código de Processo Civil, e que foram discorridos alhures neste presente estudo, até porque a lógica constante

do CPC é exatamente idêntica àquela adotada na CLT. Afinal, o legislador reformista se limitou a transcrever, para o interior da Consolidação das Leis do Trabalho, as normas basilares do CPC de 2015, colocando-se um ponto final na incompletude da legislação celetista acerca da adoção da “teoria dinâmica do ônus probatório”.

Acontece, porém, que duas foram as novidades que chamaram a atenção quando do advento da Lei nº 13.467/2017, sendo a primeira aquela relativa à atual previsão da regra §2º do artigo 818, e, a segunda, quanto à não incorporação dos §§3º e 4º do artigo 373 do CPC.

No tocante à regra do 2ª do artigo 818 da CLT, note-se que essa não estava contida no Caderno Processual Civil. E isso se deu porque no processo do trabalho não há a figura do chamado “despacho saneador”, delineado no artigo 357, III, do CPC, de modo que primeiro contato do Magistrado Trabalhista com a ação ocorre, via de regra, em audiência, na qual se concentra a prática de todos os atos processuais.

Essa é a razão pela qual, se houver a prolação de decisão que aplicará a “Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova”, esse comando judicial deverá ser feito antes mesmo da abertura da instrução processual. A lógica, neste caso, é para justamente evitar a prolação de decisão “surpresa”³³, prestigiando-se o devido processo legal constitucional, que prio-

33 CPC, Artigo 90. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

riza o contraditório substancial e a ampla defesa.³⁴

É interessante pontuar que a inversão do ônus de prova pelo Julgador não acarretará, automaticamente, o adiamento da audiência trabalhista. Isso porque, segundo o artigo 849 da CLT, a audiência na Justiça do Trabalho é UNE³⁵, o que representa dizer que nela são realizadas as tentativas de conciliação, ocorre a apresentação de defesa e o oferecimento de réplica, são colhidos os depoimentos das partes e testemunhas, e, mais, são ofertadas eventuais razões finais, com a consequente prolação da sentença judicial.

Deste modo, quando a lei menciona “a requerimento da parte”, em realidade, a intenção do legislador foi permitir que a parte prejudicada, caso seja proferida decisão com a inversão do ônus probatório, se manifeste na primeira vez em que tiver de falar nos autos.³⁶

Bem por isso, o adiamento da audiência não será ato automático a ser proferido pelo Juiz Trabalhista, pois, como dito, dependerá de prévio requerimento da parte. E para que isso aconteça o correto é que os pontos controvertidos do processo sejam delimitados na própria audiência, após a reclamada oferecer sua contestação aos termos da petição inicial.

Com o oferecimento da peça defensiva, o Magistrado passa a ter plenas condições, em conjunto com as partes e seus advogados, de fixar as matérias

efetivamente controversas, e que exijam a produção de outras provas que não aquelas já constantes dos autos – em regra, de natureza documental.

E justamente no ambiente de audiência é que reside a principal discussão em torno do adiamento da instrução para a oitiva de testemunhas. E isso ocorre porque, como é cediço, as partes devem trazer suas respectivas testemunhas, com vistas a produzir as provas dos fatos por elas alegados em petição inicial e contestação.³⁷

Dessarte, se as partes litigantes, que estão presentes em audiência, já estão acompanhadas de suas testemunhas, parece não existir prejuízo de ordem processual quando o Magistrado Trabalhista decide por inverter o ônus probatório, notadamente porque o alcance da prova está circunscrito às matérias expostas nas peças inicial e de defesa.

Neste ponto é acertado o artigo celetista ao prever que o adiamento da audiência se dará, apenas e tão-somente, a requerimento da parte prejudicada.³⁸ E isso, claro, após terem sido fixados os pontos controvertidos pelo Julgador, com a prolação de decisão que acolhe a sistemática do ônus dinâmico da prova, antes mesmo que seja iniciada a abertura da instrução processual.

E aqui, exatamente no momento em que há o pedido de adiamento da audiência, competirá à parte demonstrar, cabalmente, o prejuízo suportado com

34 CPC, Artigo 7o. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

35 CLT, Artigo 849. A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, conclui-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação.

36 CLT, Artigo 795. As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos.

37 CLT, Art. 845. O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.

38 CLT, Artigo 794. Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes.

a inversão do ônus de prova³⁹. Deverá, pois, esclarecer as razões pelas quais há efetiva impossibilidade de continuidade da audiência, uma vez que, por força do §1º do artigo 818 da CLT, tem ela a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído pelo Magistrado.

Assim sendo, caso sejam insuficientes os documentos colacionados com sua peça defensiva e, mais, se as testemunhas eventualmente presentes igualmente não tiverem reais condições de testemunhar sobre os fatos controvertidos – que, por decisão judicial, inverteu do ônus de prova –, a reclamada ostentará o direito de requerer o adiamento da audiência. Note-se que idêntico procedimento poderá ser aplicado à pessoa do reclamante.

A redesignação, em tal hipótese, deve ser obrigatoriamente acolhida e deferida pelo Julgador, como medida a evitar futura nulidade do julgado, por cerceamento de defesa, afinal, se o juízo atribuiu o ônus de prova de modo diverso, a concessão de oportunidade à parte de desincumbir de tal ônus que foi imposto pelo Julgador é medida que se impõe!

De resto, o legislador reformador não encampou as regras do Novo CPC que possibilitam a distribuição diversa do ônus da parte por convenção entre as partes. Tal hipótese, consoante os §§3º e 4º do artigo 373 do CPC, poderá ser celebrada antes ou durante o processo, não

podendo ser aplicada, contudo, quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Essas são as exatas dicções dos §§3º e 4º do artigo 373 do CPC:

• *Art. 373. O ônus da prova incumbe:*

• *[...]*

• *§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:*

• *I - recair sobre direito indisponível da parte;*

• *II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.*

• *§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.*

Entrementes, a não recepção de aludidos dispositivos processuais ao texto celetista, à época da vigência do CPC de 2015, já encontrava óbice na Instrução Normativa nº 39/2016, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, a qual teve por finalidade regulamentar as normas do novo CPC aplicáveis, não aplicáveis, e com aplicabilidade em termos ao Processo do Trabalho.

Para tanto, é de se citar o artigo 2º, VII, da IN 39/2016 do C. TST:

• *Art. 2º 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:*

• *[...]*

39 Segundo o princípio da Transcendência ou prejuízo (“pas de nullite sans grief”), só haverá nulidade dos atos se houver manifesto prejuízo à parte que o argui, salvo nas nulidades absolutas.

- VII - art. 373, §§ 3º e 4º *prova por convenção das partes*).
(*distribuição diversa do ônus da*

CONCLUSÃO

A garantia de acesso à Justiça (CF/88, art. 5º, XXXV), modernamente interpretada como acesso à ordem jurídica justa⁴⁰, é princípio constitucional que se reflete sobre o processo como um todo, inclusive com relação ao instituto da prova, e, em especial, sobre a questão do ônus da prova.

É certo que a CLT, em seu art. 818, após a Lei da Reforma Trabalhista, adotou, a um só tempo, a teoria estática do ônus da prova, ao fazer a diferenciação entre os fatos constitutivos – de prova do reclamante, e os fatos obstativos em geral – de prova do reclamado; como também encampou a teoria da carga dinâmica do ônus probatório, com limite aos casos em que é vedada a prolação de prova negativa (“diabólica”).

Assim, como medida a relativizar o então sistema estratificado, previsto que era no artigo 333 do CPC/1973 e na redação original do artigo 818 da CLT, é que o legislador reformista abarcou a moderna teoria da “carga dinâmica do ônus da prova”, cuja ideia síntese – nascida na Argentina, por Jorge W. Peyrano – é pautada na aptidão do ônus de provar. Trata-se, em realidade, do desdobramento do devido processo legal⁴¹, da garantia da ação e da ampla defesa, além da efetiva concretização do direito material a partir da garantia de igualdade substancial das partes no processo.

Nesse viés, o legislador ao conferir livre efeito ao poder instrutório ao Magistrado, trouxe evidente compatibilização com o instituto da prova, a qual, inclusive, pode ter sua realização determinada de ofício, por aplicação do princípio da verdade real.

Sobreleva anotar, ainda, que, conquanto haja certa discussão doutrinária, atualmente o ônus de prova é regra de procedimento, e não mais de julgamento. Isso porque, consoante previsões dos artigos 373, §1º, do CPC c/c 818, 2º, da CLT, é necessário que o Magistrado, antes de iniciar a fase instrutória, cientifique às partes sobre o ônus processual de cada uma delas, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

Deste modo, em homenagem ao contraditório substancial, deve o Magistrado fixar o ônus da prova ao delimitar os objetos controvertidos da demanda, para se evitar a prolação das chamadas “decisões surpresas”. Neste viés, com o crescente ativismo judicial dos Tribunais – o qual, segundo o Ministro Luis Roberto Barroso, não é um fato, mas sim uma atitude – o Magistrado não se limita mais e, unicamente, à vontade da lei. Possui, em realidade, certo poder criativo que decorre da própria Lei Maior, e não de suas vontades políticas.

40 Expressão utilizada pelos autores Cappelletti e Garth, para designar essa atual fase do direito processual civil, comprometida com o oferecimento de resultados práticos para o jurisdicionado, por intermédio da jurisdição pública (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 08).

41 Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. v. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 40

Em conclusão, o Juiz deixa de ser mera “boca da lei”, e passa a ser “boca da justiça” (Montesquieu). E, para cumprir tal propósito, o processo deve servir ao direito material, ao mesmo tempo em que aquele é servido por este. Esta relação simbiótica, de complementariedade cíclica, foi denominada de “teoria circular dos planos do direito material e do direito processual” (Carnelutti).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed., São Paulo: RT, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 2, Tomo I. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. v. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CASTRO, Daniel Pentead de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 280, fev. 2001.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª. Edição. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

PEYRANO, Jorge W., *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*. *Lãs Responsabilidades Profesionales – Libro al Dr. Luis O. Andorno*, coord. Augusto M. Morello e outros, La Plata: LEP, 1992.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Aspectos do novo processo civil português*. *Revista de Processo*, n. 86. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 44. ed. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O ônus da prova*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: Editora Consulex, n. 200, mai.2005.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E A REFORMA TRABALHISTA

RODRIGO ARANTES CAVALCANTE

Advogado militante. Professor. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Pós-Graduado em Direito Público. Autor das obras Reforma Trabalhista Comentada Artigo por Artigo de acordo com Princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais; Manual de Iniciação do Advogado Trabalhista e da obra Corretores de Imóveis: Empregados ou Autônomos? Todas publicadas pela Editora LTr. Membro efetivo da Comissão Especial de Direito Material do Trabalho OAB/SP (2016/2018) e da Comissão Especial de Direito à Adoção OAB/SP (2016/2018)

SUMÁRIO

RESUMO-----	129
HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E A REFORMA TRABALHISTA -----	130
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	139

PALAVRAS-CHAVE:

REFORMA TRABALHISTA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PROCESSO DO TRABALHO

RESUMO

Neste artigo irei abordar sobre os honorários de sucumbência no processo do trabalho (Art. 791-A da CLT) redação dada pela Lei 13.467/2017 conhecida como “reforma trabalhista”. Pretendo não só abordar a parte teórica, mas, principalmente comentar sobre questões práticas, inclusive com menção de alguns julgados, além de tentar indicar algumas teses que podem ser passíveis de serem sustentadas no dia a dia da advocacia trabalhista.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E A REFORMA TRABALHISTA

Antes da lei 13.467/2017 só tínhamos a possibilidade de condenação em honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho ao empregador, sendo que nesta hipótese deveria haver o preenchimento dos requisitos do art. 14 da Lei 5.584/70 e da S. 219, I do TST, ou seja, o trabalhador deveria estar assistido por sindicato da sua categoria.

Além disso, o trabalhador deveria comprovar o recebimento de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou então estar em situação econômica que não lhe permitisse demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família na hipótese legal já citada.

No entanto, esta previsão de condenação em honorários de sucumbência da Lei 5.584/70 não se confundia e nem se confundia com a condenação em honorários de sucumbência previsto na lei 13.467/2017.

Neste artigo trataremos precisamente dos honorários de sucumbência previstos na lei 13.467/17, sendo que o primeiro ponto que pretendemos chamar a atenção vem a ser para o fato de que esta lei entrou em vigor em 11/11/2017.

Assim, a primeira dúvida que surgiu, e ainda observamos na prática, vem a ser sobre a (im) possibilidade de condenação da(s) parte(s) em honorários de sucumbência para os pro-

cessos ajuizados antes do dia 11/11/2017.

Importa mencionar que temos divergência na doutrina e na jurisprudência sobre esta questão, já que muitos entendem que a norma processual tem aplicação imediata e o direito aos honorários de sucumbência se dá na “sentença” ou “acórdão”, mesmo que a ação tenha sido ajuizada antes do dia 11/11/2017, sendo que deste entendimento não compartilhamos.

Em obra de minha autoria com a professora Renata Do Val já tivemos oportunidade de manifestar a respeito, fundamentando em síntese que a lei, mesmo passando a vigorar de forma imediata, deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, bem como o princípio da segurança jurídica.¹

Por questões didáticas pedimos licença para transcrevermos trecho de acórdão da 6ª Turma do E. TRT da 9ª Região nos autos do processo 0000218-64.2017.5.09.0678 de relatoria da Desembargadora Sueli Gil El Rafihi que aborda de forma clara a não aplicação de honorários de sucumbência para processos ajuizados antes do dia 11/11/2017.

- “(...) *Honorários advocatícios*
- *O recorrente, por fim, pretende a condenação do réu ao pagamento de honorários advo-*

1 *Reforma Trabalhista: comentada artigo por artigo: de acordo com Princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais* (São Paulo: LTr, 2017, p. 146)

catícios.

- Sem razão.

- Nos termos do art. 791-A da CLT, introduzido pela Lei 13467/2017, são devidos honorários de sucumbência no processo do trabalho. Entretanto, tal disposição legal não é aplicável ao caso concreto. Ainda que essa Lei tenha entrado em vigor em 11/11/2017 e que se aplique a teoria do isolamento dos atos processuais, não se pode olvidar que o processo é uma unidade e determinados atos irradiam seus efeitos para momentos e fases posteriores. De acordo com o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, restando resguardados seus valores e princípios de estabilidade e segurança jurídica.

- O CPC/2015 trata do assunto em seu artigo 14, que determina: “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada” - destaquei. No caso, o processo tramitou durante o período de vigência da lei anterior, pois teve sua fase postulatória encerrada em 23/03/2017, conforme ata de audiência de fl. 128 (ID. a7c1884), ou seja, antes do início da vigência da Lei 13.467/2017, ocorrida em 11/11/2017.

- Ora, se não havia a possibilidade da condenação em honorários advocatícios sucumben-

ciais no momento da propositura da ação ou sua arguição na defesa - oportunidade em que se auferem a existência e a extensão dos riscos de um novo processo -, essa circunstância deve ser levada em consideração para a fixação da condenação. Eventual desconexão entre as circunstâncias que orientaram petição inicial ou defesa e a condenação em honorários advocatícios seria causa de surpresa para as partes, em afronta ao contraditório e à segurança jurídica, o que não se pode admitir.

- Precisamente nesse sentido, leciona Rodrigo Arantes Cavalcante, na obra “Reforma Trabalhista: comentada artigo por artigo: de acordo com Princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais” (São Paulo: LTr, 2017, p. 146):

- (...). muito embora a lei passe a ter efeito imediato, e temos o princípio do *tempus regit actum*, é necessário que se observe a proibição de sua aplicação a fatos e termos processuais pretéritos. Contudo, o processo se dá por diversos atos processuais e alguns ainda que praticados no início do processo se irradiam ou possuem relação direta de interdependência com os demais. Para esta situação deve ser aplicada a teoria do isolamento dos atos processuais.

- Por exemplo, ao ingressar com a reclamação trabalhista na vigência da antiga CLT não era necessário no procedimento ordinário apresentar pedido líquido, nem se tinha a possibilidade

de condenação em honorários de sucumbência quanto aos pedidos lá postos.

- Assim, pensamos que neste caso específico, há relação direta entre a causa de pedir, pedidos e honorários sucumbenciais que antes não eram previstos, tendo sido o processo distribuído sem este risco de condenação das partes, logo sequer houve contraditório prévio sobre tal questão, já que sequer era existente este direito na época da propositura da ação.

- Portanto, existe vínculo muito acentuado entre os atos processuais que foram praticados na vigência da antiga lei e os consequentes da Lei da Reforma, tanto que o ato anterior passaria a outorgar direito às partes, de modo que, pensamos que não pode haver essa vinculação da nova lei para circunstâncias como estas de processos em curso, mas apenas para os processos distribuídos a partir de 11.11.2017, já que nestes sim havia o contraditório prévio inclusive.

- Com isso, pensamos que estaria preservada a eficácia do ato processual já praticado, já que não poderia irradiar efeitos de ordem material para as partes no futuro, por ser anteriormente inexistentes suas consequências processuais.

- Por este pensamento, então, teríamos que verificar as normas processuais trazidas na nova lei, e vendo que para sua aplicação haja relação de dependência com atos processuais

anteriores, bem como que sua aplicação poderá onerar as partes sem que houvesse na época do fato inicial tal possibilidade, a nova regra deverá ser afastada respeitando o contraditório efetivo, bem como a máxima que a lei não pode retroagir para prejudicar, além da segurança jurídica.

- Outra norma constitucional que restaria preservada com este entendimento seria a garantia do devido processo legal, seja ele formal ou devido processo legal substancial e o princípio da legalidade, já que estaríamos privando as partes de seus bens com a condenação da sucumbência sem que houvesse regramento anterior a este respeito, posto que a nova regra processual de fato também tem característica de direito material.”

- Logo, ainda que aplicável a teoria do isolamento dos atos processuais à Lei 13.467/2017, a criação de novas obrigações quanto aos honorários advocatícios, com explícita repercussão na esfera patrimonial das partes, não pode ser aplicada aos processos já em curso quando da sua entrada em vigor, em 11/11/2017. Por isso, ajuizada a presente demanda 21/02/2017, de honorários sucumbenciais com fulcro na nova Lei não se cogita.

- A tramitação do presente feito pelas regras antigas da CLT revela-se, então, como situação jurídica consolidada, e, por tal motivo, merece a proteção jurídica, a fim de se evitar surpresas.

- Aplicar as regras proces-

suais da “reforma trabalhista” aos feitos já instruídos configura, a meu ver, ofensa direta ao devido processual legal (art. 5º, LV, da CF) e colisão com as regras dos arts 9º e 10 do CPC/2015. Isto porque o feito vem transcorrendo sob a égide das regras processuais anteriores à “reforma trabalhista”, sendo impossível às partes, pela temporalidade das mudanças, antever quais regras processuais vigentes à época da prolação da decisão.

- Por consequência, entendendo que a alteração relativa aos honorários advocatícios sucumbenciais não é aplicável neste feito, em atenção as regras citadas acima, em observância às garantias constitucionais e ao valor jurídico da estabilidade e segurança.

- Finalmente, esclareça-se que o artigo 8º da CLT determina que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho apenas naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais trabalhistas. E, assim sendo, o direito do trabalho possui regras próprias para o cabimento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios, motivo pelo qual inaplicáveis, também, os arts. 389 e 404 do CC.

- Outrossim, a questão dos honorários advocatícios nesse ramo especializado, até a vigência da Lei 13.467/2017, restou pacificada na jurisprudência por meio das Súmulas nº 219 e 329, do C. TST, de acordo com os quais são necessários dois

requisitos para o deferimento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho: a) que se comprove que os rendimentos são inferiores ao dobro do mínimo legal ou se declare que a situação econômica não permite demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da família e, b) que esteja presente a assistência do Sindicato da classe.

- No caso em exame, verifica-se a ausência do segundo destes requisitos, já que a parte autora não se encontra assistida por entidade sindical, razão pela qual não há que se falar em condenação em honorários advocatícios. Nego provimento. (...)”

A lei 13.467/2017 além de trazer para o processo do trabalho a possibilidade da parte ser condenada em honorários de sucumbência na razão de 5% a 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (art. 791-A caput), admitiu ainda a condenação em honorários de sucumbência ao beneficiário da justiça gratuita no §4º do art. 791- A da CLT possibilitando, inclusive, descontos do crédito do Reclamante (geralmente o empregado) que este teria direito a receber nos autos do processo ou em outro, vejamos:

- “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.”

No entanto, observamos na mídia informações de que alguns magistrados estão condenando reclamantes em honorários de sucumbência a título de exemplo podemos citar a notícia de um magistrado que condenou um trabalhador em honorários de sucumbência no montante R\$ 700.000,00 reais mesmo a ação tendo sido ajuizada antes do dia 11/11/2017, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei 13.467/2017.²

Assim, tem-se dois pontos de vista quanto à aplicação da lei 13.467/2017 e condenação em honorários de sucumbência para os processos ajuizados antes do dia 11/11/2017, no entanto, resta esclarecer que o C. TST através da 6ª Turma no recurso de revista 20192-83.2013.5.04.0026 entendeu que a condenação em honorários de sucumbência só deve ser aplicada aos processos ajuizados a partir do dia 11/11/2017.

Observamos na prática muitos colegas criticando a existência de honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, sendo certo que logo no início da vigência da lei 13.467/2017 pu-

bliquei um artigo fundamentando que a sucumbência na reforma trabalhista é ruim para as partes e até mesmo para advogados fundamentando naquela ocasião sobre a possibilidade dos advogados de comum acordo renunciar sobre o direito de receberem honorários de sucumbência podendo com esta medida acabar com o instituto.³

No entanto, observamos que a grande maioria dos advogados não pretende abrir mão de seus honorários de sucumbência de comum acordo no início da audiência.

Outra opção que os advogados têm para os processos distribuídos após o dia 11/11/2017 é realizar algumas fundamentações nas suas iniciais quanto a não aplicação dos honorários de sucumbência ao processo do trabalho e de forma subsidiária requerer seja observado o teto máximo de um determinado valor. Passamos a explicar:

Na inicial, se o advogado for alegar a não aplicação do art. 791-A da CLT, pode alegar que a Lei 13.467/2017 viola a Convenção 144 da OIT, já que o trâmite da referida lei se deu sem a participação efetiva dos trabalhadores, empregadores e da sociedade como um todo.

Outro artigo que o profissional pode utilizar para requerer a não aplicação de honorários de sucumbência vem a ser o art. 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos “Pacto de San José, Costa Rica”, ante a cobrança de valores do trabalhador

2 Acesso em 19/03/2018 às 15:23 <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI275538,11049-Reclamante+e+condenado+a+pagar+mais+de+R+700+mil+de+sucumbencia>

3 <https://www.conjur.com.br/2017-dez-24/rodrigo-arantes-sucumbencia-reforma-trabalhista-ruim-advogados>

hipossuficiente (beneficiário da justiça gratuita) em honorários de advogado, fazendo com que o risco da condenação de fato impeça o acesso ao Judiciário para busca de seus direitos humanos.

Com todo respeito, uma lei que autoriza descontar de um crédito alimentar, inclusive de um trabalhador beneficiário da justiça gratuita para pagamento de honorários de sucumbência é não só violar o art. XXXV e LXXIV da Constituição Federal, como também violar a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III da Constituição).

- *“XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”*

- *“LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”*

- *“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

- (...)

- *III - a dignidade da pessoa humana;”*

Observem que, dependendo do objeto da ação e se o trabalhador for condenado, por exemplo, em improcedência total por ausência de provas, entre outras, muitas vezes poderá ocorrer desta condenação ser em valores superiores aos recebidos pelo trabalhador durante o tempo que laborou para o empregador, devendo todos os operadores do

direito estar atentos a este fato, já que isso seria um grande retrocesso e, por consequência haveria em tese violação ao caput do art. 7º da Constituição Federal.

Assim, outra opção poderia ser realizar na inicial um pedido (subsidiário), ou seja, requerer um limite máximo de eventual condenação em honorários de sucumbência, podendo o advogado sugerir ao magistrado que na mais remota hipótese de condenação em honorários de sucumbência seja observado o teto máximo de R\$ X reais.

Não é justo no nosso sentir, por uma improcedência ou procedência parcial a parte, seja reclamante ou reclamada, ir à ruína ou ser condenada em honorários de sucumbência de algo que lhe é claramente prejudicial, como, por exemplo, no caso do trabalhador que fora condenado em R\$ 700.000,00 em honorários de sucumbência em caso recente amplamente divulgado.

Assim, entendemos que o Juiz do Trabalho pode, utilizando do seu amplo poder de direção do processo (art. 765 da CLT) e utilizando as normas do Código de Processo Civil, limitar o valor a ser pago de honorários de sucumbência, seja para o Reclamante ou para a Reclamada, observando as peculiaridades de cada processo e a capacidade econômica das partes, em homenagem inclusive ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

O art. 8º do Código de Pro-

cesso Civil determina que o magistrado ao aplicar o ordenamento jurídico atenda aos fins sociais e a exigência do bem comum, promovendo a dignidade da pessoa humana, além de ter por dever observar, por exemplo, a razoabilidade e a proporcionalidade; vejamos:

- *“Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”*

Citamos a condenação do trabalhador em R\$ 700.000,00 em honorários de sucumbência, porém poderíamos citar o mesmo exemplo de condenação para uma pequena ou média empresa que se for condenada em um montante, por exemplo, desta cifra apenas em honorários de sucumbência terá um sério risco de falir.

Assim, necessário que o magistrado ao estabelecer a condenação em honorários de sucumbência atenda as exigências dos fins sociais e do bem comum.

Entendemos, portanto, que o magistrado poderá, verificando as peculiaridades de cada processo, estabelecer um teto máximo de condenação em honorários de sucumbência mesmo este sendo inferior a 5%, desde que realize a devida fundamentação (art. 93, IX da CF), pois, trata-se do amplo poder que possui (art. 765 da CLT), sendo que assim

procedendo estará aplicando o direito de acordo com o art. 8º do CPC, como também estará observando a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal).

Nota-se que, mesmo na hipótese do magistrado limitar um teto máximo de honorários de sucumbência a ser pago pela empresa a fim de evitar sua ruína, estará o magistrado evitando a demissão de diversos empregados e a ruína em alguns casos da empresa atendendo assim os dispositivos ora comentados.

A limitação de teto inferior ao mínimo legal também está de acordo com o art. 3º, I, II e III da Constituição Federal já que, assim procedendo, o magistrado estará contribuindo para uma sociedade mais justa e solidária além de garantir o desenvolvimento nacional e ajudando a reduzir as desigualdades sociais/regionais; além disso, estará julgando de acordo com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

Por fim, entendemos que não se deve condenar o reclamante beneficiário da justiça gratuita em honorários de sucumbência nem haver descontos do crédito do trabalhador quando beneficiário da mesma.

É sabido por todos que os créditos trabalhistas em regra possuem natureza alimentar e, sendo o trabalhador beneficiário da justiça gratuita não poderia haver descontos de seu crédito sob pena de violação ao art. 5º LXXIV.

- “LXXIV – o Estado presta assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

Nota-se, portanto, que o art. 791-A da CLT deve ser lido de acordo com a Constituição e, ao analisamos, por exemplo, o Código de Processo Civil, observamos que o beneficiário da justiça gratuita na área cível não terá de arcar com honorários advocatícios, sendo no nosso sentir aplicável ao processo do trabalho o art. 98 do CPC.

- “Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

- § 1o A gratuidade da justiça compreende:

- I - as taxas ou as custas judiciais;

- II - os selos postais;

- III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

- IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

- V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

- VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de

versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

- VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

- VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

- IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

- § 2o A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

- § 3o Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) 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.

- § 4o A concessão de gra-

tuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.

- § 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

- § 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

- § 7º Aplica-se o disposto no art. 95, §§ 3º a 5º, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1º, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva.

- § 8º Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fun-

dada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.”

Portanto, o intérprete deverá analisar com cautela cada processo, já que se aplicarmos a legislação de forma apenas e meramente gramatical em pouco tempo teremos uma sociedade endividada, com desigualdades sociais e regionais e nunca devemos nos esquecer de que o processo deve servir ao homem e não o contrário, sob pena de cometermos grandes injustiças!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALCANTE, Rodrigo Arantes e Val, Renata Do. *Reforma Trabalhista Comentada Artigo por Artigo de acordo com Princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais*. São Paulo: LTr. Ano: 2017

Acesso em 19/03/2018 às 15:23 <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI275538,11049-Reclamante+e+condenado+a+pagar+mais+de+R+700+mil+de+sucumbencia>

<https://www.conjur.com.br/2017-dez-24/rodrigo-arantes-sucumbencia-reforma-trabalhista-ruim-advogados>

Revista Científica Virtual

REFORMA TRABALHISTA: NOVAS REFLEXÕES

Revista Científica Virtual da
Escola Superior de Advocacia
Edição 28 - Inverno 2018
São Paulo OAB/SP - 2018

Conselho Editorial
Dra. Gilda Figueiredo Ferraz
Dr. José Rogério Cruz e Tucci
Dr. Luiz Flávio Borges D'urso
Dr. Marcus Vinicius Kikunaga
Dra. Regina Beatriz Tavares

Coordenador de Edição
Dra. Ivani Contini Bramante

Jornalista Responsável
Marili Ribeiro

Coordenação Geral ESA/SP
Mônica Aparecida Braga Senatore

Coordenação de Edição
Bruna Corrêa
Fernanda Gaeta

Diagramação
Felipe Lima
Ingrid Brito Oliveira

Fale Conosco:
Largo da Pólvora, 141 - Sobreloja
Tel. +55 11.3346.6800

Publicação Trimestral
ISSN - 2175-4462.
Direitos - Periódicos.
Ordem Dos Advogados do Brasil

