

REFORMA TRABALHISTA: REFLEXÕES

Edição 25
Primavera 2017



Revista Científica Virtual

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA
OAB/SP

Coordenação de Edição:
Dra. Ivani Contini Bramante





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 Egidio 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 DO TRABALHO: REFLEXÕES

DIRETORIA OAB/SP-----	02
CONSELHO SECCIONAL -----	03
DIRETORIA ESAOAB/SP-----	04
CONSELHO CURADOR ESAOAB/SP -----	04
APRESENTAÇÃO -----	07
CONTRATO INTERMITENTE: UBERTRABALHO E ULTRAFLEXIPRECARIZAÇÃO (<i>DRA. IVANI CONTINI BRAMANTE</i>)-----	09
TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL: ANÁLISE DO ART. 223-G, § 1º, DA CONSILIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (<i>DR. ADALBERTO MARTINS;</i> <i>DRA. DANIELE SIMÕES SOLON SOARES E SILVA</i>)-----	44
REFORMA TRABALHISTA: FLEXIBILIZAÇÃO DO PREPARO RECURSAL (<i>DR. RICARDO SOUZA CALCINI</i>)-----	70
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO CONFORME A LEI ORDINÁRIA 13.467/2017 (<i>DR. CARLOS VINÍCIUS MARIANO MAGNO</i>)-----	80
DOS PRESSUPOSTOS E PEDIDOS DA NOVA PETIÇÃO INICIAL TRABALHISTA (<i>DR. AFONSO PACILÉO</i>) -----	88
A APLICABILIDADE DO DIREITO PROCESSUAL COM O ADVENTO DA LEI 13.467 DE 14/07/2017 AOS PROCESSOS PENDENTES (<i>DR. LUCAS OLIVEIRA DOS REIS SOUZA</i>) -----	94
REFORMA TRABALHISTA CONSOLIDA AVANÇOS, MAS TRAZ DÚVIDAS, INCONSISTÊNCIAS E INCONSTITUCIONALIDADES (<i>DRA. GILDA FIGUEIREDO FERRAZ DE ANDRADE</i>)-----	102

EXPEDIENTE

Revista Científica Virtual da
Escola Superior de
Advocacia

Nº 25 – Primavera 2017
São Paulo OAB/SP – 2017

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

Fale Conosco

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

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

REFORMA TRABALHISTA E VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA: ENTREVERDADES E MENTIRAS (<i>DR. JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO</i>) -----	116
NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL DEPOIS DA REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/17) (<i>DR. PAULO BASSIL HANNA NEJM</i>)-----	134
EXECUÇÃO TRABALHISTA: REFORMA, AVANÇO OU RETROCESSO SOCIAL (<i>DRA. PATRÍCIA THEREZINHA DE TOLEDO</i>)-----	154
A REFORMA TRABALHISTA E O ÔNUS DA PROVA (<i>DRA. MARIE ROSE HANNA NEJM</i>) -----	164
CONTRIBUIÇÃO SINDICAL À LUZ DA LEI N. 13.467/2017 SOB A ÓTICA DA REPRESENTAÇÃO SINDICAL LABORAL (<i>DRA. ZILMARA DAVID DE ALENCAR</i>) -----	176
ASPECTOS PROCESSUAIS DA REFORMA TRABALHISTA (<i>DR. FABIO EMPKE VIANNA</i>)-----	186
A CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA E O SEGURO GARANTIA JUDICIAL COMO DEPÓSITO RECURSAL E COMO GARANTIADO JUÍZO NA EXECUÇÃO TRABALHISTA (<i>DRA. MARIA INÊS COSTA ASSAF</i>) -----	198

APRIMORE SEUS
CONHECIMENTOS COM
QUEM É REFERÊNCIA



WWW.ESAOABSP.EDU.BR

APRESENTAÇÃO

Com muita honra apresento à comunidade jurídica a presente publicação, com análise da reforma trabalhista e seus efeitos no sistema do Direito Social.

Trata-se de publicação composta por renomados doutrinadores que aliam à grande capacidade, conhecimento e experiência jurídica a prática do direito, de modo a propiciar aos estudantes e profissionais análise aprofundada das mudanças legislativas decorrentes da Lei 13.467/17 que entrará em vigor em novembro de 2017 e procedeu a grande mudança do Direito individual, coletivo e processual do trabalho.

A reforma da legislação trabalhista, embora seja necessária para se adequar o direito à efetiva situação social, política e econômica, não pode, em hipótese alguma, deixar de observar os limites impostos pela ordem jurídica e que traçam barreira à supressão de direitos e garantias fundamentais das pessoas e, assim, exigem do doutrinador e aplicador da lei, cuidadosa exegese que assegure o respeito aos direitos positivados pelo constituinte e forjados pela árdua conquista no curso da história.

A norma trouxe profunda alteração no regramento jurídico trabalhista no direito individual, coletivo e processual do trabalho.

No âmbito do direito individual, houve profunda mudança em quatro dos seus principais institutos, quais sejam, no contrato, jornada, salário e despedida. No contrato, foram criadas ou regulamentadas formas de concretização do negócio jurídico, como o contrato intermitente, ampliação da terceirização e do contrato temporário e detalhamento do teletrabalho.

Em relação à jornada e aos salários, permitiu aos sindicatos maior liberdade de negociação para flexibilizar o instituto, com instituição de jornadas acima dos limites antes estabelecidos e redução do intervalo intrajornada, bem como a natureza jurídica das verbas que compõem a remuneração e seus efeitos circulares.

As modificações quanto à extinção do contrato de trabalho regulamentaram, por exemplo, a dispensa em massa, tratando-a da mesma forma que a ocorrida no âmbito do contrato individual e excluiu do crivo da autoridade competente do sindicato da categoria profissional a homologação da rescisão, requisito para a validade do pedido de demissão.

O Direito Coletivo do Trabalho implementou alterações nos poderes sociais e dos sindicatos, conferindo às partes liberdade para flexibilizar as regras positivadas, salvo quanto ao conteúdo constitucionalmente assegurado e que não pode ser objeto de qualquer redução e alterou a forma de custeio das entidades de representação das categorias, com o estabelecimento da facultatividade da contribuição sindical.

Finalmente, no que diz respeito ao direito processual do trabalho, objetivou o legislador a conferir maior segurança jurídica às partes e efetividade da prestação jurisdicional, ao estabelecer o computo de prazos processuais em dias úteis e estabelecimento de sucumbência, como meio de consecução da boa-fé processual, afastando-se as lides temerárias.

A nova Lei, portanto, diante das profundas mudanças implementadas, necessita ser analisada pelos olhos cuidadosos da doutrina e pelo labor diuturno dos advogados, membros do Ministério Público e magistrados, que com certeza serão brindados com os textos que se seguem e, com certeza, permitirá visão ampla e profunda sobre os efeitos da reforma trabalhista.

Tenho certeza da ampla recepção da presente revista pelo mundo jurídico e indico a todos a leitura atenta de seus textos, que com certeza servirão como paradigma doutrinário a todos aqueles que atuam no âmbito do direito social.

CONTRATO INTERMITENTE: “UBERTRABALHO E ULTRAFLEXIPRECARIZAÇÃO”



IVANI CONTINI BRAMANTE

Desembargadora Federal do Trabalho do TRT/SP

Doutora pela Pontifícia Universidade Católica; Professora de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito Previdenciário, da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo; Especialista em Relações Coletivas Comparadas pela Organização Internacional do Trabalho - OIT.

PALAVRAS-CHAVE:

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE; UBERTRABALHO; TEMPO DE INATIVIDADE; NOMENCLATURA; PAÍSES EUROPEUS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	09
I. NOMENCLATURA -----	10
II. CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE -----	10
III. REQUISITOS -----	11
IV. CONVOCAÇÃO -----	11
V. TEMPO DE INATIVIDADE -----	12
VI. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO -----	12
VII. REMUNERAÇÃO -----	13
VIII. FÉRIAS -----	13
IX. DIREITO COMPARADO -----	14
IX.I. ITÁLIA -----	14
IX.II. PORTUGAL -----	19
IX.III. ESPANHA -----	21
IX.IV. FRANÇA -----	24
IX.V. ALEMANHA -----	26
IX.VI. EUA E INGLATERRA -----	28
X. ANTINOMIAS, CRÍTICAS E CONCLUSÃO -----	30

INTRODUÇÃO

O desiderato do presente estudo é o enfoque do contrato de trabalho intermitente, introduzido no sistema jurídico brasileiro pela REFORMA TRABALHISTA levada a cabo pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, na redação dos artigos 443 e 452-A, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Decreto-Lei nº 5.452, de 1º, de maio de 1943.

A análise enfoca a questão da segurança jurídica no mundo do trabalho e investiga se essa modalidade de trabalho está apta a alavancar os postos de trabalho ou apenas potencializa a precarização da mão de obra, com redução da massa salarial, e em que medida.

O discurso econômico no Brasil vem no sentido de que o contrato de trabalho atípico deve ser ampliado em razão do momento de grave crise econômica, com o objetivo de promover a criação de empregos, modernizar as leis e tornar as empresas mais competitivas em relação ao mercado exterior. Justifica-se com o argumento do aumento da demanda de mão de obra em períodos sazonais, aos quais são submetidos os que desenvolvem as atividades econômicas de hospedagem, turismo, entretenimento, alimentação, eventos, nas quais se verifica um maior fluxo em épocas de réveillon, carnaval, semana santa, feriados, entre outros.

I. NOMENCLATURA

Quanto à nomenclatura, o contrato intermitente também é denominado de trabalho intermitente (Portugal), contratti a orario modulato, lavoro intermittente (Itália), just-in-time scheduling (EUA), trabalho

fijo–discontinuos (Espanha), contrato de plantão Arbeit auf Abruf (Alemanha) e just-in-time workers, just-in-time scheduling, e zero-hour contracts (EUA e Inglaterra).

II. CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

O conceito de contrato intermitente vem estampado no art. 443, § 3º combinado com o artigo 452-A da CLT:

• *Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.*

• *§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.”*

• [...]

• *Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.*

No Brasil, considera-se contrato de trabalho intermitente a prestação de serviços, com subordinação, típica da relação de emprego prevista no artigo 3º, caput da CLT, porém não contínua, com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade e deixa claro a compatibilidade do vínculo com a atividade de trabalho esporádico. A contratação quanto à jornada pode

ser determinada em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador. A única exceção refere-se aos aeronautas, regidos por legislação própria.

Os trabalhadores intermitentes pertencem aos quadros da empresa, mas prestam trabalho somente durante uma parte das horas, do mês ou do ano, garantido o vínculo laboral durante o restante tempo. O artigo 452-A, § 3º, da CLT sinaliza que o contrato intermitente é típico contrato de emprego subordinado, e ainda destaca que “a recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente”.

De outro lado, é certo que

III. REQUISITOS

O art. 452-A, caput e § 1º da CLT estabelecem que o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito, conter o valor da hora de trabalho, que deve ser igual aos demais empregados da empresa (intermitentes ou não) e não pode ser inferior

IV. CONVOCAÇÃO

A matéria sobre a convocação para prestação de serviços intermitentes vem regida no art.452,§ 1º, 2º, § 3º, CLT:

sendo um contrato fixo, porém descontínuo quanto à prestação de serviços, pode ser interpretado como sendo dotado de autonomia, conforme autoriza o novel artigo 442-B da Consolidação das Leis do Trabalho, a saber: “A contratação do autônomo, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta os requisitos do vínculo de empregado prevista no art. 3º, da CLT”.

Ademais, na forma do art. 452, § 5º da CLT, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, ou seja, não é remunerado, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

ao salário mínimo. As demais condições de trabalho não previstas na lei podem ser objeto de negociação coletiva, conforme permissivo dos arts. 611-A e 611-B da CLT.

• § 1º *O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, infor-*

mando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

• § 2º *Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.*

• § 3º *A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.*

• § 4º *Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.*

É obrigatória a convocação do trabalhador para o trabalho intermitente. A convocação será feita por qualquer meio de comunicação eficaz, que pode ser pelos meios telemáticos, e-mail, whatsapp, etc., com pelo menos 3 dias de antecedência, momento no qual o trabalhador terá ciência do quantitativo das horas e qual será a jornada.

Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de 1 dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa. A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

V. TEMPO DE INATIVIDADE

O art. 452, § 5º da CLT estatui que: “O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes” .

Haure-se que na novel sistemática uma mudança na natureza jurídica das horas à disposição, que passam a ser consideradas horas de inatividade e, portanto, sem remuneração,

ao contrário da redação do art. 4º da CLT, que considerava tempo a disposição quando o empregado aguarda ordens ou chamada.

Durante o período de inatividade não há exclusividade, mas mantêm-se os direitos, deveres e garantias acessórias das partes, desvinculadas da efetiva prestação de trabalho.

VI. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO

O art. 452, § 4º da CLT deixa claro que uma vez “Acei-

ta a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo”.

A literalidade da lei abre

VII. REMUNERAÇÃO

As parcelas devidas no contrato intermitente são tratadas no art. 452, § 6º, 7º, 8º da CLT:

- § 6º *Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas: I - remuneração; II - férias proporcionais com acréscimo de um terço; III - décimo terceiro salário proporcional; IV - repouso semanal remunerado; e V - adicionais legais.*

- § 7º *O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.*

- § 8º *O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia*

espaço para aplicação da multa pelo descumprimento de quaisquer obrigações contratuais, seja o não comparecimento para trabalhar, por parte do trabalhador; seja a não oferta de trabalho por parte do empregador, ou outro inadimplemento.

do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

Ao final de cada período de prestação de serviço, seja em horas, semana ou mês, o empregado intermitente receberá o pagamento imediatamente. O recibo deve discriminar a remuneração, as férias proporcionais com acréscimo de um terço, o décimo terceiro salário proporcional, o repouso semanal remunerado e os adicionais legais. Entretanto, o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do FGTS pelo empregador será sempre mensal, comprovando-se ao empregado.

VIII. FÉRIAS

O art. 452, § 9º da CLT, estatui que *“A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador”*.

Vê-se que o trabalhador receberá os valor das férias e décimo terceiro salário, de forma parcelada e fracionada, junto

com o salário mensal (art. 456, § 6º da CLT). E assim não terá no mês de dezembro o embolso do décimo terceiro, e por ocasião das suas férias não terá o dinheiro para gozá-las. As férias, 13º salário e verbas rescisórias serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado intermitente.

IX. DIREITO COMPARADO

A reforma trabalhista brasileira, no que tange ao contrato intermitente, refoge dos ditames da Organização Internacional do Trabalho e dos modelos de reformas tiradas das experiências e das legislações estrangeiras, porque não atendeu para as necessárias limitações e condicionantes.

O direito comparado revela uma regulamentação específica, limitada, detalhada e de forma excepcional, com a preocupação em dar um mínimo de segurança jurídica aos trabalhadores, o que não ocorreu no caso brasileiro. As

experiências dos países que adotaram tal modelo são úteis a fim de sinalizar eventuais interpretações e possibilidades de aperfeiçoamento do contrato de trabalho intermitente.

À primeira vista, parece que privilegia somente as necessidades econômicas e produtivas da empresa, sem qualquer proporcionalidade ou razoabilidade ou preocupação com um patamar mínimo civilizatório, de modo a salvaguardar a dignidade humana e o trabalho decente.

IX.I. ITÁLIA

No direito italiano o *lavoro intermittente*, ou a *chiamata contratti* ou, *contratti a orario*

modulato teve como objetivo promover a taxa de ocupação e fomentar a igualdade de

oportunidades no mercado de trabalho.

A figura jurídica do contrato de trabalho intermitente na Itália é comumente designada também como contrato a chamada ou pelo “contrato di lavoro intermitente” ou “contrato di lavoro a chiamata”, correspondente na língua inglesa “job on call”.

São diversas as legislações que disciplinam o trabalho intermitente, citamos a seguir algumas: Decreto Legislativo n.º 276/2003, passando pela Lei 247/2007, Decreto-lei n.º 112/2008, convertido na Lei n.º 133/2008, Lei 92/2012 e, por último, o Decreto Legislativo 81/2015.

A definição do trabalho intermitente na Itália, obtida no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho e da Política Social¹, é de um “contrato que pode ser ativado, onde há a necessidade de usar um trabalhador para o desempenho de trabalho com uma frequência não predeterminada, permitindo que empregador se utilize do trabalhador, chamando-o, se necessário”.

Em outras palavras, o trabalhador é colocado à disposição do empregador, durante um período de tempo especificado no contrato, a depender das necessidades de produção.

A utilização desse tipo de contrato ocorre principalmente nos trabalhos no ramo do entretenimento, guardas, recepcionistas ou turismo.

Passamos a seguir a analisar alguns aspectos do contrato de trabalho intermitente na Itália.

1. Requisitos formais:

a.) A exigência de forma escrita para o contrato, ainda que somente para prova de sua existência, com indicação do conteúdo previsto em lei, bem como o prazo – indeterminado ou determinado.

b.) A entidade de prestação de serviço (entidade patronal) deve efetuar, além da comunicação obrigatória a pré-assuntiva², uma comunicação administrativa 15 dias antes do início do desempenho da prestação de trabalho intermitente de duração não superior a trinta dias, realizada dentro de um planejamento prévio.

2. As previsões legais de celebração do contrato intermitente:

a.) Para as necessidades identificadas nas convenções coletivas, deve haver também referência ao desempenho do trabalho em horários predeterminados durante a semana, mês ou ano.

b.) A contratação coletiva do trabalho intermitente deve individualizar as exigências

1 <https://www.cliclavoro.gov.it/NormeContratti/Contratti/Pagine/Contratto-di-lavoro-intermittente-o-chiamata.aspx>, acesso em 22.05.2017.

2 15 A modalidade atualmente em vigor para realizar a comunicação está prevista no Decreto Interministerial de 27 de março de 2013 e na Circular MLPS n. 27/2013. Disponível em: <https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Interministeriale_27_marzo_2013.pdf> e <<http://www.dplmodena.it/MLcir-27-13Intermitt.pdf>>. Acessados em 22.05.2017.

e o período predeterminado, que justifiquem o recurso a esse tipo de contrato.

c.) A partir de 2012, o desempenho do contrato intermitente deve ocorrer por trabalhadores com mais de 55 (cinquenta e cinco) anos e com menos de 24 (vinte e quatro) anos, desde que a prestação de serviços seja concluída até os 25 (vinte e cinco) anos de idade.

d.) Caso a contratação do trabalho intermitente não ocorra por meio de contratação coletiva, as hipóteses de contratação individual serão identificadas por meio de decreto do Ministerial especial.

e.) É permitido que cada trabalhador preste serviços ao mesmo empregador por um período total não superior a 400 (quatrocentos) dias dentro de três anos civis, com exceção dos setores do turismo, atividades com o público, e de espetáculos. No caso em que tal período seja superior, a relação de trabalho intermitente é transformada em tempo integral e de duração indeterminada.

3. Remuneração:

a.) É previsto o pagamento de um “subsídio de disponibilidade”, no caso em que o trabalhador contratualmente comprometa-se a responder a chamada. O valor é determi-

nado em convenção coletiva, mas nunca inferior ao mínimo fixado em decreto do Ministério do Trabalho e da Política Social, após consulta dos sindicatos mais representativos à nível nacional. Portanto, o trabalhador recebe pela hora de trabalho efetivamente desempenhada, além de um valor pela “disponibilidade”. Contudo, o empregador não é obrigado a pagar o “subsídio de disponibilidade” em caso de indisponibilidade temporário do empregado (doença ou outra causa).

b.) O trabalhador intermitente tem o direito, para o período de trabalho efetivamente prestado, ao mesmo tratamento retributivo e de ser reconhecido com o mesmo nível de igualdade. No entanto, o tratamento normativo e previdenciário é determinado na proporção da duração do trabalho desempenhado.

4. Vedação ao trabalho intermitente na Itália:

a) Substituir trabalhadores em greve;

b) Trabalhar em unidades de produção em que nos 6 (seis) meses anteriores: (a) foram realizadas dispensas coletivas; (b) houve suspensão das relações de trabalho; (c) houve redução nas horas de trabalho, salvo disposição em contrário, nos acordos sindi-

cais. Além disso, o trabalhador inscrito na lista de mobilidade com o contrato intermitente por tempo indeterminado, permanece na lista, sem ter a obrigação de responder à chamada¹⁶. Notamos, assim, que a disciplina do contrato intermitente é feita pela contratação coletiva, configurando-se exceção a contratação individual.

Regulado pela Legge Biagi, Decreto Legislativo nº 276, 10 setembro 2003, n. 276, e alterado substancialmente em 2012, trouxe um requisito subjetivo e só abarca os trabalhadores menores de 25 anos e os maiores de 55 anos³.

O objeto do contrato é a prestação de trabalho de forma descontínua ou intermitente, de acordo com o estipulado em negociação coletiva, podendo se dar em períodos pré-determinados durante a semana, mês ou ano.

Caso não haja negociação coletiva, o cabimento do trabalho intermitente fica a cargo da regulamentação pelo Ministério do Trabalho. Ademais, com exceção dos setores de entretenimento, turismo e serviços em locais abertos ao público, tal espécie de contrato só é permitida, para cada trabalhador diante do mesmo empregador, por um período de 400 dias a cada três anos civis.

Caso esse limite seja ultrapassado, o contrato passa a ser por tempo integral e por prazo indeterminado.

No contrato intermitente italiano pode haver uma cláusula em que o trabalhador se obriga a responder o chamado do empregador. Sendo assim, é devida uma compensação ao trabalhador pelo tempo à disposição.

De outra forma, caso essa cláusula não esteja presente, o trabalhador pode recusar a chamada. Nessa hipótese, não há nenhuma quantia de compensação, sendo devidos apenas os valores do período trabalhado. O prazo para a chamada não pode ser inferior a um dia útil.

Além disso, há a proibição de uso dessa espécie de trabalho para substituir trabalhadores em greve. Some-se a vedação nos casos em que em empresas que tenham realizado dispensas em massa nos últimos seis meses; ou que tenham feito a suspensão ou redução do horário de trabalho ou, ainda, no caso de empregadores que não tenham realizado a avaliação de risco em matéria de segurança do trabalho.

Como se nota, há estipulação de uma maior proteção para o trabalhador, o contrato de trabalho intermitente no di-

³ (CAMERA, Roberto. *Dottrina Per il Lavoro: verifica delle giornate di Lavoro Intermittente*. Disponível em: <http://www.dottrinalavoro.it/contratti-c/lavoro-intermittente-c/dottrina-per-il-lavoro-sono-utili-le-dimissioni-online;>

reito italiano possui ampla regulamentação com restrições quanto ao seu cabimento.

Interessante destacar que, nas disposições gerais, determina a norma que:

- *Art. 1. Finalità e campo di applicazione*

- *1. Le disposizioni di cui al presente decreto legislativo, nel dare attuazione ai principi e criteri direttivi contenuti nella legge 14 febbraio 2003, n. 30, si collocano nell'ambito degli orientamenti comunitari in materia di occupazione e di apprendimento permanente e sono finalizzate ad aumentare, nel rispetto delle disposizioni relative alla libertà e dignità del lavoratore di cui alla legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni e integrazioni, alla parità tra uomini e donne di cui alla legge 9 dicembre 1977, n. 903, e successive modificazioni ed integrazioni, e alle pari opportunità tra i sessi di cui alla legge 10 aprile 1991, n. 125, e successive modificazioni ed integrazioni, i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro, anche attraverso contratti a contenuto formativo e contratti a orario modulato compatibili con le esigenze delle aziende e le aspirazioni dei lavoratori.*

Portanto, o legislador italiano deixou claro que referido

contrato intermitente não pode servir de instrumento de precarização, uma vez que assegura a liberdade, a igualdade entre os trabalhadores, a estabilidade do emprego de acordo com as necessidades empresariais e dos empregados, diante das seguintes limitações:

- (i) o artigo 33.2 exige que a contratação se opere por prazo determinado, limita o labor intermitente a “un periodo complessivamente non superiore a quattrocento giornate di effettivo lavoro nell’arco di tre anni solari” findo o qual o contrato passa a ser indeterminado;

- (ii) o artigo 34 autoriza o contrato intermitente apenas quando se refira a atividade empresarial descontínua ou intermitentes, conforme necessidade prevista por convenções coletivas entre as associações de empregadores e trabalhadores mais representativos no âmbito nacional ou regional;

- (iii) o artigo 34.2 estatui a prestação de serviços intermitente para as pessoas com mais de cinquenta e cinco anos de idade e para os menores de vinte e quatro anos de idade. Observa-se, nitidamente, que o direito italiano destina o contrato intermitente a regular o trabalho daqueles que estejam entrando no mercado de trabalho ou que possam

LABRUNA, Silvia. *Diritto del lavoro*. Key Editore. Edição do Kindle. Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81. Art. 14. Divieti. 1)

estar em fase de aposentação ou mesmo aposentado, como meio de manter a renda ou a atividade de trabalho;

(iv) o artigo 34.3 veda o contrato intermitente para substituir empregado em greve, pelas empresas que não fizeram avaliação de risco e, salvo acordo sindical em sentido contrário, nas unidades de produção que realizaram, nos seis meses anteriores, dispensa coletiva e naqueles em que há uma suspensão de relações ou uma redução de horário com pagamento de suplemento salarial.

Com efeito, a lei estatui:

• 3. *E' vietato il ricorso al lavoro intermittente: a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; b) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce*

il contratto di lavoro intermittente ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente; c) da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni".

(v) o artigo 35 ainda prevê que o período mínimo de chamamento deve ser correspondente a um dia de trabalho.

Enfim, no direito italiano o contrato intermitente não se destina a simplesmente satisfazer os interesses económicos de todas as empresas, indistintamente, mas contempla também os interesses dos trabalhadores, na medida que permite apenas para as empresas que exercem atividades descontínuas ou intermitentes.

IX.II. PORTUGAL

Na senda das Políticas de Emprego e da Proteção Social em Portugal, subscrito em 2008 pelo Governo e os parceiros sociais, adotou-se o modelo de contrato de tra-

balho intermitente, introduzido pela Lei nº 7, de 12 de Fevereiro de 2009.

O Código de Trabalho português, vigente desde 2009, limita o contrato intermitente à

atividade empresarial caracterizada pela descontinuidade ou intensidade variável, a saber: *“Artigo 157.º- Admissibilidade de trabalho intermitente. 1 - Em empresa que exerça atividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inatividade. 2 - O contrato de trabalho intermitente não pode ser celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário”*.

À semelhança do sistema italiano, no sistema português o objetivo do contrato intermitente não é a precarização das relações de empregado existentes, mas apenas suprir necessidade decorrente de atividade empresarial descontinua ou de intensidade variável, garantida remuneração mínima no período em que não há prestação do labor.

João Leal Amado diz que *“ao utilizar a disjuntiva descontinuidade (interrupções) ou intensidade variável (flutuações), a lei oferece um recurso bastante vasto para o recurso ao trabalho intermitente”*, e ainda há dois grandes eixos presentes: *“a redução/compressão dos custos empresariais e o eixo da ampliação das faculdades/poderes patronais na gestão da mão de obra”*⁴.

Para o contrato intermitente ser considerado válido deve estabelecer um período definido da prestação de serviço, consecutivo ou não, bem como o início e término de cada período de trabalho e ainda a antecedência com que deve o empregador informar o empregado, antes do começo da prestação do serviço.

Quanto aos períodos de inatividade do contrato intermitente o direito português determina uma remuneração negociada coletivamente. Diante da falta de norma coletiva estipula o pagamento do percentual mínimo de 20% dos salários. De acordo com o artigo 160 do Código de Trabalho português, em caso de período de inatividade, deve o empregador pagar valor previsto em regulamentação coletiva e na sua ausência de 20% da retribuição base, com periodicidade igual à da retribuição, autorizado o labor para outro tomador.

O art. 158 da lei portuguesa trata do quantum da jornada, estatuidando que deve ser indicado o número anual de horas de trabalho ou o número anual de dias de trabalho em tempo integral, caso ele não seja indicado, tal contrato considera-se sem período de inatividade.

A modalidade contratual portuguesa possui a forma

4 *Perspectivas do Direito do Trabalho: um ramo em crise identitária? Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. n. 47. Campinas: 2015.*

escrita e é composta por duas espécies: o trabalho alternado e o trabalho à chamada. No trabalho alternado (art.159º): “as partes estabelecem a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado, bem como o início e termo de cada período de trabalho”, que não pode ser inferior a seis meses por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos⁵.

André Almeida Martins adverte que: “as partes, além do quantum da prestação necessária, preveem também o seu quando, fixando antecipadamente a duração do trabalho e as respectivas épocas do ano”. Essa espécie está ligada às atividades em que é possível programar e prever as necessidades descontínuas de trabalho, como seria o caso de uma fábrica de ovos de páscoa.

No trabalho à chamada (art. 159º) as partes estabelecem a antecedência com que o empregador deve informar o

trabalhador do início do labor, que não pode ser inferior a 20 dias; o trabalhador fica sujeito à vontade e à necessidade do empregador, podendo este “*determinar livremente o se e o quando da prestação de trabalho*”.

Durante o período de inatividade não há exclusividade (art. 160º), o trabalhador possui o direito de receber uma compensação retributiva que deve ser estipulada através de negociação coletiva, e restam mantido os direitos, deveres e garantias próprios da relação e desconectados da prestação de serviços.

Há diferença do período de inatividade entre o trabalho alternado e o trabalho sob chamada. No trabalho alternado a inatividade significa autodisponibilidade, no trabalho à chamada, o trabalhador encontra-se no aguardo de responder a convocação do seu empregador, sendo um período de *heterodisponibilidade*⁶.

IX.III. ESPANHA

Na Espanha, foi introduzido o contrato intermitente, que embora tenha reduzido o desemprego, observa-se o aumento das desigualdades sociais.

Como noticiado no jornal

El País:

Seu propósito declarado era reduzir o excesso de contratação temporária no mercado de trabalho, desestimular as demissões em momentos

5 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. op. cit; MARTINS, André Almeida. *O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral: o regime do Código de Trabalho de 2009*. I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais.

6 Conferência Internacional do Trabalho. Relatório VI – Proteção dos trabalhadores num mundo do trabalho em transformação. 104ª Sessão. 2015.

de crise através de medidas de ajuste interno (redução de jornadas ou salários) e diminuir a margem para a negociação sindical coletiva. Além disso, embora o Governo não tenha deixado claro, a reforma buscava a desvalorização salarial para que a Espanha recuperasse a competitividade perdida desde a entrada em vigor do euro, em 1999. Cinco anos depois, e com base nos dados, pode-se dizer que há mais emprego do que na época da aprovação da reforma – só que mais precários. É verdade que, logo após sua entrada em vigor, a destruição do emprego foi acelerada – a taxa de desemprego chegou a cerca de 27% – com a redução do custo das demissões dos trabalhadores com contrato indefinido. Por outro lado, com a retomada do crescimento, a criação de emprego também ocorreu muito antes do habitual. Nesse tempo, a reforma recebeu aplausos de organismos internacionais como o FMI e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE, o grupo dos 34 países mais ricos, do qual o Brasil ainda não faz parte) e a rejeição dos sindicatos, que convocaram duas greves gerais contra a iniciativa.⁷

Em artigo escrito por in-

tegrantes do O Grupo das Terças⁸, intitulado ANÁLISE COMPARATIVA NORMATIVA: TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL E EM DIPLOMAS ESTRANGEIROS, os autores destacam que na Espanha há o contrato de trabalho, por tempo indeterminado, na modalidade “fixo-descontínuo” (fijo –discontínuos), com jornada de trabalho estimada, em atividades empresariais específicas, para os serviços que tenham caráter fixo e descontínuo, e que não se repitam em determinadas datas certas, observado o volume normal da empresa.

Nas hipóteses em que o trabalho descontínuo se repita em datas certas, a regulamentação pertinente é dada pelo contrato a tempo parcial com duração por prazo indeterminado.

Há prestígio à negociação coletiva quanto às condições de trabalho e à forma de “chamamento” dos trabalhadores, caso em que no descumprimento contratual cabe reclamar através de um procedimento de dispensa diante à autoridade do trabalho, com início do prazo desde o momento em que se teve conhecimento da falta de convocação.

A matéria tem previsão no Estatuto dos Trabalhadores

7 https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493296487_352960.html

8 Revista Científica Faculdades do Saber, Mogi Guaçu, 2(3), 204-220, 2017 Página 210 - Carolina Masotti Monteiro, Ellen Alonso, Flávia Pacheco, Giovana Labigalini Martins, Giselle Gonzalez Jorge, Lara de Oliveira Cardoso, Luís Henrique Benedito e Manoel Carlos Toledo Filho.

(art. 16, Lei 2/2015) consoante verbis:

• *Artículo 16. Contrato fijo-discontinuo:*

• *1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido.*

• *2. Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.*

• *3. Este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca y en él deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar*

igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria.

• *4. Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos.*

O contrato de trabalho fixo–descontínuo na lei espanhola prevê a forma escrita, com indicação da duração da jornada de trabalho estimada e a distribuição horária. bem como a forma e a ordem de chamamento estabelecida através de Convenção Coletiva de Trabalho.

O contrato “fixo-descontínuo” não se confunde com o contrato temporário, na medida que as os Sindicatos, por negociação coletiva de âmbito setorial, poderão acordar os requisitos , as especialidades e as peculiaridades das atividades que justifiquem a celebração dos contratos fixos - descontínuos, bem assim, a conversão de contratos temporários em contratos fixos – descontínuos.

A legislação espanhola cuidou do patamar mínimo prote-

tivo do trabalhador, ma medida que admite o contrato intermitente somente nas atividades

econômicas específicas.

IX.IV. FRANÇA

O Código do Trabalho francês prevê uma semana de trabalho padrão (temps de travail) que é de 35 horas (desde 1997). Pagamento de horas extraordinárias são geralmente fixados por acordo coletivo, mas deve ser de pelo menos 10 por cento extra por hora. Há um limite máximo de 48 horas por semana, e até mesmo em circunstâncias excepcionais, tempo de trabalho não pode exceder 60 horas por semana.

O Code du Travail prevê também o contrato intermitente nos article L3123-33-38, que pode ser flexibilizado por ordem do Ministro do Trabalho, em determinadas atividades sazonais, de acordo com o art. 87 da Lei 2.016-1088.

Em regra, a norma prevê que os contratos de trabalho intermitentes podem ser concluídos nas empresas cobertas por uma convenção ou por um acordo de empresa ou de estabelecimento ou, na falta, por convenção ou acordo de extensão ampla. O contrato de trabalho intermitente é um contrato de duração indeterminada.

Pode ser concluído para um emprego permanente que,

por sua natureza, comporta uma alternância de períodos de trabalho e sem trabalho. Deve ser na forma de contrato escrito, com previsão de remuneração, duração mínima anual, períodos do trabalho e distribuição das horas de trabalho nesses períodos.

Article L3123-33 En savoir plus sur cet article...

Modifié par LOI n°2016-1088 du 8 août 2016 - art. 8 (V)

Des contrats de travail intermittent peuvent être conclus dans les entreprises couvertes par une convention ou par un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche étendu qui le prévoit.

- *Article L3123-34 En savoir plus sur cet article...*

- *Modifié par LOI n°2016-1088 du 8 août 2016 - art. 8 (V)*

- *Le contrat de travail intermittent est un contrat à durée indéterminée.*

- *Il peut être conclu afin de pourvoir un emploi permanent qui, par nature, comporte une alternance de périodes travaillées et de périodes non*

travaillées.

- Ce contrat est écrit.
- Il mentionne notamment :
- 1° La qualification du salarié ;
- 2° Les éléments de la rémunération ;
- 3° La durée annuelle minimale de travail du salarié ;
- 4° Les périodes de travail ;
- 5° La répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes.
- Article L3123-35 En savoir plus sur cet article...
 - Modifié par LOI n°2016-1088 du 8 août 2016 - art. 8 (V)
 - Les heures dépassant la durée annuelle minimale fixée au contrat de travail intermittent ne peuvent excéder le tiers de cette durée, sauf accord du salarié.
- Article L3123-36 En savoir plus sur cet article...
 - Modifié par LOI n°2016-1088 du 8 août 2016 - art. 8 (V)
 - Le salarié titulaire d'un contrat de travail intermittent bénéficie des droits reconnus aux salariés à temps complet, sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels mentionnés à l'article L. 3123-38, de modalités spécifiques prévues par la convention ou l'accord collectif de travail étendu ou par une convention ou un accord d'entreprise ou

d'établissement.

- Pour la détermination des droits liés à l'ancienneté, les périodes non travaillées sont prises en compte en totalité.
- Article L3123-37 En savoir plus sur cet article...
 - Modifié par LOI n°2016-1088 du 8 août 2016 - art. 8 (V)
 - Les entreprises adaptées mentionnées à l'article L. 5213-13 peuvent conclure un contrat de travail intermittent même en l'absence de convention ou d'accord collectif de travail, dès lors que ce contrat est conclu avec un travailleur handicapé, bénéficiaire de l'obligation d'emploi au sens de l'article L. 5212-13.

O Código determina ainda que “*une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu définit les emplois permanents pouvant être pourvus par des salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent.*”.

O emprego intermitente ou contratos sazonais são limitados às atividades em que as exigências de trabalho dependem inteiramente de fatores sazonais. Mais comum em turismo, espetáculos ou setor agrícola, com condições contratuais semelhantes ao de um

Contrato por prazo de tempo integral fixo (CDD, na sigla em francês). No entanto, esses acordos são entre o empregado, o agência de emprego e a empresa empregadora. As

empresas podem usar apenas um trabalhador temporário para o desempenho de uma atividade de curto prazo.

IX.V. ALEMANHA

O *Arbeit Auf Abruf* foi inserido na legislação germânica pela “Lei de Promoção do Emprego” em 2003. A normativa promoveu o congelamento de salários, aprovação e expansão da terceirização, trabalho temporário, subcontratação, contrato intermitente - chamado de “contrato de plantão” - (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge. § 12 Arbeit auf Abruf*), muitas vezes citado como sinônimo do termo KAPOVAZ (*kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit*), traduzido livremente como trabalho flexível orientado pela capacidade. A normativa promoveu, ainda, a reforma previdenciária, com redução do valor da aposentadoria e aumento da idade para a aposentação⁹.

De forma diversa do sistema brasileiro, em que a reforma trabalhista foi aprovada em tempo recorde de menos de quatro meses, sem a ampla discussão social da matéria, os sistemas alemão e espanhol promoveram reformas em várias etapas. O denominado

Plano Peter Hartz, que alterou a legislação social alemã, foi construído em quatro etapas.

A primeira etapa tratou dos contratos por prazo determinado e terceirizado, para os autorizar de forma mais ampla, sem as restrições impostas pela legislação anterior, preservado o respeito a identidade salarial entre os empregados diretamente contratados pela empresa e os demais trabalhadores; privilegiando-se o diálogo entre empregador, sindicato e Estado.

Na Alemanha, desde a primeira parte da reforma, passou-se a admitir o contrato por prazo determinado e tempo parcial de forma ampla, sendo que no contrato trabalho de plantão o empregado se obriga a prestar serviços conforme a necessidade da carga de trabalho do empregador.

A principal norma sobre o trabalho intermitente é prevista no § 12 TzBfG (*Teilzeit-und. Befristungsgesetz*) que dispõe:

(1) Os empregadores e trabalhadores podem acordar

⁹ HENSCHKE, Martin. *Arbeit Auf Abruf*. Disponível em <https://www.hensche.de/Arbeit_Abruf_Arbeit_auf_Abruf_Abrufarbeit.html>

que o trabalhador preste o seu desempenho no trabalho de acordo com a carga de trabalho (trabalho de plantão). O acordo deve selecionar uma duração específica de horas de trabalho semanais e diários. Se a duração do tempo de trabalho semanal não é fixo, aplica-se dez horas, conforme acordado. Se a duração do tempo de trabalho diário não é fixo, o empregador deve ter o serviço por pelo menos três horas consecutivas.

(2) O empregado só é obrigado a realizar um trabalho se o empregador lhe diz a localização do seu trabalho pelo menos quatro dias de antecedência.

(3) Por convenção coletiva é possível derrogar o disposto nos parágrafos 1º e 2º, em detrimento do trabalhador, caso preveja regras sobre o horário de trabalho diário e semanal e o prazo para aviso prévio. No âmbito do acordo coletivo, empregadores e empregados não tarifários podem concordar com a aplicação de convenções coletivas sobre o trabalho sob demanda.¹⁰

Na Alemanha a figura do *Arbeit Auf Abruf* apresenta limitações impostas pela legislação e pela jurisprudência, máxime no que tange ao mínimo de trabalho semanal e diário, bem como a necessi-

dade de convocação previa do trabalhador com antecedência razoável.

De acordo com a norma alemã, empregados e empregadores podem ajustar a prestação de serviços intermitentes, com o que abre espaço para a alteração das limitações legais por convenção coletiva.

Assim, no trabalho de plantão, empregados e empregadores podem ajustar a prestação de serviços pela carga horária semanal ou diária e, não sendo fixa a jornada, considerar-se-á de 10 horas, devendo o empregador garantir, no mínimo, três horas de labor consecutivas. Também admite-se a derrogação das regras legais por negociação coletiva quanto as regras específicas ao trabalho intermitente, duração semanal do trabalho e a quantidade diária de horas, bem como prazo de aviso prévio; empregadores e trabalhadores podem acordar que o trabalhador labore de acordo com a necessidade do trabalho. O empregado apenas fica obrigado a prestar o serviço caso o empregador o informe com pelo menos quatro dias de antecedência. O trabalho intermitente transfere parte dos riscos do negócio para o trabalhador, o que contraria o § 615 do BGB, o qual dispõe que os riscos econômicos do

10 (1) Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Die Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von zehn Stunden als vereinbart. Wenn die Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, hat der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch zu nehmen.

(2) Der Arbeitnehmer ist nur zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt.

(3) Durch Tarifvertrag kann von den Absätzen 1 und 2 auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden, wenn der Tarifvertrag Regelungen über die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit und die Vorankündigungsfrist vorsieht. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Arbeit auf Abruf vereinbaren.

negócio são do empregador.

Na segunda etapa foi estabelecido o contrato mais curto, de menos de 15 horas semanais, que objetiva a colocação no mercado de trabalho dos estudantes e aposentados na busca de maiores recursos financeiros.

Na terceira etapa foi criada uma agência de colocação e treinamento de empregados, em substituição ao sistema que previa a existência de diferentes agências, simplificando seu funcionamento, com o cadastramento das pessoas desempregadas.

Na quarta etapa, diante da existência de várias modalidades de seguro desemprego, houve a unificação do benefício, bem como a redução do período de recebimento do benefício, que antes era de até

24 meses e passou a ser limitada a 12 meses, com redução do valor quando a pessoa não voltar ao mercado de trabalho. E foi criada a seguinte exigência: para receber o seguro desemprego o trabalhador deve provar a busca por nova colocação profissional e que sua situação econômica não é confortável.

Como resultado do Plano Hartz apurou-se o aumento da produção e do lucro, com redução do desemprego, mas à custa de uma diminuição significativa da renda da população e conseqüente aumento da pobreza, e aumento da casta de empregados com baixos salários, tendo o Heiner Flassbeck afirmado que a Alemanha é a *“campeã mundial em dumping salarial”*¹¹.

IX.VI. EUA E INGLATERRA

A experiência no common law - EUA e Inglaterra - vem retratada no trabalho just-in-time workers, just-in-time scheduling, e zero-hour contracts.

No sistema americano o trabalho intermitente é modalidade precária de trabalho, o empregado presta serviços de pouca duração, com conhecimento da escala de trabalho com pouco tempo de antecedência e com grandes oscilações nas horas de trabalho.

Denominado just-in-time scheduling, vem caracterizado pela prestação de serviços pela oscilação de horas de trabalho, utilizada, em sua maioria, em lojas e restaurantes, que usam softwares que calculam o período do dia, semana ou mês em que há maior movimento de consumidores. A maior incidência desse tipo de contrato é entre as lojas de varejo e o setor de restaurantes, a Sports Direct e o McDonald's pos-

11 <https://oglobo.globo.com/economia/na-alemanha-plano-para-evitar-demissoes-levou-reforma-trabalhista-controversa-16697116#ixzz4ozLSKCSctest>.

suem impressionantes 90% da sua mão de obra através de contratos zero hora.

No Reino Unido já se fala em trabalhador *ultraflexível*, assim entendidos aqueles que firmam os denominados contrato zero hora (Just-in-time workers e zero-hour contracts). O trabalhador se compromete em se colocar à disposição do empregador para trabalhar quando necessário, sem qualquer garantia de remuneração ou horas de labor.

O sistema americano e inglês de contratação intermitente tem sido objeto de diversos estudos sociais e críticas, o que tem levado a uma alteração em sua dinâmica, diante do problema da incerteza da contratação e renda, privação da vida familiar e escala de trabalho, o que gera situação de estresse para o trabalhador.

Nos Estados Unidos há um movimento para suavizar os impactos negativos desse tipo de contratação. Embora não tenha lei federal, nas cidades de San Francisco, Seattle e Nova York há regulamentação e limites ao *just-in-time scheduling*. Oito Estados, Califórnia e o Distrito de Columbia introduziram as designadas “*leis reporting-time pay*” “*reporting time pay*” ou “*show-up way*” que exigem aos empregadores o pagamento de um

valor mínimo aos empregados que trabalham em turnos calendarizados, mesmo no caso de não lhes ser atribuído trabalho. Ainda, há o fomento aos parceiros sociais no sentido de desenvolver *códigos de conduta justa para utilização do contrato intermitente em cada setor da atividade econômica*¹².

Na Nova Zelândia o contrato de trabalho intermitente foi banido, com a aprovação do Employment Relations Amendment Act 2016, por conta da precarização, porque não especifica o mínimo de horas, os dias e os horários de trabalho¹³.

Na Conferência Internacional do Trabalho (104ª Sessão, de 2015) restou claro que as lojas de varejo e os restaurantes possuem softwares sofisticados, que se utilizam de dados, como curva de vendas e informações meteorológicas, para saber do fluxo de clientes, que determinarão o número de trabalhadores necessários para os próximos dias. Haure-se do relatório da OIT que:

- *Os horários de trabalho bastante imprevisíveis e variáveis, tais como os resultantes do trabalho «sob-chamada», criam obstáculos à conciliação entre a vida profissional e familiar e à segurança de*

12 S. Luce, S. Hammad e D. Sipe: «Short-shifted», Retail Action Project, 2014. Disponível em: http://retailactionproject.org/wpcontent/uploads/2014/09/ShortShifted_report_FINAL.pdf; San Francisco Retail Workers Bill of Rights e Seattle Secure Scheduling Ordinance.

13 ROY, Eleanor Ainge. Zero-hour contracts banned in New Zealand. Parliament unites to pass legislation outlawing the controversial practice in victory for trade union campaign; ELLIOTT, Larry. A zero-hours contract is not 'flexibility' but exploitation – and it's rising; FLEMING, Peter. There's nothing good about the rise in zero-hours contracts – ban them now.

rendimentos. Na sequência de uma ampla consulta lançada em resposta às controvérsias em torno do uso generalizado dos contratos de zero horas, o Governo britânico decidiu, em Junho de 2014, proibir a utilização de cláusulas de exclusividade em contratos que não garantam qualquer hora, manifestando também a vontade de melhorar a informação disponível aos trabalhadores a contrato de zero horas e aos empregadores. O Governo decidiu também incentivar os parceiros sociais a desenvolver códigos de conduta justa para utilização específica deste tipo de contrato em cada-setor. Nos Estados Unidos, de forma a atenuar os impactos negativos do planeamento

«just-in-time», comum no setor de comércio a retalho, oito estados e o distrito de Columbia introduziram as designadas leis «reporting-time pay» que exigem aos empregadores o pagamento de um valor mínimo aos empregados que trabalham em turnos calendarizados, mesmo no caso de não lhes ser atribuído trabalho.

Não obstante a discussão e a reprovação da utilização indiscriminada do contrato intermitente, segundo reportagem recente do jornal The Guardian, no Reino Unido já há mais de 900.000 mil pessoas que prestam serviços pelo contrato zero horas.

X. ANTINOMIAS, CRÍTICAS E CONCLUSÃO

Registre-se as inúmeras censuras ao contrato de trabalho intermitente, porque se trata de uma modalidade de contratação que não estabelece quaisquer salvaguardas ao empregado, circunstância que levou o Senado a recomendar “o veto e a edição de medida provisória”.

Aliás, a reiterada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem rechaçado essa modalidade de jornada:

- **HORAS EXTRAS. JOR-**

NADA MÓVEL E VARIADA. INVALIDADE. *Esta Corte vem entendendo no sentido de considerar ilegal a estipulação contratual de jornada móvel e variável, em que o trabalhador, ao ser contratado, desconhece os horários em que prestará o serviço, cabendo ao empregador a definição prévia de acordo com a sua necessidade e conveniência (precedentes). Recurso de revista conhecido e provido.*

• (RR - 482-28.2010.5.01.0071, Relator

Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 15/03/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/03/2017)

• RECURSO DE RE-VISTA. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO MÓVEL E VARIÁVEL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE.

1. Conquanto a Constituição da República, por meio do art. 7º, XXVI, prestigie a pactuação coletiva, impõe-se que os instrumentos autônomos observem as normas de ordem pública que garantem direitos mínimos dos trabalhadores. 2. Na hipótese, observa-se que a jornada de trabalho “móvel e variável”, prevista nos instrumentos coletivos, importa, efetivamente, em transferência ao empregado dos riscos econômicos da atividade. Isso porque tal prática submete o trabalhador ao puro alvitre da empresa no tocante à jornada a ser efetivamente cumprida, conforme a variação de movimento dos estabelecimentos comerciais da reclamada, exigindo-se que o empregado fique à disposição empresarial por 44 horas semanais, mas podendo, por decisão exclusiva da empregadora, laborar - e obter remuneração - por qualquer período entre o máximo e o mínimo de 8 (oito) horas por semana.

3. Os preceitos protetivos do Direito do Trabalho não autorizam que o empregado se submeta, para mera salvaguarda do empregador contra as naturais oscilações de demanda produtiva, à incerteza da jornada de trabalho e da remuneração a ser percebida, em evidente prejuízo à sua vida particular e sua saúde financeira. 4. A prática em questão constitui evidente fraude à legislação trabalhista, atraindo a aplicação do art. 9º da CLT. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

• (RR - 1293-16.2012.5.04.0012, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 14/12/2016, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016)

• RECURSO DE EMBARGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DETERMINAÇÃO DE RESPEITO AO PISO SALARIAL DA CATEGORIA PROFISSIONAL INDEPENDENTEMENTE DO NÚMERO DE HORAS TRABALHADAS - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 358 DA SBDI-1. *A controvérsia cinge-se à análise da licitude de cláusula de contratos individuais de trabalho, realizados entre os empregados da reclamada e suas franqueadas, que estabelecem jornada laboral semanal móvel e variável não superior ao limite de 44 horas*

e inferior ao mínimo de 8 horas, com o pagamento apenas das horas efetivamente trabalhadas. No caso, conforme se infere do acórdão do Tribunal a quo, é inconteste que os empregados sujeitos à jornada móvel e variável são horistas e recebem a remuneração de acordo com as horas trabalhadas. Consta no acórdão da Turma que a jornada “pode ser de oito horas diárias, bem como de apenas duas horas diárias” e, ainda, que “o salário-hora não foi reduzido pelo réu e que os trabalhadores sempre tiveram a garantia de receber a remuneração correspondente à jornada mínima”. Diante do contexto fático delineado pelo TRT, verifica-se que a situação examinada não envolve empregados cuja remuneração é fixada por produção, matéria versada especificamente na Lei nº 8.716/93. Repise-se, no caso, conforme estabelecido contratualmente, a remuneração é fixada por horas de trabalho, sendo incontroverso que houve pagamento de salário mínimo proporcional à duração do trabalho. Nos termos do disposto na Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1, “Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro se-

manais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado”. Esta é exatamente a hipótese versada nos presentes autos, em que a Turma desta Corte, contrariando os seus termos, deu provimento ao recurso de revista do Ministério Público do Trabalho da 9ª Região para julgar procedente a ação civil pública de forma a determinar que a reclamada garanta, “pelo menos, o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas”. Isto porque o principal argumento que levou a Turma a julgar procedente a presente ação coletiva - ilicitude da adoção, pela reclamada, de jornada móvel e variável, por submeter os trabalhadores ao seu puro arbítrio durante 44 horas semanais, o que, no seu entender, ensejou a nulidade de todo o regime de trabalho, inclusive no que tange ao pagamento de salário mínimo convencional proporcional à jornada de trabalho - não mais remanesce nos presentes autos, em razão de acordo de abrangência nacional firmado nos autos do processo nº 1040-74.2012.5.06.0011, perante a 11ª Vara do Trabalho do Recife. Tanto que mediante

o despacho de fls. 957/957-v, julgou-se “extinto o processo, por perda de objeto, tão somente quanto à questão referente à obrigação de não contratar empregados mediante a adoção da chamada ‘jornada móvel variável’ “. Assim, partindo-se do pressuposto da adoção de jornadas de trabalho fixas e compulsando os precedentes que levaram à edição da Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1, verifica-se que se buscou, na ocasião, afastar a afronta ao artigo 7º, IV, da Constituição Federal - em razão do contido no inciso XIII do mesmo dispositivo - nas hipóteses em que a empresa tenha fixado salário inferior ao mínimo legal ou ao piso salarial em razão do estabelecimento de jornada inferior à prevista no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, hipótese dos autos. Ora, se se considera lícito o pagamento de salário proporcional à jornada de trabalho, ainda que inferior ao mínimo legal e/ou convencional, não há amparo jurídico à pretensão do Ministério Público de ver remunerados de forma idêntica os trabalhadores sujeitos a jornadas de duas, quatro, seis e oito horas diárias, sob pena de contrariedade ao referido verbete e de ofensa ao princípio da isonomia insculpido no ar-

tigo 5º, caput, da Constituição Federal, já que empregados sujeitos ao mesmo tipo de trabalho em jornadas distintas estariam recebendo a mesma contraprestação salarial. Recurso de embargos conhecido e provido.

• (E-ED-RR - 9891900-16.2005.5.09.0004, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 26/11/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015)

• (...)
JORNADA MÓVEL. JORNADA DE TRABALHO FLEXÍVEL. INVALIDADE. AFRONTA AOS ARTIGOS 7º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 58, CAPUT, DA CLT. AFRONTA AO PRIMEIRO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA OIT (“O TRABALHO NÃO É UMA MERCADORIA”), ENUNCIADO PELA DECLARAÇÃO RELATIVA AOS FINS E OBJETIVOS DA OIT, DE 1944 (DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA - ANEXO). AFRONTA A QUATRO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CARDEAIS DE 1988: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DO EMPREGO; JUSTIÇA SOCIAL; SUBORDINAÇÃO DA PROPRIEDADE À SUA

FUNÇÃO SOCIAL. DIFERENÇAS SALARIAIS PERTINENTES À JORNADA PADRÃO DE 08 HORAS AO DIA E DURAÇÃO DE 44 HORAS NA SEMANA.

As normas jurídicas heterônomas estatais estabelecem um modelo normativo geral, que se aplica ao conjunto do mercado de trabalho, de 08 horas de trabalho diárias e 44 semanais (art. 7º, XIII, da CF), que não pode ser flexibilizado em prejuízo do empregado. No mesmo sentido, o art. 58, caput, da CLT: “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”. Em face desses parâmetros, compreende-se que a adoção de um regime de duração do trabalho amplamente flexível (de 08 a 44 horas semanais), com evidente prejuízo ao trabalhador - principalmente porque afeta o direito à manutenção de um nível salarial mensal -, implica ofensa a princípios inscritos na Constituição Federal de 1988 - dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 170, caput), valorização do trabalho e emprego (arts. 1º, IV, e 170, caput e VIII), justiça social (art. 3º, I, II, III e IV, e 170, caput) e subordinação da propriedade à sua função social (art. 170,

III). Relevante também enfatizar que a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em Filadélfia em 1944, ao declarar os fins e objetivos da OIT, bem como dos princípios que deveriam inspirar a política de seus Membros, inscreveu, como princípio fundamental, que “o trabalho não é uma mercadoria”. Sob o ponto de vista jurídico, a desmercantilização do trabalho humano efetiva-se pela afirmação do trabalho digno. Entende-se que a dignidade no trabalho somente é concretizada pela proteção normativa e mais precisamente por meio da afirmação de direitos fundamentais trabalhistas. Nesse contexto, o Direito do Trabalho assume papel de destaque, pois a essência de sua direção normativa, desde a sua origem até a atualidade, é explicitada no sentido de “desmercantilizar, ao máximo, o trabalho nos marcos da sociedade capitalista”. Em face desses princípios previstos no cenário normativo internacional, além dos princípios e regras constitucionais explícitas em nosso ordenamento jurídico interno, bem como de normas legais, é inválida a cláusula contratual que estabelece a chamada “jornada móvel”. Isso porque ela retira, do empregado, a inserção na jorna-

da clássica constitucional, impondo-lhe regime de trabalho deletério e incerto, subtraindo ademais o direito ao padrão remuneratório mensal mínimo. Nesse sentido, compreende-se que a decisão recorrida não está em consonância com o arcabouço jurídico que rege a matéria. Recurso de revista conhecido e provido no aspecto.

• (RR - 3990-35.2011.5.02.0421, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 17/06/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015)

São várias as antinomias reveladas no contrato intermitente.

A primeira antinomia é a motivacional. No Brasil, o “trabalho intermitente” foi apresentado pelo Legislativo como “modernização sem precarização”, a pretexto de geração de postos de trabalho e alavancar o primeiro emprego e aumentar a renda familiar. O aumento da empregabilidade não está conectado unicamente a uma relação de causa e efeito de flexibilização das regras de proteção do trabalho. A expansão econômica depende do equilíbrio entre câmbio, taxa de juros e investimento.

A segunda antinomia é con-

ceitual. Objeta-se que o contrato de trabalho intermitente é incompatível com o conceito de contrato de empregado (artigos 443, § 3º e 452-B) porque ignora a habitualidade como elemento essencial da relação de emprego, pois aquele que presta serviços em caráter eventual não é empregado.

A lei pode considerar o trabalhador intermitente como empregado subordinado e incurso na redação do artigo 3º da CLT. A intermitência não é antônimo de não habitualidade. Trata-se de um contrato fixo, porém descontínuo na jornada. A intermitência não se confunde ou desnatura a habitualidade, sendo factível manter a essência da relação de emprego no contrato intermitente. Resta, pois, rechaçar qualquer argumento sobre uma possível antinomia ou contradição interna conceitual da relação de emprego.

Outra antinomia sociológica-econômica diz respeito à transferência do risco do negócio empresarial ao trabalhador intermitente, que fica na inatividade, sem qualquer ganho ou garantia, no aguardo de chamado para o trabalho, para atender unicamente as necessidades da empresa. Há, por assim dizer, uma ruptura do conceito de empregador, como aquele que assume

os riscos da atividade econômica (CLT, art. 2º, caput).

O problema está na convocação para o trabalho de acordo com as necessidades identificadas pelo empregador unilateralmente, por hora, semana, mês ou ano, sem garantia mínima. A prestação de serviços é descontínua, determinada em dia ou hora e alternados em prestação de serviços e folgas ou inatividade. O trabalhador recebe salário e remuneração pelas horas efetivamente trabalhadas, excluindo o tempo de inatividade. Durante o período de inatividade, o trabalhador poderá prestar serviços autônomos ou para outros empregadores. A matéria pode ser regulada e complementada pelas convenções coletivas de trabalho (art. 611-A e 611-B, CLT).

Enfim, constitui uma falácia a afirmativa de que o “contrato de trabalho intermitente” gerará milhões de empregos, se foram precarizados. Registre-se o temor de transformação de contratos protegidos em contratos precários. Em todos os sistemas estrangeiros, como já ressaltado, houve precarização do trabalho e aumento da miserabilidade, com redução drástica salarial e aumento grande dos lucros das empresas. Ou seja, embora já exista no direito comparado há

alguns anos, tem se mostrado ineficaz como meio de solução dos conflitos sociais.

O modelo adotado pelo Brasil vem fundado no pior modelo: o “zero-hour contract” do direito inglês previsto no artigo 27A do *Employment Rights Act 1996*, em que não há garantia de prestação de serviços e de recebimento de salário. A contratação intermitente é livre e incondicional - com ressalva apenas dos aeronautas, pessoal que trabalha no ar, assim, incluídos os aeroviários que trabalham no solo em terra firme -; independente do ramo da atividade econômica; não exige um número mínimo de horas garantidas; e quanto a duração, não há proibição expressa de contrato de trabalho intermitente a prazo ou em regime de trabalho temporário; e a lei não fixa patamares de idade, ou remuneração mínima para o tempo a disposição.

De um lado, verifica-se da análise dos contornos do contrato intermitente no direito brasileiro, previsto na Lei 13.467/17, que andou bem o legislador:

(i) ao considerar essa modalidade de trabalho como “trabalho subordinado, a tempo indeterminado e sem exclusividade, pois garante, “em tese” uma preferência de “chamada para o trabalho” daque-

les trabalhadores vinculados com a empresa;

(ii) ao vedar a contratação intermitente para substituir trabalhadores em greve, diretriz de resto já prevista na lei de greve (art. 7º, parágrafo único, Lei 7.783/89);

(iii) ao prever que nas horas de inatividade o trabalhador está livre para prestar serviços para outro empregador ou tomador de serviços, pois de acordo com o parágrafo 5º do artigo 443 da CLT é expressamente vedada a exclusividade do trabalho intermitente, até porque seria abusivo exigir exclusividade, elemento que sequer é exigido como requisito do contrato de trabalho típico;

(iv) ao permitir sua regulamentação mais benéfica por negociação coletiva, na medida em que o do art. 611-A, VIII da CLT (Lei 13.467/2017) estabelece a “prevalência do legislado sobre o negociado”.

Com efeito, a modalidade de trabalho intermitente priva a liberdade e segurança jurídica do empregado, depõe contra os princípios da proteção, da continuidade da relação de trabalho e do trabalho decente.

O ideal para evitar a “*ultraflexiprecarização*” ou chamado “*ubertrabalho*” e encontrar uma solução mediana, seria

a legislação nacional acolher das experiências estrangeiras o que há de melhor para reservar essa tipologia contratual de trabalho intermitente com algumas condições:

(i) A lei deveria autorizar o trabalho intermitente apenas para as necessidades das atividades da empresa que por sua natureza são permanentes, porém descontinuas ou de intensidade variável;

(ii) a aplicação do contrato intermitente somente aos casos em que a contratação representar aumento de empregados, a exemplo da Lei 9.601/1998, que faculta a instituição da modalidade contratual nela disciplinada “*para admissões que representem acréscimo no número de empregados*”. A permissão legislativa para todo e qualquer trabalho ensancha o chamado “*uber trabalho*”, ou seja o trabalho intermitente do autônomo, forma continua ou não, conforme dicção artigo 442-B da CLT. Ainda, abre possibilidade do contrato intermitente a prazo de duração mínima, celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário, o que resulta insegurança jurídica total.

(iii) a lei não previne a migração de trabalhadores com contratos por prazo indeterminado e a tempo integral para o

trabalho intermitente;

(iv) não há na lei a limitação de idade ou tempo de prestação de serviços intermitentes. Deveria limitar essa modalidade de contratação somente em razão da idade, para alavancar inserção dos excluídos sociais no mundo do trabalho, tal como na Itália, onde *“il contratto di lavoro intermittente puo’ in ogni caso essere concluso con soggetti con meno di 24 anni di eta’, purché le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno, e con piu’ di 55 anni”*.

(v) deveria haver a previsão legal de proibição da contratação intermitente no período subsequente às dispensas coletivas ou recontrações de empregados nas empresas em regime de redução de jornada ou, ainda, que não procederam à avaliação de riscos ocupacionais.

(vi) o tempo de trabalho pode se dar por períodos de horas, dias ou meses e não há na lei garantia mínima de quantitativo de horas ou período de trabalho semanal ou mensal. Deveria ter a estipulação de horas mínimas a serem prestadas, como na Alemanha em que à duração semanal, na omissão da sua fixação, será considerada como acordada a jornada de 10 horas semanais. No tocante à frequência

diária, em caso de sua não fixação, o empregador deverá chamar o trabalhador por, pelo menos, três horas consecutivas. Deveria a lei estabelecer garantias mínimas, pois o contrato de trabalho intermitente deve prever um quantitativo mínimo de horas semanais ou mensais e ou uma remuneração mínima do tempo de inatividade na intermitência; para dar certeza do trabalho deixar incerto somente os períodos. Comparando com o disposto no direito laboral lusitano, engloba tanto o *“trabalho alterado”* quanto o *“trabalho sob chamada”* e abre espaço para a chamada *“jornada móvel variável no módulo diário”*, denominada de *“dupla pegada”*.

(vii) à evidência do direito comparado, é imperativa a necessidade de se estabelecer uma salvaguarda adicional para o trabalhador dessa espécie de contrato, qual seja o pagamento de uma compensação pelo período de inatividade, denominado subsídio de inatividade.

(viii) a lei, ainda, estabeleceu o direito de férias anuais, de um mês, com proibição de convocação no período de descanso pelo mesmo empregador. Evidentemente, o gozo de férias sem remuneração contemporânea não atinge a finalidade constitucional de

“gozo de férias anuais remuneradas, com pelo menos 1/3 a mais do que o salário normal” (art. 7º, XVII, CF/88), pois a paga é fracionada e vem junto com o salário mensal, evidenciando a inconstitucionalidade palmar.

(ix) além do mais, o empregador deve convocar o trabalhador com antecedência mínima de três dias corridos, por qualquer meio de comunicação eficaz, informando qual será a jornada. O empregado tem o prazo de um dia útil para responder, sendo o silêncio interpretado como recusa e a recusa da oferta não descaracteriza a subordinação do trabalho intermitente. O aceite da oferta para o comparecimento ao trabalho gera, em caso de descumprimento pelo empregado ou pelo empregador, sem justo motivo, o dever de pagar a outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo. Entretanto, cumpre notar que essa liberdade do trabalhador é mais aparente do que real, porque a remuneração só será devida se prestar o serviço, assim o estado de sujeição econômica é flagrante.

Não se pode negar que tal disposição possui uma certa importância para empregado-

res de alguns setores, porque atende as necessidades econômicas pontuais e traz para a formalidade os chamados trabalhadores outsiders, nos setores de alimentação, eventos, entretenimento e hotelaria. De outro modo, essa espécie de contrato intermitente é negativa para os empregados com vínculos empregatícios típicos, os chamados insiders, diante do elevado risco de não haver um aumento dos postos de trabalho, mas uma simples troca de contratos a tempo indeterminado e fixos por trabalhadores intermitentes, potencializar a precarização.

Trata-se da adoção da “teoria do tempo efetivamente trabalhado” levado às últimas consequências, ultrapassando os limites da razoabilidade e proporcionalidade, permitindo que o empregado fique à disposição do empregador, embora só receba pelo tempo em que efetivamente exerce sua atividade profissional. Não há uma garantia do número de horas a serem trabalhadas, tampouco um subsídio mínimo pelo tempo de aguardo do chamado para o trabalho.

Há por assim dizer uma “ultraflexiprecarização” do modo em que regulado o contrato intermitente no Brasil, em ofensa ao princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput, CF/88,

princípio protetor e do princípio do caráter progressivo dos direitos sociais, que veda o retrocesso social. art. 7º, caput da CF/88), bem como afronta o princípio da alteridade (art. 2º da CLT), na medida em que transfere os riscos da atividade econômica para o trabalhador. Ainda, de acordo com a Nota Técnica 01 de 2017 do Ministério Público do Trabalho, o Contrato de Trabalho Intermitente é inconstitucional, por violar o princípio da dignidade humana, o valor social do trabalho, bem como a função social da propriedade (art 1º, III e IV e 170, CF/88).

ESA, UMA
INSTITUIÇÃO DE
ENSINO COM A
MARCA
OABSP



WWW.ESAOABSP.EDU.BR

TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL: ANÁLISE DO ART. 223-G, § 1º, DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

ADALBERTO MARTINS

Professor assistente doutor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (graduação, mestrado e doutorado), mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pós-doutor pela Universidade Nacional de Córdoba – Argentina, desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, diretor da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho (biênio 2016-2018).

DANIELE SIMÕES SOLON SOARES E SILVA

Mestranda em Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Letras - Tradução Inglês e Português na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e em Direito na Fundação Armando Álvares Penteado. Experiência como advogada entre 2013 e 2017. Assistente de Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	45
I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS-----	46
II. RESPONSABILIDADE CIVIL -----	48
III. O “TÍTULO III - A: DO DANO EXTRAPATRIMONIAL”---	50
IV. CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL -----	57
CONCLUSÃO -----	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	67

PALAVRAS-CHAVE. DIREITO DO TRABALHO. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. DANO MORAL. TARIFAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE.

INTRODUÇÃO

Resumo. O art. 5º, inciso X, da Constituição da República consagra o direito fundamental à reparação por danos materiais e morais em caso de violação à direitos da personalidade. Com a Emenda Constitucional nº. 45/2004, foi disciplinada a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações indenizatórias, decorrentes de danos havidos na relação de trabalho. Até a “Reforma Trabalhista” trazida pela Lei nº 13.467/17, a Consolidação das Leis do Trabalho nada dispunha sobre o tema, sendo utilizada a legislação civil sobre o assunto. Com a promulgação de referido diploma, foram acrescentados os arts. 223-A a 223-G, que tratam expressamente dos “danos extrapatrimoniais”. A questão que se coloca no artigo trata da tarificação dos danos morais e existenciais, bem como dos critérios e parâmetros para o arbitramento. O trabalho analisa a inconstitucionalidade da forma como a tarificação foi proposta pela “Reforma Trabalhista”, em razão da violação, a um só tempo, dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso X, garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por danos materiais ou morais decorrentes de sua violação.

Com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o art. 114, inciso VI, passou a prever a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

Desde então, já não subsiste controvérsia sobre a possibilidade desta Justiça Especializada analisar casos que envolvam a reparação e indenização de danos. Todavia, a redação anterior à reforma da Consolidação das Leis do Trabalho nada disciplinava a respeito do tema.

A partir da inclusão da reparação por danos morais e materiais na competência da Justiça do Trabalho, utilizou-se a Jurisprudência da aplicação de dispositivos cíveis acerca da reparação e indenização de direitos da personalidade na apreciação dos casos que lhe eram submetidos em demandas trabalhistas.

Quanto aos danos materiais, a equação da respectiva indenização não parece tão obscura, restando claras as balizas dos danos emergentes e dos lucros cessantes, na forma do art. 403 do Código Civil¹.

Por sua vez, a legislação cível não traz critérios objetivos na fixação de reparação por danos morais. Como consequência, restava ao julgador uma tarefa árdua, consistente no estabelecimento de critérios em parte objetivos, e em outra parte subjetivos, na fixação da correspondente compensação.

Muito embora a Jurisprudência expressiva mencione o princípio da razoabilidade para a fixação da reparação, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, tais parâmetros são eminentemente sujeitos à ponderação do órgão julgador no caso concreto, o que, de certa forma, promove uma insegurança jurídica.

Neste sentido, a Lei nº 13.467/17, notoriamente conhecida como “Reforma Trabalhista”, pretendeu a inclusão na Consolidação das Leis do Trabalho o denominado “Título II-A - DO DANO EXTRAPATRI-MONIAL”, que disciplina, por meio dos arts. 223-A a 223-

1 CC, art. 403. “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

G, as hipóteses e parâmetros para a chamada indenização por danos morais na esfera trabalhista.

Merece destaque o Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados designada para apreciar o então Projeto de Lei nº. 6.787/16, transformado no PLC nº 38/2017 na tramitação no Senado Federal, posteriormente convertido na lei supramencionada.

A justificativa apresentada pela Comissão para a inclusão de referido Título II-A, até então inexistente no Projeto de Lei, fundamentou-se, em síntese, na grande quantidade de demandas judiciais ajuizadas perante a Justiça do Trabalho que, com pretensão exclusiva ou cumulada, incluem o pedido de reparação por danos morais, muitas vezes fundado no descumprimento da legislação trabalhista.

O Parecer menciona, ainda, que a falta de critérios objetivos promove a existência de decisões díspares para situações assemelhadas:

“A ausência de critérios objetivos e o alto nível de discricionariedade conferidos ao magistrado na fixação judicial dessas indenizações trazem insegurança jurídica, lesando a isonomia de tratamento que deve ser dada a todos os cida-

dãos. Não é raro que se fixem indenizações díspares para lesões similares em vítimas diferentes. Do mesmo modo, são comuns indenizações que desconsideram a capacidade econômica do ofensor, seja ele o empregado ou o empregador, situação que se mostra agravada no caso dos empregadores, porquanto ações de prepostos podem gerar valores que dificultem, ou mesmo inviabilizem, a continuidade do empreendimento.

Diante desses fatos, estamos propondo a inclusão de um novo Título à CLT para tratar do dano extrapatrimonial, o que contempla o dano moral, o dano existencial e qualquer outro tipo de dano que vier a ser nominado. A inserção desses dispositivos na CLT evitará que tenhamos decisões díspares para situações assemelhadas, como temos visto com alguma frequência em nosso Judiciário. Acreditamos que essa medida facilitará a atuação dos magistrados do trabalho, que terão critérios objetivos para definir o valor da indenização, sem que tenham a sua autonomia decisória ferida.”²

Observa-se, portanto, que por meio da “Reforma Trabalhista”, foi incluída uma tentativa do legislador de fixar critérios objetivos no arbitramento

² Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016 - Acesso em 16/09/17, às 13h05.

da reparação por danos morais.

Todavia, retomou-se a partir da inclusão de tais artigos na legislação trabalhista a antiga e rica discussão acerca da possibilidade da chamada “tarifação dos danos morais”, uma vez que, com o estabelecimento de tais critérios, a quantificação do valor da reparação por danos morais deixa de ser objeto de arbitramento, sem limites, pelo órgão julga-

dor.

Com o objetivo de intensificar a discussão, este art. se propõe a fazer uma breve análise do instituto da responsabilidade civil, e a tecer algumas considerações acerca do Título II-A da Consolidação das Leis do Trabalho e da constitucionalidade do art. 223-G, §1º, CLT, acrescentado pela Lei nº 13.467/17.

II. RESPONSABILIDADE CIVIL

A Lei nº 13.467/17 realizou diversas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, tendo-se presente as modificações no Título que trata da reparação dos danos extrapatrimoniais, também denominados danos morais e existenciais.

Contudo, antes de adentrar ao tema propriamente dito, reputamos necessário firmar algumas premissas sobre o conceito, os pressupostos e os fundamentos da responsabilidade civil.

Segundo Romualdo Baptista dos Santos, responsabilidade civil é a obrigação de reparar o prejuízo causado a alguém, quando este infringe determinado preceito legal:

“a responsabilidade civil está relacionada à noção de

*que somos responsáveis pelos fatos decorrentes da nossa conduta, isto é, que devemos nos conduzir na vida sem causar prejuízos às outras pessoas, pois se isso acontecer ficamos sujeitos a reparar os danos.”*³

Já Carlos Roberto Gonçalves ensina que a responsabilidade civil exprime a ideia de restauração do equilíbrio após a ofensa a bem juridicamente tutelado:

“responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os li-

³Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (org.). *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27, v. 5.

mites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.”⁴

Na mesma linha, Atilio Aníbal Alterini sustenta a responsabilidade como uma forma de sanção consequente à infração de deveres jurídicos:

”La reparación de daños, fruto de la responsabilidad jurídica em ámbito civil, comporta una forma de sanción. Como orden coactivo, el Derecho organiza um sistema de sanciones, esto es la atribución de una consecuencia a la infracción de los deberes jurídicos; tal consecuencia significa un desvalor para quien es pasible de ella.”⁵

Rui Stoco, em seu Tratado de Responsabilidade Civil, conceitua o tema como uma retratação de um conflito:

“uma consequência e não uma obrigação original. Toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física e moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido. A responsabilidade civil é, portanto, a retratação de um conflito.”⁶

Os pressupostos da responsabilidade civil são a conduta, o nexo de causalidade e o dano, que deve ser efetivo, ainda que exclusivamente extrapatrimonial.

A responsabilidade civil se revela em dois pilares: danos patrimoniais (materiais) e danos extrapatrimoniais (morais e existenciais), embora atualmente se reconheça também a “perda de uma chance” como espécie daquele e os “danos estéticos” como espécie deste.

Os danos materiais são indenizáveis (do latim “indemnis”, que significa livre de danos), enquanto os danos morais são reparáveis, pois a ofensa a direito da personalidade não pode ser plenamente superada com uma simples prestação pecuniária, senão meramente amenizada.

Já como consequência ao ofensor, a indenização é tratada por Paulo Nader no seguinte sentido:

“indenização consiste na reparação mediante pagamento, pelo ofensor ao ofendido ou seus dependentes, estipulado pelo juízo em razão de danos materiais ou morais. O vocábulo provém de indemnis, equivalente à expressão ‘que não teve prejuízo’; daí dizer-se que a indenização visa não o estado decorrente da satisfa-

4 Cf. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19-20, v. 4.

5 *A reparação de danos, fruto da responsabilidade jurídica no âmbito civil, comporta uma forma de sanção. Como ordem coercitiva, o Direito organiza um sistema de sanções, isto é, a atribuição de uma consequência à infração dos deveres jurídicos; tal consequência significa um desvalor para quem está sujeito a ela. Tradução livre dos articulistas. Cf. Responsabilidad civil: contornos actuales de la responsabilidad civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1999, p. 15-16.

6 Cf. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112.

*ção de um dano, mas o próprio ofendido que 'por motivo de indenidade, e da indenização, recebe alguma coisa de outrem'.*⁷

Assim, firmadas brevemente as premissas da res-

III. O “TÍTULO III – A: DO DANO EXTRAPATRIMONIAL”

A Lei nº 13.467/17 inovou ao disciplinar de forma expressa a reparação por danos aos direitos da personalidade.

Antes de tecermos qualquer argumentação acerca da constitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial pretendida pela legislação, necessária se faz uma breve análise do “Título II – A – DO DANO EXTRAPATRIMONIAL” e de seus arts. 223-A a 223-G trazidos com a “Reforma Trabalhista”.

Inicialmente, observa-se que o legislador optou por denominar o “Título II – A” por meio da expressão “dano extrapatrimonial”. E, conforme já mencionado, o dano é um dos pressupostos para a responsabilização civil, classificado em duas espécies: patrimonial e extrapatrimonial, sendo aquele causado a bens materiais e este causado à esfera subjetiva da vítima.

Dentre os danos extrapa-

trimonialidade civil, passa-se a analisar o Título que trata da reparação dos danos extrapatrimoniais na Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 13.467/17.

trimoniais, objeto do “Título II – A”, podemos citar como espécies o dano moral e o dano existencial. Todavia, ao que se extrai da intenção do legislador, especialmente em vista do teor do Parecer emitido pela Comissão Especial da Câmara os Deputados, é que o uso da expressão “dano extrapatrimonial” justamente pretende abranger todas as espécies de danos não aferíveis patrimonialmente: “diante desses fatos, estamos propondo a inclusão de um novo Título à CLT para tratar do dano extrapatrimonial, o que contempla o dano moral, o dano existencial e qualquer outro tipo de dano que vier a ser nominado.”⁸

Sobre o assunto, destacam Thereza Nahas, Leone Pereira e Raphael Miziara:

“Embora exista no âmbito doutrinário razoável divergência a respeito da classificação do dano existencial como es-

7 Cf. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7 v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 26.

8 Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016 - Acesso em 16/09/17, às 13h05

9 Cf. *CLT comparada urgente*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2017, p. 197/198.

10 CLT, art. 8º. “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

pécie de dano moral ou como dano de natureza extrapatrimonial, fato é que dano moral e dano existencial não se confundem, seja quanto aos seus pressupostos, seja quanto à sua comprovação. Nesse sentido, a reforma acolheu o dano extrapatrimonial como gênero, do qual são espécies o dano moral e o dano existencial. O dano existencial é aquele que afeta o projeto de vida ou a chamada 'vida de relações' do indivíduo. Decorre de toda lesão capaz de comprometer e frustrar o projeto de vida pessoal do indivíduo, impedindo-o de ativar-se e realizar-se em outras áreas de atividade, além do trabalho. Em razão da conduta do empregador, o empregado tem ceifado seu direito ao envolvimento em atividades de sua vida privada deixando as relações familiares, o convívio social, a prática de esportes etc.”⁹

Seguindo o texto da “Reforma Trabalhista”, pretendeu o legislador que todos os danos extrapatrimoniais, decorrentes da relação de trabalho, fiquem adstritos à disciplina normativa prevista no “Título II – A” da Consolidação das Leis do Trabalho, sem margem a outras interpretações pelos órgãos julgadores, o que é afirmado por meio do art. 223-A,

ao estabelecer que “aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

Infere-se, ainda, de referido artigo que toda a disciplina civilista até então utilizada pela Jurisprudência, com fulcro no art. 8º, parágrafo único, da antiga redação da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁰, para a fixação da reparação por danos morais é afastada, para dar lugar à nova legislação específica sobre o tema.

Especificamente em relação ao dano extrapatrimonial da esfera trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho passa, por meio da sua nova redação, a definir o tema como a ação ou a omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica. Neste sentido, consagra o art. 223-B que “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.”.

Referido dispositivo reafirma o já expresso na denominação do “Título II – A”, no sentido de que o dano extrapatrimonial é utilizado pelo legislador como gênero, do qual são espécies o dano moral e

o dano existencial. Além disso, merece destaque o fato de que expressamente prevê a possibilidade de que os danos extrapatrimoniais possam ser sofridos por pessoas físicas e jurídicas.

Quanto às pessoas físicas, o art. 223-C demonstra que o legislador pretendeu enumerar um rol de bens imateriais que seriam tutelados pela legislação trabalhista, ao estabelecer que “a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.”

Já quanto às pessoas jurídicas, importante destacar que a menção expressa do legislador à possibilidade da pessoa jurídica também sofrer danos extrapatrimoniais, passíveis de reparação, já era tese sedimentada na jurisprudência e até sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”).

Nota-se, também, que para as pessoas jurídicas o legislador igualmente pretendeu enumerar um rol de bens jurídicos tuteláveis para a reparação em caso de violação a direitos, consoante se infere do art. 223-D: “a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial

e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica”.

No entanto, embora o art. 223-A da Consolidação das Leis do Trabalho afaste a aplicação de qualquer outra disposição acerca do tema, evidentemente que o rol de bens juridicamente tutelados não é taxativo, haja vista outros direitos e garantias fundamentais tutelados pela Constituição.

A título de exemplo, cite-se o direito de inviolabilidade da vida privada disposto no art. 5º, X, da Constituição da República¹¹.

E mais do que isso, a tutela também não se resume às pessoas físicas e jurídicas, sobretudo nas relações de trabalho, em que não é rara a existência de ofensa à coletividade. Nesse sentido, a lição de Alexandre de Moraes:

“Ressalte-se, portanto, que a indenização por danos morais terá cabimento seja em relação à pessoa física, seja em relação à pessoa jurídica e até mesmo em relação às coletividades (interesses difusos e coletivos); mesmo porque são todos titulares de direitos e garantias fundamentais desde que compatíveis com suas características de pessoas artificiais”¹²

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

12 Cf. Direito constitucional. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 50.

Ademais, essa tentativa de enumerar as hipóteses de tutela jurisdicional vai no caminho oposto ao do princípio da reparação integral, fundamento do instituto da reparação por danos morais. Sobre o tema, bem destacou o Tribunal Superior do Trabalho:

“RECURSO DE REVISITA. DANOS MORAIS. ARBITRAMENTO. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA. CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PELO JULGADOR. Na perspectiva do novo cenário constitucional, que reconheceu como fundamento da República o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), e das novas tendências da responsabilidade civil, optou o legislador brasileiro pelo princípio da reparação integral como norte para a quantificação do dano a ser reparado. Tal consagração normativa encontra-se no caput do artigo 944 do Código Civil que prevê: ‘A indenização mede-se pela extensão do dano’. Essa regra decorre, também, da projeção do princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF) em sede de responsabilidade civil e faz com que a preocupação central do ordenamento jurídico se desloque do ofensor para a vítima, sempre com

*o objetivo de lhe garantir a reparação mais próxima possível do dano por ela suportado. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celi-
na Bodin de Moraes ressaltam que ‘entre os critérios enumerados pela doutrina e pelos tribunais para o arbitramento da indenização por dano moral, aparecem usualmente a gravidade da culpa e a capacidade econômica do ofensor. Tais critérios imprimem à indenização um caráter punitivo. Fosse o cálculo da indenização pautado exclusivamente pela extensão do dano, como impõe a regra do art. 944, é certo que a gravidade da culpa e a capacidade econômica do ofensor em nada poderiam alterar o quantum indenizatório. Como já observado, a extensão do dano é idêntica, seja ele causado por dolo ou culpa leve, por agente rico ou miserável.’ A indenização, portanto, tem por objetivo recompor o status quo do ofendido independentemente de qualquer juízo de valor acerca da conduta do autor da lesão. (...)” (PROCESSO Nº TSTR-162600-91.2009.5.09.0093, 7ª Turma, Min. Rel. Cláudio Brandão, p. 29/08/2014)*

Vale dizer, a despeito do até então praticado e sedimentado na Jurisprudência, o

legislador demonstra um caminho mais limitador à resposta aos pleitos reparatórios na Justiça do Trabalho.

Quanto à legitimação passiva, o legislador aparentemente pautou-se na legislação cível sobre o tema.

No Código Civil, o tema pode ser disposto sobre o aspecto da responsabilidade civil subjetiva ou aquiliana¹³, em que a culpa é fundamento da obrigação de reparar, ou sobre o aspecto da responsabilidade civil objetiva¹⁴.

Sobre a responsabilidade civil objetiva, assim se manifestam Marcelo Fortes Barbosa Filho e Claudio Luiz Bueno de Godoy:

“previsão genérica ou uma cláusula geral de responsabilidade sem culpa, baseada na ideia do risco criado, e mitigado, ou não integral, dada a exigência de circunstância específica, além da causalidade entre a conduta e o dano, que está na particular potencialidade lesiva da atividade desenvolvida.”¹⁵

Com a “Reforma Trabalhista”, a legislação trabalhista passa a tratar do tema trazendo a responsabilidade de todos os responsáveis pelos danos. É o que se infere da redação do art. 223-E da CLT:

“são responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.”

A responsabilidade pela reparação do dano extrapatrimonial é de todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão, e pode ser cumulada com a indenização dos danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes):

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

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

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

Neste sentido, a indenização é a consequência legal da ofensa à esfera moral ou exis-

13 CC, art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a reparar.”

14CC, art. 927, parágrafo único. “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

15 Cf. PELUSO, Cezar (coord.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 4ª ed. Barueri: Manole, 2010, p. 919.

tencial da pessoa ou da coletividade.

Quanto aos critérios para apreciar o pedido de reparação de danos morais, a Lei nº 13.467/17, por meio do art. 223-G, procurou orientar o juiz em relação aos pontos que devem ser considerados, a saber:

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

• *I - a natureza do bem jurídico tutelado;*

• *II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;*

• *III - a possibilidade de superação física ou psicológica;*

• *IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;*

• *V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;*

• *VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;*

• *VII - o grau de dolo ou culpa;*

• *VIII - a ocorrência de retratação espontânea;*

• *IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;*

• *X - o perdão, tácito ou expresso;*

• *XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;*

• *XII - o grau de publicidade da ofensa.”*

Note-se que a norma positiva alguns critérios já consagrados pela doutrina e a jurisprudência, como a natureza do bem juridicamente tutelado, na medida em que uma ofensa à vida ou à integridade física naturalmente é mais gravosa do que qualquer outro tipo de ofensa, por exemplo.

Contudo, outros critérios merecem uma análise mais acurada. O perdão, tácito ou expresso, deve ser analisado com extrema cautela, pois não se pode ignorar que os direitos da personalidade são irrenunciáveis, não obstante se deva considerar que o direito à reparação respectiva, por não se confundir com o direito da personalidade em si, está sujeito aos prazos prescricionais.

Nesse sentido, o precedente do Tribunal Superior do Trabalho:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA RECLAMADA. IMEDIATIDADE ENTRE O DANO MORAL E O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. (...) RECURSO DE REVISTA. IMEDIATIDADE ENTRE O DANO MORAL E O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PERDÃO TÁCITO NÃO CARACTERIZADO. 1. O princípio

da imediatidade, aplicado na esfera do direito material do trabalho, segundo o qual se opera o perdão tácito quando o empregador, diante da ocorrência de uma falta disciplinar, retarda a aplicação da sanção ao empregado, de forma a relevar a ocorrência de justa causa para rescisão do liame empregatício, não tem o condão de extinguir direitos subjetivos irrenunciáveis, como são os direitos de personalidade.

2. O direito subjetivo à reparação extrapatrimonial não sofre e nem poderia sofrer limitação pela incidência do princípio da imediatidade. É verdade que a pretensão ou mesmo o direito subjetivo sofre algumas limitações, em razão dos prazos prescricionais e decadenciais, todavia tais prazos não se relacionam com o princípio da imediatidade.

3. O legislador constituinte ao estabelecer as limitações temporais no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, para exercício do direito de ação, atribuiu ao empregado faculdade de ajuizar a reclamação trabalhista quando melhor lhe aprouver, desde que, obviamente, observado o prazo prescricional de cinco anos até o limite de dois anos após a extinção do contrato de emprego.

4. Recurso de revista conhecido e não provido. (...)” (PRO-

CESSO Nº TSRR-77500-02.2008.5.15.0138, 1ª Turma, Min. Rel. Lelio Bentes Corrêa, p. 17/08/2012)

Já em relação aos parâmetros para fixação da indenização, o art. 223-G, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 13.467/17, procurou tarifar o valor reparatório, nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

Sobre a constitucionalidade da tarifação da reparação do dano extrapatrimonial na Consolidação das Leis do Trabalho, passa-se a analisar no capítulo seguinte.

IV. CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL.

O art. 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela Lei nº 13.467/17, buscou estabelecer critérios a serem utilizados pelo órgão julgador ao quantificar a reparação pelos danos extrapatrimoniais.

Há diversas formas de se quantificar os danos extrapatrimoniais, sendo que dois sistemas tratam do tema.

Por meio do “sistema tarifado” se pode fixar um valor único, um valor mínimo, ou, ainda, um valor mínimo e um valor máximo a serem observados pelos órgãos julgadores nos casos de reparação por danos morais.

Este sistema se opõe ao denominado “sistema aberto”, por meio do qual incumbe ao julgador aferir, com base no seu livre convencimento, no princípio da restauração justa e proporcional, bem como na análise do caso concreto, o valor da reparação correspondente.

Tratando do tema, o Tribunal Superior do Trabalho já havia mencionado que o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro era o “sistema aberto”:

“(…) Traduz-se o dano mo-

ral em lesão a atributos íntimos da pessoa, sobre os quais a personalidade é moldada, de modo a atingir valores juridicamente tutelados, cuja mensuração econômica envolve critérios com embasamento objetivo, em conjunto com os subjetivos, sobretudo quando não for possível aferir a extensão do dano, como, por exemplo, nos casos de dano moral a pessoas privadas de capacidade de autocompreensão.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, não restam dúvidas de que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.

(...)

Inviabilizada a tarifação nas indenizações por dano moral, confere-se prevalência ao sistema aberto, mediante o qual o julgador está autorizado a fixar o valor da reparação de forma subjetiva, mas sem desprezar critérios objetivos, conforme balizas preestabelecidas.

A dosimetria do quantum indenizatório guarda relação direta com o princípio da restauração justa e proporcional,

nos exatos limites da existência e da extensão do dano sofrido e do grau de culpa, sem olvidar a situação econômica de ambas as partes.” (PROCESSO Nº TSR-12247-91.2014.5.15.0062, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 17/06/2016)

Cumpram-se ressaltar que os critérios objetivos mencionados no precedente acima, tais como, a capacidade financeira do ofensor, a condição pessoal da vítima, a intensidade do ânimo de ofender e a gravidade e a intensidade da ofensa, certamente foram inspirados no art. 53 da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa):

“No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II – a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso ou exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação”.

O Supremo Tribunal Fede-

ral já analisou a questão sobre a tarifação da responsabilidade civil, no julgamento da ADPF 130-DF, ajuizada contra dispositivo da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa).

Na mencionada demanda, dentre outras questões, discutia-se a não recepção dos arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa, que limitava a responsabilidade civil do jornalista e da empresa que explora o meio de informação ou divulgação a um múltiplo do salário mínimo¹⁶.

O pedido foi julgado procedente, sob relatoria do Ministro Ayres Britto, restando decidido sobre a tarifação da responsabilidade civil que:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MA-

16 Lei n 5.250/67, arts. 51 e 52. “A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV). II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém; III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). (...) A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

NIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. (...) 5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de

expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos. (...) 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.” (STJ, Pleno, ADPF 130-DF, Rel. Min. Ayres Britto, maioria, j. 30.04.09)

Note-se que o fundamento central para a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição da República de 1988, no ponto relativo à tarifação da responsabilidade civil, verificou-se pelo princípio da proporcionalidade.

Sobre o princípio da proporcionalidade, consideramos oportuna a lição de De Plácido

e Silva:

“Denomina-se princípio da proporcionalidade a decorrência do princípio da Constituição que tem por objeto a aferição da relação entre o fim e o meio, em sentido teleológico ou finalístico, reputando arbitrário o ato que não observar que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados ou quando a desproporção entre o fim e o fundamento é particularmente manifesta.”¹⁷

Aliás, em seu voto, o Min. Ricardo Lewandowski pondera que antes mesmo do julgamento do ADPF o Supremo Tribunal Federal já não admitia a tarifação dos danos morais:

“Já, a indenização por dano moral - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser

sempre submetidas ao crivo do sistema recursal.

Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça.

Cito, nessa linha, dentre outras seguintes decisões: o RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 447.484/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello.”

Sustentando-se também no princípio da proporcionalidade, João Oreste Dalazen é crítico ao disposto no art. 223-G, § 1, da Consolidação das Leis do Trabalho, afirmando não só que a lei não poderia limitar a quantificação do dano extrapatrimonial, mas também que os termos em que foram fixados afrontam as normas constitucionais por sujeitar o valor reparatório a valor vil:

“Como se sabe, entre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal

¹⁷ Cf. Vocabulário jurídico. 27ª ed. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1.114.

de 1988 assegura à vítima de dano moral direito à indenização a ser fixadas, observados os requisitos da razoabilidade e proporcionalidade ao agravo infligido (art. 5, incisos V e X).

Ao tarifar e estandardizar o valor da indenização por dano moral, o legislador, além de seguir na contramão da história do Direito, contrapõe-se logicamente à exigência da norma constitucional de que a indenização seja proporcional ao agravo sofrido pela vítima. (...)

Assim, em primeiro lugar, a inconstitucionalidade repousa na contradição intrínseca entre a norma constitucional que não limita o valor da indenização e a norma legal que impõe valor máximo a título de dano moral. (...)

Em segundo lugar, a inconstitucionalidade, no caso, desponha de a lei (iminente!) tarifar em valor quase vil o montante máximo da indenização.”¹⁸

A título de contribuição para enriquecer o debate sobre o tema, poder-se-ia cogitar, sob outros aspectos, que a fixação de parâmetros e critérios legais para a quantificação dos danos extrapatrimoniais não é algo totalmente impensável. Isso porque, em tese, não há que se falar em não recepção

(como na Lei de Imprensa), pois a lei é posterior à Constituição da República de 1988.

Assim, a hipótese é de inconstitucionalidade, salvo se ao intérprete se apresentar a possibilidade de “interpretação conforme a Constituição”, de modo a utilizar o preceito como parâmetro de quantificação da indenização, tendo-se presente a possibilidade de livre fixação a depender da extensão do dano.

A interpretação conforme está prevista na Lei n 9.868/99, art. 28, parágrafo único¹⁹, dentre outras formas de controle de constitucionalidade, e poderá ser aplicada em qualquer grau de jurisdição, tendo efeito vinculante quando realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, Kildare Gonçalves Carvalho ensina que:

“Consiste a interpretação conforme a Constituição em declarar o Tribunal qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Constituição, sempre que determinada lei ou ato normativo ofereça diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição.”²⁰

Também, as palavras de Luís Roberto Barroso, para

¹⁸ Cf. Lições de direito e de processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2017, p. 138.

¹⁹ Lei n 9.868/99, art. 28, parágrafo único. “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

²⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição; Direito constitucional positivo. 14ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 468.

quem a interpretação conforme a Constituição é um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal:

*“é possível e conveniente decompor didaticamente o processo e interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita; 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto; 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição; (...)”*²¹

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam que a interpretação conforme a Constituição está norteada nos princípios da maximização das normas constitucionais e da conservação das normas:

“Seja para aplicar a técnica

*de decisão (STF, no controle abstrato) ou a regra de hermenêutica *juízes e tribunais, no controle concreto) da interpretação conforme a Constituição, devem ser levados em conta dois princípios fundamentais: a) princípio da maximização das normas constitucionais – havendo mais de uma interpretação da norma questionada, todas elas possíveis frente ao texto constitucional, deve-se preferir a interpretação que seja mais abrangente conforme a Constituição, ou seja, a que mais aproveite os direitos e valores maiores da Constituição, àquela que possa conter alguma restrição à direitos e valores constitucionalmente protegidos (...); b) princípio da conservação das normas – havendo mais de uma possível interpretação da norma, deve preferir-se a interpretação que se coadune com a Constituição, a fim de que seja conservada a norma legal questionada: a disposição normativa não deve ser declarada inconstitucional se puder ser interpretada de conformidade com a Constituição (...)”*²²

No caso, a única interpretação que respeitaria os valores maiores da Constituição é aquela segundo a qual, no que faz referência aos danos extrapatrimoniais, a “Reforma

21 Cf. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 181/182.

22 Cf. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 910/911.

Trabalhista” trouxe parâmetros de orientação na quantificação dos danos extrapatrimoniais, mantido o “sistema aberto” para fixação do valor reparatório, a qual, salvo melhor juízo, não pode ser feita sem o completo desvirtuamento do texto legal e da vontade do legislador, que consagra um sistema fechado para arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais decorrentes da relações de trabalho.

Assim, não obstante os princípios da maximização das normas constitucionais e da conservação das normas, não vislumbramos possibilidade hermenêutica para que o art. 223-G, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho mantenha-se em harmonia com a Constituição da República; vale dizer, a interpretação conforme a Constituição se mostra insuficiente, em tese, para afastar a inconstitucionalidade, não obstante reconheçamos que a ausência de parâmetros razoáveis para a quantificação do dano extrapatrimonial pode acarretar a violação de outros princípios constitucionais, tais como o da segurança jurídica e da igualdade, com a prolação de sentenças díspares para casos de danos semelhantes.

Não se desconhece que o art. 223-G, § 1º, CLT pretendeu

balizar a reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho, fato que, a princípio, não merece repulsa, pois o estabelecimento de parâmetros e critérios aos julgadores contribui para o efetivo sentido da ideia de segurança jurídica.

Todavia, o que merece cautela é justamente a fixação de referidos critérios.

No caso, a Lei nº 13.467/17 parece que não apenas norteou, mas sim limitou as hipóteses de reparação, que, necessariamente, devem passar a se enquadrar em ofensas de natureza leve, média, grave e gravíssima.

Observe-se quanto a este ponto que a lei silenciou no que diz respeito às hipóteses de óbito, caso em que, pode não se afigurar como razoável para tamanha ofensa o valor equivalente à faixa legal de natureza gravíssima.

Além disso, utilizou como base de cálculo o salário do ofendido, o que fomenta a ocorrência de sentenças díspares, em vez de mitigar referida possibilidade. Isto porque, ao se cogitar, por exemplo, de um acidente envolvendo dois empregados com cargos diferentes dentro da mesma empresa, vítimas de um mesmo infortúnio, receberão indenizações diferentes, pois baseadas nos respectivos salários.

Não bastasse, se levado à literalidade o disposto no art. 223-A da Consolidação das Leis do Trabalho nem se poderia cogitar a aplicação de outras disposições legais, o que, evidentemente, não nos parece correto, até porque, o rol de bens juridicamente tutelados nos arts. 223-C e 223-D não é taxativo, haja vista outros direitos e garantias fundamentais tutelados pela Constituição.

Assim, oportuna a crítica de Homero Batista Mateus da Silva:

“Indubitavelmente o art. 223-G é o mais controvertido desse bloco, ao apresentar os valores da tarifaçã; muito embora tenha havido o cuidado de apresentar nada menos do que dez ponderações que o juiz deve fazer antes da estipulação do valor, o fato é que as indenizações têm de caber em uma das quatro faixas criadas pela reforma – leve, média, grave e gravíssima – sem prejuízo da reincidência;

Houve crítica severa ao governo federal, por haver utilizado o salário-contratual do empregado como base de cálculo para a indenização, pois esse padrão, por qualquer ângulo que se observe, faz com que a dor do pobre seja menor do que a dor do rico, independentemente da lesão; essa crítica

é irresponsável;

Para piorar a situação, o legislador somente admite a reincidência se for entre as mesmas partes, o que praticamente jamais ocorrerá (...)”²³

Neste sentido, não é difícil concluir pela inconstitucionalidade do dispositivo que estabelece a tarifação da indenização por dano moral, nos termos da Lei n. 13.467/17, pois acarreta ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana (art.1º. III, CF) e da igualdade (art. 5º, CF) ao pretender que um trabalhador com remuneração pouco significativa, por exemplo, receba uma indenização por dano moral gravíssimo não superior a cinquenta mil reais, enquanto outro empregado, submetido a idêntica lesão de direito imaterial possa, em tese, receber indenização dezenas de vezes superior. Referida possibilidade não se harmoniza com a ideia de que todos os seres humanos são iguais em direitos e dignidade.

Assim sendo, caberá aos magistrados do trabalho, no julgamento das demandas que lhes forem submetidas, se e quando necessário, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 223-G, § 1º, CLT, no exercício do controle difuso da constitucionalidade.

23 Cf. Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei 13.467/2017; artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 61.

Referida possibilidade também existe no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, desde que se faça com estrita observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF), nos exatos termos da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

adotados até que o Supremo Tribunal Federal tenha a oportunidade de se pronunciar, no exercício do controle concentrado da constitucionalidade, com eficácia erga omnes, no julgamento de eventual ação direta de inconstitucionalidade.

Os procedimentos supra-mencionados poderão ser

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil, em síntese, pode ser entendida como a obrigação de reparar o prejuízo causado a alguém, sendo uma sanção decorrente da infração de bens juridicamente tutelados.

Nesta medida, a introdução pela Lei nº 13.467/17 do “Título II – A” à Consolidação das Leis do Trabalho tratou de positivizar o tema dos danos extrapatrimoniais.

A “Reforma Trabalhista” cuidou não só de enumerar (em rol exemplificativo) os bens tutelados, mas também de trazer parâmetros para a fixação dos danos morais e existenciais.

Especificamente em relação aos danos extrapatrimoniais, é possível aferir, em tese, a constitucionalidade da fixação de critérios para a quantificação dos danos morais e existenciais, observados os princípios da maximização das normas constitucionais e da conservação das normas.

Contudo, na hipótese do art. 223-G, § 1º, da CLT, a interpretação conforme a Constituição não é capaz de preservar-lhe a higidez, pois viola, a um só tempo, os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, não se podendo afirmar, sem clara subversão do texto legal, que a inovação legislativa trouxe parâmetros de orientação na quantificação dos danos extrapatrimoniais, com manutenção do “sistema aberto” para fixação da indenização.

Por este motivo, concluímos que na fixação da reparação por danos extrapatrimoniais os magistrados do trabalho continuem a observar o princípio da razoabilidade, corolário do princípio da proporcionalidade, e que seja considerada a extensão do dano e capacidade econômica do ofensor, com vistas ao efeito pedagógico capaz de inibir ocorrências idênticas; e para isso, deverão se valer do controle difuso da constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERINI, Atilio Aníbal. *Responsabilidad civil: contornos actuales de la responsabilidad civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1999.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª ed. Atual. Jessé Cláudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRAGHINI, Marcelo. *Reforma trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição; Direito constitucional positivo*. 14ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

DALAZEN, João Oreste. *Lições de direito e de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (org.). *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 5.

MACIEL, Fernando. *Ações regressivas acidentárias*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito do trabalho*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7 v. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NAHAS, Thereza, PEREIRA, Leone e MIZIARA, Raphael. *CLT comparada urgente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2009.

PELUSO, Cezar (coord.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 4ª ed. Barueri: Manole, 2010.

ROMAR, Carla Teresa Martins e ROBORTELLA (Coords). Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 156.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 27ª ed. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TODESCHINI, Remígio, CODO, Wanderley e LINO, Domingo. Fundamentos jurídicos da tarifação coletiva acidentária e individual (FAP); histórico e evolução legislativa; mudanças metodológicas. In Novo seguro de acidente; novo FAP. Org. Remígio Todeschini e Wanderley Codo. São Paulo: LTr, 2009.

SITES CONSULTADOS

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/%C3%9Altimas/STJ-busca-par%C3%A2metros-para-uniformizar-valores-de-danos-morais

ESA, UMA
INSTITUIÇÃO DE
ENSINO COM A
MARCA
OABSP



WWW.ESAOABSP.EDU.BR

REFORMA TRABALHISTA: FLEXIBILIZAÇÃO DO PREPARO RECURSAL



RICARDO SOUZA CALCINI

Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura do TJ/SP. Especialista em Direito Social pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Instrutor de Cursos e Treinamentos “In Company” e Eventos Corporativos.

Professor Convidado e Palestrante em Cursos Jurídicos e de Pós-Graduação.

Assessor de Desembargador e Professor da Escola Judicial no TRT/SP da 2ª Região.

Membro do IBDSCJ, da ABDPC, do CEAPRO, da ABDPro, da ABDConst, do IDA e do IBDD.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	71
I. PREPARO RECURSAL: O NOVO CPC DE 2015 E A JURISPRUDÊNCIA DO TST -----	72
II. REFORMA TRABALHISTA X DEPÓSITO RECURSAL-----	76
III. REFORMA TRABALHISTA X CUSTAS PROCESSUAIS ---	77
CONCLUSÃO -----	79

PALAVRAS-CHAVE:

NOVO CPC; PREPARO RECURSAL; REFORMA TRABALHISTA; CUSTAS PROCESSUAIS; CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

INTRODUÇÃO

É certo que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi alvo de mudanças, sem precedentes, trazidas pela “Reforma Trabalhista”, aprovada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Assim, é possível afirmar que, doravante, se estará diante de um novo Direito do Trabalho, notadamente no aspecto processual, com impactos diretos no curso de todas as ações em trâmite perante o Poder Judiciário Trabalhista.

O objeto deste breve artigo, contudo, se limita ao estudo das novas disposições aplicadas ao preparo recursal, mais particularmente ao famigerado “depósito recursal trabalhista”. Para tanto, antes mesmo de enfrentar os desafios postos ao processo trabalhista, originários da reforma, necessária se faz uma análise cuidadosa do atual cenário concernente ao tema do preparo recursal.

I. PREPARO RECURSAL: O NOVO CPC DE 2015 E A JURISPRUDÊNCIA DO TST

O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST), antes do recesso forense do mês de julho de 2017, promoveu relevantes alterações à sua jurisprudência, por força da necessária adequação aos dispositivos do Novo Código de Processo Civil.

Neste cenário, a mais importante modificação certamente diz respeito à flexibilidade no pagamento do preparo recursal pelas empresas. E tal novidade é resultante da redação conferida à Súmula nº 463 do C. TST e da leitura do § 7º do artigo 99 do Novo Código de Processo Civil, aplicado supletiva e subsidiariamente ao Processo do Trabalho, com supedâneo no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) c/c o próprio artigo 15 do NCPC.

Em relação aos termos do verbete sumular nº 463 da Corte Superior Trabalhista, impende salientar que muito se enfatizou à época a novidade contida no item I, o qual passou a exigir que o advogado – para requerer a concessão da justiça gratuita em nome do trabalhador – tivesse procuração com poderes específicos para essa finalidade, na exata dicção do artigo 105 do Novo

CPC.

Para tanto, de se citar o teor do referido item I da Súmula 463 do TST:

• “SUM-463 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI- 1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017.

I – A partir de 26.06.2017, 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).”.

Sucedede que em nenhum momento a jurisprudência supra faz restrição à procuração outorgada pelo trabalhador/reclamante ao seu causídico. Ao contrário, todo e qualquer instrumento de mandato outorgado por pessoa natural que, inclusive, compreende a pessoa física do empregador, pode conter poderes específicos para a formulação do requeri-

mento da gratuidade judiciária.

Desta feita, desde o dia 26 de junho de 2017, o advogado do empregador, pessoal natural, que também poderá requerer a concessão da gratuidade judiciária, deverá estar munido de procuração com poderes específicos para esse fim, salvo nas hipóteses em que a própria parte venha firmar declaração de pobreza na forma da lei.

E para os casos em que a parte for pessoa jurídica, e não pessoa física, é certo que não bastará a mera declaração. Isso porque a jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho exige que a empresa faça prova cabal de sua impossibilidade de arcar com o pagamento das despesas do processo.

De se ver, pois, o novo item II incluído à redação da citada Súmula 463 do TST: *“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.”*.

Ora, claro está que os empregadores na Justiça do Trabalho também farão jus aos benefícios da justiça gratuita. E, neste ponto, se o empregador for pessoa física, basta a mera declaração por ele subscrita no sentido a informar sua

impossibilidade de arcar com as despesas do processo e/ou pedido de seu advogado com poderes específicos em sua procuração; ou, ainda, se o empregador for pessoa jurídica, que faça prova cabal de sua hipossuficiência econômica.

E por justamente ser admitida a concessão da gratuidade ao empregador, é que a Corte Superior Trabalhista acrescentou o item II à redação da Orientação Jurisprudencial nº 269 da Subseção de Dissídios Individuais (SBDI-1), com vistas a se adequar aos termos do § 7º do artigo 99 do Novo CPC.

Nesse diapasão, o Código de Processo Civil de 2015 passou a permitir que o pedido de justiça gratuita possa ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo e, sobretudo, em grau recursal.

E feito o pedido nas razões recursais, interessante notar que sua apreciação não ficará a cargo do Juiz de Primeiro Grau, responsável pelo juízo de admissibilidade “a quo”, e sim do Desembargador Relator no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho.

Eis o teor do mencionado artigo legal:

- *“Art. 99. O pedido de*

gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

- (...)
- *§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.”. (g.n.)*

A par disso, para efeitos práticos, caso a empresa faça constar seu pedido de gratuidade no ato da interposição do recurso não estará obrigada, por força da lei, a proceder inclusive com o imediato pagamento e recolhimento do preparo recursal.

Afinal, se o Tribunal Regional do Trabalho vier a conceder a gratuidade ao empregador estará ele desobrigado ao pagamento do preparo, que compreende tanto o depósito recursal, quanto as custas processuais, consoante se infere da leitura conjunta da Súmula nº 463 c/c OJ nº 269 da SBDI-1, ambas do C. TST.

Frise-se, a propósito, a atual redação conferida à Orientação Jurisprudencial nº 269 da SBDI-1 da Corte de Vértice

Trabalhista:

- *“OJ-SDI1-269 JUSTIÇA GRATUITA. REQUERIMENTO DE ISENÇÃO DE DESPESAS PROCESSUAIS. MOMENTO OPORTUNO (inserido item II em decorrência do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017.*

- *I - O benefício da justiça gratuita pode ser requerido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja o requerimento formulado no prazo alusivo ao recurso;*

- *II - Indeferido o requerimento de justiça gratuita formulado na fase recursal, cumpre ao relator fixar prazo para que o recorrente efetue o preparo (art. 99, § 7º, do CPC de 2015).”.* (g.n.)

Dessarte, essa importantíssima mudança se mostra consentânea com o fluxo de caixa dos empresários, em especial das micro e pequenas empresas e/ou dos empregadores domésticos e pessoas físicas (v.g. profissionais liberais). Isso também acaba por favorecer as instituições de beneficência, as associações recreativas e outras instituições sem fins lucrativos, que se equiparam à figura do empregador ao admitirem traba-

lhadores como empregados (inteligência do §1º do artigo 2º da CLT).

De outro norte, mesmo se o Tribunal Regional do Trabalho não vier a conceder o pedido de justiça gratuita, ainda sim, na prática, os empregadores continuarão a ser os grandes beneficiados por tal mudança, na medida em que o depósito recursal é ato exclusivo de sua alçada, por representar exigência legal para a garantia de futura execução trabalhista (CLT, artigo 899, §1º).

Assim, formulado o pedido de justiça gratuita – e, no caso, sendo esse indeferido pelo Relator –, não mais será necessário o recolhimento, no ato da interposição do recurso, dos valores devidos a título de preparo recursal, os quais são calculados de acordo com o montante da condenação arbitrada pela decisão judicial.

Oportuno registrar que as custas processuais, tradicionalmente calculadas à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor arbitrado à condenação (CLT, artigo 789, I), diferem dos limites do depósito recursal que observam, desde o dia 1º de agosto de 2017, a sistemática do Ato nº 360/SEG-JUD.GP, de 13 de julho 2017, da Corte Superior Trabalhista.

Neste prumo, oportuno destacar os valores devidos

desde o mês de agosto de 2017 para os efeitos dos depósitos recursais: 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; e c) R\$18.378,00 (dezoito mil, trezentos e setenta e oito reais), no caso de interposição de Recurso em Ação Rescisória.

Bem por isso, certamente se notará uma mudança paradigmática no âmbito da Justiça do Trabalho, uma vez que os empregadores podem estar isentos e/ou terão um prazo maior – e não mais o exíguo lapso de 8 (oito) dias – para pagar e comprovar o valor do preparo recursal, caso tenham feito o pedido de justiça gratuita por ocasião da interposição de seus recursos.

Registre-se, mais, que o § 7º do artigo 99 do Novo CPC c/c o item II da Orientação Jurisprudencial nº 269 da SBDI-1 do TST não fixam um prazo certo ao relator para abertura de prazo ao recorrente para o pagamento do preparo recursal. Bem por isso, não é correto afirmar que aludido lapso será, necessariamente, de 5 (cinco) ou 8 (oito) dias, mas

sim aquele que for fixado pelo relator do recurso que, inclusive, poderá estipular prazo

maior, a depender a condição do empregador.

II. REFORMA TRABALHISTA X DEPÓSITO RECURSAL

No tocante à reforma trabalhista aprovada pelo Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, essa também trouxe mudanças substanciais quanto ao depósito recursal efetuado por empregadores “menos” favorecidos, como são os casos das entidades em fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte. Isso porque, a partir da vigência da reforma trabalhista, caso não sejam beneficiários da gratuidade judiciária, tais empregadores terão direito ao valor do depósito recursal reduzido pela metade.

Ademais disso, além dos beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial passarão a ser isentas do depósito recursal, o qual, uma vez admitido para os demais empregadores, poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial, tudo em conformidade com os novos §§§ 9º, 10 e 11 acrescidos ao artigo 899 da legislação consolidada.

Interessante notar, ainda, que o depósito recursal passa a ser feito em conta judicial, e não mais em conta vinculada ao empregado aberta perante a Caixa Econômica Federal, conclusão essa que se extrai da redação atribuída ao §4º do artigo 899 da CLT, a saber:

• *“Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição (inclusive ED) e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.*

• (...)

• *§ 4º O depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança.”. (g.n.)*

Acredita-se, mais, ser necessária uma reformulação dos entendimentos jurisprudenciais dispostos na Súmula nº 426 e na Orientação Jurisprudência nº 264 da SBDI-1, ambas da Corte Superior Trabalhista.

Isso porque a Súmula nº

426 do TST exige que o depósito recursal seja feito, necessariamente, mediante a utilização da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), sendo admitido, porém, o depósito judicial, realizado na sede do juízo e à disposição deste, apenas na hipótese de relação de trabalho não submetida ao regime do FGTS.

Já a Orientação Jurisprudencial nº 264 da SBDI-1 do TST, por seu turno, perderá a razão de existir, por dispensar a indicação do número do PIS/PASEP do trabalhador na guia GFIP para se conferir validade à comprovação do depósito recursal.

Eis o teor dos referidos verbetes jurisprudenciais:

- “SUM-426 DEPÓSITO RECURSAL. UTILIZAÇÃO DA GUIA GFIP. OBRIGATORIEDADE (editada em decorrência do julgamento do

processo TST-IUJEEDRR 91700-09.2006.5.18.0006) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

- Nos dissídios individuais o depósito recursal será efetivado mediante a utilização da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 899 da CLT, admitido o depósito judicial, realizado na sede do juízo e à disposição deste, na hipótese de relação de trabalho não submetida ao regime do FGTS.”.

- “OJ-SDI1-264 DEPÓSITO RECURSAL. PIS/PASEP. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO NA GUIA DE DEPÓSITO RECURSAL. VALIDADE (inserida em 27.09.2002)

- Não é essencial para a validade da comprovação do depósito recursal a indicação do número do PIS/PASEP na guia respectiva.”.

III. REFORMA TRABALHISTA X CUSTAS PROCESSUAIS

A respeito das custas processuais na fase de conhecimento, a grande novidade fica por conta do limite máximo a ser pago em caso de interposição de recurso.

Neste ponto, embora man-

tida a base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos), a reforma trabalhista predispõe que o cálculo observará “(...) o máximo de quatro vezes o

limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (...)", que, atualmente, é de R\$5.531,31 (cinco mil, quinhentos e trinta e um reais, e trinta e um centavos).

CONCLUSÃO

Em derradeiro, infere-se que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não só está em constante mudança por força dos impactos trazidos pelo Novo CPC, como também sofrerá enormes alterações com a vigência da reforma trabalhista, a qual trará muitos outros desafios àqueles que militam diariamente perante essa Justiça Especializada.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO CONFORME A LEI ORDINÁRIA 13.467/2017

CARLOS VINÍCIUS MARIANO MAGNO
Acadêmico da FMU; Membro da Comissão do Acadêmico de Direito da OAB/SP; Membro da Comissão da Jovem Advocacia da OAB/SP; Membro do Diretório Acadêmico do Direito XIII de Setembro; Membro da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo. Certificado pela Harvard University (EDX) in Course Contract Law: From Trust to Promise to Contract.

SUMÁRIO

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO CONFORME A LEI ORDINÁRIA 13.467/2017 -----	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	87

PALAVRAS-CHAVE:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS; LEI ORDINÁRIA; JUSTIÇA DO TRABALHO; SÚMULA 219

A justiça do trabalho preconiza consubstancialmente a identidade protetiva à parte hipossuficiente. Nesta toada, identifica-se, a princípio, o reclamante, nomenclatura fixada ao ente do polo ativo da lide estabelecida à pretensão trabalhista; em confronto encontra-se a reclamada, nomenclatura fixada ao ente do polo passivo, e nesta tarefa, nunca foi tão tênue a provocação do Estado pela solução dos conflitos estabelecidos pelas partes.

É sabido que as relações de trabalho são evidentemente diferenciais para o crescimento e desenvolvimento econômico de qualquer país. O desafio subsiste em fazer com que essas relações privilegiem o diálogo e a segurança jurídica para todos os envolvidos e neste sentido estimular a sustentabilidade das empresas, bem como garantir os direitos da classe trabalhadora.

Nesse sentido surge a Lei Ordinária 13.467/2017, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Diante dos mais de 200 dispositivos alterados com a nova redação, surgiu a proposta de inclusão do art. 791-A à CLT que visou disciplinar o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho. O texto em questão foi objeto de análise e deliberação no Plenário da Câmara dos Deputados, e teve em sua votação à de 296 votos favoráveis e 177 contrários, posteriormente aprovado pelo Senado Federal e promulgado pelo Presidente da República.

- *Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.*

- *§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.*

- *§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:*

- *I - o grau de zelo do profissional;*

- *II - o lugar de prestação do serviço;*

- *III - a natureza e a importância da causa;*

- *IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*

- *§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrar honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.*

- *§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.*

- *§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.*

A polêmica surge principalmente pelos profissionais da

seara trabalhista, uma vez que o Tribunal Superior do Trabalho entende não serem admitidos os honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho, conforme o enunciado n.º 219, tendo em vista o jus postulandi.

- *Súmula nº 219 do TST*

- *HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016*

- *I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I).*

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

- *III – São devidos os ho-*

norários 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.*

Importante destacar que o Tribunal Superior do Trabalho firmou tal entendimento para pacificar o conflito de acesso ao judiciário trabalhista (jus postulandi) consoante

a letra constitucional em seu artigo 133, que prevê ser o advogado essencial à administração da Justiça.

• *Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*

O distanciamento dos institutos jurídicos presentes no ramo processual civil e processual trabalhista ganha destaque pelas finalidades a que se destinam. Especificamente quanto aos honorários sucumbenciais. Ocasão em que, no processo civil, o mero fato de ser vencido gera o dever de pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, diferentemente da Justiça do Trabalho, que possui regramento específico neste sentido: para que haja o dever de pagar os honorários sucumbenciais, deve o reclamante estar assistido por advogado do sindicato, apresentando declaração de insuficiência econômica, ou se receber salário não superior a dois salários mínimos, ou seja, ser beneficiário da justiça gratuita.

Sendo, nos limites da forma supramencionada e antes da reforma trabalhista, os honorários fixados entre o mí-

nimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Importante destacar também a especificidade contida na situação prevista na Instrução Normativa 27, de 2005, do TST, em seu artigo 5º: trazem às lides que não envolvam relação de emprego, os honorários advocatícios devidos pela mera sucumbência. Ou seja, honorários advocatícios decorrem da sucumbência em todas as ações propostas na Justiça do Trabalho que não sejam as referentes às lides propostas pelo empregado em face do empregador, salvo se houver assistência por advogado de sindicato e tiver concedido o benefício da justiça gratuita.

Com o novo texto da reforma trabalhista, a condenação aos honorários sucumbenciais será devida, bem como fixada nos percentuais 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, ainda que em lides que tenham a relação empregatícia como fundamento.

Em afirmação concisa, o autor que perder uma ação, ainda que de forma parcial

será responsabilizado pelo pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária, e ainda, mesmo que seja beneficiário da Justiça Gratuita, não ficará livre de responder por honorários de sucumbência.

Vale ressaltar que, se houver créditos a receber, ainda que seja em outro processo, os honorários advocatícios serão cobrados. Porém, no caso de não houver créditos, tal exigência de pagamento ficará suspensa, podendo ser retomada se demonstrada que a situação do reclamante se modificou.

Após dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que certificou a impossibilidade da cobrança a exigência será extinta.

Contudo, o que se questiona a princípio, é a mitigação do jus postulandi, diante do argumento da desnecessidade, em regra, de assistência de advogado no processo trabalhista, em que a condenação em honorários sucumbenciais é inócua. Em contrapartida, pode-se cogitar um tratamento isonômico aos advogados que atuam no campo jurídico trabalhista, que diferentemente dos demais profissionais recebem apenas os honorários contratuais.

O risco tênue destacado no início deste artigo traz a po-

lêmica de um possível marco inicial para o declínio do jus postulandi, prejudicando a efetiva defesa dos direitos dos trabalhadores, por intermédio da assistência jurídica qualificada do advogado, em prestígio ao acesso à Justiça.

A legítima preocupação recai sobre a sucumbência parcial dos pedidos, caso em que o juiz arbitra os honorários sucumbenciais de forma recíproca, vedada a compensação entre os honorários, como dispõe o parágrafo 3º do respectivo artigo em comento.

Neste diapasão, alguns advogados podem incidir o seguinte questionamento, muito bem exemplificado pelo Juiz do Trabalho da 18ª região, Rodrigo Dias da Fonseca:

- *Deduz-se pedido de reparação por danos morais, atribuindo-se a ele o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Suponhamos que o juiz acolha o pedido em parte, condenando o reclamado a pagar indenização fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Nesse caso, queixava-se o causídico, o réu teria de pagar de R\$ 500,00 a R\$ 1.500,00 de honorários advocatícios ao autor, calculados sobre o valor da indenização. Ocorre que, argumentava ele, sobre os R\$ 90.000,00 do pedido que não foram acolhidos,*

seriam devidos honorários advocatícios pelo reclamante, que poderiam chegar a até R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), se fossem fixados em 15%. Dessa forma, concluiu, o autor sairia devendo, pois nem mesmo o valor da indenização bastaria para pagar os honorários da parte contrária.

Evidente há uma interpretação errônea desta situação. Vale lembrar que conforme a Súmula 326 do STJ, a ação de indenização por dano moral, em que a condenação for à montante inferior ao postulado na inicial, não implica sucumbência recíproca, ou seja, se for acolhido parcialmente o valor da indenização postulada, não serão devidos honorários à parte contrária.

- *Súmula 326, STJ: Ementa. Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.*

Ainda neste sentido, pode-se trazer o mesmo entendimento de forma extensiva aos demais pedidos postulados na Justiça do Trabalho.

Percebe-se que, em regra, os pedidos formulados em Reclamatória Trabalhista são

ventilados cumulativamente, ou seja, uma mesma ação apresenta diversos pedidos, não necessariamente dependentes ou vinculados entre si.

Ainda no entendimento do brilhante professor Rodrigo Dias da Fonseca:

• *Dentre os típicos pedidos trabalhistas temos, ilustrativamente, os de horas extras, intervalos, equiparação salarial, que são apresentados em uma mesma ação. E quanto a estes, é ordinário que sejam acolhidos apenas em parte. Por exemplo, postulam-se horas extras, que são deferidas, porém em proporção inferior à requerida. O mesmo em relação a intervalos e diferenças oriundas de equiparação salarial. Em todos esses casos, conferindo uma interpretação extensiva do que dispõe a referida súmula do STJ, os honorários advocatícios somente seriam devidos pelo autor quando o pedido fosse integralmente rejeitado. Por consequência, apenas se um pedido for indeferido, na íntegra, o reclamante será devedor*

dos respectivos honorários à contraparte, tentando-se evitar com isso o ajuizamento de ações descabidas.

Não significando que não exista sucumbência recíproca, como são os casos em que há pedidos acolhidos no todo ou em parte, e outros rejeitados, mas que se preserve a boa-fé do autor que busca a reparação do direito que entende lesionado, em pretensão que preserva a ética subjacente ao novo conteúdo normativo.

Por fim, essa alteração na legislação deve provocar uma redução no número de reclamações trabalhistas. A avaliação para o ingresso da ação reclamatória terá que ser mais criteriosa pelos riscos do insucesso da ação, que pode importar em custos para o demandante. Em contrapartida, as empresas demandadas, também passam a ter um risco maior, pois em caso de condenação agora também respondem por honorários de sucumbência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 28/08/2017.

Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de Maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em 29/08/2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. *Curso de direito processual do trabalho*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Honorários advocatícios sucumbenciais na justiça do trabalho após a reforma trabalhista: uma tentativa de interpretação equânime. Disponível em: <http://ostrabalhistas.com.br/honorarios-advocaticios-sucumbenciais-na-justica-do-trabalho-apos-reforma-trabalhista-uma-tentativa-de-interpretacao-equanime/>. Acessado em 27/08/2017.

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 29/08/2017.

Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2005. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 29/08/2017.

Reforma trabalhista: honorários sucumbenciais na seara trabalhista. Disponível em: <https://jessicaalvesresendefreitas.jusbrasil.com.br/artigos/451910518/reforma-trabalhista-honorarios-sucumbenciais-na-seara-trabalhista>. Acesso em 27/08/2017.

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

Súmula n.º 219, Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219. Acesso em 29/08/2017.

Súmula n.º 326, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em 29/08/2017.

Tribunal Superior do Trabalho. *Instrução Normativa nº 27, de 2005*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm>. Acesso em 28/08/2017.

Reforma trabalhista – honorários advocatícios. Disponível em: <http://blo>

DOS PRESSUPOSTOS E PEDIDOS DA NOVA PETIÇÃO INICIAL TRABALHISTA



AFONSO PACILÉO

Advogado trabalhista, Diretor Tesoureiro da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo e Vice-presidente da Comissão de Direito Material do Trabalho da OAB/SP.

SUMÁRIO

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO CONFORME A LEI ORDINÁRIA 13.467/2017 -----	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	87

PALAVRAS-CHAVE:

*LEI ORDINÁRIA 13.467/2017; JUSTIÇA DO TRABALHO; PETIÇÃO INICIAL;
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS*

Sancionada pelo Presidente da República em 13 de julho de 2017, a REFORMA TRABALHISTA traz inúmeras alterações que vão desde dispositivos de direito material individual do trabalho, passando por normas de direito coletivo e administrativo, até normas de processo do trabalho.

Para a comunidade jurídica trabalhista, a partir de novembro de 2017, observando-se a *vacatio legis* de 120 dias estabelecida na lei 13467/17, das alterações que passam a entrar em vigor, as que mais deverão ter o foco do advogado trabalhista são aquelas que gerarão efeitos imediatos, tendo os pressupostos da petição inicial grande relevância nesse sentido.

Para elaboração da petição inicial trabalhista deverão ser observados os requisitos objetivos previstos no artigo 840 da CLT. A doutrina costuma dividir os pressupostos processuais em objetivos e subjetivos. Os objetivos são ainda divididos em intrínsecos (ou positivos) e extrínsecos (ou negativos).

Não é novidade que para que o processo exista e possa tramitar validamente, há necessidade de se observar os chamados pressupostos processuais.

Os pressupostos processuais, segundo a doutrina já

consolidada, são requisitos de existência e validade da relação jurídica processual da relação do trabalho.

Com a nova justiça do trabalho pós reforma, as partes, em especial o reclamante, terão que prestar muito mais atenção nos pressupostos processuais subjetivos. Deverá o reclamante ter grande certeza de que seja titular de direitos e obrigações, possuindo capacidade jurídica. Será necessário ainda ter certeza de que tenha capacidade processual, ou seja, capacidade de estar em juízo, isto é, que possam exercer direitos e deveres processuais e praticar de forma válida os atos processuais. E por fim, ter a total capacidade de postular em juízo.

A questão dos pressupostos da petição inicial trabalhista, já eram disciplinados antes da lei 13467/17, no art. 840, § 1º, da CLT, e continuam da mesma forma. Houve, contudo, significativa e importante alteração quanto à parte do pedido na petição inicial, conforme passaremos a analisar em seguir:

• *Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal.*

§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação

das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

O antigo artigo 840 fazia alusão exclusivamente à necessidade do pedido, mas não demonstrava qualquer referência à certeza ou determinação, muito menos à indicação de valores. Nesse ponto fica evidente a grande mudança e a atenção que devera ter o advogado trabalhista a partir de novembro.

O que fica claro é que a certeza implica que o pedido deve ser expresso, além de especificado e individualizado na petição inicial.

E de bom alvitre ressaltar que mesmo em caso de que se demandasse coisa incerta, o que não é comum, ainda assim será necessária ao menos indicação de gênero e quantidade do que é indicado, na forma prevista no art. 243, do Código Civil.

Na doutrina, alguns autores entendem que a determinação seria necessária para individualizar, especificar e desassemelhar o pedido de outros, embora admitam também que pode significar simplesmente a apresentação do pedido sob a forma de quantia

certa. Outros, ao versarem sobre certeza e determinação no procedimento sumaríssimo, afirmam que “a palavra determinado diz respeito à certeza do pedido”, ou seja, transforma a exigência de pedido determinado em sinônimo de pedido certo, neutralizando-o, e depois procuram explicar que a expressão “certo” no dispositivo na verdade se refere ao valor.

Após muito pesquisar abaixo por concluir que essa questão cria problemas e nada resolve, porque transforma “determinado” em sinônimo de certeza, e “certo” em sinônimo de líquido.

Desta forma, diante de toda problemática criada, o que mais me parece razoável é o entendimento de que diz-se certo o pedido quando individualizado em seus elementos o objeto sobre o qual se pretende o pronunciamento jurisdicional; líquido ou determinado, o pedido que faz tal indicação.

Há de se ressaltar que no direito do trabalho sempre tivemos exceções os pedidos implícitos, que sempre foram admitidos pela jurisprudência bem como pela doutrina, tais como as prestações sucessivas (art. 323 do CPC), os juros e a correção monetária. O que nos parece é que essas exce-

ções continuarão tendo o mesmo tratamento após a reforma trabalhista. Vamos aguardar.

Um cuidado que se deve ter a partir da vigência da nova lei será que algumas pretensões específicas, como por exemplo, a incidência da multa prevista no art. 467, poderiam até ser inseridas dentro do conceito de pedido implícito, porém, é que mesmo quem assim entende estaria correndo um risco desnecessário se omitisse tal pedido.

Assim, diante do exposto, até para os pedidos que expressamente se entendem implícitos será bem relevante que sejam identificados.

Já no que diz respeito à determinação, o CPC manteve em sua atual redação as ressalvas que já existiam no Código de 1973 para autorizar a formulação de pedido genérico como se vê:

- *Art. 324. O pedido deve ser determinado.*

- *§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico:*

- *I - nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados;*

- *II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato;*

- *III - quando a determinação do objeto ou do valor da*

condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

- *§ 2º O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção.*

A partir de novembro, com a reforma trabalhista, passa-se a exigir que o valor dos pedidos conste expressamente na petição inicial, sendo natural que o valor da causa corresponda ao somatório dos mesmos, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, conforme §3º que a reforma introduz no art. 840, da CLT.

Uma das situações que poderão ser criadas será a necessidade de uma generalização de cautelares de exibição de documentos de forma a verificar o eventual adimplemento de verbas que se pretende postular. Também vamos aguardar.

Porem, por outro lado, a solução dos casos em que o pedido dependa necessariamente da juntada aos autos de documentos que se encontram na posse da parte adversa, como cartões de ponto e recibos de pagamento, a aplicação da exceção contida no art. 324, III, do CPC poderá ser medida imposta. A norma processual civil autoriza exceções ao pedido determinado. O mesmo, aliás, pode ser dito das hipóteses em que não for

possível determinar as consequências do ato ou fato como, por exemplo, um pedido de indenização por danos materiais por acidente de trabalho ou doença ocupacional.

O que se percebe, portanto, é que mesmo após a reforma trabalhista aplicam-se

ao processo do trabalho as exceções que autorizam pedidos genéricos na forma do art. 324, do CPC, especialmente nas hipóteses de seus incisos II e III, que parecem não apenas ser as mais corriqueiras no processo do trabalho.

CONCLUSÃO

Por fim, o que podemos concluir ainda nesse momento preliminar, sem que tenhamos ciência das primeiras jurisprudências nesse sentido, é que a exigência de formulação de pedidos determinados quanto ao seu valor implicará a necessidade de uma adaptação e reinvenção, na prática processual trabalhista, de ambas as partes para lidar com essa realidade e seus efeitos processuais.

A APLICABILIDADE DO DIREITO PROCESSUAL COM O ADVENTO DA LEI 13.467 DE 14/07/2017 AOS PROCESSOS PENDENTES.



LUCAS OLIVEIRA DOS REIS SOUZA
Advogado, Professor Universitário, Palestrante e
Coach;
Presidente Nacional da comissão de cursos do
IAPE (Instituto dos Advogados Previdenciários de
São Paulo);
Professor de Pós-Graduação em Direito Previdenci-
ário na EPD (Escola Paulista de Direito);
Professor de Direito do Trabalho na ESA (Escola Su-
perior da Advocacia); Professor de Direito do Traba-
lho do Complexo de Ensino Andreucci; Professor de
Direito Previdenciário do jus prime cursos jurídicos;
Palestrante em diversos cursos na área Previdenci-
ária e Trabalhista na AATSP (Associação dos Adv-
ogados Trabalhistas de São Paulo).
Especialista em Direito do Trabalho e Processo do
Trabalho;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	95
I. LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO -----	96
II. DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL -----	96
III. DIREITO INTERTEMPORAL -----	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	101

PALAVRAS-CHAVES:

*DIREITO INTERTEMPORAL; LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO; DIREITO
MATERIAL; LEIS DO TRABALHO*

INTRODUÇÃO

A Lei 13.467 de 14 de julho de 2017 que tramitou na câmara dos deputados sob o projeto 38 de 2017 passa pelo período de vacatio legis de 120 dias, período curto para alterações de proporções tão relevantes, no que tange ao direito material e o direito processual do trabalho.

Uma das questões mais palpitantes trazidas pela lei da reforma trabalhista relaciona-se com a aplicação da lei antiga e nova aos processos pendentes. Isso porque, quanto aos processos finalizados, é pacífico que as situações jurídicas consolidadas, bem como seus efeitos, sejam regidas pelos artigos revogados.

É também indiscutível, que em relação às ações supervenientes, se apliquem inteiramente a nova disposição normativa. Os pontos de maior discussão, portanto, decorrem da incidência dos artigos da reforma trabalhista aos processos pendentes.

Com tais alterações, surgem expectativas e desafios quanto à aplicabilidade dessas novas regras processuais com o fito de garantir a segurança jurídica que resguardará às partes de decisões-surpresa que não podia antever quando calculou o custo envolvido. Muitos estudiosos do Direito entendem que essas novas regras podem ser aplicadas pelos juízes nas sentenças relativas aos casos que tramitam atualmente.

Contudo, surgem dúvidas quanto à aplicação aos processos em andamento, pois paira a sensação de “injustiça” às partes, já que quando do ingresso da peça embrionária, sequer imaginavam tais mudanças.

Dentre tais inovações, tem-se a obrigatoriedade, salvo preenchimento dos requisitos entabulados em Lei, do pagamento de custas processuais, honorários periciais, honorários advocatícios, multa por litigância de má-fé aos que inclusive sejam beneficiários da justiça gratuita, consoante art. 790-B, § 4º do art. 791-A e art. 793-B, todos da reformada Consolidação das Leis do Trabalho.

São inúmeros os debates quanto à aplicabilidade dessas novas regras diante da existência do art. 468 da CLT, art. 6º. da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro e o artigo 5º. caput e incisos XXXVI e LIV da Constituição da República Federativa do Brasil, dentre outros.

I. LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO

O Estado, em sua função jurídica, desenvolve as relações intersubjetivas através de duas ordens de atividades distintas, mas intimamente relacionadas. A primeira delas é a legislação, em que são estabelecidas as normas que, segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, dizendo o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações, consistentes em normas de caráter genérico e abstrato, ditas sem destinação particular a nenhuma pessoa e a ne-

nhuma situação concreta; são verdadeiros tipos, ou modelos de conduta, acompanhados, é claro, dos efeitos que seguirão à ocorrência dos fatos que se adaptem às previsões.

A segunda é a jurisdição, que induz o Estado a buscar a realização prática das normas em caso de conflito entre pessoas, declarando através da interpretação qual é o preceito pertinente ao caso concreto, buscando assim, a segurança jurídica na sociedade.

II. DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

O Estado poderá ser chamado para desempenhar a atividade jurisdicional, tendo em vista a provocação da parte, diante de uma pretensão não satisfeita. A atividade jurisdicional se desenvolve em cooperação com as partes, ou só com uma delas (revelia).

Essa soma de atividades em cooperação e o conjunto de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade constitui o processo.

Entende-se o direito processual como o aglomerado de normas e princípios que

regem o exercício conjugado da jurisdição do Estado-juiz, da ação pelo requerente e da defesa do requerido, servindo de instrumento a serviço do direito material que está ligado ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispô-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos.

O direito material pode ser conceituado como um conjunto de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, trabalhista

etc.)

O que diferencia basicamente o direito processual do direito material é que o primeiro cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um no processo, da forma de se proceder aos atos deste – sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas envolvidas (o que entra na órbita do direito substancial).

O direito processual, sob o prisma de sua função jurídica, é um instrumento a serviço do

direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico.

O objeto do direito processual considera estes institutos que concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material.

III. DIREITO INTERTEMPORAL

O direito intertemporal é regido pela aplicação da norma processual que, em regra, não retroage para situações pretéritas. Passa a reger fatos presentes e futuros da data que entra em vigor.

Além disso, no Direito, nada é absoluto, muito menos os efeitos da lei processual, vez que não poderá afetar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, institutos estes insculpidos no art. 5º. XXXVI da Constituição Federal, que assim estabelece:

- “Art. 5º, XXXVI da CF/88: *A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*”

De mais a mais, o art. 6º.

da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro estabelece que a lei processual em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, vejamos:

- “Art. 6º do DECRETOL-LEI Nº 4.657/42: *A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*”

Outro suporte constitucional é no sentido de que a aplicação de qualquer penalidade deve, obrigatoriamente, invocar o art. 5º. LIV da Constituição Federal, o qual impõe, para concretização do direito deferido, o respeito ao devido

processo legal para a decretação da indisponibilidade dos bens - se o caso for, senão vejamos:

- *“Art. 5º, LIV da CF/88: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”*

Nesse prumo, certas situações fazem com que o direito processual possua natureza híbrida, porque o processo é uma das vias pelas quais o direito material transita rumo à realização da justiça em casos concretos, considerando o conjunto de atos inseparáveis, unidos por um mesmo objetivo e interdependentes entre si.

O ilustre processualista Cândido Rangel Dinamarco leciona neste mesmo sentido:

- *“A autonomia do direito processual e sua localização em plano distinto daquele ocupado pelo direito material não significam que um e outro se encontrem confinados em compartimentos estanques. Em primeiro lugar, porque o processo é uma das vias pelas quais o direito material transita rumo à realização da justiça em casos concretos; ele é um instrumento a serviço do direito material. Depois, porque existem significativas faixas de estrangulamento, ou momen-*

tos de intersecção, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico. (...)”

Por assim dizer, os processos trabalhistas em andamento não necessariamente albergaram na peça embrionária pedidos relacionados a honorários sucumbências, honorários periciais e ao pagamento de custas, e mais, sequer houve a oportunidade de defesa para o requerido se pronunciar, o que reforça ainda mais a ideia de que o direito processual deve estar alinhado ao direito material, sob pena de ofensa ao art. 5º, LIV da CF/88.

Nesse mesmo sentido, a expropriação patrimonial decorrente de sentença condenatória e em razão das inovações processuais trazidas pela lei 13.467/2017, devem se submeter ao devido processo legal, em respeito à Constituição.

Bem por isso, afronta a segurança jurídica condenar uma parte que sofrerá a indisponibilidade de seus bens sob o pretexto de que as regras processuais entrem em vigor de forma ampla e imediata.

Registra-se, portanto, que uma vez iniciado o processo sob a vigência de uma determinada lei, não é razoável que uma nova norma surja e modifique o encadeamento e a na-

tureza dos atos a serem praticados, em vista dos prejuízos irreversíveis que as partes terão.

CONCLUSÃO

Destarte, conclui-se que o processo do trabalho sofrerá profundas transformações com a vigência da reforma trabalhista, mais ainda com os desafios que surgirão com a aplicação do direito processual nas matérias relativas aos honorários advocatícios, honorários processuais, custas e multa por litigância de má-fé.

O mais razoável é a conjugação híbrida do direito processual com o direito material, fazendo com que os novos dispositivos infraconstitucionais se restrinjam aos processos ajuizados após o período da vacatio legis e os processos pendentes se submetam à legislação processual antiga, em prestígio ao devido processo legal e à segurança jurídica entabulados no art. 5º. caput, inciso LIV da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. I. Brasil: Malheiros, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. 19ª. Edição. Editora Malheiros. 2002.

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 26/08/2017.

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

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

REFORMA TRABALHISTA CONSOLIDA AVANÇOS, MAS TRAZ DÚVIDAS, INCONSISTÊNCIAS E INCONSTITUCIONALIDADES



GILDA FIGUEIREDO FERRAZ DE
ANDRADE
Advogada Trabalhista; Conselheira
OAB/SP; Conselheira AATSP

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO -----	103
INTRODUÇÃO -----	104
I. RESTRIÇÕES AO DANO MORAL-----	106
II. DISPENSA E QUITAÇÃO DE DIREITOS -----	110
CONCLUSÃO -----	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	115

PALAVRAS-CHAVE: REFORMA TRABALHISTA, INCONSTITUCIONALIDADE, DANO MORAL, JUSTIÇA DO TRABALHO, DIREITOS DO TRABALHADOR.

APRESENTAÇÃO

O texto tem como objetivo analisar alguns pontos de inconstitucionalidade da Lei 13.467/17, que resultou da reforma trabalhista. O nosso foco centrou-se em três principais: as restrições ao princípio do dano moral, os óbices ao acesso gratuito à Justiça do Trabalho, as questões limitadoras envolvendo dispensa e quitação de direitos e as mudanças nas regras da sucumbência. Embora a reforma tenha ajudado a modernizar muitos pontos das relações trabalhistas no Brasil, as inconstitucionalidades atropelam direitos do trabalhador e podem, em tese, ser um entrave à redução dos litígios na Justiça do Trabalho.

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que a reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) era necessária para rever e modernizar muitos pontos da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), com mais de 70 anos, que já não traduziam a realidade do mercado de trabalho brasileiro, ajudando a fomentar o número crescente e recorde de desempregados no país.

Ressaltaria, como grandes avanços, a sobreposição do acordado sobre o legislado, que ao invés de reduzir direitos, como afirmam alguns de seus críticos, abre sim espaços para novas situações, para a aquisição de novos direitos por parte dos empregados.

A negociação sai do foco da abstração da lei e entra no foco dos interesses práticos das partes que negociam.

Na verdade, esse entendimento -que ainda precisa ser absorvido pela cultura arraigada no Brasil de que as relações trabalhistas são extremamente desiguais, - já vinha sendo consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por meios de dois recursos extraordinários (REsp 590.415 e Resp 895.759), que receberam votos dos ministros Luís Roberto Barroso e do saudoso Teori Zavascki sedimentando a prevalência do negociado sobre o legislado.

Nos argumentos empregados pelos eminentes e i. ministros do Supremo, constam a lucidez que não se pode tratar como os trabalhadores como ³incapazes e inimputáveis² e mais, que a Constituição Federal consolidou a autonomia coletiva da vontade nos conflitos trabalhistas, abrindo um amplo um amplo temário em que o negociado possa prevalecer. Cheguei a tratar da questão em artigo publicado no jornal ³O Estado de S. Paulo².

Outro grande avanço da reforma trabalhista foi alterar o art. 579 da CLT transformando a contribuição sindical de obrigatória em facultativa, dependendo da previa autorização do profissional ao sindicato representativo de sua categoria.

Essa obrigatoriedade era uma excrescência até mesmo diante dos acordos internacionais assinados pelo Brasil, como a Convenção 87 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que defende a autonomia sindical.

Tal alteração começa a forjar uma nova estrutura sindical no Brasil, longe da apatia, da excessiva, politização, do “peleguismo” e de distorções no uso dos recursos dos trabalhadores, da falta de transparência e de representatividade.

A Regulamentação do “home office”, da terceirização, da flexibilização da jornada, da fragmentação das férias, do trabalho intermitente

são outros ganhos da reforma trabalhista, que sintonizam o Brasil como a realidade global do mercado de trabalho internacional e a Revolução Industrial 4.0, na qual as profissões e ocupações vêm ganhando um novo formato ou sendo extintas, além de criar garantias ao trabalhador que ficava sem dúvida na informalidade, que cresceu à margem da legislação, sendo mais prejudicado do que beneficiado pelo engessamento da CLT. A despeito de todas essas revoluções trazidas pela reforma trabalhista, ela incorreu em algumas polêmicas e inconstitucionalidades, que vamos tratar nesse artigo, e que precisam ser revistas para que não restrinjam a fundamental proteção aos direitos dos trabalhadores, principalmente os trabalhadores mais vulneráveis economicamente, além de causarem conflitos e insegurança jurídica. Várias entidades, como o Conselho Federal da OAB, Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), Ministério Público do Trabalho (MPT) e Procuradoria Geral da República (PGR), questionaram a constitucionalidade de inúmeros pontos da Reforma trabalhista.

Neste artigo pretendo me restringir a quatro pontos:

1- dano moral, 2- acesso gratuito à Justiça do Trabalho, 3- dispensa e 4-, quitação de direitos e honorários de sucumbência, até porque discordo de grande parte dos argumentos levantados.

Certamente, o nível de litigiosidade na Justiça do Trabalho é altíssimo.

O Brasil é recordista em ações trabalhistas. Estimativa da presidência do Tribunal Superior do Trabalho apontava uma estimativa de ingresso na Justiça Trabalhista, no ano passado, de cerca de 3 milhões de novas ações, o que já seria espantoso, mas a projeção errou para menos. De acordo com o relatório “Justiça em Números-2017”, recém publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o total de novos processos na Trabalhista, em 2016, somou 4,6 milhões, registrando um aumento de 5% em relação a 2015.

I. RESTRIÇÕES AO DANO MORAL

Uma vez que a Constituição Federal garante os direitos à personalidade, em seu art.5, X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação) e a reparação à violação por danos morais, em seu art. 5º, V (É assegurado o direito de resposta proporcional ao a gravidade, além da indenização por dano material, moral ou à imagem), qualquer lei contrária a esses incisos será inconstitucional.

E isso acontece em vários dispositivos do título II A Do Dano Extrapatrimonial, da reforma trabalhista.

Na Justiça Trabalhista, a jurisprudência sobre o dano moral veio sendo construída com base no equilíbrio entre o dano causado e o ressarcimento justo.

A valoração do dano moral constitui uma questão basilar nos tribunais brasileiros, que buscaram ao longo dos anos avaliar e dar parâmetros aos diferentes tipos de atos lesivos e, bem assim, definir valorações equivalentes, excluindo as consideradas exorbitantes ou desproporcionais.

Uma das soluções mais efetivas e acatadas veio do mi-

nistro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Paulo de Tarso Sanseverino, que no Recurso Extraordinário (RE 1152541/RS) estabeleceu a dupla fase para fixar o dano moral de uma forma mais justa.

Na primeira fase, de Valorização das Circunstâncias, definia o valor inicial da indenização, segundo precedentes forenses. Na segunda fase, voltada ao interesse jurídico lesionado, havia o estabelecimento definitivo da indenização, baseando o valor nas circunstâncias que envolviam o caso concreto.

Na Doutrina jurídica, o dano moral sempre esteve atrelado ao princípio da dignidade humana, assegurado pela CF, art. 1, III.

Para o jurista e meu caro Mestre, Prof. Dr. José Afonso da Silva, *“a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida, acompanhando o homem até a sua morte”*.

Igualmente, para o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Carlos Ayres Britto, toda pessoa humana é portadora de dignidade inata; conceito que encontra sinto-

nia com o pensamento da atual presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, para quem ³a dignidade da pessoa humana é não apenas um princípio fundamental da democracia, mas também um valor fundante das organizações sociais que, contemporaneamente, atuam com o Estado, mas não necessariamente dentro de sua estrutura burocrático-governamental.

Ora, a democracia haverá de ser considerada na sociedade e não apenas cobrada do Estado.

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é sim um princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição².

No entanto, a reforma trabalhista, em seu art.223-C, procura restringir o universo dos tipos de dano moral tutelados para a pessoa física, restringido sua amplitude ou dimensão, violando o direito à

personalidade no universo do trabalho.

Aponta , v.g, apenas ofensas à *“honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física”*.

E, quando o ofendido for a pessoa jurídica , o art. 223-D, estabelece que os quesitos ficam restritos às ofensas à *“imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.”*

Vale , portanto, ressaltar que no Direito do Trabalho, tanto empregado, quanto empregador podem ser o titulares do direito à indenização por dano moral.

A reparação por um dano moral na Justiça do Trabalho é inquestionável.

Contudo, a despeito de a jurisprudência sempre rejeitar a fixação de uma tabela de referência para estipular de antemão a valoração do dano moral, a reforma trabalhista estabelece uma escala:

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

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

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último

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

Mais:

A jurisprudência sobre dano moral sempre rejeitou essa espécie de “tarifação” para evidenciar que cada caso é um caso e que a proteção não pode ser insuficiente para interesses tutelados.

Da forma como está colocado na nova lei, os trabalhadores com salários mais baixos terão direito a uma reparação inferior a (reparação) de outro, que tenha sofrido a mesma ofensa, mas que ganhe proventos maiores. Isso é a negação da igualdade de tratamento para casos semelhantes.

O empregador também fica na mesma situação de falta de isonomia, quando o texto legal aponta no § 2º que “Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor”.

O novo diploma ainda observa que no caso de reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

A lei 13.467/17 também

fixa os requisitos que devem ser observados pelo magistrado na análise do dano moral trabalhista, ao fixar em seu art. 223-G, que:

Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa.

Entraves ao acesso à Justiça:

A inconstitucionalidade da reforma trabalhista também fica em tese assaz visível em dois pontos: ao atacar o princípio da gratuidade da Justiça, tão basilar na Justiça Trabalhista, e ao estabelecer a possibilidade de que o trabalhador possa arcar com honorários periciais, honorários de sucumbência sobre verbas devidas e permanecer impedido de ingressar com nova ação,

caso não honre o pagamento das custas em processo anterior a que tenha sido condenado.

Ora; a Constituição Federal assegura o acesso à Justiça como um direito (art. 5º, XXXV), ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Essa norma constitucional implica que nenhuma norma poderá dificultar o acesso à justiça, especialmente dos mais carentes, que formam a grande massa de demandantes da Justiça Trabalhista.

Aos hipossuficientes, a CF garante em seu art. 5º, LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. E reforço que essa sempre foi uma marca da Justiça do Trabalho.

O acesso à justiça é um direito fundamental, essencial para o pleno exercício da cidadania, a que todos constitucionalmente devem ter direito, independentemente de terem recursos financeiros para bancar um processo.

Compete ao Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Portanto, a reforma trabalhista, em seu art. 790-B, trará muitas dúvidas na prática, por-

quanto será difícil prever que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

O trabalhador, mesmo que beneficiário da assistência judiciária tem de arcar com honorários parciais sucumbenciais sempre que obtiver créditos para suportar a despesa.

Trata-se de uma novidade, embora há quem considere tal questão uma “afronta à Constituição Federal, “ , ou seja, que a nova lei estabeleça que ao perder a causa, o trabalhador beneficiário da justiça gratuita terá um prazo de dois anos para quitar a sucumbência, sendo que não poderá ingressar com outro processo, prevendo que 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.

Ao vincular o pagamento de honorários para ingresso

de nova ação, a reforma trabalhista, smj, não está restringindo a tutela jurisdicional, mas antes, colocando limites, senão salvaguardas, ao direito do cidadão empresário e trabalhador de ter acesso ao Judiciário para discutir e buscar reparação a um dano sofrido.

O hipossuficiente no Brasil da atualidade é muito diferente do hipossuficiente daquele de 1943, que sempre pode se valer da assistência judiciária, um instituto que vem ajudando a fazer justiça no Brasil há décadas, pelo trabalho abnegado dos advogados privados ou públicos.

Sobre esse tema, a Procuradoria Geral da República apresentou ao Supremo Tribunal Federal uma Ação direta de Inconstitucionalidade (ADI 5766.), com pedido cautelar, questionando os artigos 790-B, 791-A e 844. A legislação impugnada investe contra ga-

rantia fundamental da população trabalhadora socialmente mais vulnerável e alveja a tutela judicial de seus direitos econômicos e sociais trabalhistas, que integram o conteúdo mínimo existencial dos direitos fundamentais, na medida de sua indispensabilidade ao provimento das condições materiais mínimas de vida do trabalhador pobre, argumenta o Procurador-Geral, Rodrigo Janot, ao Supremo.

Mas o Parquet Federal, smj, exagerou neste particular, data venia.

Olvidando, smj, uma próspera e verdadeira “ indústria” de Reclamações Trabalhistas que tem como meta apenas um “ acordo”, por singelo que seja.

O alcance social da Justiça do Trabalho, que nunca foi Casa de Apostas, há de ter seus limites.

II. DISPENSA E QUITAÇÃO DE DIREITOS

A lei 13.467/2017, em seu art.477-A, equiparou todos os tipos de dispensas, individuais, plúrimas (redução definitiva do quadro de funcionários) ou coletivas, afirmando que *“não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua*

efetivação.”

Contudo, a Constituição Federal em seu art. 7º, I, estabelece:

I relação de empregado protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Explica-se:

A reforma trabalhista junta dois institutos jurídicos com diferentes regramentos: dispensa individual e dispensa coletiva, sem conseguir tratar de forma constitucional o término da relação trabalhista.

Enquanto a primeira não prevê por parte do empregador nenhuma restrição para dispensar do trabalhador, não se exigindo motivação de qualquer natureza, (e a CLT atual nada prevê tampouco), bastando promover o pagamento das verbas rescisórias; a dispensa coletiva segue uma série de normas, sendo a negociação coletiva fundamental para a dispensa em massa dos trabalhadores, que agora a reforma trabalhista ignora.

No Brasil, a dispensa arbitrária ainda precisa ser regulamentada para equacionar seu impacto nas relações do trabalho, principalmente porque pouca gente lembra que o nosso país denunciou a Convenção 158 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) em 1997 (Decreto 2.100/96) e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI1625) da Contag, paralisada por um pedido de vista no ano passado, ainda não respondeu se um presidente pode revogar unilateralmente um acordo internacional de tamanha envergadu-

ra.

A nova lei, em seu art. 507-B, cria em tese, outra possível inconstitucionalidade ao prever a quitação anual de obrigações trabalhistas que, ao ser assinada, proíbe a realização de quaisquer reclamações trabalhistas no sindicato dos empregados da categoria.

Não penso assim.

Ao vetar a possibilidade de o trabalhador buscar a observância de um direito que lhe foi assegurado pela Constituição Federal (art. 7,XXIV), o dispositivo limita o acesso do trabalhador à Justiça e afronta mais uma vez a Carta Magna de 88. Mas o livra de homologações de fachada, com o pagamento de uma taxa per capita a cada homologação selada.

Perdem os Sindicatos ditos pelegos, que não representam a categoria mas estão ávidos pelo imposto e contribuição sindical dos trabalhadores.

A quitação de verbas e valores, previstas em lei, implica pagamento, sendo que o trabalhador não pode renunciar aos direitos referentes ao seu contrato de trabalho. E não o fará.

Esses direitos são, portanto, irrenunciáveis, uma vez que são tutelados pelo Estado.

Assim sendo, o chamado ³Termo de Quitação Anual passaria sim a ter valor jurídica-

co, senão proporcionar ao empresariado segurança jurídica.

Honorários de Sucumbência:

Anteriormente, à reforma trabalhista que alterou a CLT, a Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho, já modificada para contemplar o NCPC, tratou da sucumbência nos seguintes termos:

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).

Ora:

Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, a Súmula previa ainda que exceptuados 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)².

Contudo, a reforma trabalhista, em seu art. 791-A, estabelece novas normas, pontuando que os honorários de sucumbência serão ³ 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.

Alteração equilibrada e justa. SMJ.

Na reforma trabalhista, no § 1º do mesmo artigo (791-A) ajudam a colocar as coisas nos devidos lugar em matéria de sucumbência na Justiça Trabalhista, porque assegura que os honorários serão devidos também nas ações em face da Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo Sindicato de sua categoria e no caso de procedência parcial, o juízo arbitrar os honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

E, no § 2º, define que o Juízo deve fixar os honorários com base em quatro critérios: zelo do advogado no patrocínio da ação, lugar de presta-

ção de serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo que foi dedicado à causa.

Esse regramento faz jus-

tiça tardia aos advogados, reconhecendo finalmente os honorários de sucumbência na Justiça Trabalhista.

CONCLUSÃO

Em 2017, os conflitos trazidos pelas mudanças na CLT e a divergência de entendimentos nos tribunais pode gerar o ingresso de milhões de novas ações, seja em decorrência de inconstitucionalidades ou de um período de superação gerado pela insegurança jurídica trazida pela nova lei.

No entanto, a partir de novembro desse ano, quando se inicia a vigência da reforma, caminharemos para um novo modelo de relações trabalhistas, que não terá a natureza intervencionista e protecionista do Estado, voltada a tutelar o trabalhador. O novo mercado de trabalho quer um trabalhador mais autônomo e senhor de sua vontade e a Justiça Trabalhista terá um importante trabalho na construção de uma nova jurisprudência que reflita essa realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

O Brasil precisava e precisa dessa Reforma Trabalhista. Aguardemos.

Afinal, o tempo é o Senhor da Razão.

Referências

ANDRADE, Gilda Figueiredo Ferraz. *Minirreforma e novas relações no trabalho. São Paulo p.3, 20 jan.2017.* Disponível em <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,minirreforma-e-novas-relacoes-no-trabalho,70001635008>).

BRASIL. *Lei 13.467/2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm*

BRITTO, Carlos Ayres . *O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte:Fórum 2007.*

ROCHA, Cármen Lucia de Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 2, p. 49-67, maio 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>*

SILVA, José Afonso de. *A Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: Ética, Democracia e Justiça. Livro de Teses do XV Conferência Nacional da OAB, Foz do Iguaçu, 1994.*

REFORMA TRABALHISTA E VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA: ENTRE VERDADES E MENTIRAS



JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO
Professor de Direito Trabalhista da Fundação Getúlio Vargas – EAESP/FGV e da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Titular da Cadeira n. 21 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	117
I. EXCLUSÃO DA EXIGÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA -----	120
II. SOBREPOSIÇÃO DA NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL SOBRE A NEGOCIAÇÃO COLETIVA-----	122
III. NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO -----	123
IV. RELAÇÃO DE TEMAS SOBRE OS QUAIS É POSSÍVEL SOBREPOSIÇÃO DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO -----	127
CONCLUSÃO -----	133

PALAVRAS-CHAVES:

NEGOCIAÇÃO COLETIVA; NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL; SOBREPOSIÇÃO DO NEGOCIADO

INTRODUÇÃO

Em seus dois discursos de posse, em abril, como interino, e em agosto, como efetivo, do ano de 2016, o presidente Michel Temer evidenciou que uma de suas prioridades seria a realização de uma reforma trabalhista. Esse anúncio causou preocupação e desconfiança entre numerosos operadores e estudiosos do direito do trabalho e entre parcela significativa das representações de trabalhadores. Provocou, por outro lado, certo alento e esperança entre os empresários e seus representantes.

O anúncio da proposta do governo foi feito em 21 de dezembro de 2016. De sua exposição de motivos se extrai que seus objetivos eram aprimorar as relações do trabalho no Brasil por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores; atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país; regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores; e atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário.

As propostas, contudo, não agradaram completamente o empresariado e suas representações sindicais. Eles esperavam medidas mais drásticas. Confirmaram, contudo e em grande medida, o receio da classe trabalhadora de que o novo governo empenhar-se-ia para flexibilizar as regras legais ainda vigente por meio da adoção de um modelo que permite derrogação da legislação estatal sobre algumas matérias por meio de negociação com sindicatos de trabalhadores.

Havia, naquele momento histórico, duas formas antagônicas de analisar as medidas já tomadas e aquelas apenas propostas. Sob uma perspectiva pessimista, reconhecendo nelas o risco de “desagradar gregos e troianos”. As proposições não eram tão impactantes quanto pareciam desejar as representações dos setores econômicos, o que poderia desagradá-los. Modificariam, por outro lado, dogmas muito caros a representação dos trabalhadores, o que lhes provocaria descontentamento. Sob uma perspectiva otimista, era possível, naquele momento, crer que ao apresentar ao parlamento medida que não interferia tão drasticamente quanto se temia no sistema vigente, o governo demonstrava preocupação em não desagradar por completo a classe trabalhadora reconhecendo, aparentemente, a importância da manutenção de um bom clima entre estes, a Administração e os empregadores para a retomada do crescimento do país.

Havia, contudo, um longo caminho a percorrer antes da aprovação final das medidas.

O Projeto de Lei inicialmente apresentado como “Minirreforma trabalhista” foi tombado como PL 6.787, de 2016. A Comissão Especial destinada a proferir parecer quanto ao seu texto, foi criada mediante Ato da Presidência da Câmara dos Deputados de 3 de fevereiro de 2017, constituída e instalada em 9 de fevereiro desse mesmo ano. A Relatoria do Pro-

projeto de Lei apresentado pelo Poder Executivo coube ao Deputado Federal Rogério Marinho, do PSDB-RN.

Sob o pretexto de “ouvir todas as partes envolvidas, garantindo o direito de manifestação de setores do Governo Federal, do Judiciário Trabalhista, do Ministério Público do Trabalho, de representantes dos trabalhadores e dos empregadores, de especialistas os mais diversos, enfim, de todos os interessados em se manifestar”, foram realizadas 17 audiências públicas, 7 seminários e outras quarentas reuniões menores e debates. Foi colocado à disposição da sociedade o acesso tanto ao Portal e-Democracia quanto a um endereço eletrônico específico da Comissão Especial para o recebimento de críticas e sugestões. Ao todo foram apresentadas 850 emendas ao Projeto, das quais apenas 8 foram retiradas pelos próprios autores.

O relator, Deputado Rogério Marinho, apresentou seu relatório no final de abril de 2017, acolhendo grande número de emendas parlamentares e transformando a minirreforma numa reforma significativamente mais robusta. O projeto apresentado em Dezembro tinha 13 pontos específicos, o substitutivo apresentado no final de abril quase 40 itens que implicaram na alteração de cerca de 200 dispositivos (entre alteração de artigos, parágrafos e alíneas e inclusão de novos preceitos) da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em 26 de abril de 2017 o relatório foi aprovado pela Comissão por 27 votos a 10 e seguiu para o Plenário, onde foi aprovado, na forma do substitutivo do relator, na madrugada do dia 27 de abril de 2017 por 296 votos a favor e 177 contra.

No Senado Federal o Projeto recebeu a numeração PL 38/17 e, por 46 votos a 19, foi aprovado requerimento de tramitação em caráter de urgência.

O principal efeito prático desta medida consistia justamente em impedir o retorno do texto para nova análise das comissões, caso fossem apresentadas emendas (sugestões de alterações) ao texto, o que acabou não acontecendo. Em 11 de julho de 2017, como há era esperado, o Senado Federal aprovou a reforma trabalhista por 50 votos favoráveis, 26 contrários e uma abstenção.

O texto aprovado foi idêntico ao aprovado pela Câmara dos Deputados. O seu relator no Senado, Romero Jucá (PMDB-RR), recomendou, contudo, que o Palácio do Planalto promovesse ajustes no PLC 38/2017, por veto ou medida provisória.

Em 13 de julho de 2017, sem demora alguma, o texto é sancionado pelo Presidente da República, com a promessa de que o governo editaria Medida Provisória para alterar pontos negociados com os Congressistas. Além de consagrar a possibilidade de sobreposição das regras negociadas sobre as legisladas às regras estipuladas em lei também quando em desfavor aos trabalhadores, o projeto de lei excluiu expressamente a exigência de negociação coletiva de situações onde haviam sido expressamente consagradas. Sentiu-se, a partir dessa constatação, a necessidade de se implementar uma análise mais atenta no texto aprovado para verificar se após tantas modificações o texto legal se manteve fiel ao escopo,

inicialmente expresso, de valorizar a negociação coletiva.

A metodologia utilizada para tanto foi a análise dogmática do texto legal e dos entendimentos jurisprudenciais correlacionados, por meio de uma revisão bibliográfica em textos de direito do trabalho.

I. EXCLUSÃO DA EXIGÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Lendo detidamente os preceitos de lei alterados e os inseridos no texto da Consolidação das Leis do Trabalho e na Lei 6.019/74 percebe-se que as mudanças implementadas excluíram a exigência de negociação coletiva de diversas situações para as quais a jurisprudência havia consagrado a medida.

A primeira situação digna de menção é a do banco de horas. Contrariando o disposto na Súmula 85, V do Tribunal Superior do Trabalho¹, que claramente exigia que o regime de compensação de jornada fosse negociado coletivamente, a Lei 13.467/17, no novo §5º do artigo 58-A da Consolidação das Leis do Trabalho, expressamente estatui que: O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

De forma similar, a reforma trabalhista dispensou a prévia aprovação em negociação coletiva para a formalização da jornada 12X36, permitindo que ela seja pactuada também por acordo individual escrito. O artigo 59-A não poderia ser mais claro em sua redação:

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

A nova lei contrariou, outrossim, o entendimento dos Tribunais do Trabalho², notadamente do Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual essa jornada, por ser excepcional, somente poderia ser autorizada por meio de negociação coletiva de trabalho.

O texto legal deixa dúvidas, inclusive, quanto à exigência de acordo individual escrito para a formalização do banco de horas e da jornada 12X36. Não obstante a literalidade dos artigos 58-A e 59-A, o texto do artigo 59-B parece caminhar no sentido de autorizar, ou pelo menos reconhecer validade, a compensação mesmo mediante acordo tácito. Observe-se:

• *Art. 59-B. O não atendimento das exigências legais*

portanto, que foi contrariada a Súmula nº 277 do TST, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333 do TST. 6 - Recurso de revista de que não se conhece. (TST - RR: 7002720125180002, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/06/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015) ACORDO DE COMPENSAÇÃO. JORNADA 12X36. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE DO REGIME COMPENSATÓRIO. A jurisprudência desta Corte superior é de que o regime compensatório de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso somente é válido quando celebrado via acordo coletivo, nos termos do que dispõe o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, dada a excepcionalidade desse regime. In casu, ficou consignado pelo Regional que o regime de 12x36 horas em que laborava o reclamante não estava previsto em norma coletiva de trabalho, tendo o Regional asseverado ser irrelevante a inexistência de negociação coletiva ou acordo escrito entre as partes para efeito de convalidação do regime especial examinado. Portanto, o entendimento adotado pelo Regional, de que é válido o regime especial de trabalho 12x36, independentemente da previsão em norma coletiva, violou o disposto no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, de acordo com o qual a compensação de horários somente pode ser pactuada em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. ACÚMULO DE FUNÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. Os arestos citados para o cotejo de teses são inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296, item I, do TST, por não consignarem as mesmas premissas fáticas e jurídicas delineadas pelo Regional na hipótese destes autos, especialmente no tocante ao fato de que, no caso, a Corte de origem asseverou não haver provas de exigência, pela reclamada, do desenvolvimento de outras funções alheias ao contrato de trabalho, sendo que nos paradigmas citados essa circunstância consta expressamente como fator determinante. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 642004520085150114 64200-45.2008.5.15.0114, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 16/10/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013)

¹ Assim dispõe a Súmula: “As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva”.

² É o que denota o seguintes julgados: RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. JORNADA 12X36. EXIGÊNCIA DE PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. ULTRATIVIDADE DA NORMA. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 277 DO TST AO CASO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. 1 - O TRT deu provimento ao recurso ordinário do sindicato reclamante, para afastando a ultratividade da norma e a teoria da aderência limitada por revogação, aplicadas ao caso pela sentença, considerar inválida a jornada de 12x36, no período de 1º/7/2010 a 31/12/2011, haja vista não haver previsão em norma coletiva que a amparasse. 2 - A pretensão da reclamada é obter a aplicação da nova redação da Súmula n.º 277 do TST ao caso dos autos, declarando-se a adesão ao contrato de trabalho da cláusula normativa que autorizou a jornada 12x36, no período de 1º/7/2010 a 31/12/2011. 3 - A atual redação da Súmula n.º 277 desta Corte, alterada em 14/9/2012, prevê que “as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”. 4 - Diferentemente de outras súmulas, que advêm de construção jurisprudencial das Turmas e da SDI desta Corte, firmadas no decorrer do tempo, a nova redação da Súmula n.º 277 do TST decorre da interpretação do Pleno quanto aos arts. 7º, 114, § 2.º, da CF/88 levando em conta os julgados da SDC, de maneira que não pode ser aplicada retroativamente. Caso contrário, abalaria a segurança jurídica em relação às normas coletivas firmadas sob a égide de sua anterior redação, segundo a qual as cláusulas de normas coletivas vigoravam no prazo assinalado no instrumento. Precedentes desta Corte. 5 - Inviável a admissão do recurso de revista, dada a conformidade do acórdão do Regional com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, e não se pode falar,

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

É possível, portanto, a depender da forma como o dispositivo em comento vier a ser aplicado, que passemos de uma situação de exigência de negociação coletiva para formalização da compensação por banco de horas para uma situação de admissão até mesmo de acordo tácito.

O artigo 61, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho permaneceu inalterado. Permanece possível que a duração do trabalho exceda do limite legal ou convencionado para fazer face a motivo de força maior, atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto. O projeto de lei fez questão de reafirmar, no §1º, a dispensa de negociação coletiva para tanto, ao estatuir que “O excesso, nos casos deste artigo, pode ser exigido independentemente de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.” A única mudança perpetrada no aludido disposi-

tivo foi a dispensa da comunicação à autoridade competente em matéria de trabalho, que deveria, anteriormente, ser feita no prazo de dez dias.

A instituição do regime de contratação intermitente mediante acordo escrito, o que, a princípio, permite que seja feito por acordo individual, também evidencia uma forma de desprestígio à negociação coletiva. Perdeu-se, na pior das hipóteses, uma ótima possibilidade de valorizar a negociação coletiva por meio de uma exigência de pacto com a participação do sindicato.

Outro ponto em que não se prestigiou efetivamente a negociação coletiva, não obstante ela tenha sido expressamente mencionada, foi na formalização de quadro de carreira capaz de justificar desnível salarial entre empregados. O § 2º do artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho dispensou, para o reconhecimento de sua validade, qualquer forma de homologação ou registro em órgão público. Não exigiu, contudo, que fosse resultado de uma negociação coletiva bem-sucedida na medida em que o admitiu por meio de norma interna de empresa. Esse permissivo torna pouco provável que, na prática, negociações coletivas discutam esses termos.

A situação, contudo, que seguramente mais chamou a atenção foi a da dispensa coletiva. Desde o julgamento do ED-RODC n. 30900-12.2009.5.15.0000, de relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, conhecido como caso EMBRAER, a negociação prévia coletiva com o sindicato, para que alternativas menos drásticas fossem consideradas, passou a ser um pré-requisito da dispensa coletiva. O Tribunal Superior do Trabalho passou a adotar esse entendimento com base a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, considerada descumprida em razão de no julgamento que figurou como leading case desta tese.

Sem definir o que seriam dispensas plúrimas e distingui-

-las das dispensas coletivas, o novo artigo Art. 477-A. da CLT apenas estabeleceu que:

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

- A dispensa coletiva, portanto, a despeito de toda a sua repercussão social e econômica, passará a ser tratada como qualquer dispensa singular. Sem formalidades. Sem tentativas de minorar seus efeitos ou de pensar solução alternativa juntamente com a representação de trabalhadores.

II. SOBREPOSIÇÃO DA NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL SOBRE A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Muito se falou e há muito tempo se fala sobre a sobreposição do negociado sobre o legislado. A Lei 13.467, no entanto, não consagrou apenas essa nova regra de hierarquização das normas trabalhistas. Consagrou também, ao inserir um parágrafo único no artigo 444 da CLT, a hipótese de sobreposição da negociação individual sobre a nego-

ciação coletiva:

- *Art. 444.*

- *Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso*

de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

O texto não poderia ser mais claro. O que os trabalhadores que recebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social doravante irá se sobrepôr até mesmo ao que for deliberado por

sua categoria em negociação coletiva que resultar em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Não há como extrair outra conclusão da afirmação “com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos”.

Também quanto a este ponto verifica-se flagrante desprestígio à negociação coletiva, em contradição a tudo o que havia sido afirmado por ocasião da apresentação da versão inicial do então projeto de reforma trabalhista.

III. NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO

O Ministro do Trabalho e Emprego e Deputado Federal licenciado Ronaldo Nogueira de Oliveira enalteceu, na exposição de motivos do Projeto de Lei encaminhado para o Congresso Nacional, a evolução no diálogo social entre trabalhadores e empregadores brasileiros desde a redemocratização em 1985. Destacou a Constituição Federal de 1988 como um marco nesse processo, ao reconhecer no inciso XXVI do art. 7º as convenções e acordos coletivos de trabalho. E asseverou que o amadurecimento das relações entre capital e trabalho vem se dando com as sucessivas negociações coletivas que ocorrem no ambiente das em-

presas a cada data-base, ou fora dela.

Ilustrou suas assertivas com exemplos dos bancários, metalúrgicos e petroleiros que, em sua opinião, prescindem há muito tempo da atuação do Estado para chegar a entendimento com as empresas.

Manifestou preocupação com o fato de os pactos laborais apresentarem sua autonomia questionada judicialmente e com a insegurança jurídica que daí decorreria. Ressalta que diversas decisões judiciais reveem pactos laborais firmados entre empregadores e trabalhadores, em razão da falta de um marco legal claro dos limites da autonomia da norma coletiva de trabalho.

Evidenciando que essas decisões estariam na contramão do decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 590415 / SC. No julgamento desta ação, que questionava o plano de dispensa incentivada do BESC/Banco do Brasil, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou que no âmbito do direito coletivo, não se verifica, portanto, a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho, não se sujeitando a autonomia coletiva da vontade aos mesmos limites que a autonomia individual. Ronaldo Nogueira de Oliveira destacou ainda, em sua exposição de motivos, passagem em que Barroso deixa claro que estão protegidos contra a negociação in pejus os direitos que correspondam a um “patamar civilizatório mínimo”, notadamente a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc. E que, por conseguinte, direitos que excedem esse patamar civilizatório mínimo sujeitar-se-iam, por conseguinte, à negociação coletiva, um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia e a diferenciadas

conjunturas econômicas. Justificou, assim, a medida destinada a sobrepor a negociação coletiva ao disposto expressamente nos textos legais substituindo o princípio da norma mais favorável, que determina a aplicação da regra que mais beneficiar o trabalhador, pelo princípio da norma mais específica, que orienta a aplicação da norma mais próxima da realidade fática da relação de emprego, seja ela a convenção ou o acordo coletivo de trabalho.

A mudança é polêmica e as discussões em torno dela não são recentes, como se poderia imaginar. A expressão “negociado sobre legislado” vem sendo bastante utilizada, e, já há alguns anos, para diversas tentativas de modificação da legislação trabalhista, apresentadas com o intuito de possibilitar que a negociação coletiva se sobreponha, em todos ou apenas em determinados temas, à legislação elaborada pelo parlamento. Não se trata de um verdadeiro mecanismo de valorização da negociação coletiva, mas de um mecanismo de flexibilização das normas imperativas estatais.

O ideal, em termos de valorização da negociação coletiva e fortalecimento do sistema sindical, seria criar melhores condições e deixar mais

3 MAGANO, Octávio Bueno; MALLET, Estêvão. *O Direito do Trabalho na Constituição*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 105.

espaço para as negociações coletivas e não manter uma legislação ampla e detalhista e possibilitar que ela seja pontualmente derogada pela negociação entre os atores sociais. Quando a regra existe e você permite uma negociação para reduzi-la ou suprimi-la cria-se a sensação de perda de direitos. Quando se deixa claro que a regra será estabelecida mediante negociação coletiva a expectativa é de que a regra será construída pelas categorias.

O ponto de vista aqui defendido torna-se mais claro com um exemplo. A lei 10.101 estabelece em seu artigo 2º que “A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados” e lista os procedimentos que poderão ser adotados. A lei não dá um direito e permite que a negociação o suprima ou modifique. Ela deixa claro que a negociação é importante para que o direito surja e seja editado. Esse modelo efetivamente valoriza a negociação coletiva. Quando ele é adotado, a negociação torna-se parte do processo de criação do direito.

As regras do artigo 7º, incisos VI e XIII, diferentemente, não cuidam de verdadeiro mecanismo de valorização da negociação coletiva, mas de

mecanismo de enfrentamento de crise. Elas possibilitam a flexibilização das regras de irredutibilidade salarial e de vedação à alteração contratual lesiva mediante negociação coletiva para que em determinadas situações se assegure uma maior ou melhor proteção para uma categoria ou grupo de trabalhadores, ainda que em detrimento de seus direitos individuais.

Quando se permite que a negociação suprima ou altere um direito já estabelecido na legislação ela deixa de ser um mecanismo de conquista e se torna um instrumento de perda. Mesmo quando a perda for justificada pela proteção de um bem maior, como no caso da preservação de empregos e postos de trabalho. Essa conclusão se evidencia nas reflexões apresentadas por Octávio Bueno Magano e Estêvão Mallet acerca das mencionadas regras constitucionais:

• *Vale dizer que, desde 5 de outubro de 1988, tornou-se possível a utilização da convenção e do acordo coletivo não apenas para estabelecer novas condições de trabalho, in melius, como é da tradição desses institutos jurídicos, mas também in pejus, o que, até então, só se admitia excepcionalmente³.*

E arrematam:

- *Flexibilizar o Direito do Trabalho quer dizer torná-lo mais ajustável a situações fáticas, menos rígido. Simboliza, ainda, a troca do genérico pelo individualizado, do válido pelo eficaz, do fantasioso pelo real. Significa, finalmente, a preponderância da convenção coletiva sobre a lei, da autonomia dos grupos profissionais sobre o paternalismo estatal.*

- *Sinteticamente, pode-se dizer que a flexibilização do Direito do Trabalho é o processo de adaptação das normas trabalhistas à realidade cambiante. Trata-se de processo porque se traduz em sucessão de estados e mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças in vitro e sim as exigidas pela realidade cambiante, como por exemplo, retrações ou expansões econômicas, processo tecnológico; transformações sociais ou políticas⁴.*

Diante do exposto, compartilha-se aqui a ideia de que a verdadeira valorização da negociação coletiva não se tem quando se permite que ela se sobreponha à legislação vigente, gerando um sentimento de perda, mas quando o orde-

namento jurídico a exige para a completude da criação do direito, gerando um sentimento de construção e ganho.

As normas trabalhistas devem ser mais flexíveis para valorizar a construção do direito do trabalho a partir da negociação coletiva entre sindicatos de trabalhadores e de empregadores. Eles conhecem as peculiaridades da sua categoria melhor do que qualquer parlamentar. Precisamos de um direito do trabalho que tenha seu esqueleto construído por leis trabalhistas gerais, inflexíveis, de cunho protetivo aos trabalhadores, mas cuja musculatura sejam as normas coletivamente negociadas por quem sabe das necessidades e anseios próprios - as vezes exclusivos - das categorias econômicas e profissionais.

Melhor do que criar regras legais gerais aplicáveis para todos os trabalhadores e regras legais específicas para as chamadas profissões especiais regulamentadas e depois permitir, ainda que apenas em situações excepcionais, a flexibilização delas por meio de normas coletivas, é manter um núcleo duro de normas inegociáveis e complementá-lo pela chamada autonomia coletiva dos particulares.

É ingênuo acreditar que apenas a aprovação de uma

⁵ COSTA, Orlando Teixeira da. *Direito coletivo do trabalho e crise econômica*. São Paulo: LTr, 1991, p. 87

norma que permita a sobreposição do negociado coletivamente sobre o legislado é a solução para a necessidade de modernização da legislação trabalhista brasileira. A negociação coletiva deve ser um instrumento de adaptação das regras gerais e inderrogáveis às particularidades das atividades e da realidade sócio-econômica, não deve servir a precarização das relações de trabalho para garantir o lucro.

Bastante enriquecedoras são, a esse respeito, as lições de Orlando Gomes:

- *Em face dessa situação, não se pode, sem o devido cuidado, promover qualquer reforma trabalhista no sentido de adotar uma postura flexível, pois uma ação irrefletida nesse sentido poderia agravar a condição dos hipossuficientes, sem contribuir, de maneira alguma, para o fortalecimento das relações de trabalho.*

- *A quebra da rigidez de*

certas normas tem que vir metodicamente, através de um processo de flexibilização diferenciada, que não cuide apenas do geral, mas prioritariamente do diversificado. E essa diversificação deve considerar não apenas a carência de muitos ou o concentrado poder econômico de poucos, mas a variedade que apresentam empresários e empregados⁵.

Para uma verdadeira valorização da negociação coletiva, é preciso reformar a estrutura sindical de modo a tornar os sindicatos efetivamente representativos de suas categorias. Precisamos de mais liberdade sindical para ter sindicatos mais legítimos e mais representativos, que não se acomodem com suas receitas e lutem efetivamente por melhorias sociais para os trabalhadores por meio da negociação e do diálogo social.

IV. RELAÇÃO DE TEMAS SOBRE OS QUAIS É POSSÍVEL SOBREPOSIÇÃO DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Quando o Presidente Michel Temer assumiu o cargo, ainda que interinamente, e anunciou a reforma trabalhista como uma de suas principais bandeiras, já imaginava-se

uma flexibilização ampla da legislação trabalhista com regra que permitisse a sobreposição do negociado sobre o legislado em qualquer situação ou quase em qualquer situação. Pen-

4 MAGANO, Octávio Bueno; MALLET, Estêvão. *O Direito do Trabalho na Constituição*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 105.

sava-se que seria resgatada a ideia defendida no Projeto de Lei 5.483/2001, enviado pelo Governo Fernando Henrique Cardoso ao Congresso nacional em 03 outubro de 2001, o Projeto de Lei 5.483/2001 que se limitava a alterar o artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho para lhe atribuir a seguinte redação:

- *Art. 618. As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho.*

A ideia dos seus propositores era que qualquer regra infraconstitucional não relativa à normas de segurança e saúde do trabalho pudesse ser derrogada por meio de negociação coletiva. Esse projeto de lei foi retirado de tramitação em 08 de março de 2003 a pedido do então Presidente Luís Inácio Lula da Silva e posteriormente arquivado em 16/04/2004.

Ao contrário da reforma proposta por FHC, a minirreforma trabalhista de Temer, em sua proposta inicial, enumerou expressamente quais as matérias que poderão ser flexibilizadas mediante acordo ou convenção coletiva de tra-

balho. Caso aprovado como inicialmente proposto, a regra do artigo 611 da CLT teria passado a ser a seguinte:

- *Art. 611-A. A convenção ou o acordo coletivo de trabalho tem força de lei quando dispuser sobre:*

- *I - parcelamento de período de férias anuais em até três vezes, com pagamento proporcional às parcelas, de maneira que uma das frações necessariamente corresponda a, no mínimo, duas semanas ininterruptas de trabalho;*

- *II - pacto quanto à de cumprimento da jornada de trabalho, limitada a duzentas e vinte horas mensais;*

- *III - participação nos lucros e resultados da empresa, de forma a incluir seu parcelamento no limite dos prazos do balanço patrimonial e/ou dos balancetes legalmente exigidos, não inferiores a duas parcelas;*

- *IV - horas in itinere;*

- *V - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos;*

- *VI - ultratividade da norma ou do instrumento coletivo de trabalho da categoria;*

- *VII - adesão ao Programa de Seguro-Emprego - PSE, de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;*

- *VIII - plano de cargos e*

salários;

- IX - regulamento empresarial;

- X - banco de horas, garantida a conversão da hora que exceder a jornada normal de trabalho com acréscimo de, no mínimo, cinquenta por cento;

- XI - trabalho remoto;

- XII - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado; e

- XIII - registro de jornada de trabalho.

- § 2º É vedada a alteração por meio de convenção ou acordo coletivo de norma de segurança e de medicina do trabalho, as quais são disciplinadas nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho ou em legislação que disponha sobre direito de terceiro.

- § 3º Na hipótese de flexibilização de norma legal relativa a salário e jornada de trabalho, observado o disposto nos incisos VI, XIII e XIV do caput do art. 7º da Constituição, a convenção ou o acordo coletivo de trabalho firmado deverá explicitar a vantagem compensatória concedida em relação a cada cláusula redutora de direito legalmente assegurado.

- § 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de acordo ou con-

venção coletiva, a cláusula de vantagem compensatória deverá ser igualmente anulada, com repetição do indébito.”

Analisando-a hoje, com o olhar de quem já sabe quais foram os acréscimos e alterações implementados por ocasião de seu trâmite na Câmara dos Deputados, a redação em questão já não parece tão ruim. Ela apresentava um rol taxativo de hipóteses em que a negociação poderia retirar, reduzir ou modificar benefícios legais, e uma hipótese estrita em que sequer seria possível cogitar de negociação coletiva, a saber as normas de segurança e medicina do trabalho.

A partir das emendas parlamentares apresentadas ainda na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, a redação final do projeto ficou a seguinte:

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

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

- II - banco de horas anual;

- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo

de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

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

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

- VI - regulamento empresarial;

- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

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

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

- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

- XI - troca do dia de feriado;

- XII - enquadramento do grau de insalubridade;

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

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

- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

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

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

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

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

- § 5o Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anu-

lação de cláusulas desses instrumentos.”

Embora o rol de hipóteses em que a negociação coletiva tenha aumentado pouco, de treze para quinze hipóteses, ele deixou de ser taxativo e passou a ser meramente exemplificativo. É o que se pode concluir a partir da expressão “entre outros”. Doravante quase todos os temas do Direito do Trabalho poderão ser alterados por meio de negociação coletiva. A exceção doravante, são as situações em que não se admite negociação coletiva, a saber:

- *“Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:*

- *I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;*

- *II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;*

- *III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);*

- *IV - salário mínimo;*

- *V - valor nominal do décimo terceiro salário;*

- *VI - remuneração do tra-*

balho noturno superior à do diurno;

- *VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;*

- *VIII - salário-família;*

- *IX - repouso semanal remunerado;*

- *X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;*

- *XI - número de dias de férias devidas ao empregado;*

- *XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;*

- *XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;*

- *XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;*

- *XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;*

- *XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;*

- *XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;*

- *XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;*

- *XIX - aposentadoria;*

- *XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;*

- *XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;*

- *XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;*

- *XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;*

- *XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;*

- *XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;*

- *XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo*

coletivo de trabalho;

- *XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;*

- *XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;*

- *XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;*

- *XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.*

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

A conclusão de que a possibilidade de negociação coletiva para retirada, modificação ou flexibilização de direitos trabalhistas passou a ser a regra e não a exceção é reafirmada pela expressão “exclusivamente” que antecede o rol de situações que não a admite.

CONCLUSÃO

A negociação coletiva é a melhor forma de se construir o direito do trabalho. Ninguém melhor do que os diretamente envolvidos numa relação empregatícia para decidir as cláusulas que regerão as condições de trabalho da categoria. Essa solução é, inquestionavelmente, melhor do que a solução ditada por legisladores que muitas vezes estão bastante distantes da realidade social daquela atividade econômica. É também melhor do que a solução ditada nos dissídios coletivos por magistrados que, muitas vezes, jamais foram empregados ou empresários e, portanto conhecem da matéria pelo conhecimento adquirido nos cursos e livros jurídicos, sem contudo a vivência prática da categoria econômica em discussão.

A análise apresentada neste texto demonstra, no entanto, que, a despeito do que fora dito por ocasião da apresentação da primeira versão do projeto que resultou na Lei 13.467, a Reforma Trabalhista não valorizou a negociação coletiva. As mudanças que passarão a vigor a partir de 12 de novembro, em verdade, valorizaram muito mais a negociação individual, permitindo que, em alguns casos pontuais, como o dos empregados mais bem aquinhoados e com diploma de nível superior, a liberdade de contratação individual se sobreponha a deliberação por meio da representação da categoria.

Essa opção é sintomática e apresenta consequências potencialmente muito danosas. A Negociação Coletiva é o Direito do Trabalho por excelência. Valorizá-la, incentivá-la e criar mecanismos para que seja cada vez mais eficaz é valorizar o Direito Laboral em sua vertente mais democrática. A negociação individual, por outro lado, representa o retorno ao Direito Privado. Um flagrante retrocesso, pelo menos para o Direito do Trabalho enquanto ciência.

Demais disso, a forma de se promover uma verdadeira valorização da negociação coletiva não é permitindo que ela se sobreponha à legislação vigente, gerando um sentimento de perda. É exigindo para a completude da criação do direito, gerando um sentimento de construção e ganho.

Por tudo isso é possível concluir que quem mais perdeu com as mudanças implementadas na legislação trabalhista, mais até do que os empregados, foi o Direito do Trabalho. A disciplina perde cada vez mais a sua identidade e a sua principiologia, aproximando-se novamente do direito civil, do qual havia se desgarrado há muito tempo.

NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL DEPOIS DA REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/17)



PAULO BASSIL HANNA NEJM
Advogado. Especialista em Direito Tributário. Especialista em Direito Processual Civil. Mestrando pela PUC/SP em Direito Tributário. Professor universitário.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO -----	135
INTRODUÇÃO -----	136
I. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA -----	139
II. PRESTAÇÃO COMPULSÓRIA (OBRIGATÓRIA = NÃO FACULTATIVA) -----	139
III. QUE NÃO CONSTITUA SANÇÃO POR ATO ILÍCITO (NÃO PODE SER PENALIDADE/MULTA)-----	140
IV. INSTITUÍDA EM LEI (PRINCÍPIO DA LEGALIDADE)-----	141
V- COBRADA MEDIANTE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PLENAMENTE VINCULADA. (LANÇAMENTO) -----	142
CONCLUSÃO -----	151
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	152

PALAVRAS-CHAVE:
*NATUREZA JURÍDICA; PRESTAÇÃO
COMPULSÓRIA; PRINCÍPIO DA
LEGALIDADE; SANÇÃO POR ATO
ILÍCITO;*

APRESENTAÇÃO

O presente artigo analisará as alterações impostas, pela Lei nº 13.467/17, à contribuição sindical, verificando se essas inovações trazidas pela dita “reforma trabalhista” interferiram, ou não, na natureza jurídica da contribuição, que atualmente tem caráter tributário. E em caso afirmativo, apontar eventuais consequências a este evento, mas não antes de investigar a validade dessas alterações

INTRODUÇÃO

A chamada reforma trabalhista, instituída pela Lei nº 13.467/17, trouxe diversas alterações à Consolidação das Leis do Trabalho, bem como a outros dispositivos legais, sob o pretexto de adequar a legislação às novas relações de trabalho. E dentre as inovações apresentadas pela citada Lei está a facultatividade no pagamento da contribuição sindical, prevista no artigo 578 e seguintes do Decreto-Lei nº 5.452/43, a qual será objeto de estudo no presente trabalho.

Neste artigo procuraremos demonstrar que esta aparente singela mudança altera completamente a natureza jurídica da exação.

Antes de iniciarmos a nossa análise, importante frisar que a Lei nº 13.467/17, foi publicada em julho de 2017, entrará em vigor 120 (cento e vinte dias) da data da publicação oficial, nos termos do artigo 6º da própria lei, portanto, em novembro de 2017, e este artigo está sendo escrito em setembro de 2017, portanto, depois da publicação oficial, e antes da vigência da lei, logo, as mudanças, ainda, não estão surtindo os seus regulares efeitos.

Atualmente, é entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência de que a contribuição sindical tem natureza jurídica de tributo, como já reconhecido por diversas vezes pelo próprio Supremo Tribunal Federal. A exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 126, em que se discutia a inconstitucionalidade da obrigatoriedade da Contribuição Sindical, com o argumento de que feriria o princípio da livre filiação, previsto no inciso V, do artigo 8º, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal arquivou a ADPF supracitada, por entender que não estavam presentes os requisitos mínimos para a sua interposição, pois, há muito a Corte já havia pacificado o entendimento de que a obrigatoriedade da contribuição sindical residia em sua natureza jurídica de tributo, e não na filiação sindical.

No mesmo sentido, recentemente, o próprio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 10184559/PR, com Repercussão Geral, reforça o seu entendimento de que a contribuição sindical instituída pelo artigo 578 da Consolidação das Leis do Trabalho tem caráter tributário, sendo de exigência obrigatória a todos os trabalhadores, sendo eles sindicalizados ou não, distinguindo-a da contribuição assistencial, prevista no inciso IV, do artigo 8º, da Constituição Federal, de cunho não tributário, que pode ser exigida apenas dos filiados ao sindicato, sendo esta última objeto da Súmula Vinculando 40 do STF.

Feitas essas primeiras considerações, fixando o atual entendimento sobre a natureza tributária da Contribuição Sindical, passemos a analisar as consequências jurídicas que a alteração trazida pela dita reforma

trabalhista pode gerar sobre este instituto.

Ao final deste trabalho procuraremos responder a duas perguntas, primeiro se a Lei nº 13.467/17 realmente alterou a natureza jurídica da contribuição sindical, e em caso afirmativo, se esta inovação é legítima, ou seja, se a Lei nº 13.467/17 poderia alterar a natureza jurídica da contribuição sindical.

Para respondermos aos questionamentos acima formulados, faz-se necessário expormos a definição de tributo, para então compreendermos se a contribuição sindical continua se encaixando neste conceito. Depois, faz-se necessário analisar como ocorre a criação, alteração e extinção de um tributo, para, caso entendamos ter sido modificada a natureza jurídica da exação, responder se a Lei nº 13.467/17 poderia ter realizado essa mudança.

Outra questão importante que será respondida ao final é, qual a relevância de sabermos se a contribuição do artigo 578 da Consolidação das Leis do Trabalho é ou não um tributo, e quais serão as implicações práticas.

DEFINIÇÃO DE TRIBUTO

Antes de tratarmos especificamente das possíveis consequências impostas pela Lei nº 13.467/17 na alteração da redação os artigos 545, 578, 579, 582, 583 e 602 da Consolidação das Leis do Trabalho, que tratam da Contribuição Sindical, necessário se faz que tenhamos clara a definição de tributo, já que o atual entendimento é de que a exação estudada tem caráter tributário.

O conceito de tributo nos é expressamente apresentado pelo Código Tributário Nacional, mais especificamente em seu artigo 3º, conforme abaixo transcrito:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Pela definição imposta pelo Código Tributário Nacional conseguimos extrair cinco requisitos que devem necessariamente estar presentes numa exação, para que ela seja considerada um tributo.

- 1- Prestação pecuniária – em moeda (dinheiro)*
- 2- Prestação compulsória (obrigatória = não facultativa)*
- 3- Que não constitua sanção por ato ilícito (não pode ser multa / penalidade)*
- 4- Instituída em lei (princípio da legalidade)*
- 5- Cobrada mediante atividade administrativa plenamente vincula-*

da. (lançamento)

Cumpramos reforçar a ideia de que para que seja considerado tributo devem estar presentes todos os requisitos supracitados, logo, caso falte um único deles a cobrança deixa de ter caráter tributário. Seguiremos a ordem exposta pelo próprio artigo, para comentarmos cada um dos requisitos exigidos pelo Código Tributário Nacional.

I. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

O artigo fala em prestação pecuniária e depois repete a exigência para dizer que deve ser em moeda. Apesar de redundante, o primeiro requisito exposto pelo dispositivo legal analisado é de que para ser tributo a prestação necessariamente precisa ser paga em dinheiro.

O Código Tributário Nacional quis evitar com isso que os tributos fossem pagos com bens (in natura) ou com a prestação de serviços (in labore), refutando, assim, a possibilidade de se considerar como tributo o serviço militar obrigatório, a convocação para ser mesário em eleições, o serviço do jurado em tribunal do júri etc., visto que atendem a

todos os outros requisitos (são obrigatórios, instituídos em lei, exigem atividade administrativa vinculada e não constituem sansão por ato ilícito).

É certo que a Lei Complementar 104/2001 conferiu a possibilidade de quitar tributo por meio de dação em pagamento de bens imóveis, configurando-se como nítida exceção a este primeiro requisito, mas, por não ter relevância ao tema estudado, não nos alongaremos no assunto.

O fato é que o tributo é uma prestação paga em dinheiro, ou, excepcionalmente, por dação em pagamento de bens imóveis.

II. PRESTAÇÃO COMPULSÓRIA (OBRIGATÓRIA = NÃO FACULTATIVA)

O artigo 3º do Código Tributário Nacional nos traz como segundo requisito a obrigatoriedade da prestação.

Uma prestação compulsória caracteriza-se como um dever, uma obrigatoriedade, não comportando nenhuma possibilidade de escolha aos sujeitos envolvidos na relação jurídica.

E certamente, entendemos por ser uma obrigatoriedade de mão dupla, ou seja, tanto ao sujeito passivo que fica obrigado a pagar, quanto ao sujeito ativo em realizar a cobrança da exação, não comportando faculdade a nenhuma das partes.

Tendo sido praticado o fato jurídico (fato gerador), descrito

hipoteticamente no antecedente da norma (hipótese de incidência), faz nascer ao sujeito passivo o dever de pagar, e ao sujeito ativo de cobrar o tributo (obrigação tributária) prescrito no conseqüente da norma.

Ao tratar do caráter obrigatório do tributo, Paulo de Barros Carvalho diz que *“na sua linguagem técnica, misto de linguagem comum e de linguagem científica, reporta-se o legislador a uma conduta que ele regula com o dever-ser próprio do direito, numa de suas três modalidades – obrigatório. Não é precisamente essa a forma adotada no dispositivo, mas é o conteúdo. Prestação pecuniária compulsória quer dizer o comportamento obri-*

*gatório de uma prestação em dinheiro, afastando-se, de plano, qualquer cogitação inerente às prestações voluntárias (que receberiam o influxo de outro modal – o “permitido”). Por decorrência, independem da vontade do sujeito passivo, que deve efetivá-la, ainda que contra seu interesse”*¹

Assim, para que uma prestação se caracterize como tributo não pode existir margem para a faculdade de pagamento, não se trata de um contrato, onde as partes têm liberdade para transigir.

A obrigatoriedade é requisito fundamental para o reconhecimento de uma exação como sendo um tributo.

III. QUE NÃO CONSTITUA SANÇÃO POR ATO ILÍCITO (NÃO PODE SER PENALIDADE/MULTA)

O tributo não pode ter origem em decorrência de um ato ilícito, ou seja, não pode ter como hipótese de incidência um ato que seja contrário à lei. Verificando-se a ocorrência de um ato ilícito, deve ser aplicada uma penalidade. E mesmo que essa penalidade seja uma prestação pecuniária, obrigatória, instituída por meio de lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, ela não será conside-

rada tributo, pois, não se admite a cobrança de tributo em decorrência da prática de ato ilícito.

Não estamos dizendo que não se deve cobrar tributo de fato gerador cuja origem se deu em decorrência de um ato ilícito, estamos dizendo que o ato ilícito em si não pode ser hipótese de incidência de um tributo.

Por exemplo, é perfeitamente lícito cobrar imposto de

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 51/52.

renda de um traficante de drogas, verificando-se que ele auferiu renda e/ou teve aumento patrimonial, mesmo que essa renda seja fruto do tráfico de drogas, neste caso estará sendo tributado o auferimento e/ou aumento patrimonial, e não o tráfico de drogas.

No entanto, não é possível

a criação de um tributo específico cuja hipótese de incidência seja o tráfico de drogas, ou seja, a lei não pode, por exemplo, instituir o “tributo sobre circulação de drogas ilícitas”, pois, o ilícito deve ser penalizado e não tributado.

IV. INSTITUÍDA EM LEI (PRINCÍPIO DA LEGALIDADE)

O tributo deve necessariamente ser instituído por meio de lei, além da previsão legal, imposta pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional, este é um limite constitucional ao poder de tributar, conhecido como o Princípio da Legalidade Tributária, expresso no inciso I, do artigo 150, da Constituição Federal, que determina que é vedado aos entes da federação “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

É certo que o Princípio da Legalidade expresso de forma geral no inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal já resguardaria este direito, ao dizer que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

No entanto, o constituinte achou por bem reforçar esta

vedação quando tratou das limitações ao poder de tributar, além de fazer parte do próprio conceito do tributo. Assim, podemos perceber por meio desta tripla redundância constante em nosso ordenamento jurídico, que uma prestação que não seja criada por lei não pode ser considerada como tributo, como é o caso, por exemplo, a contribuição assistencial cobrada pelos sindicatos, prevista no inciso IV, do artigo 8º, da Constituição Federal, que é criada por meio de assembleia geral do próprio sindicato, sendo esta facultativa ao trabalhador.

Importante destacar, ainda que rapidamente, por não ser objeto do presente estudo, que a Constituição Federal passou a admitir exceção ao Princípio da Legalidade, inclusive para a criação de tributos, quando

por meio da Emenda Constitucional nº 32/2001, permitiu que o Presidente da República faça uso da Medida Provisória, com força de lei, exceto

para os tributos que devam ser criados ou modificados por Lei Complementar.

V- COBRADA MEDIANTE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PLENAMENTE VINCULADA. (LANÇAMENTO)

O quinto e último requisito para que uma exação tenha natureza tributária é de que ela seja cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, ou seja, que seja cobrada por meio de lançamento de quem exerça a capacidade tributária ativa.

Este requisito reforça ainda o caráter obrigatório do tributo, por parte do sujeito ativo. Ao dizer que a cobrança deverá ser realizada por atividade plenamente vinculada, afasta qualquer discricionariedade

por parte do órgão cobrador, que ao verificar a ocorrência do fato gerador deve obrigatoriamente proceder ao lançamento, sem margem para emitir juízo de conveniência ou oportunidade sobre a realização ou não do ato.

DAS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 13.467/17

Assim, ainda que rapidamente, vimos quais os requisitos necessários para que uma prestação tenha natureza tributária, analisaremos, enfim,

CLT - DECRETO-LEI N.º 5.452/43	REFORMA – LEI 13.467/17
Art. 545 - Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao Sindicato, quando por este notificados, <u>salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades.</u>	Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados.
Art. 578 - As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou	Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou

<p>profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação do "<u>imposto sindical</u>", pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo</p>	<p>profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, <u>desde que prévia e expressamente autorizadas</u></p>
<p>Art. 579 - A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591.</p>	<p>Art. 579. O desconto da contribuição sindical está <u>condicionado à autorização prévia e expressa</u> dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação</p>
<p>Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar, da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano, a contribuição sindical por estes devida aos respectivos sindicatos.</p>	<p>Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados <u>que autorizaram prévia e expressamente</u> o seu recolhimento aos respectivos sindicatos</p>
<p>Art. 583 - O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no</p>	<p>Art. 583. O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no</p>

mês de fevereiro.	mês de fevereiro, <u>observada a exigência de autorização prévia e expressa</u> prevista no art. 579 desta Consolidação
Art. 602 - Os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto do imposto sindical serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho.	Art. 602. Os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto da contribuição sindical e que <u>venham a autorizar prévia e expressamente o recolhimento</u> serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho

dical mantem-se basicamente com a mesma estrutura, acrescentando-se na nova redação a necessidade de “prévia e expressa autorização” do empregado, para que seja exigida a exação.

Em todos os artigos que tratam da cobrança da contribuição sindical, a Lei nº 13.467/17 acrescentou a exigência da autorização expressa e prévia do empregado, fato que transformou a contribuição em facultativa, passando a ser uma opção do empregado pagá-la ou não, deixando de ser uma prestação obrigatória.

Primeiramente, saliento que os grifos são todos nossos.

Notamos que os artigos que tratam da contribuição sin-

E quando apresentamos a definição de tributo, estudamos que um dos requisitos do tributo é, justamente, que ele seja obrigatório. E vimos tam-

bém, que faltando uma das características que definem uma exação como tributo, a prestação não poderá ser reconhecida como tal.

Assim, retirada a obrigatoriedade da contribuição sindical, ela certamente não poderá mais ser caracterizada como tributo, tendo sido a sua natureza jurídica alterada. Podemos concluir, então que a Lei nº 13.467/17 extinguiu o tributo contribuição sindical e instituiu uma nova modalidade de contribuição social facultativa, que certamente não tem natureza tributária.

Resta sabermos agora se o tributo contribuição sindical poderia ter sido extinto pela Lei nº 13.467/17, ou seja, se esta alteração é constitucional e legal.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

Como vimos linhas acima, o princípio da legalidade tributária, previsto no inciso I, do artigo 150, da Constituição Federal reza que nenhum tributo poderá ser criado ou aumentado sem lei que o estabeleça.

Pela inteligência do Princípio da Legalidade Tributária, que exige que o tributo deve ser criado por meio de lei, podemos concluir que, em nome do paralelismo das formas, o

contrário também é verdadeiro, a extinção de um tributo deve necessariamente ocorrer por meio de lei.

Por mais que a Constituição Federal, em seu artigo 150, inciso I, tenha exigido lei apenas para a criação e aumento dos tributos, o Código Tributário Nacional, mais especificamente no artigo 97, determina que tanto a criação e aumento, quanto a extinção e redução da carga tributária, estão sob reserva legal.

Além disso, a Constituição Federal determina que qualquer subsidio em matéria tributária deve ser concedido por meio de lei específica, com o evidente intuito de que seja realizado da forma mais transparente possível.

Para continuarmos a análise sobre a legitimidade das alterações realizadas pela reforma trabalhista, referentes à contribuição sindical, devemos conhecer, de forma resumida, mais três institutos do direito tributário, que são: a competência tributária, a capacidade tributária ativa e a responsabilidade tributária.

COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Competência tributária é a aptidão conferida pela Constituição Federal aos entes fede-

rativos para exercer a atividade legiferante para a instituição de tributos. O constituinte foi extremamente rígido ao distribuir o poder de tributar entre as pessoas jurídicas de direito público interno.

Cumpra salientar que são apenas as pessoas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) quem possuem competência tributária para a instituição de tributos, pois, são os únicos que possuem poder legislativo, não é necessário repetir que o Princípio da Legalidade exige que o tributo seja instituído por meio de lei.

Tácio Lacerda Gama nos ensina que *“é a norma de competência que vincula que sujeito, mediante que processo, pode prescrever regras sobre certos temas perante certos sujeitos”*².

E a Carta Magna conferiu à União a competência para instituir contribuições de interesse das categorias profissionais, nos termos do artigo 149.

• *Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts.*

146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Importante destacar que a competência tributária é irrenunciável, inalterável, indelegável e facultativa.

A distribuição da competência tributária pela Constituição Federal é rígida, não sendo passível de alteração, nem por Emenda à Constituição e tampouco sendo possível a sua delegação ou renúncia pelos entes que a receberam.

No entanto, o exercício da competência é facultativo, exemplo clássico é o do imposto sobre grandes fortunas, de competência da União, mas que nunca foi instituído, em razão do juízo de oportunidade e conveniência que não nos cabe aqui analisar. Apenas para afastar qualquer possibilidade de parecer incoerente quando ao que acima acabamos de dizer a respeito dos requisitos dos tributos, lembramos que o tributo é necessariamente uma prestação obrigatória, o que é facultativo, neste caso, é o exercício da competência tributária, ou seja, a instituição ou não do tributo, mas, uma vez instituído, ele é necessariamente obrigatório, tanto para o sujeito ativo, quanto para o passivo, confor-

me acima amplamente exposto.

Destaca-se que o ente político que possui a competência para criar o tributo, também a tem para o alterar e extinguir.

Como vimos, cabe à União o poder de criar, aumentar, diminuir ou extinguir a contribuição de interesse das categorias profissionais, pois, é ela quem possui a competência tributária, atribuída pela Constituição Federal.

CAPACIDADE TRIBUTÁRIA ATIVA

Enquanto a competência tributária é o poder, indelegável, conferido pela Constituição Federal, aos entes públicos, para criar, alterar e extinguir tributos, por meio de leis, a capacidade tributária ativa consiste na atividade de cobrar, arrecadar e fiscalizar tributos.

Em regra, a capacidade tributária ativa pertence ao ente da federação que possui a competência tributária para a instituição do tributo, no entanto, ao contrário da competência, a capacidade tributária ativa pode ser delegada.

Assim, ao instituir o tributo, o ente competente pode designar outra pessoa jurídica para exercer a atividade de cobrar, arrecadar e fiscalizar a

exação.

Sendo exatamente este o caso, até então, da contribuição sindical, que é de competência da União, tendo sido criada por ela pela Consolidação das Leis do Trabalho, e delegada a capacidade tributária ativa aos sindicatos, que são as pessoas jurídicas que cobram, arrecadam e fiscalizam o tributo.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

A relação jurídico-tributária exige necessariamente um vínculo entre um sujeito ativo, que tem a prerrogativa de exigir uma obrigação tributária de um sujeito passivo, que tem o dever de cumprir com a obrigação tributária.

Ao devedor do tributo chamamos contribuinte quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, no caso da contribuição sindical é o empregado.

Geralmente, o sujeito ativo é o ente federativo que tem a competência para instituir o tributo, no entanto, já vimos que a capacidade tributária ativa pode ser delegada. Da mesma forma, a responsabilidade tributária, para o pagamento do tributo pode ser substituída por força de lei, podendo ser

2 GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*, 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2011, pg. 80.

atribuída a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação.

No caso da contribuição sindical, a Consolidação das Leis do Trabalho atribuiu essa responsabilidade ao empregador que é quem fica obrigado a descontar da folha de pagamento dos empregados e cumprir com a obrigação tributária junto ao sindicato.

DA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA EXTINÇÃO DO TRIBUTO

Vimos que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que a contribuição sindical, atualmente, ou seja, antes da entrada em vigor da reforma, tem natureza jurídica de tributo, no entanto, analisando as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/17, concluímos que o tributo foi extinto, porém, sabemos que para a extinção de um tributo, em atenção ao Princípio da Legalidade Tributária, deve ser realizado por meio de lei específica que trate da matéria tributada.

E é exatamente nesse momento do trabalho que ligaremos todos os institutos e definições que expusemos ao longo desse artigo, para fundamentarmos a constitucionalidade e legalidade, de a Lei nº 13.467/17 ter extinto a contri-

buição sindical na modalidade tributária, para criar uma nova contribuição facultativa, sem natureza de tributo.

Sabemos, ainda, que, pela atual sistemática, a contribuição sindical foi criada pela União, que é quem possui a competência tributária, devidamente conferida pela Constituição Federal, vimos também que ela é devida pelos empregados, que são os contribuintes, é cobrada pelos sindicatos dos trabalhadores, que são as pessoas jurídicas a quem a Consolidação das Leis do Trabalho conferiu a capacidade tributária ativa, e é de responsabilidade dos empregadores, os chamados responsáveis tributários.

Ponto interessante de ser observado é o de que a Consolidação das Leis do Trabalho foi aprovada por um Decreto-Lei do ano de 1943, e esta figura normativa sequer existe mais em nosso ordenamento jurídico, tendo sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como Lei Ordinária, dessa forma, podendo ser alterada por meio de Lei Ordinária, que é o caso da Lei nº 13.467/17.

Este é um ponto extremamente importante, pois, uma norma é considerada válida num determinado ordenamento jurídico quando ela é inseri-

4 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pg. 216/217.

da por outra norma que é apta a produzir norma, chamada de norma de estrutura, Norberto Bobbio destaca que num ordenamento “em cada nível normativo nós encontramos normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas voltadas diretamente para a regulação da conduta das pessoas e normas para a produção de outras normas”³.

Esta ideia deriva da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que nos apresenta a tese de que num ordenamento jurídico uma norma vai conferindo validade a outra, e que todas derivam de uma norma fundamental, que no nosso ordenamento pode ser considerado o poder constituinte, que deu fundamento de validade à Constituição Federal, da qual deriva a validade de todas as demais normas.

Nas palavras de Hans Kelsen, “apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas” e continua afirmando que “a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação

da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada”, chamando essa norma de “norma fundamental (Grundnorm)”⁴.

E antes de partirmos para as conclusões, exporemos quais serão algumas das consequências pelo entendimento de que a contribuição sindical não mais tem natureza tributária.

A primeira consequência, e mais impactante financeiramente, é a da não obrigatoriedade ao pagamento da contribuição, esta é uma observação óbvia, mas necessária, pois, queira ou não será a consequência imediata da norma.

A segunda, e já não tão óbvia assim, mas igualmente lógica, será o prazo decadencial e prescricional, que hoje é contado nos termos do artigo 174 do Código Tributário Nacional, que possibilita a cobrança (lançamento) no prazo de 5 (cinco) anos (decadência) e a execução no prazo de 5 (cinco) anos contados do lançamento (prescrição), assim, os sindicatos, poderiam ter o prazo final de 10 (dez) anos contando o prazo máximo da decadência e prescrição.

Deixando de ser considerado tributo, deverá passar a utilizar o prazo previsto no

3 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*; tradução de Ari Marcelo Solon, 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2016, pg. 56.

parágrafo 5º, do artigo 206 do Código Civil, que é de cinco anos a contar do fato gerador.

Outras consequências que poderão ser verificadas são: a impossibilidade de inscrição do devedor em Dívida Ativa; perder a preferência com relação a outros débitos que o devedor venha a contrair; perde todas as garantias previstas nos artigos 183 a 193 do Código Tributário Nacional.

A contribuição deixa de ser obrigatória e vinculada por parte do sindicato também, isso significa que ele poderá deixar de cobrar os devedores que ele bem entender, terá legitimidade de reduzir débitos, bem como podemos observar até a possibilidade de o sindicato fixar valores distintos entre os optantes em pagar a contribuição, conferindo descontos, privilégios sem a necessidade de lei.

No entanto, acreditamos que, com esta alteração, a nova contribuição sindical facultativa corre um flagrante risco de não ter eficácia social, visto que não sendo mais obrigatória, sem que exista

uma direta contraprestação ou benefícios envolvidos, dificilmente será um atrativo ao empregado, que poderá optar por não pagar, ou melhor, que deverá optar expressamente por pagar, e neste caso, a inércia já facilitaria a ineficácia social da lei. Lembramos que existe ainda a contribuição associativa, que pode ser cobrada daqueles que optarem por se filiar ao sindicato, podendo usufruir dos benefícios e serviços disponibilizados por ele, que também é facultativa, mas oferece contraprestação ao filiado.

Se a nova contribuição sindical terá eficácia social ou não, somente o tempo nos dirá, certo é que estamos tratando de uma norma válida, ainda não vigente, pois, em período de *vacatio legis*, e tampouco tendo produzido efeitos, porém, dotada de validade, como ensina Lourival Vilanova, “a proposição normativa universal que encontramos no Direito positivo é válida antes de qualquer confirmação empírica no caso concreto”⁵.

6 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pg. 21.

CONCLUSÃO

Num trabalho que prese pelo mínimo rigor científico, não devem ser levados em considerações quaisquer argumentos que escapem do campo da Ciência do Direito, devemos, portanto, nos ater à análise da legalidade e constitucionalidade das alterações e de suas consequências jurídicas, independente das aspirações políticas, ideológicas, econômicas ou de qualquer outra natureza, nos ensina o clássico ensinamento de Carlos Maximiliano que “se descerem a exumar o pensamento do legislador, perder-se-ão em um bártro de dúvidas maiores ainda e mais inextricáveis do que as resultantes do contexto. Os motivos, que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a acatá-la”⁶.

Dessa forma, considerando que a União tem competência tributária, conferida pela Constituição Federal, para criar, alterar e extinguir contribuição de interesse das categorias profissionais ou econômicas, nos termos do artigo 149 da Lei Maior, e tendo, a União, instituído este tributo por meio do Decreto-Lei nº 5.452/43, artigos 578 e seguintes, sob a denominação de contribuição sindical, tendo sido este Decreto-Lei recepcionado pela Constituição de 88 como Lei Ordinária, podendo, portanto, ser alterado por Lei Ordinária, e tendo a Lei nº 13.467/17, modificado os artigos 545, 578, 579, 582, 583 e 602 da Consolidação das Leis do Trabalho, tornando a contribuição sindical facultativa, concluímos que a Lei nº 13.467/17 alterou a natureza jurídica da citada contribuição, deixando ela de ser um tributo.

Considerando que toda a alteração legislativa que culminou na alteração da natureza jurídica da contribuição sindical, e, assim, na consequente extinção do tributo, está respaldada pelo ordenamento jurídico, concluímos que a extinção do tributo é totalmente válida.

Assim, deixa de ter a contribuição sindical natureza tributária, e como consequência, além de não ser mais uma prestação obrigatória, não poderá mais ter o seu prazo prescricional contados nos termos do artigo 174 do Código Tributário Nacional, devendo ser utilizado o prazo do parágrafo 5º, do artigo 206 do Código Civil, que é de cinco anos a contar do fato gerador, bem como perdendo os privilégios e garantias conferidos aos tributos.

5 VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, pg. 67.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico; trad. Ari Marcelo Solon, 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade, 2ª ed. rev, e ampl. São Paulo: Noeses, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, trad. João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo, 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

APRIMORE SEUS
CONHECIMENTOS COM
QUEM É REFERÊNCIA



WWW.ESAOABSP.EDU.BR

EXECUÇÃO TRABALHISTA: REFORMA, AVANÇO OU RETROCESSO SOCIAL.

PATRÍCIA THEREZINHA DE TOLEDO
Juíza do Titular do Trabalho, Doutorado
com “Certificado de Estudos Avanzados”
pela Universidad Complutense de Madrid,
Mestre pela USP, Especialista em Direito
do Trabalho pela Universidade de Direito
de Lisboa, Professora da ESA e da FGV.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	155
I. SÓCIO RETIRANTE -----	157
II. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E IMPULSO OFICIAL -----	157
III. LIQUIDAÇÃO -----	158
IV. GARANTIA DE EXECUÇÃO-----	158
V. PROTESTO-----	159
VI. ENTIDADES FILANTRÓPICAS-----	159
VII. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA-----	159
CONCLUSÃO -----	161
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	162

PALAVRAS-CHAVE:

*CLT; SÓCIO RETIRANTE; LEI DE EXECUÇÃO; GARANTIA DE EXECUÇÃO;
LIQUIDAÇÃO*

INTRODUÇÃO

A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, alterou vários dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, sejam do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

No presente trabalho, apresentamos nossas primeiras impressões a respeito da nova legislação aprovada referente ao tema da Execução Trabalhista.

A Consolidação das Leis do Trabalho trata do tema Execução no Capítulo V, em seus artigos 876 s 892, cuja reforma trabalhista apresentou alterações nos dispositivos 876, parágrafo único, 878, 879, 882, 883-A e 884, além de estabelecer expressamente e regulamentar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, através do artigo 855-A, também da CLT. Somado a isto, fora do Capítulo da Execução, a CLT também foi modificada sobre o tema “sócio retirante”, no artigo 10-A, bem como na aplicação da prescrição intercorrente ao Processo do Trabalho, no artigo 11-A.

Conceitua-se a execução trabalhista como sendo um conjunto de atos praticados pela Justiça do Trabalho, mediante regular processo, destinado à satisfação de uma obrigação consagrada num título executivo judicial ou extrajudicial, da competência da Justiça do Trabalho, não voluntariamente satisfeita pelo devedor, contra a vontade deste último, conforme doutrina do jurista e Magistrado Mauro Schiavi ,

O ponto fundamental da execução trabalhista encontra-se no seu próprio conceito, pois se trata de um encadeamento de atos processuais praticados, em razão do devedor não cumprir voluntariamente a obrigação estabelecida em título executivo judicial ou título extrajudicial, na forma do artigo 876 da CLT.

Portanto, o contraditório na fase de execução tem que ser mitigado, bem como a efetividade e celeridade devem ser os vetores, pois o devedor tem a oportunidade processual de pagar sua dívida espontaneamente, sem necessitar da intervenção da Justiça do Trabalho.

Tal raciocínio encontra respaldo nos próprios Princípios da Execução Trabalhista, destacando-se que a execução deve ser realizada no interesse do credor. Vale destacar que o crédito trabalhista tem natureza alimentar e, por isto, a execução deve encontrar os caminhos mais céleres para a satisfação do crédito.

Diante do estado de sujeição em que o devedor se encontra lançado pelas normas legais, havendo mais de um meio para que a execução se opere com a mesma eficácia para o credor, a opção será pelo meio menos gravoso ao devedor.

O antigo CPC tratava do tema no artigo 620, o qual fora modernizado e alterado para a redação do artigo 805 do CPC. Este artigo, no seu parágrafo único, determina que o executado que alegar o benefício da execução menos lesiva tem o dever de indicar outros meios executivos mais eficazes que os atuais.

A execução não pode servir de pretexto a uma alienação total do patrimônio do devedor, quando parte dos bens for bastante para atender a satisfação do direito do credor. Fica clara, pois, a existência de uma limitação legal expropriatória, destinada a impedir que o devedor sofra desfalque patrimonial acima do que corresponde ao direito do credor.

Diante do caráter alimentar do crédito trabalhista, o Juiz do Trabalho deve pautar suas decisões na função social, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto do credor, quanto do devedor.

As fontes normativas da execução trabalhista são em primeiro plano a Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80) e finalmente, o Código de Processo Civil, conforme artigo 889 da CLT, que permaneceu inalterado com a reforma trabalhista.

O artigo 889 da CLT deve ser interpretado em conjugação com o artigo 769 da CLT, que estabelece a aplicação subsidiária do CPC, desde que haja omissão e compatibilidade entre a norma do CPC e o Processo do Trabalho. Tal discussão ganha relevo na atualidade, diante do novo CPC e também pelo posicionamento do TST, que editou a Instrução Normativa 39, 15 de março de 2016, que trata do artigos do CPC novo que se aplicam ao Processo do Trabalho, na forma do artigo 769 da CLT.

I. SÓCIO RETIRANTE

A CLT não tratava, expressamente, do tema responsabilidade do sócio retirante de que trata o artigo 1003, parágrafo único do Código Civil. Em razão disto, havia celeuma na jurisprudência trabalhista quanto ao limite de responsabilidade do sócio retirante.

Entretanto, a reforma trabalhista inseriu o disposto no artigo 10-A da CLT, fixando que o sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato social, observando a ordem de preferência entre a empresa devedora, os sócios atuais e os sócios retirantes. Assegurou, ainda, que no caso de fraude trabalhista, o sócio retirante passará a responder solidariamente, quando ficar

provada a fraude na alteração societária.

Um dos grandes problemas do Processo do Trabalho decorre do fato de não ter um Código de Processo do Trabalho, e por isto, sempre abrir, na prática, a discussão sobre a aplicação subsidiária ou não do Código de Processo Civil e do Código Civil. Nesse aspecto, entendo que a reforma foi satisfatória.

Quanto ao conteúdo da norma, preferia o entendimento jurisprudencial que interpretava a não incidência do limite de dois anos da responsabilidade do sócio retirante, quando comprovado que o autor trabalhou para a empresa na época em que o sócio estava na sociedade, beneficiando-se da prestação de serviço do reclamante.

II. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E IMPULSO OFICIAL

O artigo 11-A da CLT, com a reforma, preconizou que ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos, cujo termo inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso

de execução. Fixou-se, ainda, no parágrafo único do referido dispositivo legal, que tal declaração pode ocorrer de ofício ou a requerimento.

Para tanto o legislador reformista, alterou, também, o disposto no artigo 878 da CLT,

retirando a execução de ofício no Processo do Trabalho, quando a parte estiver representada por advogado.

Observa-se, inicialmente, que a alteração legislativa sufragou a aplicação da prescrição na fase de execução de ofício, o que pode ser criticado, tendo em vista o caráter alimentar do crédito trabalhista, o que inviabilizaria a aplicação da prescrição de ofício.

Merecem críticas tais alterações, pois não fixou quais atos processuais são de encargo da parte exeqüente e caso descumpridos quando instados pelo Juiz poderão desencadear a prescrição intercorrente. Preocupa, tam-

bém, que tal dispositivo não seja aplicado indistintamente, apurando-se pelo Magistrado, no caso concreto, se houve ou não conduta desidiosa do exeqüente, o que gera a prescrição. O cuidado é fundamental, para se evitar um estratégia para extinção de processo na fase executória, em total retrocesso social.

Quanto a manter o impulso oficial apenas para os processos sem participação do advogado, sou favorável, pois a própria Constituição Federal já prestigiou a atuação do advogados, em seu artigo 133, no sentido de que o advogado é indispensável à administração da Justiça.

III. LIQUIDAÇÃO

O artigo 879 da CLT foi amplamente alterado em total desfavor do Exeqüente, pois a legislação anterior permitia o contraditório postergado após a homologação dos cálculos de liquidação, sendo uma faculdade do Juiz abrir prazo para as partes falarem sobre os cálculos.

A reforma compromete a celeridade processual, pois determina no artigo 879 da CLT que ambas as partes deverão ter prazo para se manifestar sobre os cálculos, alterando o prazo de 10 dias para 08 dias.

IV. GARANTIA DE EXECUÇÃO

O artigo 882 da CLT estabeleceu como umas formas de garantia da execução, o seguimento-garantia judicial.

A jurisprudência do TST,

através da OJ 59 da SDI-2, já tratava do tema. Entretanto, tal disposição passou a ter condição legal.

Minha preocupação é no

sentido de que para garantir a execução, o novo CPC e o o TST fixaram o incremento de 30% para o seguro, observando as despesas processuais e a atualização mensal dos créditos trabalhistas. O credor também deve ter o cuidado de observar o prazo de validade

da fiança judicial, em consonância com a demora da execução trabalhista, evitando-se que tal procedimento sirva de pretexto para o devedor manter seguro fiança de apenas 12 meses, enquanto que a execução pode ter prazo superior.

V. PROTESTO

O Novo CPC já havia preconizado a utilização do protesto como forma de incrementar a execução judicial.

A reforma da CLT trouxe tal disposição ao seu corpo normativo, através do artigo 883-A, o que deve ser visto

positivamente, o que encerra a discussão sobre a aplicação subsidiária.

Entretanto, não encontro explicação para a concessão de prazo de 45 dias, a contar da citação do executado.

VI. ENTIDADES FILANTRÓPICAS

Entendo correta a alteração legislativa de que trata o artigo 884, parágrafo 6º da CLT, através do qual libera as entidades filantrópicas da exigência da garantia do juízo ou penhora.

O cuidado que será exigido

do do Magistrado do Trabalho será quanto à identificação de ser a reclamada legítima entidade filantrópica, evitando-se que tal dispositivo possa ser usado pelas empresas para burlar a execução trabalhista.

VII. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O artigo 855-A foi alterado pela reforma trabalhista, determinando a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos artigos 133 a 137 do Novo

CPC ao Processo do Trabalho.

Do ponto de vista normativo, encerrou-se a celeuma sobre a aplicação ou não do Novo CPC ao processo do trabalho.

Entretanto, tal dispositivo representa medida que contraria os princípios da celeridade e da efetividade, pois permite a desconsideração da personalidade jurídica ser automática e realizada pelo Juiz do Trabalho, tendo como único requisito a inadimplência pela

pessoa jurídica e ausência de bens da entidade para satisfazer a execução.

O procedimento será moroso, consagrando oportunidade ao executado praticar atos que comprometem a efetividade.

CONCLUSÃO

Entendo que o prazo de 120 dias para a “vacatio legis” é curto para a amortização de tantas modificações legislativas, inclusive considerando que o Novo CPC teve um prazo muito maior.

Além disso, entendo que a reforma trabalhista no capítulo da execução representa um retrocesso social, pois os novos dispositivos são amplamente favoráveis ao executado, gerando a inversão do princípio de que a execução deve se pautar no interesse do credor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SCHIAVI, Mauro, *Execução no Processo do Trabalho*, 8ª edição, LTr p.23.

SCHIAVI, Mauro, *Reforma Trabalhista*, 1ª. Edição, LTr.

APRIMORE SEUS
CONHECIMENTOS COM
QUEM É REFERÊNCIA



WWW.ESAOABSP.EDU.BR

A REFORMA TRABALHISTA E O ÔNUS DA PROVA:



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

INTRODUÇÃO -----	165
I. DO ÔNUS DA PROVA -----	166
I.I. DAS SÚMULAS JÁ EXISTENTES -----	168
II. JURISPRUDÊNCIAS -----	170
CONCLUSÃO -----	173
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: -----	174

PALAVRAS-CHAVE:

ÔNUS DA PROVA; JURISPRUDÊNCIAS, LEI 13.467; REFORMA TRABALHISTA

INTRODUÇÃO

A Lei 13.467 de Julho de 2017, que altera a Consolidação das Leis Trabalhistas, entrará em vigor no dia 11 de novembro de 2017, com diversas mudanças de cunho processual, e focaremos nossos esforços, neste artigo, aos aspectos relacionados ao ônus da prova, sua aproximação com a atual sistemática do processo civil, analisando as questões relacionadas à possibilidade de adiamento da audiência em razão de inversão do ônus da prova, confrontando a reforma com as atuais súmulas do TST, e com as teorias e princípios atualmente consolidados.

I. DO ÔNUS DA PROVA

Em princípio, cumpre esclarecer que ônus, do latim onus significa encargo, dever, obrigação, que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa. E o onus probandi é a obrigação de provar, que por sua vez significa se manifestar, pôr em evidência, demonstrar a certeza de uma verdade que se alega. E o ônus da prova no mundo do Direito é uma definição prévia pelo ordenamento jurídico quanto àquele que tem a responsabilidade por sustentar uma afirmação e oferecer as provas que demonstrem o alegado.

Cumpre salientar que nos momentos em que já tiverem provas constituídas nos autos comprovando os pontos controvertidos entre as partes, o ônus da prova torna-se desnecessário, vez que este seria o fim buscado pelo juiz para formar o seu convencimento.

Desta forma, o ônus probatório tem relevância, e será objeto de análise nos processos em que as provas não estão constituídas ou quando as provas são insuficientes, e justamente para esses casos que se criou uma regra incumbindo a cada parte o seu ônus, viabilizando o julgamento desfavorável àquele que tinha o dever de provar e não se desincum-

biu de realizar o ato, visto que ao final da demanda o juiz tem o dever de julgar os autos com a construção do seu convencimento, com base nas provas, ou na falta delas, pois, é vedado em nosso ordenamento jurídico o non liquet (expressão advinda do Direito Romano em que o juiz não encontrava nítida resposta jurídica para fazer o julgamento e então deixava de julgar a causa).

Cabe enfatizar que a busca da verdade real dos fatos, que proporcionam uma decisão que mais se aproxima da justiça, ou seja, a alegação do fato combinado com a prova deste, dão ao juiz uma base para alcançar um convencimento abalizadamente justo.

Com a reforma, o ônus da prova seguiu, em partes, a mesma alteração dada ao Artigo 373, do Código de Processo Civil de 2015, com previsão similar no que se refere à incumbência do ônus da prova ao autor quanto ao fato constitutivo, e o ônus da prova ao réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Essa indicação de forma prévia estabelecendo categoricamente qual o ônus da prova de cada parte é a chamada Teoria Estática, que significa

uma distribuição preliminar em que cada qual já tem definido o seu encargo probatório, sem levar em consideração as condições probantes das partes. A Teoria Estática está inserida com a reforma do trabalho, no “caput” do Artigo 818, incisos I e II, da CLT, com a delimitação ao reclamante quanto ao dever de provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu a obrigação de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do reclamante.

Porém, em contrapartida à Teoria Estática, temos a Teoria Dinâmica, aquela em que o juiz analisará no caso concreto quem tem melhor aptidão para o animus probandi, também trazida do Processo Civil, em seu Artigo 373, Parágrafo 1º do CPC e inserida com a reforma ao processo do trabalho, no Artigo 818, Parágrafo 1º da Consolidação das Leis Trabalhistas, como uma forma excepcional de inversão do ônus da prova, levando em apreço aquele que tem melhor capacidade para produzir a prova do fato controvertido.

Mauro Schiavi, elucida, em seu livro Manual do Processo do Trabalho, a teoria dinâmica da seguinte forma: “Trata-se, inegavelmente, de uma tendência mundial do processo de majoração dos poderes do

juiz na direção do processo, a fim de que os litigantes sejam tratados com isonomia real e a justiça seja implementada com maior efetividade. Não se trata de arbítrio do juiz, pois terá que justificar, com argumentos jurídicos, sob o crivo do contraditório, diante das circunstâncias do caso concreto, a aplicação da carga dinâmica da produção da prova”.

A decisão, excepcional, de inversão do ônus da prova deve ocorrer de forma fundamentada e antes da abertura da instrução processual, não podendo ocasionar uma situação excessivamente dificultosa de prova, a qual dá-se o nome de prova diabólica.

A prova diabólica é aquela prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida pela parte, como exemplo as provas de fatos negativos, ou seja, nos casos em que se tem que demonstrar algo que não ocorreu.

Nestes casos, em que o juiz verificar a impossibilidade da prova por uma das partes, lhe é assegurado de ofício instituir a redistribuição do ônus da prova retomando-se a ideia da teoria dinâmica.

Uma das inovações quanto ao ônus da prova no processo do trabalho, e talvez a mais importante no nosso ponto de vista, refere-se à possibilidade

do adiamento da audiência, desde que requerido pela parte, no momento em que o juiz decidir pela inversão do ônus da prova, antes da abertura da instrução, permitindo que a parte se incumba de provar os fatos a ela impostos, da melhor forma que entender necessário e por todos os meios de prova em direito admissível.

Ou seja, se no momento em que o juiz determinar a inversão do ônus da prova, antes da abertura da instrução, a parte a qual passa a ter o onus probandi deve pedir o adia-

mento da audiência caso não tenha realizado a produção da prova, e entenda que necessitará de tempo para produzi-la; caso não o faça, o ato estará precluso, ou seja, a parte perde a oportunidade de adiar a audiência e produzir todas as provas cabíveis. Portanto, a parte a quem for atribuído o ônus, caso não tenha constituído a prova da qual foi incumbido, deve requerer o adiamento da audiência, sob pena de perder o direito de produção das provas.

I.I. DAS SÚMULAS JÁ EXISTENTES

Atualmente existem diversas súmulas consolidadas que tratam da inversão do ônus da prova, para essas situações específicas entendemos que, como já existe um posicionamento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho, não há que se falar em surpresa para as partes quanto ao ônus da prova e, portanto, não haveria a necessidade de adiamento da audiência para viabilizar a produção da prova, visto que a parte que tem o ônus já deveria constitui-la previamente.

Seguem alguns exemplos concretos de entendimentos consolidados já existentes e simulados de alteração do ônus da prova, que, em nosso entendimento, não

condizem com uma decisão surpresa com permissão de adiamento da audiência:

- **Súmula 338**, item I, do TST – Jornada de Trabalho. Registro. Ônus da Prova.

- I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do Artigo 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.

- **Súmula 212**, do TST – Despedimento. Ônus da Prova.

- O ônus de provar o tér-

mino 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.

- **Súmula 6º**, item VIII, do TST – Equiparação Salarial. Artigo 461 da CLT.

- VIII – *É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.*

- **Súmula 460**, do TST – Vale Transporte. Ônus da prova.

- *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.*

- **Súmula 461**, do TST – FGTS. Diferenças. Recolhimentos. Ônus da prova.

- *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.*

Apesar do nosso entendimento, este será um assunto polêmico, pois visualizamos pelo menos três possibilidades para o caso das súmulas, a primeira é a de que as súmulas que tratam da inversão do ônus da prova poderão perder

efeito em razão das inovações trazidas pela reforma, visto que a Lei 13.467/17 atribui expressamente o ônus da prova, e caso o magistrado entenda pela inversão ele deve se manifestar expressamente, a segunda, da qual nos filiamos, é de que elas continuarão produzindo seus efeitos, e sendo regras já preestabelecidas e de conhecimento de todos, não haveria a necessidade de adiamento de audiência, a parte já deveria produzi-las, não havendo qualquer surpresa, e uma terceira opção seria a de que as súmulas continuam produzindo efeitos, mas que o magistrado terá que aduzir previamente a inversão do ônus da prova até mesmo quanto as referidas questões já aparentemente sólidas, dando a oportunidade de adiamento da audiência para produção das provas.

Concluimos que as súmulas já consolidadas que tratam da inversão do ônus da prova, principalmente as acima explicitadas, irão se manter estáticas, e não poderão ocasionar o adiamento da audiência a requerimento da parte, prevista no novo §2º do Artigo 818, da CLT.

De toda forma, quando o juiz, em audiência, e antes da instrução, inverter o ônus da prova, sua decisão deve ser

estritamente cautelosa e fundamentada, conferindo a devida possibilidade de adiamento da audiência e viabilidade para a parte produzir a prova, desde que esse adiamento venha a ser requerido pelo interessado, a fim de compatibilizar os seus atos com os consagrados princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos nos Artigos 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, e Artigos 1º, 9º e 10 do Código de Processo Civil.

II. JURISPRUDÊNCIAS

A inversão do ônus da prova não é novidade na justiça do trabalho, já existem diversos entendimentos nos tribunais, por vezes até pautados no Código de Defesa do Consumidor, utilizando-o por analogia, visto a semelhança entre a hipossuficiência do consumidor e do empregado.

Colacionamos alguns julgados que retratam essa realidade.

TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00031995020135020048 SP 00031995020135020048 A28 (TRT-2)

Data de publicação:
15/07/2015

Ementa: Horas extras. Au-

O princípio do devido processo legal assegura a que a ação judicial atenda às garantias constitucionais e observe efetivamente todas as etapas processuais previstas no ordenamento jurídico. E o princípio do contraditório e da ampla defesa é o direito da parte de tomar conhecimento de todos os atos praticados no processo, bem como viabilizar a sua manifestação e apresentar a sua defesa por todas as formas legais em direito admitidos.

sência de controles de horário. Inversão do ônus da prova. Inteligência do item I, da Súmula 338 do C. TST. A ausência dos controles de horário atrai a incidência do item I, da Súmula 338 do C. TST, com inversão do ônus da prova: 338 - Jornada de trabalho. Registro. Ônus da prova. (Res. 36/1994, DJ 18.11.1994. Redação alterada - Res 121/2003, DJ 19.11.2003. Nova redação em decorrência da incorporação das Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ. 20.04.2005) I - E ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74 , parágrafo 2º , da CLT . A não-apresenta-

ção injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 - Res 121 /2003, DJ 19.11.2003). Assim, equivocou-se a reclamada ao dizer que o reclamante não se desincumbiu de seu ônus processual de comprovar a extrapolação da jornada. E, se não há controles de horário, não se fala em compensação de jornada.

TRT-3 - RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA RO 00407201415703003 0000407-26.2014.5.03.0157 (TRT-3)

Data de publicação: 10/08/2015

Ementa: PRESCRIÇÃO -APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS DISPOSIÇÕES DO CDC. ART. 6º, VIII, DO CDC. PRESENTES A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E A HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE, NO CASO O TRABALHADOR, IGUALADO AO CONSUMIDOR. Milita em favor do trabalhador, aposentado por invalidez, o entendimento de que, até prova em contrário, não possuía condições físico-mentais de buscar o amparo judi-

cial para suas pretensões agora deduzidas em Juízo. Cabe, portanto, ao empregador, que alega a incidência da prejudicial de mérito, o ônus de demonstrar que o empregado não estava sujeito a esse tipo de turbação no caso e se achava plenamente em condições de defender seus direitos, não o fazendo por mera vontade. Ausente a prova insofismável da normalidade do empregado, não há se falar em incidência da prescrição, pois ele se beneficia, à luz do disposto no artigo 8º da CLT, da inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do artigo 6º do CDC.

TRT-17 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00925003220135170002 (TRT-17)

Data de publicação: 16/06/2014

Ementa: : DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 6º, VIII, DO CDC. Nos casos de alegação de dispensa discriminatória, havendo indícios de sua veracidade, impõe-se a inversão do ônus da prova, com base no princípio da aptidão probatória e na aplicação analógica do art. 6º, VIII, do CDC, cabendo à reclamada comprovar que o

ato ocorreu em virtude motivo diverso. (TRT 17ª R., RO 0092500-32.2013.5.17.0002, Rel. Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes, DEJT 16/06/2014).

Encontradoem: 16/06/2014
- 16/6/2014 Recorrentes: REI-
NALDO CONCEICAO DOS
SANTOS VIACAO SERRANA
LTDA. Recorridos

CONCLUSÃO

A reforma trabalhista atribui expressamente o ônus da prova ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante, possibilitando a inversão do ônus da prova nos casos em que há impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir seu encargo, havendo necessidade de decisão fundamentada do juiz e a possibilidade de a parte requerer, antes da instrução o adiamento da audiência, para produzir as provas que lhe foram atribuídas.

As inovações apresentadas pela reforma, no que se refere ao ônus da prova, aproximam o processo do trabalho às regras prescritas no Código de Processo Civil.

O ônus probatório é matéria de extrema relevância, e tem como consequência para as partes o caminho para a vitória ou derrota de um caso. E ao juiz cabe verificar as regras, aplica-las e conseqüentemente julgar cada causa com base nas provas produzidas, e para os fatos que não foram provados, o magistrado julgará com base nas regras do ônus probatório.

Apresentamos como ponto polêmico a necessidade de adiamento da audiência de instrução, nos casos já sumulados que tratam sobre o ônus da prova, e para essas situações entendemos que, por não existir surpresa para a parte, não há a necessidade de adiamento, devendo aquele que tem a incumbência de produzi-la, realizar este ato antecipadamente.

Certamente a prática forense se incumbirá de solucionar essa controvérsia e nos mostrará se o processo do trabalho se tornará mais justo ou mais oneroso ao empregado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

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;

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

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

CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da Prova no Novo CPC. Do Estático ao Dinâmico*. 1ª edição. 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;

MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Amanda Camargo. *A Inversão do Ônus da Prova no Processo do Trabalho. Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. Revista e Ampliada de Acordo com o Novo CPC*. 2ª edição. Editora: LTr, 2017;

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

ESA, UMA
INSTITUIÇÃO DE
ENSINO COM A
MARCA
OABSP



WWW.ESAOABSP.EDU.BR

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL À LUZ DA LEI N. 13.467/2017 SOB A ÓTICA DA REPRESENTAÇÃO SINDICAL LABORAL

ZILMARA DAVID DE ALENCAR

Advogada especialista em processo *latu sensu*, membro integrante da Academia Brasiliense de Direito do Trabalho, palestrante de várias instituições e organizações de classe. Secretária-Geral da Associação IberoAmericana de Juristas de Direito do Trabalho e Seguridade Social Dr. Guillermo Cabanellas. Escola Superior de Advocacia – Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo–ESA/OAB - SP, consultora jurídica do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar — DIAP. Assessora jurídica de Entidades Sindicais. Ex-Secretária de Relações do Trabalho e Emprego e ex-Coordenadora-Geral de Registro Sindical do Ministério do Trabalho. Sócia Proprietária da Zilmara Alencar Consultoria Jurídica especializada na área de Direito Sindical.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO ----- 177

PALAVRAS-CHAVE:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL; LEIS DO TRABALHO; CLT; CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo acerca da contribuição sindical à luz da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, sob a ótica da representação sindical laboral.

Para melhor compreensão do artigo segue abaixo relação dos dispositivos constitucionais e legais que serão abordados:

	<p>Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o</p>
<p><u>CONSTITUIÇÃO FEDERAL</u></p>	<p>seguinte:</p> <p>V - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;</p> <p>Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.</p>

	<p>Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente</p>
--	--

<p>CLT (ALTERADA PELA LEI N. 13.467/2017)</p>	<p>autorizadas." (NR)</p> <p>"Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação." (NR)</p> <p>"Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos.</p> <p>"Art. 583. O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro, observada a exigência de autorização prévia e expressa prevista no art. 579 desta Consolidação.</p> <p>"Art. 587. Os empregadores que optarem pelo recolhimento da contribuição sindical deverão fazê-lo no mês de janeiro de cada ano, ou, para os que venham a se estabelecer após o referido mês, na ocasião em que requererem às repartições o registro ou a licença para o exercício da respectiva atividade." (NR)</p> <p>"Art. 602. Os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto</p>
--	---

	<p>da contribuição sindical e que venham a autorizar prévia e expressamente o recolhimento serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho.</p> <p>Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de <u>convenção coletiva</u> ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:</p> <p>(...)</p> <p>XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em <u>convenção coletiva</u> ou acordo coletivo de trabalho;</p>
--	---

Como se sabe o sindicato consiste em associação coletiva, de natureza privada, voltada à defesa e incremento de interesses coletivos profissionais e materiais de trabalhadores e de empregadores.

Porém, distanciam-se das demais associações por serem, necessariamente, entidades coletivas, e não simples agrupamento permanente de duas ou de algumas pessoas. Distanciam-se mais ainda das outras associações por seus objetivos essenciais estarem concentrados na defesa e incremento de interesses coletivos profissionais de trabalhadores.

As funções dos sindicatos são indicadas pelo art. 8º, III, da CF/88: “Ao sindicato cabe a defesa dos direitos

e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

• De acordo com *Amauri Mascaro Nascimento*¹:

• *Por defesa dos direitos deve-se entender a exigência do cumprimento da lei ao conferir que é direito dos trabalhadores (art.7º, CF).*

• *Por defesa dos interesses dos representados o que se deve interpretar é a faculdade que tem o sindicato de postular para os seus representados vantagens não estabelecidas pela lei por meio da negociação coletiva ou dissídio coletivo.*

• *Interesses coletivos são o que abrangem a totalidade da categoria.*

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, 1932-2014. *Compêndio de direito sindical. Amauri Mascaro Nascimento (in memoriam)*, Sônia Mascaro Nascimento, Marcelo Mascaro Nascimento, 8. Ed. São Paulo: LTr, 2015.

• *Interesses individuais da categoria são aqueles atribuídos aos membros da categoria de forma singular como a reivindicação por substituição processual de direitos não assegurados pelos empregadores.*

Nesse sentido é o art. 513 da atual Consolidação das Leis do Trabalho:

• *Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos:*

• *a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos á atividade ou profissão exercida;*

• *b) celebrar contratos coletivos de trabalho;*

• *c) eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal;*

• *d) colaborar com o Estado, como órgãos técnicos e consultivos, no estudo e solução dos problemas que se relacionam com a respectiva categoria ou profissão liberal;*

• *e) impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas.*

Entretanto, para que as entidades sindicais possam

desenvolver sua ação destinada a atingir os fins para os quais foram constituídas devem ser assegurados os devidos meios. Um desses meios é uma fonte de custeio segura e efetiva, como a contribuição sindical compulsória.

A contribuição sindical compulsória encontra fundamento constitucional na forma do art. 8º, IV, da CF/88².

Tal contribuição possui natureza tributária, fundamentada no art. 149 da Constituição Federal que consagrou as contribuições tributárias, quais sejam: sociais, aquelas no interesse das categorias e as de intervenção no domínio econômico. De acordo com Ives Gandra da Silva Martins³, todas as contribuições enquadradas no art. 149, em todas as suas modalidades, têm natureza tributária.

Passando à análise da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive a forma de desconto da contribuição sindical, temos:

• *Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, **sob a denominação de contribuição***

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

[...]

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

3 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Contribuição Sindical e sua natureza jurídica*. VER. TST, Brasília, vol. 8, n. 1, mar 2015.

sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.”(NR)

• ***Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.***

Ante o exposto, verifica-se que para haver o desconto da contribuição sindical deve haver autorização prévia e expressa dos membros da categoria.

Considerando que o sindicato representa categorias, nas suas relações com outros órgãos e grupos, sendo essa a sua natural atribuição, verifica-se a possibilidade da autorização ser feita em assembleia geral convocada para esse fim⁴:

• *O sindicato cumpre funções de representação. Desdobram-se em dois planos: o coletivo e o individual. No plano coletivo, o sindicato representa grupos, nas suas relações com outros órgãos*

e grupos, sendo essa a sua natural atribuição. Assim, quer perante o Estado, quer perante os empregadores ou outros órgãos, cabe ao sindicato atuar como interprete das pretensões do grupo à frente do qual se põe e cujas reivindicações e posições encaminhará.

Além disso, o próprio artigo 8º, inciso IV, da Constituição Federal possibilita o desconto em folha de contribuição desde que fixada por assembleia geral.

Nessa perspectiva, uma vez convocada assembleia para deliberar sobre a autorização do desconto da contribuição sindical e aprovada pelos membros da categoria previamente ao seu recolhimento, expressamente constatado em ata, esta será devida por todos da categoria, ainda mais se considerarmos a sua natureza tributária, conforme já esposado neste estudo.

Até porque o art. 513 da CLT, já mencionado neste parecer e que permanece vigente com a mesma redação, confere poderes ao sindicato para impor contribuições, mesmo a membros da categoria que não são filiados ao sindicato. E não há meio mais democrático e transparente para tal do que a deliberação em assembleia, a qual é soberana em suas de-

liberações, conforme entendimento da jurisprudência:

ASSEMBLEIA GERAL. SINDICATO DE CLASSE. DELIBERAÇÕES. **EFICÁCIA. AS ASSEMBLEIAS GERAIS SÃO ÓRGÃOS SOBERANOS**, JA QUE TRACAM OS DESTINOS DAS RESPECTIVAS ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO E ELEGEM SUA DIRETORIA. **AS RESPECTIVAS DELIBERAÇÕES, ENQUANTO NAO FOREM ANULADAS PELA PRÓPRIA ASSEMBLEIA GERAL OU POR DECRETO JUDICIAL, SÃO VALIDAS E PRODUZEM OS EFEITOS PRÓPRIOS.** A REVOGAÇÃO DE LIMINAR COM EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR CORRESPONDENTE NAO TEM O PODER DE ANULAR DECISÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE SINDICATO DE CLASSE. RECURSO PROVIDO. (Agravo Regimental Nº 589078328, Câmara de Férias Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Celeste Vicente Rovani, Julgado em 11/01/1990)

(TJ-RS - AGR: 589078328 RS, Relator: Celeste Vicente Rovani, Data de Julgamento: 11/01/1990, Câmara de Férias Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia)

Corroborando tal entendimento, e aplicando por ana-

logia, temos jurisprudência no sentido de que a deliberação da assembleia geral dos condôminos a todos obriga, prevalecendo a sua vontade soberana na fixação dos valores da taxa, verbis:

1. AÇÃO DE COBRANÇA. TAXA CONDOMINIAL. **DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL QUE OBRIGA A TODOS OS CONDÔMINOS. A DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL DOS CONDÔMINOS A TODOS OBRIGA, PREVALECENDO A SUA VONTADE SOBERANA NA FIXAÇÃO DOS VALORES DA TAXA CONDOMINIAL,** OBSERVADAS AS EXIGÊNCIAS DA LEI 4.591/64. 2. RECURSO IMPROVIDO. (TJ-BA 930252003 BA, Relator: SARA SILVA DE BRITO, 3ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS, Data de Publicação: 12/08/2005)

TAXA CONDOMINIAL - **DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL - NORMA COGENTE QUE OBRIGA A TODOS OS CONDÔMINOS - CONDOMÍNIO EM FASE DE REGULARIZAÇÃO.** 1 - AS DECISÕES TOMADAS EM ASSEMBLÉIA GERAL NO TOCANTE AOS GASTOS EXPENDIDOS PELO CONDOMÍNIO TÊM FORÇA CO-

GENTE SOBRE TODOS OS CONDOMÍNIOS, ATÉ QUE, JUDICIALMENTE, POSSAM SER DECLARADAS NULAS. 2 - A PROVA DA REGULARI- ZAÇÃO DO CONDOMÍNIO NÃO É CONDIÇÃO PARA A AÇÃO DE COBRANÇA, UMA VEZ QUE A RELAÇÃO CONDOMINIAL SE ESTABELECE COMO SITUAÇÃO DE FATO (TJ-DF - AC: 20010150003666 DF, Relator: EDSON ALFREDO SMANIOTTO, Data de Julgamento: 16/04/2001, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 22/08/2001 Pág. : 51)

Ora, se até as deliberações tomadas em assembleias de condomínio são soberanas obrigando a todos, nada mais razoável e legal do que entender que as decisões tomadas em assembleia de sindicato também o sejam.

Ressalte-se que uma vez aprovado em assembleia o desconto da contribuição sindical não há que se falar em contrariedade ao art. 462 da CLT.

Também não fere o art. 611-B da Lei n. 13.467/2017, uma vez que há autorização e esta será feita pela assembleia geral, na qual as decisões por ela tomadas imperam para toda a categoria representada.

Ademais, como já dito neste parecer, a contribuição sindical é devida tanto aos

sindicatos de trabalhadores, neste compreendidos os trabalhadores autônomos, profissionais liberais, quanto aos sindicatos patronais.

O art. 580 da Consolidação das Leis do Trabalho, que não sofreu alterações pela Lei n. 13.467/2017, dispõe que a contribuição sindical será recolhida, de uma só vez, anualmente, e consistirá na importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, para os empregados, qualquer que seja a forma da referida remuneração; para os agentes ou trabalhadores autônomos e para os profissionais liberais, numa importância correspondente a 30% (trinta por cento) do maior valor de referência fixado pelo Poder Executivo, vigente à época em que é devida a contribuição sindical, arredondada para Cr\$ 1,00 (um cruzeiro) a fração porventura existente; para os empregadores, numa importância proporcional ao capital social da firma ou empresa, registrado nas respectivas Juntas Comerciais ou órgãos equivalentes, mediante a aplicação de alíquotas, conforme a seguinte tabela progressiva.

Dessa forma, tanto para os empregados, quanto para os autônomos, profissionais liberais e empregadores, veri-

fica-se a possibilidade do desconto ser autorizado por meio de deliberação em assembleia geral.

Com relação aos empregados propriamente ditos, o art. 578 (alterado pela Lei n. 13.467/2017) estabelece que os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos. Assim, o sindicato poderá convocar assembleia para deliberar sobre a referida autorização e uma vez aprovada pela maioria dos membros da categoria, a contribuição se torna obrigatória, devendo o sindicato comunicar aos empregados essa autorização, com a respectiva ata, para que seja efetuado o desconto na folha de pagamento, com respaldo do próprio art. 8º, IV, da Constituição Federal.

No que tange aos profissionais liberais e trabalhadores autônomos, realizar-se-á no mês de fevereiro, observada a exigência de autorização prévia e expressa prevista no art. 579 desta Consolidação. Assim, uma vez autorizado o desconto da contribuição sindical, o sindicato poderá emitir

as respectivas guias.

Diante do exposto, conclui-se que a contribuição sindical permanece com sua natureza tributária, por força do art. 8º, incisos II e IV, e art. 149, ambos da Constituição Federal, e uma vez aprovada a autorização de seu desconto em assembleia geral convocada para esse fim, torna-se obrigatória para toda a categoria, com fundamento também no inciso IV, do art. 8º, da Constituição Federal.

ESA, UMA
INSTITUIÇÃO DE
ENSINO COM A
MARCA
OABSP



WWW.ESAOABSP.EDU.BR

ASPECTOS PROCESSUAIS DA REFORMA TRABALHISTA



FABIO EMPKE VIANNA

Advogado, Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto; Especialista em Direito e Processo pela Universidade de Araraquara; Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Direito das Faculdades Integradas de Jaú; Professor do MBA em Gestão de Pessoas da FAAG.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	187
I. ACORDO EXTRAJUDICIAL -----	188
II. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA-----	189
III. HONORÁRIOS PERICIAIS -----	190
IV. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS -----	191
V. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA -----	192
VI. INDICAÇÃO DO VALOR DO PEDIDO-----	193
VII. A FIGURA DO PREPOSTO -----	193
VIII.DA REVELIA-----	194
CONCLUSÃO -----	196
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	197

PALAVRAS-CHAVE:

JUSTIÇA GRATUITA; PREPOSTO; VALOR DO PEDIDO; REVELIA; HONORÁRIOS PERICIAIS

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, trouxe grandes mudanças para a legislação laboral, abordando aspectos de direito material, sindical e processual.

Em relação aos aspectos processuais, nota-se que alguns pontos são realmente inovadores, como, por exemplo, o acordo extrajudicial e a condenação da parte sucumbente no pagamento dos honorários advocatícios.

Havia, realmente, a necessidade de uma reforma na legislação trabalhista, mas o que se nota é que a discussão sobre determinados temas poderia ter sido mais ampla, como é o caso da extensão dos efeitos dos benefícios da justiça gratuita.

Neste estudo, abordaremos alguns itens que entendemos relevantes para o início dos debates sobre a aplicação das normas trazidas pela nova legislação.

I. ACORDO EXTRAJUDICIAL

De acordo com a previsão do artigo 855-B, “o processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.”

Sempre foi objeto de grande discussão a possibilidade de acordo extrajudicial nas relações laborais. Isso porque, por entender que os direitos trabalhistas são indisponíveis, qualquer possibilidade de composição somente era possível através de litígio proposto na Justiça do Trabalho.

Todavia, a reforma, ao incluir tal possibilidade, conferiu às partes a possibilidade de negociarem extrajudicialmente, deixando ao Poder Judiciário somente a análise para homologação.

Quanto a isso, a propósito, é importante mencionar que o juiz não estará obrigado a homologar o acordo extrajudicial. O que houve com a reforma foi, apenas, atribuir a competência às Varas do Trabalho para tal homologação, conforme preceitua o artigo 652, alínea “f”.

Assim, se cabe às Varas do Trabalho “decidir quanto à homologação do acordo” e se o juiz pode “negar a homologação do acordo”, de acordo com a previsão do artigo 855-

E, parágrafo único, não estará o magistrado obrigado a aceitar o ajuste das partes.

Este já era o posicionamento da jurisprudência sobre o tema, consolidado na Súmula 418, do Tribunal Superior do Trabalho cuja redação prevê que “a homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.”

Assim, não se verifica, a princípio qualquer prejuízo às partes, já que a validade do acordo extrajudicial precisará passar pelo crivo da Justiça do Trabalho, cujo magistrado terá a faculdade de homologar ou não tal ajuste, devendo rejeitar, contudo, qualquer previsão prejudicial a qualquer das partes.

Acrescente-se, por relevante, que as partes deverão ser representadas por advogados, ficando vedada a representação por advogado comum (artigo 855-B, §1º), o que possibilita à análise dos termos da composição por profissionais de confiança contratados pelas partes.

Assim, verifica-se que o acordo extrajudicial é um instrumento oferecido para solucionar eventuais pendências oriundas do contrato de traba-

lho, as quais já foram discutidas entre os envolvidos e, na busca da segurança jurídica,

pretendem a homologação judicial.

II. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Em relação aos benefícios da justiça gratuita, pertinente se faz a discussão acerca da inclusão do §4º no artigo 790 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja previsão é que “o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.”

Nota-se que referida previsão, quando trata que “será concedido à parte”, elimina qualquer discussão da possibilidade da concessão dos benefícios da justiça gratuita somente ao reclamante, devendo ser estendidos também ao reclamado empregador, matéria esta de grande discussão nos tribunais.

Tal inovação resulta na possibilidade de o reclamado, beneficiário da justiça gratuita, recorrer ao Tribunal Regional do Trabalho ou ao Tribunal Superior do Trabalho sem a necessidade de recolher o depósito recursal, cujo valor é demasiadamente elevado e, a nosso ver, limita o segundo grau de jurisdição.

Embora a Instrução Nor-

mativa nº 3/93¹, do Tribunal Superior do Trabalho faça previsão da dispensa do depósito recursal àquele que não tenha condições de suportá-lo, sabe-se que poucos são os juízes que aplicam tal dispositivo e, conseqüentemente, rejeitam os argumentos do reclamado e denegam seguimento ao recurso por deserção.

Quanto à abrangência de tal benefício, a fim de que atenda à finalidade de proporcionar que a parte tenha amplo acesso à Justiça, deverá ser estendido às custas processuais, depósitos recursais, certidões, traslados e documentos.

Note-se que a ampla abrangência da justiça gratuita está disposta no artigo 98 do Código de Processo Civil, que compreende o preparo recursal, as custas judiciais, os emolumentos, dentre outros, o que também deverá ser aplicado ao processo do trabalho, na busca da correta interpretação da norma.

1 X - Não é exigido depósito recursal, em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição, dos entes de direito público externo e das pessoas de direito público contempladas no Decreto-Lei nº 779, de 21.8.1969, bem assim da massa falida, da herança jacente e da parte que, comprovando insuficiência de recursos, receber assistência judiciária integral e gratuita do Estado (art. 5º, LXXIV, CF).

III. HONORÁRIOS PERICIAIS

A redação do artigo 790-B da Consolidação das Leis do Trabalho sofreu uma singela alteração na redação, mas de grande impacto no ordenamento jurídico.

Ao substituir o termo “salvo se beneficiária de justiça gratuita” por “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, o legislador atribuiu à parte sucumbente no objeto da perícia o ônus pelo pagamento dos honorários periciais.

A única hipótese de dispensa de tal encargo é no caso de “o beneficiário não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo”, hipótese em que a União responderá pelo pagamento.

Tanto a previsão do caput do artigo 790-B quanto a do §4º, ambos alterados com a reforma, estão sendo objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal em razão do ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria Geral da República (ADI 5766), sob o argumento de que inviabilizam o acesso à Justiça do trabalhador menos favorecido economicamente.

Se por um lado tal previsão, segundo a Procuradoria,

pode inviabilizar o acesso à Justiça, não se pode negar, contudo, que fará com que as partes evitem pedidos indiscriminados que demandem prova pericial. Atualmente, diversas ações trabalhistas postulam adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, indenização por acidente do trabalho ou doença profissional sem qualquer indício de tal direito, pois, sendo beneficiário da justiça gratuita, tem a certeza de que não terá que arcar com os honorários periciais.

Outra inovação trazida pela Lei nº 13.467/2017 é a proibição de o juiz “exigir adiantamento de valores para realização de perícias.” (§3º, artigo 790-B)

Referida previsão corrobora o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, consolidado na Orientação Jurisprudencial 98², da Seção de Dissídios Individuais I.

Não obstante tal posicionamento, é comum a exigência do depósito prévio dos honorários por alguns juízes, fundamentada no princípio da aptidão da prova, cuja definição é de “que deve produzir a prova não quem detenha o ônus processual, mas sim quem detenha melhores condições materiais ou técnicas para produzir

2 É ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia, independentemente do depósito.

a prova em juízo”³.

Com a inclusão do §3º no artigo 790-B da Consolidação das Leis do Trabalho, não poderá mais haver a exigência

do adiantamento dos honorários periciais, tratando tal pagamento tão-somente de faculdade das partes.

IV. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A condenação da parte vencida no pagamento dos honorários advocatícios sempre foi matéria de grande discussão, pois, em razão do jus postulandi previsto nos artigos 791 e 839, alínea “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho, a parte poderá apresentar a reclamação pessoalmente.

Em relação ao jus postulandi trata-se da “capacidade conferida por lei às partes, como sujeitos da relação de emprego, para postular diretamente em juízo, sem necessidade de serem representadas por advogado.”⁴

Em razão do disposto no artigo 133 da Constituição Federal, cuja redação estabelece que “o advogado é indispensável à administração da justiça”, houve a necessidade de nova discussão sobre o assunto, pois se a parte precisa da representação de advogado, conseqüentemente, deverá ocorrer a fixação dos honorários advocatícios.

Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho manteve o en-

tendimento consubstanciado na Súmula 329, confirmando o já previsto na Súmula 219 da mesma Corte, a qual exige, como requisitos para a condenação no pagamento dos honorários advocatícios, a assistência sindical e a condição de miserabilidade da parte.

Com a inclusão do artigo 791-A na Consolidação das Leis do Trabalho, serão devidos honorários de sucumbência ao advogado, ainda que atue em causa própria, “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.”

Tal artigo também está sendo objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5766), pois, no entender da Procuradoria Geral da República, a previsão do §4º do artigo 791-A, cuja redação responsabiliza também os beneficiários da justiça gratuita pelo paga-

3 SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2017, P. 688.

4 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 386.

mento dos honorários advocatícios, caso tenham obtido créditos capazes de suportar a despesa.

O argumento da demanda ajuizada pelo Procurador Geral da República é de que os trabalhadores sem recursos buscam na Justiça do Trabalho o recebimento das prestações necessárias à sobrevivência sua e da família.

Todavia, algumas ponderações são necessárias em relação a tal argumento.

Primeiramente, os honorários advocatícios possuem natureza alimentar, ou seja, o advogado necessita dos honorários para sua sobrevivência e para o sustento de sua família.

Acrescente-se que o trabalhador somente será condenado no pagamento dos honorários advocatícios se for sucumbente na demanda ou em alguns pedidos desta. Dessa forma, deverá ponderar, em conjunto com seu advogado, se aquele direito realmente lhe é devido e se possui condições concretas de produzir a prova correspondente.

Concluindo, trata-se de um conquista significativa para os advogados que militam na Justiça do Trabalho, que sempre trabalharam de forma incessante e não tinham o reconhecimento compatível com o desempenho de seu mister.

V. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê no artigo 799, que “somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou incompetência.”

A redação do artigo 800 trata da exceção de incompetência de forma genérica, ou seja, tanto da hipótese material quanto territorial. Já a nova redação, faz alusão expressa à exceção de incompetência territorial, nada tratando acerca da incompetência material.

Assim, entende-se que o legislador manteve a forma de apresentação da exceção de incompetência material, ou seja, deverá ser alegada na mesma oportunidade de apresentação da contestação.

Já em relação à incompetência territorial, o procedimento de apresentação foi alterado. No prazo de 05 (cinco) dias, a contar da notificação, deverá a parte apresentar exceção de incompetência territorial, a qual será apreciada

antes da audiência designada para apresentação da defesa.

Embora não haja previsão na nova redação do artigo 800 da Consolidação das Leis do Trabalho, entendemos ser o prazo preclusivo, sob pena de tal alteração não atingir a dinâmica necessária à tramitação do processo.

Assim, a exceção de incompetência territorial deverá

ser apreciada de forma antecedente à apresentação da defesa. Se acolhida, será designada audiência, a parte reclamada terá oportunidade de ofertar sua defesa e o processo retomará seu curso no Juízo competente. Se rejeitada, o feito permanecerá no mesmo Juízo com a observação do trâmite processual normal.

VI. INDICAÇÃO DO VALOR DO PEDIDO

A partir da vigência da Lei 13.467/2017, os pedidos elencados na petição inicial deverão ser certos, determinados e com indicação do seu valor, sob pena de serem julgados extintos sem resolução do mérito.

Essa é a nova previsão dos parágrafos 1º e 3º do artigo 840 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O pedido certo ou determinado, com a indicação do valor correspondente, somente era exigido nos processos que tramitavam observando o procedimento sumaríssimo (arti-

go 852-B, inciso I), já que há limitação de valor (40 salários mínimos) para o feito observar tal procedimento.

Naturalmente, o valor da causa corresponderá à soma dos pedidos e servirá de base para a definição do procedimento (ordinário ou sumaríssimo), assim como para fixação dos honorários advocatícios, se esta for a forma adotada pelo juiz.

Assim, deverá a parte autora indicar o valor dos pedidos, sob pena de extinção sem resolução do mérito.

VII. A FIGURA DO PREPOSTO

De acordo com o previsto no artigo 843, §1º da Consolidação das Leis do Trabalho,

“é facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro prepos-

to que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigam o proponente.”

Diante de tal dispositivo, as empresas podem nomear prepostos para representá-las na Justiça do Trabalho.

Conforme esclarecido pela doutrina “o preposto tem, porém, obrigação de conhecer os fatos, ainda que por ouvir dizer, não necessitando ter presenciado a situação.” Todavia, “quando o preposto, por exemplo, diz que não sabe alguma coisa, isso implica confissão ficta e não real, tratando-se de presunção de veracidade de fatos, que pode ser elidida por prova em contrário.”⁵

Atualmente, o Tribunal Superior do Trabalho tem pacificado o entendimento, através da Súmula 377, de que os prepostos precisam ser empregados das empresas que representam, salvo nos casos de microempresas, empresas de pequeno porte e empregadores domésticos.

Assim, não sendo demanda envolvendo microempresários, empresários de pequeno porte ou empregadores domésticos, os prepostos, necessariamente, devem ser

empregados, sob pena de ser reconhecida a ausência do empregador e, via de consequência, serem aplicados os efeitos da revelia e da confissão quanto à matéria de fato.

No entanto, o texto da reforma, contrariando o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, deixou expressamente previsto que “o preposto não precisa ser empregado da reclamada”. Diante disso, independentemente da natureza do empregador, poderá se fazer representar na Justiça do Trabalho por qualquer pessoa, sendo ou não seu empregado, sem o risco de ver sua revelia decretada.

Particularmente, entendemos que a figura do preposto ocupa papel de grande relevância na demanda, pois pode, inclusive, confessar as alegações efetuadas pelo reclamante na petição inicial. Sendo assim, ainda que não haja mais a exigência de o preposto ser empregado, deverá o reclamado utilizar-se de pessoa que possua amplo conhecimento dos fatos, sob pena de suportar considerável prejuízo ao seu patrimônio.

VIII.DA REVELIA

A revelia no processo do trabalho está disposta no

⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 927.

caput, do artigo 844 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação estabelece que o não comparecimento do reclamado à audiência importa revelia.

Sempre nos deparamos com a situação em que o advogado comparece na audiência, munido de procuração e contestação, e o reclamado não está presente. Segundo entendimento preconizado na Súmula 122 do Tribunal Superior do Trabalho, ocorrendo tal situação, deverá ser decretada a revelia da reclamada, ficando impossibilitado o recebimento da defesa.

Neste sentido “sendo a presença das partes obrigatória, e a do advogado facultativa, a conclusão lógica é a de que a defesa somente poderá ser apresentada quando presente a ré.”⁶

Contudo, a reforma trabalhista, embora não tenha alterado o caput do artigo 844, ou

seja, foi mantida a aplicação da revelia ao reclamado ausente, tratou da possibilidade do recebimento da contestação e dos documentos se o advogado estiver presente.

Assim, conforme redação do §5º, incluso pela nova legislação, “ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados.”

Tal alteração, a nosso ver, se aproxima do princípio da primazia da realidade, pois, ainda que seja decretada a revelia da reclamada, a contestação e os documentos recebidos serão utilizados como fundamento para indeferimento de pretensão já quitada pela empresa.

Reitere-se, por oportuno, que a presença do empregador ou de um preposto ainda é necessária, até para poder manter o equilíbrio processual.

6 OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários às Súmulas do TST*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 242.

CONCLUSÃO

De forma geral, as reformas estão recebendo diversas críticas, notadamente sob o argumento de que são prejudiciais à classe trabalhadora. Algumas alterações, realmente, são bem inovadoras, mas que poderão ser absorvidas sem maiores problemas.

Em relação aos aspectos processuais nota-se um avanço nas disposições, colaborando para a celeridade e para a duração razoável do processo.

Essas são as primeiras impressões sobre os termos da reforma trabalhista, cujos efeitos práticos conheceremos, apenas, quando a legislação estiver em vigência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de direito judiciário do trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 38ª ed. atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2010,

MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015,

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Comentários às Súmulas do TST. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007,

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 12ª ed, São Paulo: LTr, 2017

A CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA E O SEGURO GARANTIA JUDICIAL COMO DEPÓSITO RECURSAL E COMO GARANTIA DO JUÍZO NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

MARIA INÊS COSTA ASSAF
Advogada . Especialista em Direito do Tra-
balho pela Universidade do Sul de Santa
Catarina

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	199
I. DIREITO INTERTEMPORAL -----	200
II. A EXECUÇÃO TRABALHISTA -----	201
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	210

PALAVRAS-CHAVE:

DIREITO INTERTEMPORAL; EXECUÇÃO TRABALHISTA

INTRODUÇÃO

A recente Lei Federal 13.467/17 que altera a Consolidação das Leis do Trabalho e pretende adequar a legislação às novas relações de trabalho trouxe, entre várias alterações, a consolidação do entendimento firmado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho no que concerne à possibilidade de garantir o juízo da execução através de carta fiança bancária ou seguro garantia judicial.

Tais expedientes também poderão ser utilizados para depósito recursal.

O presente artigo busca trazer a baila aspectos práticos, aplicabilidade, vigência e renovação de tais garantias.

I. DIREITO INTERTEMPORAL

A Lei 13.467/17 foi promulgada em 13 de julho de 2017 e conforme seu artigo 6º. prevê a vacatio legis de 120 dias, de forma que a Reforma Trabalhista estará vigente em 13 de novembro de 2017.

De acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei Nº 4.657, De 4 de Setembro De 1942, a regra geral contida em seu artigo 1º a qual prevê o prazo de quarenta e cinco dias para início de vigência de uma nova, somente será utilizada quando a mesma for omissa a respeito, senão vejamos:

“Art. 1o Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.” (g.n.)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm

Apesar de o referido artigo trazer explicitamente a vacância da lei, o legislador foi omissivo quanto a sua intertemporalidade.

Em que pese o caráter eminentemente de direito material objetivado pelo legislador e traduzido pela proposição “adequar a legislação às relações de trabalhos” as alterações processuais trazidas pela Lei 13.467/17 são de grande im-

portância, ou ainda assim, as alterações de direito material impactam grandemente o processo, de forma que devemos nos socorrer do ordenamento jurídico para compreender a aplicação da nova lei nos processos em curso.

Por força do artigo 769 da CLT, mantido intacto pela reforma, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho nos casos omissos, exceto naquilo em que for com ele incompatível.

Preceituam o artigo 14 e 15 da Lei 13.105/15 – Código de Processo Civil:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. (g.n.)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm

A máxima tempus regit actum, princípio basilar do direito

processual segundo o qual o ato processual deve obedecer a lei vigente à sua época, ou seja uma nova norma processual deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso, deve ser observada pela alteração legislativa em comento.

Tal princípio analisado à luz da Teoria do Isolamento dos Atos processuais exposta no referido artigo 14 supra, permite concluir que as inova-

ções trazidas para o depósito recursal e para a garantia do juízo serão aplicáveis aos processos em curso não retroagindo e respeitando os atos já praticados.

O presente estudo abordará a utilização da carta de fiança bancária e do seguro garantia judicial na fase de execução do processo, deixando a análise dos mesmos estratégias para momento oportuno.

II. A EXECUÇÃO TRABALHISTA

O processo trabalhista, processo sincrético em sua essência, é composto por três fases distintas, a saber, conhecimento, liquidação, quando couber, e execução. Finda a fase de conhecimento, sobrevivendo a coisa julgada material, ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo, e líquido o julgado, tem início a fase de execução.

A nova sistemática traz a possibilidade da execução de título executivo extrajudicial, a a saber, sentença arbitral ou cumprimento de sentença propriamente dito. Em ambos os casos o executado será citado para cumprir a obrigação contida no título ou garantir a execução caso pretenda dis-

cuti-la. Digno de anotação é a alteração legislativa quanto à condução da fase de liquidação de sentença. Atualmente é faculdade do juiz utilizar-se do artigo 879, §2,º ou do artigo 884, ambos da CLT. De acordo com a sistemática vigente, o juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de dez dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão, ou garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado cinco dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exeqüente para impugnação. Segundo a nova sistemática, de acordo com o novel artigo 879, §2º, os atos de constrição patrimonial so-

mente terão início após liquidada a sentença.

Elaborada a conta e tornada líquida, o juízo deverá abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão. (g.n.)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm

Com a decisão da liquidação a parte insatisfeita maneará embargos à penhora na forma do artigo 884 §3º:

Art. 884 - Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

§ 1º - A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida.

§ 2º - Se na defesa tiverem sido arroladas testemunhas, poderá o Juiz ou o Presidente do Tribunal, caso julgue necessários seus depoimentos, marcar audiência para a produção das provas, a qual deverá realizar-se dentro de 5 (cinco) dias.

§ 3º - Somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação, cabendo ao

exequente igual direito e no mesmo prazo.

Portanto, em não ocorrendo o pagamento espontâneo da obrigação contida no título executivo e pretendendo discutí-lo, deverá o executado garantir o juízo nomeando bens à penhora, artigo 882 da CLT, observando a ordem prevista no artigo 835 do Código de Processo Civil.

Art. 882 - O executado que não pagar a importância reclamada poderá garantir a execução mediante depósito da mesma, atualizada e acrescida das despesas processuais, ou nomeando bens à penhora, observada a ordem preferencial estabelecida no art. 655 do Código Processual Civil. (Redação dada pela Lei nº 8.432, de 1992)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm

• *Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:*

• *I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;*

• *(...)*

• http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

• *A carta de fiança bancária e o seguro garantia judicial são considerados, para todos*

os fins, dinheiro, atendendo a ordem do artigo supra referenciado.

A Lei de Execução Fiscal – Lei 6830/80 – aplicável à execução trabalhista, por força do artigo 889 da CLT, preceitua em seus artigos 9º e 15 que a carta fiança pode ser dada em garantia à execução e também pode substituir a penhora e o depósito judicial em qualquer fase do processo. Tais dispositivos deixam claro que a carta de fiança equivale ao inciso I, do artigo 835 do Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil vigente traz em seu bojo as mesmas disposições da Lei de Execução Fiscal, conforme § 2º do citado artigo 835.

§ 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.

A Justiça do Trabalho já tratara do tema conforme a Orientação Jurisprudencial 59 da SBDI-II:

59. Mandado de segurança. Penhora. Carta de fiança bancária. Seguro garantia judicial (nova redação em decorrência do CPC de 2015) (Inserida em 20.09.2000 - Alterada pela Res. 209/2016 - DeJT 01/06/2016)

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).

A preocupação com os impactos no processo do trabalho, frente às inovações trazidas pelo Código de Processo Civil que entrou em vigor em 18/03/2016, fez com que o Colendo Tribunal Superior do Trabalho editasse a instrução normativa 39/2016, determinando quais normas do processo comum lhe seriam aplicáveis.

• *Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:*

- (...)
- XVI - art. 835, incisos e §§ 1º e 2º (ordem preferencial de penhora);
- <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>

Desta forma, em consonância com o Ordenamento Jurídico e observando a evolução trazida pelas leis assinadas bem como em sintonia com a construção jurisprudencial

dencial formada pela Justiça do Trabalho, que já admitia a utilização da carta de fiança bancária ou seguro garantia judicial como forma de garantir o juízo na execução, passa a CLT a trazer explicitamente em seu texto tais hipóteses, cujo artigo 882 passará a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 882. O executado que não pagar a importância reclamada poderá garantir a execução mediante depósito da quantia correspondente, atualizada e acrescida das despesas processuais, apresentação de seguro-garantia judicial ou nomeação de bens à penhora, observada a ordem preferencial estabelecida no art. 835 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.” (NR)

4.3. Garantia do Juízo

Na forma preceituada no artigo supra, são meios de garantir a execução: o depósito em dinheiro do valor atualizado acrescido das cominações de estilo, nomeação de bens à penhora, observada a ordem de preferência e finalmente o seguro garantia judicial.

A carta fiança bancária e o seguro garantia judicial são dois institutos distintos possuindo cada um deles ordenamento próprio.

4.3.1 SEGURO GARANTIA JUDICIAL

O seguro garantia judicial é instituto de direito securitário e portanto regulamentado pela Superintendência de Seguros SUSEP, através de sua circular 477/2013, a qual inclui a modalidade judicial no rol dos seguros existentes no país, pormenorizando as suas condições gerais.

Condições Contratuais Padronizadas

Circular Susep no 477, de 30 de setembro de 2013.

CAPÍTULO III – CONDIÇÕES ESPECIAIS DAS COBERTURAS ADICIONAIS – RAMOS 0776

COBERTURA ADICIONAL I: AÇÕES TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIAS:

1. Objeto:

1.1. Esta cobertura adicional tem por objeto garantir exclusivamente ao segurado, até o limite máximo de indenização, o reembolso dos prejuízos comprovadamente sofridos em relação às obrigações de natureza trabalhista e previdenciária de responsabilidade do tomador oriundas do contrato principal, nas quais haja condenação judicial do tomador ao pagamento e o segurado seja condenado subsidiariamente ou solidariamente e que os valores tenham sido pagos por este, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, bem

como do trânsito em julgado dos cálculos homologados ou ainda nas hipóteses de acordo entre as partes com prévia anuência da seguradora e consequente homologação do Poder Judiciário.

O seguro garantia judicial, como todo e qualquer seguro vigente no país envolve análise de risco e aceitação pela seguradora, a qual fica obrigada a renovar a apólice até eventual substituição da garantia judicial ou extinção dos riscos cobertos. Citado o tomador/executado para cumprir a obrigação e não o fazendo, a seguradora é intimada para subsidiariamente pagar. A apólice permite endosso para aumento da importância segurada. Nesta modalidade, o tomador do seguro é o executado, o segurado o exequente e a seguradora é o garantidor. Sobre o seguro garantia judicial:

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – SEGURO GARANTIA JUDICIAL – MEIO IDÔNEO PARA ASSEGURAR A EXECUÇÃO FISCAL - EQUIPARAÇÃO À DINHEIRO DESDE QUE EM VALOR NÃO INFERIOR AO DÉBITO CONSTANTE DA INICIAL ACRESCIDO DE 30% (ART. 835, § 1º, CPC/15) - AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

1. *Discussão sobre a validade do seguro garantia para assegurar a satisfação do crédito na Execução Fiscal.*

2. *Com o advento da Lei nº 13.043, de 13.11.2014, que conferiu nova redação aos artigos 9º, inc. II e 16, inc. II, da Lei nº 6.830, de 22/09/80, passou-se a incluir o seguro garantia como meio idôneo para assegurar o executivo fiscal e viabilizar a oposição de embargos à execução. Além disso, diante do novo regramento processual civil, a apólice de seguro equipara-se a dinheiro, o que a coloca na ordem prioritária de satisfação do crédito (art. 835, § 1º, CPC/15).*

3. *Agravo de instrumento conhecido e provido.*

Agravo de Instrumento - Nº 1405198-67.2016.8.12.0000 – Paranaíba Relator – Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira 2ª. Turma. 14/09/2016

Especial atenção à circular SUSEP 256 a qual determina que todo e qualquer seguro deve ter prazo de início e término de vigência

Art. 27. Deverá ser estabelecido o critério de fixação do início e término de vigência da cobertura, nos termos da regulamentação específica.

<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=15337>

Desta forma, em sendo

contrato por prazo determinado pode ser tornar incompatível para dar à execução trabalhista a liquidez a ela inerente, de forma que o exequente deverá ser diligente para requerer ao juízo a sua renovação quando da aproximação da data de seu vencimento sob pena de vencido, não ser meio idôneo de garantia da execução.

4.3.2. CARTA FIANÇA BANCÁRIA

O contrato de fiança é instituto de direito civil regulado pelos artigos 818 a 839 do Código Civil, contendo o artigo 818 sua definição:

“Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.”

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.html

Segundo lição de Sílvio de Salvo Venosa:

“Trata-se, como se verifica, de contrato destinado a assegurar o cumprimento de obrigação de outrem. Necessário distinguir fiança da obrigação garantida. São dois negócios distintos, embora ligados por acessoriedade e eventualmente presentes no mesmo instrumento. O atual Código realça que se trata de obrigação de garantia (...) Etimologicamen-

te, provém de fidere, como a conotação de confiar, garantir. Por vezes, na prática, por transposição semântica, o termo significa o próprio valora ser pago em razão do contrato: ocorrendo inadimplemento, exige-se, por exemplo, a fiança do obrogado.”

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos em espécie – 8ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2008, p. 390 e 391.

A carta de fiança bancária é modalidade de fiança substanciada em prestação de serviço bancário onde a instituição financeira assume a posição de garantidor das obrigações contraídas pelo afiançado (no caso representado pela figura do devedor/executado) perante o beneficiário. Trata portanto de garantia de obrigações, dentre as quais aquelas oriundas de processos judiciais em moeda nacional.

Em linhas gerais, o proponente/afiançado paga remuneração em parcelas periódicas e corrigidas por determinado índice, oferecendo contraguarantia, a uma instituição financeira/garantidor a qual por sua vez, assegurará o cumprimento de obrigação de seu afiançado.

A fiança, assim como o seguro garantia judicial é contrato entabulado entre partes,

sujeito portanto, a negociação quanto ao prazo, forma de pagamento e cláusulas a eles inerentes.

Deve-se prestar especial atenção à cláusula referente ao prazo da garantia a ser emitida pelo banco. As execuções trabalhistas estão sujeitas à impugnações próprias, recursos, embargos e por estas razões seu tempo de duração é variável. No mesmo passo, por ser dotado de cunho expropriatório é procedimento criterioso e dotado de minúcias sendo por estas razões ao mesmo tempo dinâmico em seus atos e moroso em sua totalidade. Com tais características, qualquer garantia com prazo determinado é inidonea para o fim que se presta.

A carta de fiança por prazo indeterminado possui como uma de suas cláusulas a promessa de constituição de contragarantia o que seria a grosso modo meio efetivo de pagamento das obrigações decorrentes do contrato de fiança bancária. A contragarantia será constituída por parcelas anuais equivalentes à percentual da dívida garantida de modo que após um certo tempo seja atingido o percentual de 100% da mesma. As importâncias cedidas serão aplicadas junto ao banco garantidor, podendo este, mediante prévia comuni-

cação ao afiançado, solicitar a devolução da Carta de Fiança procedendo o depósito judicial.

O contrato de fiança se extingue com a baixa da fiança, ou seja, quando a original é devolvida ou mediante entrega de termo de exoneração ou documento que o valha ou ainda quando a instituição financeira honra o a fiança mediante o pagamento da obrigação principal, ficando neste caso o afiançado obrigado a ressarcir a instituição financeira no valor principal, acrescido dos encargos em até 48 horas

Sobre o prazo de validade da carta de fiança bancária:

EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. FIANÇA BANCÁRIA COM PRAZO DETERMINADO. IMPRESTABILIDADE.

I - O ditame de que a execução fiscal deve ser operada de modo menos gravoso ao executado deve ser entendido cum grano salis, tendo em vista que a referida ação é feita no interesse do credor, no intuito de realizar a efetiva satisfação do crédito.

II - A carta de fiança bancária com prazo de validade determinado não se presta à garantia da execução fiscal, pois, com a longa duração de um processo judicial, pode haver o risco de inexistirem efeitos práticos à penhora oferecida.

Precedente: REsp nº 910.522/SP, Relator Ministro ARI PAR-GENDLER, DJ de 01/08/07.

III - Recurso especial provido

(STJ - REsp: 1022281 RS 2008/0009548-6, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 12/08/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/08/2008)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VALIDADE DE FIANÇA BANCÁRIA POR TEMPO DETERMINADO. PRAZO DE VALIDADE ESCOADO. EXECUÇÃO DA GARANTIA. PERDA DO OBJETO. 1. Na origem, cuida-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de “determinar que a autoridade coatora promova todos os atos necessários ao desembaraço dos sete contêineres amparados pela DI 12/1194581-4”. 2. A concessão da segurança pelo juízo de primeira instância decorreu da presunção de que o procedimento fiscal estaria concluído antes de expirada a validade da fiança bancária, o que afastaria a necessidade de prestação da garantia por tempo indeterminado. O entendimento foi reiterado no Tribunal de origem. 3. A fiança bancária dada em garantia já teve seu prazo de validade ex-

pirado em 2/9/2014, sendo que a Fazenda Nacional já tomou as devidas providências para executar a garantia antes de seu vencimento. Tal providência foi reportada à esta Corte quando as afiançadas ajuizaram a Medida Cautelar 23102/SC visando que a Fazenda Pública se abstivesse de exigir a execução da fiança, sendo indeferida a pretensão. 4. Diante do contexto delineado, onde é incontroverso que a Fazenda Pública já providenciou a execução da fiança bancária antes de seu vencimento, reitera-se entendimento no sentido de que o recurso especial perdeu seu objeto, visto que a declaração de imprestabilidade da fiança em nada socorreria à Fazenda Nacional, pois com a execução da fiança, passou o órgão fazendário a possuir, em garantia, dinheiro, que tem prevalência sobre a fiança bancária. 5. Improcedente ainda a alegação da agravante de que “no período em que há garantia do crédito, a exigibilidade fica suspensa e o contribuinte pode, inclusive, ter acesso a certidões positivas com efeito de negativas”, pois “a fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor

do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte” (REsp 1123669/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 9/12/2009, DJe 1º/2/2010 - submetido ao rito dos recursos repetitivos). Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp: 1462823 SC 2014/0151521-9, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 06/11/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/11/2014)

Ambos julgados ora colacionados assinalam a impor-

tância de ter a carta fiança bancária prazo de validade indeterminado, por óbvio, aquela dotada de prazo determinado é também meio de garantia do juízo, contudo, escoado o prazo de vigência a garantia perde seu objeto.

O presente trabalho não pretende exaurir o tema, bastante extenso e ainda obscuro em razão de seu ineditismo, mas apenas lançar uma pequena luz sobre alternativas que garantam ao executado o exercício de sua defesa dando ao exequente confiança na factibilidade da via judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de Processo do Trabalho*. 14ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2002

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil. Volume único*. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2011

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie – 8ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2008, p. 390 e 391.*



Revista Científica Virtual

DIREITO DO TRABALHO: REFLEXÕES

Revista Científica Virtual da
Escola Superior de Advocacia
Edição 25 - Primavera 2017
São Paulo OAB/SP - 2017

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 Geral ESA/SP
Mônica Aparecida Braga Senatore

Coordenação de Edição
Bruna Corrêa
Fernanda Gaeta

Diagramação
Felipe Lima

Fale Conosco:
Largo da Pólvora, 141 - Sobreloja
Tel. +55 11.3346.6800

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

