

Colaboradores:

- Aloisio Cristovam dos Santos Junior
- André Araújo Molina
- Andréa Presas Rocha
- Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas
- Guilherme Guimarães Feliciano
- Guilherme Guimarães Ludwig
- Guilherme Levien Grillo
- Iuri Pinheiro
- Ivana Carla Lucio Machado
- Jorge Luiz Souto Maior
- Lucyenne Veiga
- Matheus Nunes Bento
- Monique Fernandes Santos Matos
- Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto
- Paulo de Carvalho Yamamoto
- Pedro Diogo Carvalho Monteiro
- Raymundo Pinto
- Raphael Miziara
- Rodolfo Pamplona Filho
- Tercio Roberto Peixoto Souza
- Tércio Rauff de Carvalho Moura
- Valdete Souto Severo

Vistos etc.

Revista da Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da 5ª Região - BA

Em homenagem aos magistrados
Antônio Lantyer Nonato Marques
e Paulo Sérgio Silva de Oliveira Sá, *in memoriam*.

Nº 15 • 2019



Autores:

- Aloisio Cristovam dos Santos Junior
- André Araújo Molina
- Andréa Presas Rocha
- Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas
- Guilherme Guimarães Feliciano
- Guilherme Guimarães Ludwig
- Guilherme Levien Grillo
- Iuri Pinheiro
- Ivana Carla Lucio Machado
- Jorge Luiz Souto Maior
- Lucyenne Veiga
- Matheus Nunes Bento
- Monique Fernandes Santos Matos
- Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto
- Paulo de Carvalho Yamamoto
- Pedro Diogo Carvalho Monteiro
- Raymundo Pinto
- Raphael Miziara
- Rodolfo Pamplona Filho
- Tercio Roberto Peixoto Souza
- Têssio Rauff de Carvalho Moura
- Valdete Souto Severo

Vistos etc.

Nº 15 – 2019

Revista da



Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da 5ª Região

REVISTA VISTOS

Conselho Editorial

- Angélica de Mello Ferreira
- Agenor Calazans da Silva Filho
- Gerúzia Martins de Amorim e Souza
- Guilherme Guimarães Ludwig
- Marcos Oliveira Gurgel
- Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
- Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

AMATRA5 – DIRETORIA

Presidente

- Angélica de Mello Ferreira

Vice-Presidente

- Lea Maria Ribeiro Vieira

Diretora Secretária

- Soraya Gesteira de Azevedo Lima Marques

Diretor Tesoureiro

- Marcos Oliveira Gurgel

Diretor Cultural

- Guilherme Guimarães Ludwig

Diretora Social, Esporte e Lazer

- Edlamar Souza Cerqueira

Diretora de Prerrogativas

- Cecilia Pontes Barreto Magalhães

Diretor de Comunicação

- André Oliveira Neves

Diretora de Aposentados e Pensionistas

- Gerúzia Martins de Amorim e Souza

Diretora de Cidadania e Direitos Humanos

- Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

Diretor da Ematra5

- Luciano Berenstein de Azevedo

CONSELHO FISCAL

Titulares:

- Agenor Calazans da Silva Filho
- Ana Paola Santos Machado Diniz
- Valtércio Ronaldo de Oliveira

Suplentes:

- Ana Lúcia Bezerra Silva
- Cláudia Uzeda Doval
- Nívea Maria Luz Da Silva Torres

CONSELHO DE ÉTICA

Titulares:

- Débora Maria Lima Machado
- Débora Moraes Rêgo de Castro
- Luiz Augusto Medrado Sampaio

Suplentes:

- Adriana Manta da Silva
- Jéferson Alves Silva Muricy
- Mirella Mendes Grassi Muniz

Revista AMATRA-V: Vistos etc. / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região.

v. I, nº 15 (2019). – Salvador: AMATRA 5, 2019.

ISSN 977.2238-0353

1. Direito do trabalho – Brasil. 1. Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região.

Sumário

Apresentação	9	O acordo extrajudicial introduzido pela	
– <i>Angélica de Mello Ferreira</i>		Reforma Trabalhista e a (im)possibilidade	
– <i>Guilherme Guimarães Ludwig</i>		de homologação judicial parcial	47
		– <i>Andréa Presas Rocha</i>	
A inevitabilidade da criação judicial		1. Introdução	47
do direito e a sua relevância para		2. A homologação como atividade	
a construção de respostas jurídicas		de jurisdição voluntária:	
adequadas a uma realidade social em		efeitos pretendidos pelos interessados.....	48
constante mutação: alguns exemplos		3. O acordo extrajudicial como instrumento	
paradigmáticos de direito comparado		de empoderamento das partes e de seus	
(common law, França, Alemanha e Itália)	11	advogados	49
– <i>Aloisio Cristovam dos Santos Junior</i>		4. A (im)possibilidade de homologação	
Introdução	11	parcial de transação extrajudicial.....	51
1. <i>Common law</i>	13	5. Meios de impugnação da decisão	
1.1. A doutrina do <i>stare decisis</i>	14	de homologação parcial.....	53
1.2. O controle de constitucionalidade		6. Considerações finais	54
das leis	15	7. Referências	54
2. França	18		
2.1. O Caso Blanco e a responsabilidade		Honorários advocatícios	
civil do estado	19	e direito intertemporal	55
2.2. O arremesso de anão e a renúncia		– <i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>	
a direitos fundamentais	21	– <i>Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualeto</i>	
3. Alemanha	22	Introdução	55
3.1. Caso Luth.....	22	1. Algumas ponderações sobre direito	
3.2. Regra da proporcionalidade	24	intertemporal	57
3.3. Mínimo existencial	26	2. Direito intertemporal, processo	
4. Itália.....	27	e honorários advocatícios	58
4.1. Direito penal: apologia ao genocídio		3. Horários advocatícios na seara trabalhista	
(Caso Cuccullo)	27	e a Lei nº 13.467/17	61
4.2. Direito de família: princípio		Conclusão	62
da solidariedade	28	Referências bibliográficas.....	62
Considerações finais	29		
Referências bibliográficas.....	29	Algumas considerações sobre a defesa	
		e a revelia na Reforma Trabalhista	63
A gratuidade da justiça no contexto		– <i>Guilherme Guimarães Ludwig</i>	
da Reforma Trabalhista	31	1. Introdução	63
– <i>André Araújo Molina</i>		2. Alterações na sistemática da resposta	
1. Introdução	31	do réu	63
2. Evolução histórica dos institutos	31	3. A nova configuração da revelia.....	66
3. A justiça gratuita no processo		4. Conclusões	69
do trabalho atual	33	5. Referências.....	70
4. Efeitos da gratuidade para a parte			
sucumbente em honorários advocatícios		A responsabilidade do sócio retirante	71
e periciais	37	– <i>Iuri Pinheiro</i>	
5. Recolhimento prévio das custas para		– <i>Raphael Miziara</i>	
a repropositura da ação anteriormente		1. Contextualização	71
arquivada	43	2. O alcance da responsabilidade do sócio	
6. Conclusões	45	retirante	73
Referências bibliográficas.....	45		

3. A polêmica em relação ao marco final da responsabilidade terciária.....	74	5. A CLT: uma inimiga a ser eliminada.....	102
4. A responsabilidade do sócio retirante no caso de fraude	75	Considerações finais	104
5. Conclusão	76	Referências.....	105
A decisão judicial britânica de reconhecimento do vínculo trabalhista entre motoristas e a Uber em face dos requisitos da relação de emprego no direito do trabalho brasileiro.....		A proteção ao direito de não sofrer discriminação laboral no sistema jurídico brasileiro e as mudanças geradas pela Reforma Trabalhista	
– Ivana Carla Lucio Machado		– Monique Fernandes Santos Matos	
– Matheus Nunes Bento		1. Introdução: a proteção normativa contra a discriminação no trabalho	
– Pedro Diogo Carvalho Monteiro		2. A situação atual do padrão normativo nacional e alguns de seus efeitos	
1. Introdução	77	3. Considerações finais.....	
2. Contexto de introdução do Uber nas relações sociais.....	77	4. Referências	
3. Requisitos da relação de emprego no Brasil	78	Assédio processual: tema ainda discutível	
4. O caso Uber na justiça britânica	80	– Raymundo Pinto	
5. Análise comparativa dos requisitos do direito trabalhista brasileiro com os da decisão britânica	82	1. Dano moral – conceito já pacificado	
6. Conclusão	83	2. Dano moral e assédio moral – distinção	
Referências.....	84	3. Assédio processual.....	
Quem tem medo de mudanças e da liberdade sindical?		4. Assédio processual e litigância de má-fé	
– Jorge Luiz Souto Maior		5. Hipóteses mais comuns.....	
– Valdete Souto Severo		6. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa	
– Paulo de Carvalho Yamamoto		7. Reparação	
1. Introdução: até onde avançam os progressistas?.....	85	8. Como responsabilizar o advogado?	
2. O “negociado sobre o legislado” como fantasia da redução do patamar mínimo civilizatório	86	9. Jurisprudência	
3. A historicidade da unicidade e do imposto sindical.....	87	10. De <i>lege ferenda</i>	
3.1. Origens da legalização da classe operária brasileira.....	87	Uma reflexão sobre os efeitos do reconhecimento do direito de autonomia do intersex no âmbito das relações trabalhistas	
3.2. A liberdade sindical abriu as asas sobre nós	93	– Rodolfo Pamplona Filho	
4. Conclusão	94	– Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas	
A autonomia do direito do trabalho no Estado Democrático de Direito		1. Introdução	
– Lucyenne Veiga		2. A intersexualidade e a identidade de gênero.....	
Introdução	97	3. A intersexualidade e as relações de trabalho	
1. Impactos da Lei 13.467/2017 à luz da Constituição Federal.....	98	3.1. A divisão sexual do trabalho como instrumento de promoção da dignidade do intersex	
2. A função social do Direito do Trabalho.....	99	3.2. Os direitos do intersex decorrentes das relações de trabalho: a aplicação do princípios da igualdade e da norma mais favorável como critério hermenêutico de interpretação.....	
3. A vulnerabilidade dos trabalhadores: desproteção social.....	100	3.2.1. Licenças relacionada na parentalidade.....	
4. Falsos paradigmas.....	101	3.2.2. Licença-adotante	

3.2.3. Vedação relacionadas à potenciais discriminações da mulher	136
3.2.4. Utilização de vestiários	136
3.2.5. Remuneração.....	137
3.2.6. Aposentadoria.....	137
4. Conclusões	138
Referências.....	139

A representação dos empregados na empresa: um novo instituto

do direito coletivo brasileiro	141
– <i>Rodolfo Pamplona Filho</i>	
– <i>Guilherme Levien Grillo</i>	
1. Introdução	141
2. Breves notas sobre o núcleo do direito de representação dos trabalhadores no ordenamento português, espanhol, francês e alemão	142
3. O conteúdo jurídico da representação dos trabalhadores na Constituição Federal de 1988.....	144
4. Exame da representação dos trabalhadores na Reforma da CLT.....	145
4.1. Atribuições da comissão dos representantes dos empregados ...	146
4.2. O processo eleitoral.....	147
4.3. Garantias dos representantes dos trabalhadores	147
5. Conclusão	148
Referências.....	148

O novo depósito recursal no processo do trabalho: entre isenções e garantias

– <i>Tercio Roberto Peixoto Souza</i>	149
1. Dos princípios do processo e da compreensão corrente acerca do depósito recursal no processo do trabalho.....	149
2. Dos valores e formalidades para a validade do depósito recursal	150
3. Das exceções ao regime geral do depósito recursal	154
4. Considerações finais	158
5. Referências.....	159

A Reforma Trabalhista e os honorários advocatícios: algumas considerações.....

– <i>Téssio Rauff de Carvalho Moura</i>	161
1. Introdução	161
2. As espécies de honorários advocatícios e seus escopos.....	162
3. O Art. 791-A e os princípios regentes da condenação em honorários na seara trabalhista	162
4. A disciplina dos honorários de sucumbência na Consolidação das Leis do Trabalho.....	163
5. O Tribunal Superior do Trabalho e os honorários sucumbenciais.....	164
6. Consideração finais	166
Referências	166

Apresentação

Chegamos ao número 15 da **Revista Vistos Etc.** da Amatra 5 Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região, a segunda da presente gestão associativa, resgatando a periodicidade anual da publicação.

Finalizado o primeiro ano de vigência da Lei 13.467/2017, observa-se claramente a queda acentuada do número de ações trabalhistas, associada à ampliação dos riscos processuais do autor geralmente hipossuficiente econômico; sem que tenha havido crescimento significativo de postos de trabalho. As alterações promovidas na legislação trabalhista continuam, contudo, a gerar muitas dúvidas e intensos debates em torno da sua interpretação e da sua aplicação, inclusive após o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em pontos sensíveis da inovação normativa. Em paralelo, ganha fôlego a discussão em torno do impacto das novas tecnologias e dos reflexos das grandes transformações da sociedade quanto às relações de trabalho, especialmente diante da necessidade de releitura dos conceitos abertos que informam as normas trabalhistas.

A presente edição da Revista conta com a contribuição dos associados da Amatra 5 e outros valorosos estudiosos do Direito e do Processo do Trabalho, para qualificar a reflexão em torno dos temas acima destacados. Nela, dentro da perspectiva das grandes discussões contemporâneas, consta uma análise sobre a divisão sexual do trabalho em relação à pessoa intersex, bem como uma discussão acerca do reconhecimento de vínculo de emprego de um motorista da Uber e também do assédio processual. Interessantes provocações sobre temas gerais também têm espaço no periódico, em artigos sobre a criação judicial do Direito e a autonomia do Direito do Trabalho.

A Reforma Trabalhista, no entanto, ainda vem ocupando com razão a atenção da maioria dos articulistas: seja no âmbito material, nos trabalhos que tratam da liberdade sindical, da representação dos empregados e da discriminação no trabalho; seja no aspecto processual, nos textos sobre gratuidade judicial, honorários de sucumbência, depósito recursal e responsabilidade do sócio retirante. São abordagens instigantes, que traduzem a pluralidade de pensamento no equacionamento de grandes questões trazidas para a regulação do mundo do trabalho.

Por fim, destacamos que o décimo quinto número deste periódico é publicado em justa homenagem aos **Magistrados Antônio Lantyer Nonato Marques e Paulo Sérgio Silva de Oliveira Sá**: um reconhecimento especial pelos colegas e profissionais que foram, ambos de trato afável e com conhecimento profundo do saber jurídico, tendo engrandecido a nossa Justiça do Trabalho da Bahia. Travaram o bom combate e estarão, com certeza, presentes nas boas recordações que deixaram em colegas e em toda comunidade.

Boa leitura a todos!

Salvador, 22 de fevereiro de 2019

Angélica de Mello Ferreira
Presidente da Amatra-5

Guilherme Guimarães Ludwig
Diretor Cultural da Amatra - 5

A inevitabilidade da criação judicial do direito e a sua relevância para a construção de respostas jurídicas adequadas a uma realidade social em constante mutação: alguns exemplos paradigmáticos de direito comparado (*common law*, França, Alemanha e Itália)

Aloisio Cristovam dos Santos Junior*

SUMÁRIO: Introdução. 1. *Common law*. 1.1. A doutrina do *stare decisis*. 1.2. O controle de constitucionalidade das leis. 2. França: 2.1. O Caso Blanco e a responsabilidade civil do estado. 2.2. O lançamento de anão e a renúncia a direitos fundamentais. 3. Alemanha. 3.1. Caso Luth. 3.2. Regra da proporcionalidade. 3.3. Mínimo existencial. 4. Itália: 4.1. Direito penal: apologia ao genocídio (Caso Cuccullo). 4.2. Direito de família: princípio da solidariedade. 4.3. Direito do trabalho: sentença normativa. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A despeito de tantas polêmicas que o assunto tem provocado ao longo da história, maximizadas pela hegemonia que o discurso da separação dos poderes formulado por Montesquieu conquistou na ciência política, a criação judicial do direito é um fenômeno inevitável. Não teria sido por outra razão que o renomado magistrado inglês, Lord Radcliffe, pronunciou as seguintes palavras: “*Jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?*”¹

Mesmo os mais resistentes à construção jurisprudencial do direito admitem que a interpretação, por si só, já é dotada de certo grau de criatividade. De fato, até mesmo quando consideramos a

tradicional controvérsia existente na doutrina americana entre os interpretativistas e os não-interpretativistas, não é rigorosamente certo afirmar, como o fez Luís Roberto Barroso, que a primeira corrente “nega legitimidade ao desempenho de qualquer atividade criativa por parte do juiz”². No particular, é muito elucidativa a lição de Inocêncio Mártires Coelho quando diz

Chamam-se *interpretativistas* os que, embora admitam que o aplicador da Constituição – tal como o aplicador de qualquer norma jurídica – não deva prender-se à literalidade do texto, mesmo assim consideram incompatível com o *princípio democrático* qualquer criatividade judicial em sentido forte, isto é, qualquer forma de interpretação dos enunciados normativos que ultrapasse o âmbito do seu significado lingüisticamente *possível*, porque isso implicaria atribuir aos juízes uma legitimidade que é privativa dos titulares de mandatos políticos.³

A alusão a um *sentido forte* de criatividade judicial se explica justamente pelo fato de que em algum grau o juiz sempre cria o direito. Conta-nos Cappelletti, inclusive, que o jurista e filósofo Jeremy Bentham, que tinha enormes restrições ao direito judiciário e por isso era um fervoroso adepto da codificação, reconhecia que o papel desempenhado pelo juiz implicava naturalmente a criação do direito. Dizia ele que “embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito”⁴.

Na verdade, como afirmado pelo Chief Justice da Austrália Sir Garfield Barwick, “a melhor arte de

(*) Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-Doutorando em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Professor do Centro Universitário Estácio da Bahia. Juiz Titular de Vara do Trabalho Trabalho da 5ª Região. Ex-Promotor de Justiça e Ex-Procurador do Estado da Bahia. Bolsista da CAPES – Proc. 0069/10-8 – em programa de estágio doutoral na Universidade de Coimbra. Email: acristovamjr@gmail.com

1. Palavras reproduzidas por Mauro Cappelletti (*Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 25), que teriam sido pronunciadas em discurso proferido por Lord Radcliffe na convenção anual da “Law Society” de 1964.

2. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 280.

3. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed., São Paulo : Saraiva, 2007, p. 55.

4. *Op. cit.*, p. 17.

redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária”⁵. Deste modo, não há como negar que a interpretação jurídica sempre é marcada por algum grau de criatividade.

Se assim o é, por que razão o problema da criatividade judicial nunca sai de cena? A resposta diz com a maior intensificação que a criatividade da função jurisdicional tem experimentado nos tempos modernos, especialmente a partir do século XX. Tal fenômeno, que ocorre paralelamente à própria expansão da atividade do legislador – mas da qual, em certa medida, constitui corolário⁶ – não se dá sem certos sobressaltos, considerando-se que a linha ideal que separa a atuação legisferante da atividade judicial não é muito nítida e são numerosos os conflitos suscitados pela inexistência de parâmetros confiáveis para medir com exatidão o campo que caberia a cada um dos poderes, daí porque hoje a teoria montesquiana não tem escapado de uma releitura crítica.

Conquanto não seja sensata a postura de quem negue ao juiz o poder de criar o direito, como o denunciam as palavras do magistrado inglês acima citado, há muitas indefinições quanto aos contornos da criatividade judicial. O que se discute hoje não é mais se o Judiciário cria ou não o direito e é neste

sentido que a observação de Lord Radcliffe deve ser compreendida. No entanto, persiste uma enorme ce-leuma em torno do grau, dos modos, dos limites e da legitimidade da criatividade judicial.

Um dado que não pode ser desprezado em todo esse quadro é a quase universalização da expansão da criatividade judiciária, fenômeno presente nos Estados democraticamente avançados do mundo ocidental. A universalização do fenômeno é descrita de forma magistral por Eugênio Facchini Neto, que apresenta as razões que o explicam.

Um fenômeno comum a todas as democracias avançadas é a expansão crescente do papel da jurisdição. Trata-se de um fenômeno conexo à expansão do papel do Direito enquanto técnica de regulação dos poderes públicos, em razão do aumento da complexidade dos sistemas políticos.

O fenômeno é complexo e envolve uma extensa rede de explicações. Algumas delas são de ordem científico-culturais, tais como a superação do legalismo positivista, que identificava no legislador a verdadeira locomotiva do Direito, vindo no Juiz a figura montesquiana de mera “boca da lei” (*bouche de la loi*). A crise da teoria das fontes acabou repercutindo enormemente na jurisdição, percebendo-se a inafastável criatividade do momento jurisprudencial da interpretação e aplicação da lei.

Outras razões são de natureza por assim dizer sociológica, em virtude de uma maior diversidade da extração social da magistratura, espelho de uma sociedade mais pluralista, ao contrário de um passado em que os integrantes do Judiciário eram praticamente todos integrantes das classes sociais mais elevadas e que, por isso, compartilhavam os valores caros à manutenção da ordem estabelecida. Os juízes de hoje começam a ensaiar a possibilidade de serem porta-vozes não só da segurança dos que já têm, mas também da esperança dos muitos que ainda não têm, e que vêem no Judiciário uma possibilidade de acesso a certos direitos a prestações do Estado, enquanto cidadãos, e de fazer respeitar, pela sociedade, sua dignidade enquanto seres humanos.

Além dessas, existem algumas razões que poderíamos denominar de político-estruturais. [...]

[...] Indicam-se duas razões fundamentais para esta expansão do papel do Direito e da jurisdição, ambas estruturais e irreversíveis: a mudança da estrutura do sistema jurídico, ocorrida na segunda metade do século XX, com a sua evolução em direção ao Estado constitucional de direito; a

5. Conferência realizada em julho de 1979 “Judiciary Law: Some Observations Thereon” em *Current Legal Problems*, 33 (1980):239-240) apud Cappelletti, op. cit., p. 20-21.

6. Cappelletti, op. cit., p. 40-41, mostra que a legislação com finalidade social é uma das causas da expansão da criatividade judicial. “Em face de legislação social que se limita, freqüentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou “self-executing”, de tais leis ou direitos programáticos. Sobre isso aprendemos alguma coisa na Itália, especialmente entre 1948 e 1956, ou seja, nos anos entre a entrada em vigor da Constituição e a criação da Corte Constitucional. Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, da qual constituem também, afinal de contas, um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidades e princípios”: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”.

mudança da estrutura do sistema político, em razão do desenvolvimento contemporâneo do Estado social, com o incremento da intervenção do Estado na economia e na sociedade⁷.

Trata-se de um fenômeno, portanto, que está presente tanto em países do *Common Law*, quanto em países do *Civil Law*. Como afirma com muita precisão François Rigaux, “por maior que pareça a diferença entre os países com direito escrito e os de direito comum (*Common Law*), a função criadora da jurisprudência não se limita aos países do segundo grupo, embora seja aí mais tradicional do que nos países do primeiro”⁸.

É evidente que as diferenças existentes entre os dois grandes sistemas contemporâneos de direito podem repercutir no grau, nos modos, nos limites e na discussão sobre a legitimidade da criatividade judicial⁹. Por isso, qualquer investigação sobre a criação judicial do direito no direito comparado deve pressupor o exame de algumas questões que gravitam em torno do sistema judiciário vigente em cada país.

De igual modo, as diferenças culturais e históricas entre os diversos países têm forte influência nos contornos da criação judicial do direito. Revelam, por exemplo, o nível de resistência ao direito judiciário. Por tal razão, uma boa forma de entender a problemática que envolve a criação judicial do direito é por meio da observação fenomenológica de como a jurisprudência de diversos países encontrou respostas inovadoras para certas demandas, estabelecendo soluções que influenciaram o mundo

jurídico ocidental, extrapolando as fronteiras nacionais. Neste sentido, é que podem ser gizados na experiência de países da *Common Law* e também da França, da Alemanha e da Itália alguns exemplos de como a criação judicial do direito afetou a vida de milhões de pessoas em todo o mundo.

1. COMMON LAW

Falar em criação judicial do direito no *Common Law* chega a ser um truísmo, na medida em que a expressão é usualmente utilizada para identificar o direito comum, entendido como um complexo de regras derivado das decisões dos juízes, em contraposição ao *Statute Law*, que identifica o direito produzido pelo legislador. Este pensamento é bem exposto por Adhemar Ferreira Maciel nos seguintes termos:

Historicamente, o *Common Law* era direito que tinha como fonte as decisões dos tribunais reais ingleses (Kings's Courts) em oposição ao direito estamental. Pode-se afirmar que o *Common Law* nasceu com o domínio dos reis normandos. Hoje, o *Common Law* consiste no complexo de normas aplicadas pelos tribunais de diversos países de língua inglesa.

Sua tônica repousa no liberalismo, de cunho individualista. Foi, ao longo dos tempos, se estruturando através dos precedentes judiciais. É o “direito feito pelos juízes ou tribunais” (judge-made law ou bench-made law), em oposição ao “direito legislado” (*Civil Law* ou statutory law).¹⁰

No mesmo sentido é o magistério de Adele Anzon, que ao examinar as origens e a evolução histórica da doutrina inglesa do precedente vinculante, assim se exprime:

A “doutrina do precedente”, ou melhor, a doutrina do precedente vinculante, é considerada como uma regra fundamental do direito inglês e dos sistemas jurídicos que dele derivam historicamente; ou seja, ordenamentos dos quais uma parte relevante é constituída pelo *Common Law*, ou direito comum, entendido – em oposição ao direito estatal, ou direito da fonte propriamente legislativa – como o conjunto de regras decorrentes das decisões dos juízes¹¹.

Nos países do *Common Law*, portanto, a criação judicial do direito é a regra, de modo que a inflação

7. O Judiciário no mundo contemporâneo. *Revista da AJURIS* – v. 34 – n. 108 – Dezembro 2007, p. 139-165.

8. RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes* – Coleção Direito e Deveres do Homem. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 143.

9. Não deve ser desconsiderado, contudo, que as diferenças entre os sistemas da *common Law* e romano-germânico têm diminuído. Como adverte o prof. Facchini (Estrutura e funcionamento da Justiça Norte-Americana. In *Revista da Ajuris*, Edição nº. 213, 2009): “O estudo do direito comparado costuma apontar para uma tendência de diminuição de diferenças, entre os sistemas da *Common Law* e o chamado direito romano-germânico. Dentre os sinais dessa aproximação entre os dois grandes sistemas de direito contemporâneo, está o fato de que aumenta cada vez mais o fenômeno da legislação no âmbito dos países de *Common Law*, ao passo que nos países de origem romano-germânicas cada vez mais a jurisprudência opera como verdadeira fonte de direito (o fenômeno das súmulas vinculantes em nosso país poderia ser indicado como um sinal dessa tendência). Outros sinais dessa tendência seriam o aumento da importância da jurisdição constitucional em todos os países ocidentais, uma certa padronização de institutos do direito comercial (a nova *lex mercatoria*), a difusão do modelo das agências regulatórias, dentre outros”.

10. MACIEL, Adhemar Ferreira. *Apontamentos sobre o judiciário americano*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 6, n. 1, p. 39-46, jan./jun. 1994.

11. ANZON, Adele. *Il valore Del precedente nel giudizio sulle leggi: l'esperienza italiana Allá luce di um'analisi comparata*

de exemplos torna difícil a tarefa de escolher alguns casos como objeto de exame¹². Consideramos, contudo, que a própria doutrina do *Stare decisis* e o controle de constitucionalidade das leis têm tanta repercussão no mundo ocidental que merecem constar de qualquer lista das contribuições do *Common Law* à idéia da criação judicial do direito.

1.1. A doutrina do *stare decisis*

Criadora da jurisprudência nos países do *Common Law*, em especial na Grã-Bretanha, não prescinde de um breve olhar, mesmo que perfunctório, sobre a característica mais marcante desse sistema jurídico: a doutrina do *Stare decisis*. Na feliz descrição de Sérgio Resende de Barros,

É o *Stare decisis* uma condição jurisprudencial natural ao *Common Law*. Nasceu com ele espontaneamente. Estendeu-se até onde ele se impôs. Assim chegou aos Estados Unidos. Originário de um tempo em que o latim ainda era a língua em que se comunicavam as ciências, inclusive o Direito, sua expressão completa é *Stare decisis et non quieta movere*. Tradução literal: estar com as coisas decididas e não mover

as coisas quietas. Vale dizer: juízes e tribunais inferiores devem *estar com as decisões* da Corte superior e *não mover as decisões pacificadas*. Ou seja: a jurisprudência pacífica tem um efeito vinculante¹³.

A doutrina do *Stare decisis*, por si só, já constitui um exemplo marcante do poder que a jurisprudência tem de criar o direito, num elevado grau, na medida em que confere às decisões judiciais um efeito que é usualmente atribuído à função legislativa, que é o de incidir sobre situações concretas futuras. Conquanto a doutrina tenha origem no direito inglês, a expressão *Stare decisis* decorre de um adágio latino: *Stare decisis et non quieta movere* (ficar com o que foi decidido e não mover o que está quieto).

A doutrina do *Stare decisis*, também denominada como *Doctrine of Binding Precedent* resulta da atribuição à decisão judicial de outra função que não apenas a de dirimir a controvérsia posta perante o Juízo – e que existe em qualquer sistema jurídico. No *Common Law* atribui-se também à decisão judicial o valor de precedente, de modo que uma decisão adotada em determinado caso concreto deverá ser adotada em outro caso idêntico que venha a ser julgado pelos tribunais inferiores. Nas palavras de Marino Bin, “o coração do *Stare decisis* não consiste, no entanto, no alto valor reconhecido nas decisões jurídicas anteriores, mas na sua vinculação acima de qualquer possível avaliação do mérito da controvérsia ou da adequação de certos princípios”.¹⁴

Por causa da doutrina do *Stare decisis* os precedentes judiciais constituem o foco das discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Todo o debate dos advogados se dá em torno da interpretação/aplicação dos precedentes judiciais aos novos casos em julgamento pelos juízes e tribunais. Como os magistrados são os principais protagonistas da doutrina do *Stare decisis*, ela também é conhecida como *judge-made law*.

Stare decisis decorre tão somente da tradição. Não foi estabelecida por norma emanada pelo legislador. As razões apontadas pelos estudiosos do direito comparado para a justificação e prevalência da doutrina do *Stare decisis* dizem com a igualdade, a previsibilidade, a economia e o respeito¹⁵.

sul regime del richterrecht. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, p. 23. Tradução livre do seguinte texto original: “La ‘dottrina del precedente’, o meglio, La dottrina del precedente vincolante, è considerata una regola fondamentale del diritto inglese e dei sistemi giuridici derivati storicamente da questo; di tutti quegli ordinamenti, cioè, dei quali una parte rilevante è costituita dal *Common Law*, o diritto comune, inteso – in opposizione allo *statute Law*, o diritto di fonte propriamente legislativa – como quel complesso di regole derivanti dalle decisioni dei giudici”

12. Nem por isso deixa de haver a discussão no sistema do *Common Law* sobre se o juiz de fato cria ou não direito, já que durante algum tempo prevaleceu a idéia de que o juiz, ao proferir uma decisão, não estaria efetivamente criando direito, mas revelando um conjunto de costumes jurídicos existentes na Inglaterra desde época imemorial. É o que informa Márcia Regina Lusa Cadore Weber (*Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. v. 01), No século XIX foi difundida doutrina segundo a qual o precedente judicial é juridicamente vinculante de modo absoluto, na medida em que é a verbalização de uma regra de direito consuetudinário positivo. Aí teve origem a teoria declarativa do precedente judiciário que foi considerada como um princípio de direito do *common law* até quase nossos dias. Em linhas gerais, referida teoria parte do pressuposto de que o *common law* não é um direito produzido pelos juízes, vale dizer, um direito jurisprudencial, mas é, ao invés disso, um conjunto de costumes jurídicos existentes na Inglaterra desde época imemorial. Estes costumes são regras não escritas conhecida por cada bom inglês. A tarefa de verbalizar precisamente tais regras compete aos juízes apenas na apreciação dos casos concretos que lhe são submetidos. Neste sentido, os juízes são o “oráculo” do direito enquanto expressam o mesmo (to find the law), mas não é correto afirmar-se que criam o direito (to make the law).

13. BARROS, Sérgio Resende de. *Simplificação do controle de constitucionalidade*. Artigo disponível no endereço eletrônico http://www.srbarros.com.br/artigos_fullprint.php?TextID=76. Acesso em 11.09.2009

14. BIN, Marino. *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*. Padova, CEDAM, 1995, p. 41.

15. cf. FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico*

Se, num certo sentido, poderia até ser visto como um freio à inovação judicial – já que impediria que juízes divergissem dos precedentes judiciais – e, portanto, não seria adequado tratá-lo como um princípio favorável à *criatividade* judicial, é ao mesmo tempo uma eloqüente demonstração de que o Judiciário não apenas declara um direito pré-existente, mas que efetivamente *cria* o direito. No particular, é conveniente observar que a palavra *criatividade* tem sido utilizada no contexto dessa discussão mais como a aptidão que o juiz tem de criar o direito e menos com o sentido mais restrito do termo, que se confunde com a capacidade de promover soluções inteligentes e inovadoras às causas que se lhe sujeitam. Mesmo neste sentido, porém, o *Stare decisis* não chega a constituir um empecilho à criatividade dos juízes. Isso ocorre porque, como lembra Sérgio Resende de Barros,

Mas, embora o juiz deva ser fiel às decisões precedentes, não alterando o que já é “a solução” para o caso, esse princípio – em virtude de sua própria natureza jurisprudencial – está sujeito à evolução histórica e até a contingências mais circunstanciais. Não é insuperável.

François Rigaux minimiza o suposto engessamento do *Stare decisis*, mostrando que a doutrina do precedente sofre da mesma ambigüidade que o argumento da analogia, muito utilizado no sistema do *Civil Law*, daí porque quando o juiz quer dar uma solução diversa a determinado caso ele o faz. O professor emérito da Universidade de Louvain desvenda o mecanismo pelo qual os juízes exercitam a sua criatividade judicial mesmo sem declarar explicitamente uma inversão de jurisprudência, nos seguintes termos:

É raro que os juízes declarem explicitamente uma inversão de jurisprudência. Dispõem de uma técnica infinitamente mais satisfatória: distinguir a hipótese litigiosa daquela que foi anteriormente objecto de uma decisão judicial, com valor de precedente. O método é idêntico à “caça com duas armas” (*hunting in pair*): a instância superior decide soberanamente se a hipótese que lhe é apresentada é ou não análoga à que foi objecto do precedente. Tal decisão judicial é semelhante à norma

de direito que não determinou explicitamente qual a solução aplicável a uma situação diferente da que foi legislada.¹⁶

A tendência existente hoje em países do *Civil Law* à adoção de súmulas vinculantes, a exemplo do Brasil, nada mais é do que uma tentativa de absorver alguns aspectos da doutrina do *Stare decisis* à nossa realidade com o objetivo declarado de conferir maior previsibilidade e respeitabilidade às decisões judiciais, em nome de valores como a segurança jurídica, a celeridade e a economicidade, que devem presidir a atuação jurisdicional.

A abordagem feita aqui apresenta os aspectos mais genéricos do *Stare decisis*, mas não se deve perder de vista que a doutrina não é aplicada em todos os países do *Common Law* do mesmo modo. Há, por exemplo, importantes diferenças na aplicação da doutrina na Inglaterra e nos Estados Unidos, que dizem respeito à própria organização política e judiciária de ambos os países. Os EUA se guiam pela lógica da supremacia de sua Constituição escrita, ao passo que a Inglaterra se guia pela lógica da supremacia do Parlamento. Basta dizer, por exemplo, que até outubro de 2009, quando a Suprema Corte do Reino Unido foi instalada, a mais alta instância judiciária britânica integrava o Parlamento: o Comitê Judicial da Câmara dos Lordes.

1.2. O controle de constitucionalidade das leis

O aspecto mais saliente no cenário jurídico americano é, sem dúvida, a crença na supremacia absoluta da Constituição dos Estados Unidos e no *judicial review*, mecanismo pelo qual se permite ao Judiciário interpretá-la, adequando e compatibilizando ao seu conteúdo as leis e atos normativos editados por outros poderes. Tal tarefa é executada pelo Judiciário no exame de casos concretos, nos quais é evidenciado o poder de criação judicial do direito.

A própria existência do *judicial review*, por si só, é um eloqüente exemplo de criação judicial do direito e, mais do que isso, permite vislumbrar o potencial criativo que se esconde na argumentação desenvolvida por um magistrado dotado de enorme sagacidade. A célebre decisão da Suprema Corte americana, relatada pelo *Chief Justice* John Marshall no caso “*Marbury vs. Madison*”, em 1803, que fundamenta o *judicial review*, é um exemplo de como a

dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 62, citado por WEBER, Márcia Regina Lusa Cadore, op. cit., p. 60. Tradução livre do texto original: “il cuore dello *Stare decisis* non consiste, portanto, nell’elevato valore riconosciuto alle pronunce giurisprudenziali precedenti, ma nella loro vincolatività al di sopra di ogni possibile valutazione sul merito della controversia o sull’opportunità di determinati principi”.

16. RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes* – Coleção Direito e Deveres do Homem. Lisboa: Instituto Piaget, 2000

sagacidade de um único magistrado pôde alterar o rumo do constitucionalismo moderno, influenciando o direito de dezenas de países e, por conseguinte, afetando a vida de milhões de pessoas em todo o mundo.

Em nenhum momento a Constituição norte-americana prevê de forma expressa a aferição pelo Judiciário da constitucionalidade da legislação aprovada pelo congresso americano. Tal possibilidade foi efetivamente consagrada pela Suprema Corte no famoso Caso Marbury versus Madison, do qual o Ministro Adhemar Ferreira Maciel fez a seguinte descrição:

No finalzinho do governo do federalista John Adams (1791-1801), o Congresso promulgou a Lei Orgânica do Distrito Federal (*District of Columbia Organic Act*), atribuindo ao presidente da República (Adams) o provimento, com a aprovação do Senado, de 42 cargos de *justice of the peace*. Alguns nomeados receberam imediatamente seus títulos de nomeação. Dezesseis outros, porém, ficaram para trás, uma vez que o *Secretary of State* (John Marshall) não teve tempo – ainda que tenha varado boa parte da noite – de colocar o *Great Seal of the United States* (equivalente à nossa “Armas da República”) em todos os documentos ou mesmo de entregar os títulos de nomeação já prontos. No dia seguinte, muda o governo, que passa a ser (pela primeira vez) republicano. Jefferson assumiu a presidência da República, nomeando Madison *Secretary of State*. John Marshall, por sua vez, por designação do governo anterior (Adams), passou a ocupar a presidência da Suprema Corte. Alguns *justices of the peace* nomeados e não titulados (entre eles William Marbury, um próspero comerciante de Georgetown) ajuizaram, por meio do advogado Charles Lee (1758-1815), um *writ of mandamus* na Suprema Corte no mês de dezembro de 1801 com o escopo de forçar o novo *Secretary of State* (Madison) a lhes entregar os títulos de nomeação. Com o governo republicano e as duas Casas do Congresso, ambas dispondo de maioria republicana, os juízes da Suprema Corte, de linha federalista, corriam o risco de *impeachment*.

A impetração de Marbury se fez com base na seção 13 da Lei Orgânica da Magistratura, o *Judiciary Act* de 24 de setembro de 1789. A redação do dispositivo legal não era das mais claras: dava competência, entre outras, à Suprema Corte para julgar “*writs of mandamus, in cases warranted by the principle and usages of law...*” [...] Muito embora não se pudesse extrair

do dispositivo em questão, de modo inquestionável, a competência originária da Corte para julgamento do *writ* aforado por Marbury e outros, Marshall, de modo sub-reptício e altamente engenhoso, disse que a seção 13 da Lei Orgânica atribuía inconstitucionalmente competência à Suprema Corte para julgar o *writ*. A competência, todavia, estava reservada à Constituição, e não à lei infraconstitucional. Lendo-se hoje a decisão, depreende-se com clareza que ficou dito que acima do Congresso (que havia editado a Lei Orgânica) estava a Constituição e, mais, que cabia ao Judiciário fazer o confronto entre a lei ordinária, ainda que elaborada pelo Congresso, com a Constituição. Em decorrência, a ação judicial de Marbury e outros não tinha como tramitar na Suprema Corte.

A vitória (na aparência) do Governo (Jefferson) estava assegurada. Aparentemente estaria afastada a quase certa tentativa de *impeachment* dos juízes federalistas da Suprema Corte. Todavia, antes de chegar ao resultado (inconstitucionalidade da seção 13), Marshall, manhosa e, antecipou *obiter dictum* o mérito da questão, afirmando que William Marbury e seus companheiros tinham, sim, direito de receber os títulos de nomeação. A nomeação dos *justices of the peace* havia sido válida, já que precedida do assentimento do Senado.

Deve-se à decisão relatada pelo Chief Justice John Marshall no Caso Marbury a consagração da tese de que todo ato do Parlamento contrário à Constituição deve ser considerado nulo, inválido e ineficaz, como corolário da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária¹⁷. Como Marshall afirmou,

A questão de que uma lei em choque com a Constituição possa transformar-se em direito do país é profundamente interessante para os Estados Unidos e, felizmente, não tão confusa quanto a proposição de seu interesse. Parece apenas necessário reconhecer certos princípios considerados há muito como bem estabelecidos, para decidir. Que o povo tem um direito originário de estabelecer, para seu futuro governo, tais princípios, que, em sua opinião provavelmente melhor conduzirão à sua felicidade, é a base sobre a qual toda

17. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (*Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 9) anota que o pensamento revolucionário nas Américas e na França já abordava o tema, referindo-se a considerações que constam de O Federalista, de Hamilton, Madison e Jay, e à instituição do Senat Conservateur tipificado pelo art. 21 da Constituição do ano VIII.

a estrutura americana tem sido erigida. O exercício desse direito original demanda um enorme esforço; não pode nem deve ele ser freqüentemente repetido. Os princípios, portanto, assim estabelecidos, são considerados fundamentais; e como a autoridade da qual promanam é suprema e raramente pode agir, são designados para ser permanentes. Essa vontade original e suprema organiza o governo e determina aos diversos departamentos seus respectivos poderes. Pode parar aqui ou estabelecer certos limites que não devem ser transcendidos por aqueles departamentos. O Governo dos Estados Unidos segue a última idéia. Os poderes do Legislativo são definidos e limitados e seus limites não podem ser controvertidos ou enfraquecidos; a Constituição é escrita. Qual o propósito de serem os poderes limitados e aqueles limites consignados por escrito, se puderem, a qualquer tempo, ser ultrapassados por limites considerados como restritos? A distinção entre um governo com poderes limitados ou ilimitados é abolida, se aqueles limites não contiverem as pessoas sobre as quais são impostos, e se leis proibidas e leis permitidas forem de igual obrigação. É uma proposição demasiadamente clara para ser contestada, a de que a Constituição controla a qualquer ato legislativo em choque consigo, ou que o Legislativo possa alterar a Constituição por lei ordinária. Entre estas alternativas, não há meio termo.¹⁸

A distinção entre poder constituinte e poderes constituídos desenhada por Marshall fundamenta até hoje a supremacia das Constituições rígidas.¹⁹ A partir dessa distinção, compreende-se que a lei constitucional é obra do Poder Constituinte, ao passo que a lei ordinária é fruto de poderes constituídos, os quais são limitados pela própria Constituição. Assim, se a competência do órgão legislativo deriva da Constituição, nada mais lógico que se lhe negue a possibilidade de introduzir na ordem jurídica leis que colidam com os dispositivos constitucionais.

A idéia de que os ordenamentos jurídicos nacionais devem albergar mecanismos de controle que impeçam a introdução no ordenamento jurídico de leis que estejam em antagonismo com o texto constitucional é bastante difundida nos países que adotam constituições escritas, onde desfruta de um alto

grau de consenso.

A criatividade da jurisdição constitucional americana é destacada por Inocêncio Mártires Coelho, que vai encontrar na amplitude e na abertura da estrutura dos enunciados da Constituição dos Estados Unidos o fator decisivo para o seu desenvolvimento.

Em outros termos, é graças à estrutura ampla e aberta dos seus enunciados – permitindo a *mediação criadora* da Suprema Corte – que a Constituição dos Estados Unidos, por eles considerada o *supremo direito da terra*, tem ensejado ao povo norte-americano encontrar soluções adaptativas e não revolucionárias para todas as crises dos *negócios humanos*, tal como afirmou John Marshall, num misto de pregação e profecia, no alvorecer da *constitucionalização* desse grande país. É que, noutro dizer, há mais de duzentos anos, a partir do seu texto, mas na ambiência do contexto, e graças à atuação dos não interpretativistas de todos os matizes, ali vêm ocorrendo as mais radicais *mutações constitucionais* de que se tem conhecimento – sugestivamente batizadas de processos oblíquos, processos informais, processos de fato ou mudanças constitucionais materiais – sem que, para tanto, tenha se alterado substancialmente o documento original da Constituição.²⁰

Não há dúvida, contudo, que a criatividade de John Marshall foi determinante para o desenvolvimento ulterior da doutrina do controle de constitucionalidade das normas editadas pelo legislador, inclusive até mesmo para que fosse formulada, em oposição ao controle difuso, o controle concentrado de constitucionalidade, nitidamente concebido por Kelsen como uma alternativa ao *judicial review*.

A influência da formulação de Marshall no Brasil pode ser vista já na primeira Constituição Republicana (1891), que previa no § 1º, letra b, do art. 59, que das sentenças das Justças dos Estados, em última instância, haveria recurso para o Supremo Tribunal Federal quando fosse contestada a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerasse válidos esses atos, ou essas leis impugnada. Conquanto o texto constitucional não tivesse uma redação tão clara, como nas constituições posteriores, ali nasceu, sob

18. SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da corte suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 10-11

19. Cf. Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*, 22ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2008), p. 295.

20. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59.

a inspiração do *judicial review*, o controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

2. FRANÇA

Historicamente, a França sempre foi o país mais refratário a reconhecer o papel do judiciário como criador do direito, o que se deveu não apenas ao apego à teoria da separação dos poderes, mas, sobretudo, pela antipatia nutrida contra os juízes do *Ancien Régime*. Podem ser apontadas como causas desta antipatia o sistema da venalidade dos cargos; o número excessivo de órgãos jurisdicionais (*cortes feudais, régias, eclesiásticas, locais, corporativas, comerciais...*), a infindável quantidade de recursos; o alto custo do processo judicial e o excessivo formalismo. As queixas contra o Judiciário do período pré-revolucionário foram brilhantemente explanadas por Facchini Neto em sua tese de doutorado:

Na França do *ancien régime*, o poder monárquico, exceto por determinado período durante o reinado do Rei Sol, nunca conseguiu afirmar-se completamente sobre os tribunais, os famosos Parlements. Os juízes franceses conseguiram combater "não apenas qualquer tentativa do soberano de ampliar seu poder, mas também os esforços de alguns magistrados esclarecidos para reformar algumas das características mais criticadas do *ancien régime*". Isso foi possível graças ao sistema de venalidade dos escritórios e à imobilidade que se seguiu. "O impasse que se segue, e do qual os Parlements são em grande parte responsáveis, finalmente leva ao colapso do regime, esmagando tanto os Parlements quanto os tribunais".

Uma das reclamações mais recorrentes encontradas nos *cahiers des doléances* dizia respeito ao judiciário, considerado lento demais, caro demais, técnico demais e muito distante do povo.²¹

Tal desconfiança terminou por determinar

que, ao lado da jurisdição ordinária, fosse instituída uma jurisdição administrativa. Há que se observar, contudo, que não obstante a desconfiança dos franceses em relação ao judiciário, conforme testemunha François Rigaux,

A França tem-se mostrado menos agarrada do que a Bélgica à letra dos textos e aos escrúpulos da escola exegética, de que o belga François Laurent foi o arauto mais sistemático, mas também o mais teimoso. E tem também conseguido, por intermédio do Conselho de Estado, numa matéria quase que totalmente privada de fontes escritas, como o direito administrativo, construir teorias tão inovadoras e audaciosas como as da jurisprudência dos países da *Common Law*²².

Sem dúvida, a instância judiciária que mais tem se destacado na criação do direito na França é o Conselho de Estado, que se encontra no ápice da hierarquia da justiça administrativa. O desenvolvimento do direito administrativo, não apenas o francês, mas o de muitos países que sofreram a sua influência, como o Brasil, deve muito à jurisprudência da justiça administrativa, sobretudo do Conselho do Estado. Recorrendo mais uma vez às lições de Facchini Neto,

Il prestigio della giustizia amministrativa francese, e principalmente del suo vertice, il Consiglio di Stato, è sempre stato molto elevato. È noto, infatti, che il diritto amministrativo francese deriva tutti i suoi principi e le sue dottrine fondamentali dal formante giurisprudenziale. In contributo legislativo al suo sviluppo è stato pressoché marginale. La dottrina, a sua volta, nello sforzo di fornire una visione sistematica su quest'area del diritto, si è nutrita delle decisioni del Consiglio di Stato, in modo non dissimile dalla dottrina costituzionale americana, rispetto alle decisioni della Suprema Corte.²³

Portanto, não há qualquer exagero em dizer que o direito administrativo francês é, na sua maior parte, produto da elaboração dos juízes e não do legislador. Georges Vedel salienta que

[...] nesse ramo do Direito, o repúdio ao Código Civil e ao direito privado e a imensidão de lacunas legislativas levaram o juiz a

21. Tese defendida e aprovada perante a Università Degli Studi Di Firenze. Título: Sistemi Giudiziari Comparati. Stati Uniti, Francia e Italia, 2000. Tradução livre do texto original: "Nella Francia dell'*ancien régime*, il potere monarchico, tranne per un certo periodo durante il regno del Re Sole, non è mai riuscito ad affermarsi completamente sui tribunali, i famosi *Parlements*. I giudici francesi sono riusciti a contrastare "non solo ogni tentativo del sovrano di allargare il proprio potere ma anche gli sforzi, da parte di alcuni funzionari illuminati, di riformare alcune delle caratteristiche più criticate dell'*ancien régime*". Questo è stato possibile fondamentalmente grazie al sistema della venalità delle cariche e dell'inamovibilità che le conseguiva. "La situazione di stallo che ne segue, e di cui i *Parlements* sono in buona parte responsabili, porta infine al

crollo del regime, travolgendo insieme a quest'ultimo gli stessi *Parlements*". Una delle lamentele più ricorrenti che s'incontrava nei *cahiers des doléances*, riguardava proprio l'ordinamento giudiziario, considerato troppo lento, troppo caro, troppo tecnico e troppo distante dal popolo"

22. *Op. cit.*, p. 143.

23. *Op. cit.*

fazer verdadeiramente o direito. A função do juiz administrativo não era só a de interpretar o direito positivo, como o fazia o juiz comum, mas também preencher, por suas decisões, as lacunas da lei. Daí a contribuição do Conselho de Estado para a elaboração de princípios informativos do direito administrativo, ainda hoje vigentes em vários sistemas: o da responsabilidade civil da Administração, o da alteração unilateral dos contratos administrativos, os concernentes ao regime jurídico especial dos bens do domínio público, a teoria da nulidade dos atos administrativos.²⁴

Há até quem diga que o direito administrativo, como ramo de direito dotado de autonomia, é produto da jurisprudência francesa. Tal conclusão não é de todo inaceitável quando se observa que muitos dos princípios fundamentais do direito administrativo foram resultantes da atuação da Justiça administrativa francesa, notadamente a partir do Caso Blanco. Esta parece ser a opinião de Sylvia Zanella di Pietro:

Pode-se dizer que a autonomia do direito administrativo, ou seja, a sua posição como ciência dotada de objeto, método, institutos, princípios e regime jurídico próprios, começou a conquistar-se a partir do famoso caso Blanco, ocorrido em 1873, e que envolveu uma menina (Agnès Blanco) que, ao atravessar uma rua da cidade francesa de Bordeaux, foi colhida por uma vagone de da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, que transportava matéria-prima de um para outro edifício. Naquela oportunidade, o Conselheiro Davi, do Tribunal de Conflitos, proferiu o seu voto, colocando de lado o Código de Napoleão e afirmando, pela primeira vez, o equacionamento e a solução da responsabilidade civil do Estado em termos publicísticos. Relembre-se que, nessa ocasião, ocorreu choque de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação. O conflito era de atribuição negativo; suscitado perante o Tribunal de Conflitos – a quem cabia dirimir os conflitos dessa natureza entre a jurisdição comum e a administrativa – o Conselheiro Davi, entusiasmado com o caso, não só concluiu que o Conselho de Estado era competente para decidir a controvérsia, como também devia fazê-lo em termos publicísticos, já que o Estado era parte na relação jurídica. Acentua-se aqui a saída do instituto da responsabilidade do campo do direito civil, como então era tratado, para mergulhar no campo do direito

administrativo, onde a relação entre preposto e preponente é diversa dessa mesma relação no campo do direito civil.

Embora a decisão apenas confirmasse, quanto à competência da jurisdição administrativa, jurisprudência anterior do Conselho de Estado, adotada nos casos Rotschild (1855) e Dekeister (1862), ela inovava em dois pontos: quando definia a competência da jurisdição administrativa pelo critério do serviço público (responsabilidade por danos decorrentes do serviço público) e quando resolvia a questão com base em princípios autônomos, distintos daqueles adotados pelo Código Civil para as relações entre particulares.

A partir de então, inegável foi a contribuição do Conselho de Estado francês para a elaboração de princípios informativos do direito administrativo.

2.1. O Caso Blanco e a responsabilidade civil do estado.

Pela guinada que deu a toda a teoria da responsabilidade extracontratual do Estado, o Caso Blanco merece ser apontado como o mais importante exemplo da criação judicial do direito, no campo administrativo, pela jurisprudência francesa, merecendo um maior detalhamento, que deve ser feito a partir da compreensão do que se entendia sobre o assunto antes da decisão. No particular, a atuação decisiva foi do Tribunal de Conflitos²⁵, julgando um conflito negativo de competência entre a justiça administrativa e a ordinária.

É sabido que a responsabilidade do Estado por danos causados por seus agentes a terceiros passou por uma evolução histórica que se iniciou, num primeiro momento, com a afirmação da teoria da irresponsabilidade. Com efeito, inicialmente se entendia que o Estado era juridicamente irresponsável pelos atos de seus agentes, uma vez que obrigá-lo

24. *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, 1964, p. 53 apud Di Pietro, *op. cit.*, p. 23.

25. Trata-se de um órgão jurisdicional com representação paritária das duas ordens jurisdicionais, presidido pelo ministro da justiça e criado por lei em 24 de maio de 1872 exclusivamente para solucionar conflitos de competência, não estando autorizado a julgar o mérito das questões. Como informa Tatiana Waisberg (Controle jurisdicional da Administração Pública no Direito Francês: a jurisdição administrativa à luz do sistema administrativo brasileiro. *Revista Jus Vigilantibus*, v. 29, p. 1, 2007), A dualidade de jurisdições no sistema francês implica a existência de duas ordens jurisdicionais com competências distintas. Não há, em regra, um critério único para definir a competência do juiz administrativo em detrimento do juiz judiciário. Para eventuais conflitos positivos ou negativos entre essas duas ordens jurisdicionais foi criado o Tribunal de Conflitos.

a reparar os danos causados aos particulares seria equipará-lo a estes, o que implicaria afronta à soberania estatal, nos termos em que esta noção era compreendida no período do absolutismo monárquico. Os ingleses diziam à época *the king can do no wrong*; os franceses, *le roi ne peut mal faire*.

Vale observar, porém, que a noção de irresponsabilidade estatal não era absoluta, porquanto havia exceções, conforme noticiado por Celso Antonio Bandeira de Mello:

Estas assertivas, contudo, não representavam *completa* desproteção dos administrados perante comportamentos unilaterais do Estado. Isto porque, de um lado, admitia-se responsabilização quando leis específicas a previssem explicitamente (caso, na França, de danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 pluvioso do Ano VIII); de outro lado, também se admitia responsabilidade por danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, bem como os causados pelas coletividades públicas locais.²⁶

A responsabilidade do agente público, e não do Estado, também era admitida quando o dano fosse atribuído diretamente àquele, ou seja, quando adviesse do seu comportamento pessoal. Todavia, quase sempre era difícil de caracterizar tal responsabilidade, haja vista que somente poderiam ser intentadas ações contra os agentes públicos com a autorização do Conselho de Estado francês, que dificilmente a concedia. É o que informa Celso Antonio Bandeira de Mello

[...] É bem verdade, todavia, que a operatividade da solução, sobre se revelar insuficiente pela pequena expressão do patrimônio que deveria responder, era gravemente comprometida em sua eficácia pela existência de uma 'garantia administrativa dos funcionários'. Instituída pelo art. 75 da Constituição do ano VIII (de 13 de dezembro de 1799), estabelecia que as ações contra estes perante os Tribunais Civis dependiam de prévia autorização do Conselho de Estado francês, o qual raramente a concedia.²⁷

Com o tempo, por representar uma flagrante injustiça, a idéia de irresponsabilidade do Estado vai cedendo à noção de que o ente público deve responder pelos danos provocados por seus agentes. Sem dúvida, se, em última análise, o Estado foi

criado para proteger os indivíduos, não poderia prevalecer por muito tempo a noção de que quando se excedesse na sua atuação e violasse o direito estaria desobrigado de arcar com os danos provocados aos particulares.²⁸

Quando a teoria da irresponsabilidade deixa de prevalecer, no século XIX, toma o seu lugar a teoria da responsabilidade com culpa, que por influxo do liberalismo equipara o Estado ao particular. A responsabilidade do Estado, então, está fundada no Direito Privado, tendo um caráter subjetivo, vale dizer, pressupunha a comprovação da culpa ou do dolo do agente responsável pelo dano causado a terceiros. Nessa época, ademais, prevalecia o entendimento de que o Estado somente respondia pelos atos de gestão e não pelos atos de império.²⁹

A atribuição de responsabilidade ao Estado, ainda que com caráter subjetivo, representou um enorme avanço, mas ainda não constituía uma solução definitiva para o jurisdicionado, na medida em que nem sempre era possível a comprovação do dolo ou da culpa do agente e, por conseguinte, o terceiro lesado, que não dispunha dos mesmos recursos para defender a sua pretensão contra o ente público, ainda ficava em larga medida desprotegido.

Neste contexto, então, a criatividade da jurisprudência administrativa francesa entra em cena e promove uma grande reviravolta, ao afirmar no julgamento do Caso Blanco, que as normas que deveriam reger a responsabilização estatal deveriam fundar-se no Direito Público e não no Direito Privado. A importância deste julgamento, portanto, tem um elevado significado histórico, na medida em que até hoje influencia o direito administrativo dos países do *Civil Law*, incluindo o Brasil. Maria Sylvia Zanella Di Pietro pontua a importância dessa decisão judicial:

O primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873: a menina Agnes Blanco, ao atravessar uma

26. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 931.

27. *Op.cit.* p. 931-032.

28. Sylvia Zanella Di Pietro (ob.cit., p. 409) ressalta que "ho-diernamente, não há Estado que reze a irresponsabilidade jurídica; os últimos a abandoná-la foram os Estados Unidos (Federal Tort Claim Act, em 1946) e a Inglaterra (Crown Proceeding Act, em 1947).

29. A clássica distinção entre atos de império e de gestão inclui no primeiro grupo os atos praticados pela Administração Pública com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e no segundo grupo os praticados em nível de igualdade jurídica com os particulares, como a conservação do patrimônio público.

rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. **Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil**³⁰, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

A partir daí começaram a surgir as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco, desdobrada, por alguns autores, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

A teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, procura desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público.

Distinguia-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa anônima do serviço público; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado.

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (faute) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.³¹

Posteriormente, o Conselho de Estado francês veio a ampliar a proteção do administrado, evoluindo da teoria da culpa do serviço, adotada a partir do Caso Blanco, à adoção da teoria do risco administrativo, tornando o Estado objetivamente responsável

pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causassem aos administrados. Mas a evolução da teoria da responsabilidade do Estado até o reconhecimento do seu caráter objetivo somente foi possível na esteira do Caso Blanco, que firmou o entendimento que a responsabilidade do Estado não poderia reger-se pelos princípios do Código Civil. Em suma, a decisão do Tribunal de Conflito no Caso Blanco representou o marco inicial de toda a construção teórica da teoria de responsabilização do Estado com base em princípios de direito público com reflexos na adoção ulterior da responsabilidade objetiva.

2.2. O arremesso de anão e a renúncia a direitos fundamentais

Mais recente, um caso julgado pelo Conselho de Estado envolvendo a afirmação do princípio da dignidade humana teve um quê de pitoresco, mas as conclusões adotadas pelo julgado foram e têm sido extremamente importantes para a discussão acerca da possibilidade de renúncia de direitos fundamentais. Trata-se do famoso caso do lançamento de anão julgado pelo Conselho de Estado em 27 de outubro de 1995. O caso é narrado por George Marmelstein nos seguintes termos:

O “lançamento de anões” (em inglês: “dwarf tossing”, “dwarf throwing”; em francês: “lancer de nains”) é uma brincadeira (ou esporte, para alguns) na qual anões, vestindo roupas de proteção, são arremessados em direção a um tapete acolchoado, vencendo aquele que conseguir lançar o anão na maior distância possível.

Em uma cidade francesa chamada Morsang-sur-Orge, a Prefeitura, utilizando seu poder de polícia, resolveu interditar um bar onde era praticado o lançamento de anões, argumentando que aquela atividade violava a ordem pública, pois era contrária à dignidade da pessoa humana.

Não se conformando com a decisão do Poder Público, o próprio anão (Sr. Wackenheim) questionou a interdição, argumentando que necessitava daquele trabalho para a sua sobrevivência. O anão argumentou que o direito ao trabalho e à livre iniciativa também seriam valores protegidos pelo direito francês e, portanto, tinha o direito de decidir como ganhar a vida.

Em outubro 1995, o Conselho de Estado francês, órgão máximo da jurisdição administrativa daquele país, decidiu, em grau de recurso, que o poder público municipal estaria autorizado a interditar o estabelecimento comercial que explorasse o lançamento de anão, pois aquele espetáculo

30. Grifamos.

31. DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 411.

seria atentatório à dignidade da pessoa humana e, ao ferir a dignidade da pessoa humana, violava também a ordem pública, fundamento do poder de polícia municipal.

O Sr. Wackenheim, mais uma vez inconformado, recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, alegando que a decisão seria discriminatória e violava o seu direito ao trabalho.

Em setembro de 2002, o Comitê de Direitos Humanos da ONU confirmou a decisão do Conselho de Estado francês, reconhecendo que o lançamento de anão violaria a dignidade da pessoa humana e, portanto, deveria ser proibido.

A tese vencedora foi no sentido de que os anões já são estigmatizados como meros objetos de diversão, o que não pode ser tolerado pelo Estado. Quando se vê um anão caminhando na rua, o imaginário popular imediatamente os vincula a atividades de mera diversão, como o trabalho em circos ou em programas de humor. Desse modo, a dignidade de todos os anões (e não apenas do Sr. Wackenheim) está sendo violada ao difundir a idéia de que eles não passam de objeto de diversão.³²

A criatividade judicial do Conselho de Estado é evidenciada no fato de que não havia no ordenamento jurídico francês uma regra que proibisse o malsinado esporte. A construção da regra proibitiva deu-se a partir da interpretação que a Justiça administrativa deu ao princípio da dignidade humana.

3. ALEMANHA

A criação judicial do direito na Alemanha é capitaneada pelo Tribunal Constitucional Federal, cuja jurisprudência está repleta de exemplos que repercutiram e ainda repercutem nos modelos jurídicos de diversos países do mundo ocidental, destacando-se os países da Península Ibérica e o Brasil. São casos que dizem respeito principalmente à teoria dos direitos fundamentais. Por sua importância histórica, deve ser destacado o caso Luth, julgado em 1958, considerado o mais importante da história do constitucionalismo alemão.

3.1. Caso Luth

Os fatos que deram origem ao caso, na narrativa de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martis, foram os seguintes:

O cidadão alemão Erich Lüth, conclamou, no início da década de cinquenta (à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Portuária de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do cinema nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme “Jud Süß”, de 1941).

Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 do Código Civil Alemão – BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo art. 5, I, 1, GG.

O Tribunal Constitucional Federal julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil.³³

32. LIMA, George Marmelstein. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 514/515.

33. DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 264.

Comentando o caso Luth, Robert Alexy aponta três idéias básicas sustentadas pelo Tribunal Constitucional que repercutiram indelevelmente em toda a formulação contemporânea do constitucionalismo alemão:

A primeira idéia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, 'ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores'. Mais tarde a Corte fala simplesmente de 'princípios que são expressos pelos direitos constitucionais'. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a segunda idéia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso a "todas as áreas do Direito". É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um "efeito irradiante" sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (ubiquitous). A terceira idéia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: "Um 'balanceamento de interesses' torna-se necessário".³⁴

De fato, as idéias da dimensão objetiva, do efeito irradiante e da ponderação de valores, assentadas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, são hoje indissociáveis de qualquer discussão que tenha como tema os direitos fundamentais, sendo oportuno destacar, também, a contribuição que aquela Corte, por meio dessa decisão, deu à consolidação do direito civil-constitucional. A ementa da decisão proferida pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, com sete verbetes, oferece um resumo muito rico dos fundamentos do julgado:

1. Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional.

2. No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desenvolve-se de modo mediato, por intermédio das normas de direito privado. Ele interfere, sobretudo, nas prescrições de caráter cogente e é realizável pelo juiz, sobretudo pela via das cláusulas gerais.
3. O juiz de varas cíveis pode, por meio de sua decisão, violar direitos fundamentais (§ 90 BVerfGG), quando ignorar a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil. O Tribunal Constitucional Federal revisa decisões cíveis somente no que tange a tais violações de direitos fundamentais, mas não no que tange a erros jurídicos em geral.
4. As normas do direito civil também podem ser "leis gerais" na acepção do art. 5, II, GG, e, destarte, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento.
5. As "leis gerais" têm que ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento para o Estado livre e democrático.
6. O Direito fundamental do Art. 5 GG não protege somente a expressão de uma opinião enquanto tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão.
7. Uma expressão do pensamento que contenha uma convocação ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do § 826 do BGB; ela pode ser justificada constitucionalmente, em sede da ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da liberdade de expressão do pensamento.³⁵

A técnica da ponderação de interesses, por si só, já constitui um notável exemplo da função judicial criadora de direito, que é mais presente nas decisões das cortes constitucionais. Como afirma François Rigaux,

[...] quanto mais subimos da hierarquia jurisdicional, mais o juiz se aproxima do exercício de uma função quase legislativa. O método de ponderação categórica dos interesses é um exemplo pertinente deste facto. Quando o juiz constitucional ou o juiz internacional assumem a tarefa de deduzirem das penumbras constitucionais um direito, uma liberdade que não está mencionada em termos explícitos, ou

34. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. In: *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. Trad. Menelick de Carvalho Netto, 2003, p. 131-40

35. Tradução de Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis, *op. cit.*, p. 263.

quando têm de resolver um conflito entre duas normas de igual nível, estão a preencher o silêncio do legislador. Alguns dirão que preenchem uma lacuna do aparelho normativo, expressão enganadora, uma vez que, na maior parte das ocasiões, é o próprio juiz quem cria a pretendida lacuna, ao identificar uma necessidade nova, ao mesmo tempo que se esforça por lhe dar satisfação.³⁶

3.2. Regra da proporcionalidade

A regra da proporcionalidade (para alguns, princípio) é uma das mais importantes contribuições da jurisprudência alemã à hermenêutica dos direitos fundamentais. É o que noticia Virgílio Afonso da Silva, ao afirmar que

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade.³⁷

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha garimpou a regra da proporcionalidade na própria essência dos direitos fundamentais, sustentando que o poder público, inclusive o legislador, não pode limitá-los a menos que necessário para a proteção do interesse público. Na definição da própria Corte,

[...] esse princípio [da proporcionalidade], que é provido de dignidade constitucional, resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para proteção de interesse público.³⁸

Conquanto desde o início da década de 50 o Tribunal Constitucional Federal fizesse referência à idéia, somente depois do *Caso das Farmácias*, julgado em 1958, que o princípio da proporcionalidade se consolidou na jurisprudência alemã, de onde veio a informar a doutrina e a jurisprudência tanto daquele país quanto de outros países, a exemplo do Brasil. Como narrado por Alexandre Araújo Costa,

Tratava-se de uma lei da Bavária que restringia o número de farmácias em uma comunidade, condicionando a concessão de licenças para a abertura de novas farmácias à demonstração de que elas seriam comercialmente viáveis e que não causariam problemas econômicos para os competidores da região. Essa lei foi invocada em 1955, para impedir que um farmacêutico recentemente imigrado da Alemanha Oriental pudesse estabelecer seu negócio. Tendo o seu pedido de licença negado pela administração local, o farmacêutico dirigiu ao BVerfG uma *reclamação constitucional*, arguindo a inconstitucionalidade da lei em que ela se baseava, pois ela feria o direito constitucional de livre iniciativa.³⁹

O Tribunal Constitucional Federal, no caso, considerou inconstitucional a lei bávara que restringia a possibilidade de estabelecimento de novas farmácias, por entender que a restrição imposta ao direito fundamental da livre iniciativa violava o princípio da proporcionalidade, na medida em que não estava adequada à garantia do interesse público que justificara sua edição (defesa da saúde pública). Os excertos do acórdão que decidiu o Caso das Farmácias, abaixo transcritos, denunciam a importância do princípio da proporcionalidade para a sua fundamentação:

A escolha de uma profissão é um ato de autodeterminação, do livre arbítrio de um indivíduo; ela deve ser protegida tanto quanto possível contra a intervenção estatal. Todavia, na prática de uma profissão, o indivíduo afeta imediatamente a vida da sociedade; esse aspecto da sua atividade é sujeito à regulação no interesse de terceiros e da sociedade.

Por isso, o legislativo é competente para regular tanto a escolha de uma profissão quanto a sua prática. Quanto mais o poder de regulamentar é dirigido à escolha da profissão, mais estreitos são os seus limites; quanto mais ele é dirigido à prática da profissão, mais amplos esses limites

[...]

36. RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes* – Coleção Direito e Deveres do Homem. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 288.

37. SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

38. SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 239.

39. COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. — Brasília: Thesaurus, 2008, p. 136.

Os princípios gerais que governam a regulação de atividades profissionais podem ser assim resumidos: a *prática* de uma profissão pode ser restringida por regulações razoáveis, estabelecidas tendo em consideração o bem comum.

No entanto, a *liberdade de escolha* de uma profissão somente pode sofrer restrições quando houver um interesse público que o exija; isso é: se, após uma deliberação cuidadosa, o legislativo conclui que um interesse público deve ser protegido, então ele pode impor restrições voltadas a proteger esse interesse — mas apenas na medida em que a proteção não pode ser alcançada por uma menor restrição na liberdade de escolha. Caso seja inevitável a interferência estatal na liberdade de escolha da atividade profissional, os legisladores precisam empregar os meios reguladores menos restritivos para os direitos fundamentais. [...]

Uma escala graduada de possíveis restrições governa a autoridade do legislativo para regular a atividade de escolha de uma profissão.

Os legisladores têm maior liberdade quando regulam a prática de uma profissão. Ao regular essa prática, eles podem, de forma ampla, tomar em consideração cálculos de utilidade. Legisladores podem impor limitações ao direito de praticar uma profissão para prevenir prejuízos e perigos para o público em geral; eles também podem fazê-lo para promover uma ocupação com vistas a atingir um melhor desempenho na sociedade. Nesse ponto, a Constituição protege o indivíduo apenas contra limitações excessivamente onerosas e irrazoáveis. Fora essas exceções, as restrições à livre iniciativa não afetam demasiadamente o cidadão, desde que ele já

tenha uma profissão e [a regulamentação legal] não viole o direito ao seu exercício.

Por outro lado, se se condiciona o direito a optar por uma profissão ao preenchimento de alguns requisitos, limitando assim a escolha da ocupação, as regulações para o bem comum são legítimas apenas quando são absolutamente necessárias para proteger interesses particularmente importantes da comunidade. Mas a validade de tais requisitos depende do fato da legislação tratar ou não de condições subjetivas, tais como formação acadêmica e treinamento, ou de condições objetivas irrelevantes para a qualificação pessoal do indivíduo e sobre as quais ninguém tem qualquer controle.

A regulação de condições subjetivas é um exercício legítimo da autoridade

legislativa. Apenas os candidatos que possuem as qualificações necessárias, determinadas de acordo com critérios formais preestabelecidos, serão admitidos em um ofício ou profissão. Muitas ocupações exigem conhecimento e habilidades que somente podem ser adquiridos mediante ensino teórico e prático. Sem essa preparação, a prática dessas profissões seria impossível ou deficiente, e talvez mesmo perigosa para o público em geral [...] Então, nesses casos, as limitações impostas sobre a liberdade de escolha são necessárias para salvaguardar o público contra certos riscos e perigos. Tais limitações são razoáveis porque os candidatos para as várias profissões sabem com antecedência se eles têm ou não as qualificações necessárias. O princípio da proporcionalidade aplica-se a esses casos; qualquer exigência estabelecida precisa ter uma relação razoável com o fim perseguido [p.e., a prática segura e ordenada de uma profissão].

No entanto, a situação é diferente quando o estado estabelece condições objetivas para a admissão. Nesse caso o problema simplesmente não está nas mãos do indivíduo.

Tais restrições contradizem o espírito e finalidade do direito fundamental porque mesmo aquelas pessoas que satisfazem os critérios [subjetivos] estabelecidos pelo Estado podem, mesmo assim, ser impedidas de exercer a profissão. [...]

A saúde pública é sem dúvida um interesse importante da comunidade, cuja proteção pode justificar limites à liberdade individual. Adicionalmente, não há dúvida de que uma oferta ordenada de medicamentos é crucial para a proteção da saúde pública. “Ordenada”, nesse contexto, significa que os medicamentos necessários estarão disponíveis ao público e que sua distribuição será também controlada.

Podemos presumir que os legisladores da Bavária tinham esses objetivos em mente, mas nas entrelinhas da legislação nós podemos também discernir as finalidades políticas dos farmacêuticos na defesa de seus próprios interesses [...].

A questão decisiva perante a Corte é se a ausência dessa restrição sobre o estabelecimento de farmácias provavelmente causaria uma desordem na oferta de medicamentos de modo a causar perigo à saúde pública. Nós não estamos convencidos que esse perigo é provável.⁴⁰

40. *Op. cit.*, p. 138-139. Tradução livre feita pelo autor citado

3.3. Mínimo existencial

Segundo noticia Cláudia Honório, coube a Otto Bachof o pioneirismo no âmbito doutrinário quanto ao reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna. O jurista alemão considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana requeria também a garantia de um mínimo de segurança social, pois sem recursos materiais para propiciar uma existência digna, a dignidade estaria sendo vulnerada. Bachof sustentou que o direito à vida e integridade corporal não envolveria apenas postura defensiva, mas também prestações, pois a existência é ofendida também quando não se proporcionam condições de vida.⁴¹

No entanto, tal formulação, sustentada no limiar da década de 1950, somente veio a firmar-se no direito alemão a partir da jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), que em 24 de junho de 1954 (primeiro ano de sua existência), reconheceu para um indivíduo carente o direito subjetivo a “auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência”⁴². No particular, a jurisprudência terminou influenciando a atividade do legislador, que alguns anos depois regulamentou um direito a prestações no âmbito da assistência social.

A consolidação do mínimo existencial num nível mais amplo deu-se em 18 de junho de 1975 quando o Tribunal Constitucional Federal reconheceu expressamente um direito fundamental à garantia das condições mínimas para a existência digna. O caso que deu origem a tal decisão tinha como objeto o questionamento da constitucionalidade de uma lei que garantia aos órfãos pensão somente até completarem dezoito anos ou, caso freqüentassem cursos acadêmicos ou profissionalizantes, até vinte

e cinco anos de idade.

Na sua decisão, a Corte constitucional entendeu que era compatível com a Lei Fundamental que um órfão, sem condições de se sustentar devido a enfermidade corporal ou mental, recebesse a pensão mesmo após ter completado vinte e cinco anos de idade. A Corte fundamentou a decisão na constatação de que o Estado deve fornecer condições mínimas para a existência humana digna e que tal dever de proteção deve persistir durante todo o tempo em que a ajuda social for necessária. Os excertos da decisão trazidos por Cláudia Honório ilustram bem o caráter criativo da jurisprudência alemã sobre o mínimo existencial:

[...] a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social (cf. BVerfGE 5, 85 [198]; 35, 202 [236]). Isto inclui necessariamente a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado. Esse dever geral de proteção não pode, naturalmente, terminar em razão de um determinado limite de idade. Ele deve, pelo contrário, corresponder à respectiva necessidade existente de amparo social. Todavia, existem múltiplas possibilidades de se realizar a proteção devida. Encontra-se principalmente na liberdade de conformação do legislador determinar o caminho que se lhe apresenta como o adequado para tanto, especialmente escolhendo entre as diferentes formas de ajuda financeira para o sustento e tratamento de deficientes e conseqüentemente predefinindo [concretamente] os titulares a tais pretensões. Da mesma forma, ele tem que decidir, desde que não se trate dos caracterizados pressupostos mínimos, em qual extensão pode e deve ser garantida ajuda social, considerando-se os recursos disponíveis e outras tarefas estatais de mesma importância.⁴³

Conforme se depreende da fundamentação da decisão, o Tribunal Constitucional Federal construiu o direito a um mínimo existencial a partir do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, interpretando sistematicamente o direito à vida e à

de texto de Donald KOMMERS. *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 2a ed., 1997, p. 275-278.

41. HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada pela UFPR em 2009, disponível no endereço eletrônico <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/17942/1/claudia1.pdf>, acessado em 09.09.09

42. BVerwGE 1, 159-161 e ss. apud SARLET, *Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado...*, p. 100.

43. *Op. cit.* P. 46. BverfGE, 40, 121. Texto original da decisão

integridade física e o princípio do Estado Social. O entendimento foi repetido em diversos outros julgamentos e terminou por assentar na doutrina a idéia de que a garantia das condições mínimas para uma existência digna é *conditio sine qua nom* para que se possa falar em Estado Social de Direito.

A decisão deixa claro que compete ao legislador determinar o modo de realização do mínimo existencial, considerando que a fixação quantitativa do mínimo depende da época, da região e do padrão sócio-econômico vigente. No entanto, afirma-se, também, que em caso de omissão do legislador ou de desvio de finalidade, cabe ao Judiciário assegurar o padrão existencial mínimo.

Conforme salienta Ingo Sarlet, a orientação que prevalece é a de que “a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira”.⁴⁴

4. ITÁLIA

4.1. Direito penal: apologia ao genocídio (Caso Cuccullo)

A jurisprudência italiana em matéria criminal é, historicamente, uma das mais influentes nos países do *Civil Law*. No campo do direito penal internacional, muitas das soluções que os tribunais italianos têm dado às controvérsias têm tido grande repercussão na mídia e de muitas maneiras afetado a jurisprudência latino-americana. Basta dizer que foi a jurisprudência italiana, por meio das decisões pronunciadas pela Corte *di Assise* de Roma nos Casos *Suarez Mason y otros*, de 1998, e *Acosta y otros*, de 2007, relacionados com delitos cometidos por membros da ditadura militar argentina contra cidadãos italianos, que afirmou que tais crimes constituíam um *genocídio*.⁴⁵

Um caso de criação judicial do direito pela jurisprudência italiana que tem uma grande importância no direito penal internacional refere-se à apologia do genocídio. Trata-se do famoso caso *Cuccullo*,

julgado pela Corte de Apelações de Milão⁴⁶.

Cuccullo, um prefeito integrante do Partido político *Movimento Sociale Italiano*, pronunciou numa reunião as seguintes palavras: “*Hitler foi a pessoa mais inteligente do mundo [...] Porém, os alemães, apesar de seres superiores, se equivocaram. Deviam fritar todos os judeus*”. Tais declarações foram imediatamente publicadas pelo semanário *Sette del Corriere della Sera* por um jornalista que estava presente na reunião. Tanto o prefeito quanto o jornalista foram processados por apologia ao genocídio, crime capitulado no artigo 8 da Lei 962/67⁴⁷, e por apologia ao fascismo, crime capitulado no artigo 4, incisos II e III, da Lei 645/52.

A Corte de Apelações de Milão absolveu os acusados por não reconhecer a tipicidade do fato. Para a solução do caso recorreu à teoria da *instigação indireta*, sustentada inicialmente pela doutrina e posteriormente pela Corte Constitucional na sentença interpretativa número 65, de 4 de maio de 1970, sobre apologia de delitos (em geral). Ao adotar essa posição, a Corte de Apelações afastou-se do entendimento adotado pela Corte de Cassação, em 29 de março de 1985, que se referia especificamente à apologia do genocídio.

A Corte de Cassação, na decisão de 1985, havia firmado o entendimento de que as “características especiais” do delito de genocídio, ao qual fazem referência as condutas apologéticas, justificariam a não adoção da tese da *instigação indireta* consagrada pela jurisprudência da Corte Constitucional em relação à apologia de outros delitos. Tal linha interpretativa, excepcional, se fundaria, segundo a Corte de Cassação, na “intolerável desumanidade” e no “odioso culto da intolerância racial” inerentes à apologia de um delito tão grave como o genocídio. Sob tal perspectiva, a apologia de genocídio constituiria um delito de mera atividade e o recurso à sanção penal estaria justificado mesmo na ausência do perigo de “gerar um contágio improvável” de propósitos

disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv040121.html>> Acesso em: 18 fev. 2019. Grifamos.

44. SARLET, *Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado...*, p.104.

45. cf. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. *Jurisprudência latinoamericana sobre derecho penal internacional: com um informe adicional sobre La jurisprudência*

italiana. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 454.

46. Emanuela Fronza (in AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. *Jurisprudência latinoamericana...*, p. 454-458) examina de forma detalhada o caso. A narrativa do caso que passamos a fazer é, em grande medida, tradução da narrativa daquela autora, com pequenas alterações.

47. Art. 8. (Pubblica istigazione e apologia). Chiunque pubblicamente istiga a commettere alcuno dei delitti preveduti negli articoli da 1 a 5, è punito, per il solo fatto della istigazione, con la reclusione da tre a dodici anni. La stessa pena si applica a chiunque pubblicamente fa l'apologia di alcuno dei delitti preveduti nel comma precedente.

genocidas. Com isso, a Corte de cassação deixava de lado o requisito do perigo concreto como pressuposto necessário para que uma conduta apologética pudesse ser considerada desconforme com o artigo 21 da Constituição (liberdade de expressão), exigido pela Corte Constitucional na decisão já mencionada. A Corte de Cassação chegava a tal conclusão após considerar os “resultados práticos” aos quais conduziria a exigência de verificação de um perigo, pois, em sua opinião, a apologia do genocídio seria, na maior parte dos casos, um “delito impossível ou que poderia verificar-se somente em particulares contingências histórico-políticas”. Como é evidente, a sentença da Corte de Cassação caracteriza-se por um excesso de rigor repressivo.

A decisão da Corte de Apelações de Milão, ao abandonar a linha jurisprudencial adotada pela Corte de Cassação, promove uma verdadeira revolução na interpretação do delito de apologia ao genocídio. A decisão se baseia na teoria da *instigação indireta*, avalizada pela Corte Constitucional na mencionada sentença nº. 65, de 1970, que estabeleceu os requisitos necessários para que o delito de apologia (em geral) esteja de acordo com a Carta Constitucional. A “apologia punível é somente aquela que, por suas modalidades, integra um comportamento *concretamente idôneo* para provocar a reiteração da conduta exaltada”, afirma a Corte de Apelações retomando, quase literalmente, as palavras da mesma Corte Constitucional. De tal modo – continua a Corte de Milão –, a apologia seria uma forma de instigação indireta caracterizada pelo fato de que “nela, a indução à prática de um determinado fato se realiza através da exaltação de um fato análogo”. A consequência imediata de tal interpretação é a de converter a figura da apologia – reconstruída de outra forma como delito de perigo abstrato – em delito de perigo concreto. Assim, para que o tipo em exame assuma relevância penal é necessário verificar a idoneidade, no contexto de uma manifestação apologética – no caso, de genocídio e de fascismo –, a induzir a prática de um fato de tal gênero. Para tanto, “não existe apologia de genocídio quando as palavras expressadas careçam dos requisitos de idoneidade necessários para integrar o delito *de quo*. Isto se verifica quando é possível afastar sua idoneidade para surtir efeitos, inclusive indiretos, de instigação, tendo em conta o contexto histórico, político e social do país”.

No caso concreto, a Corte de Apelações considerou que a mensagem anti-semita era “inidônea para representar um perigo concreto à realização de condutas que o ordenamento desaprova e

sanciona penalmente, entre outras coisas, tendo em conta que a esmagadora maioria é refratária a receber uma mensagem anti-semita”. Tal interpretação é apresentada pela Corte de Apelações como “a única interpretação possível” à luz do artigo 21 da Constituição Italiana (liberdade de expressão).

4.2. Direito de família: princípio da solidariedade

A jurisprudência italiana tem-se revelado, no curso da história, como uma das mais influentes no campo do direito de família, com grandes repercussões no direito brasileiro, especialmente porque muitas das questões decididas pelas Cortes Italianas também foram reproduzidas em nosso país, que também tem na sua gênese uma forte formação católica que moldou a estrutura desse ramo jurídico. Um exemplo relativamente recente merece ser destacado. Trata-se da sentença proferida pela Corte de Cassação em processo que afirma o princípio da solidariedade para rejeitar uma ação negatória de paternidade intentada por alguém que efetivamente não era pai biológico da criança.

Marido e mulher estavam impossibilitados de conceber um filho e por isso decidem recorrer aos métodos de fertilização assistida. Com autorização expressa do marido, a mulher utiliza-se de um banco de sêmen e, desta forma, consegue, por meio da chamada inseminação heteróloga, dar à luz a uma criança. Os anos passam e o casamento acaba. O agora ex-marido ingressa com uma ação negatória de paternidade, com fundamento na sua impossibilidade absoluta para a reprodução. A magistratura de primeira instância acolhe a sua pretensão, em decisão que é confirmada pelo Tribunal de Brescia.

A Corte de Cassação, contudo, em grau de recurso, reformou as decisões anteriores, afirmando que o *favor veritatis* não é um valor absoluto, de modo que o seu sacrifício se impunha, em homenagem a valores cardiais do ordenamento constitucional italiano, dentre os quais o princípio da solidariedade⁴⁸. Nos termos da decisão, “o marido que tinha validamente concordado ou manifestado prévio consentimento à fecundação heteróloga não tem ação para contestar a paternidade da criança nascida em decorrência de tal fecundação”.⁴⁹

48. Citada por TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, nº 03. 2002.

49. Sent. N. 2315/99 Cassazione – Sezione Prima Civile

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os exemplos apresentados não têm como escopo demonstrar que o judiciário exerce uma função criadora de direito, cuja prova é desnecessária, nem mesmo destacar o acerto ou não das decisões judiciais aqui mencionadas. Visam mais a evidenciar que a criação judicial do direito é inevitável, pois como afirmado com muita acuidade por Marília D'Ávila

[...] a existência dessa atuação criativa dos aplicadores do Direito [...] ao contrário de apresentar-se como perniciosa ou problemática, é uma exigência dos dias atuais em que a velocidade das mudanças sociais, muitas vezes, exige soluções que não podem esperar pela lentidão do processo legislativo para serem resolvidas por lei.⁵⁰

Essa percepção é muito importante em qualquer discussão sobre a legitimidade ou ilegitimidade da atuação jurisprudencial construtiva do direito, na medida em que os fatos continuam a se suceder com grande rapidez e o Estado têm que dar respostas cada vez mais céleres e eficientes às demandas sociais. A atividade judiciária opera primordialmente no vazio da atuação dos parlamentos.

No entanto, as virtudes da atuação criativa dos magistrados convivem com o risco constante de excessos que estes são tentados a cometer em nome da busca pela realização da justiça, daí por que parece oportuno repercutir aqui uma advertência feita pelo Ministro Ayres Britto ao deferir liminar na ADI 4451, movida pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT,

Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser **primordialmente** cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o Direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos **princípios** como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar exteriormente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal.

Por outras palavras, no exercício de sua atuação

criativa os magistrados não podem ignorar o dever de deferência que possuem para com a solução encontrada pelo legislador, por força da primazia que este detém como agente ponderador. Por isso é que somente cabe ao Judiciário reconhecer a inconstitucionalidade de um dispositivo legal quando há uma clara e inequívoca, isto é, extreme de qualquer dúvida, afronta a uma regra ou princípio constitucional.

O princípio de deferência, reportado pela doutrina espanhola como “*principio de deferencia razonada*” e pela doutrina jurídica anglo-saxônica como “*judicial deference*”, é considerado por muitos como um dos princípios basilares dos modernos Estados Constitucionais de Direito, na medida em que rende homenagem ao princípio da separação dos poderes e valoriza o fato de que os órgãos democraticamente eleitos têm uma maior legitimidade para buscar o equilíbrio que deve ser alcançado entre os direitos do indivíduo e as necessidades da sociedade, ponderando os respectivos interesses.

A criatividade judicial – que em si mesma não representa virtude ou vício, mas uma realidade inafastável – não pode ser, portanto, utilizada como um pretexto para que, encastelados em seus gabinetes, magistrados usurpem a função legislativa e imponham a sua visão de mundo aos casos concretos que lhes são apresentados em substituição à atividade ponderativa desenvolvida adrede pelos parlamentos, seja em nome de qual for a ideologia. Criar direito, sim, é inevitável. Substituir o Legislativo, não. Não pode ser este o papel dos juízes no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. In: Ratio Juris, v. 16, n. 2, jun. Trad. Menelick de Carvalho Netto, 2003, p. 131-40
- AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. *Jurisprudência latinoamericana sobre derecho penal internacional: com um informe adicional sobre La jurisprudência italiana*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- ANZON, Adele. *Il valore Del precedente nel giudizio sulle leggi: l'esperienza italiana Allá luce di um'analyse comparata sul regime del richterrecht*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Simplificação do controle de constitucionalidade*. Artigo disponível no endereço http://www.srbarros.com.br/artigos_fullprint.php
- Relatore G. Graziadei. Excerto traduzido por Paulo Luiz Netto LÔBO, in Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária In *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004
50. D'ÁVILA, Marília. O problema da criação judicial do direito. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, Brasília, v. 13, n. 7, p. 15-27, jul. 2001.

TextID=76. Acesso em 11.09.2009.

- BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. revista e atualizada — Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo : Saraiva, 2009.
- BIN, Marino. Il precedente giudiziario: valore e interpretazione. Padova, CEDAM, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2ª ed., 1999.
- _____. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993 (reimpressão, 1999).
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- COSTA, Alexandre Araújo. O controle de razoabilidade no direito comparado. — Brasília: Thesaurus, 2008.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- D'ÁVILA, Marília. *O problema da criação judicial do direito*. Artigo publicado na Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 13, n. 7, p. 15-27, jul. 2001.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *O Judiciário no mundo contemporâneo*. Revista da AJURIS – v. 34 – n. 108 – Dezembro 2007, p. 139-165.
- FACCHINI NETO, Eugênio. *Estrutura e funcionamento da Justiça Norte-Americana*. In Revista da Ajuris, Edição nº. 213, 2009.
- _____. *O Judiciário no mundo contemporâneo*. Revista da AJURIS – v. 34 – n. 108 – Dezembro 2007, p. 139-165.
- HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada pela UFPR em 2009, disponível no endereço eletrônico <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/17942/1/claudia1.pdf>, acessado em 09.09.09.
- LIMA, George Marmelstein. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. 50 Anos do Caso Luth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Artigo disponível no endereço eletrônico <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>. Acesso em 24.09.2009.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Apontamentos sobre o judiciário americano*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 6, n. 1, p. 39-46, jan./jun. 1994.
- RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes – Coleção Direito e Deveres do Homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.
- _____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 16, n. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007.
- SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.
- SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da corte suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.
- TEPEDINO, Gustavo. *Cidadania e os direitos de personalidade*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 03. 2002.
- WAISBERG, Tatiana. Controle jurisdicional da Administração Pública no Direito Francês: a jurisdição administrativa à luz do sistema administrativo brasileiro. *Revista Jus Vigilantibus*, v. 29, p. 1, 2007.
- WEBER, Márcia Regina Lusa Cadore. *Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. V. 01.

A gratuidade da justiça no contexto da Reforma Trabalhista

The gratuitousness of justice in the context of the Labor Reform

André Araújo Molina*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução histórica dos institutos. 3. A justiça gratuita no processo do trabalho atual. 4. Efeitos da gratuidade para a parte sucumbente em honorários advocatícios e periciais. 5. Recolhimento prévio das custas para a repropósito da ação anteriormente arquivada. 6. Conclusões

RESUMO: O artigo busca desvendar a forma, o objeto, os requisitos e os sujeitos do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, previsto na Constituição Federal de 1988 e, atualmente, regulamentado, no processo do trabalho, pela Lei n. 5.584/1970 e pelo capítulo próprio da CLT, com os ajustes realizados pela reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017), bem como pela aplicação, no que couber, do CPC de 2015 e da Lei n. 1.060/1950, com especial atenção aos efeitos da sua concessão aos trabalhadores sucumbentes em custas e honorários advocatícios e periciais.

PALAVRAS-chave: Reforma trabalhista – Justiça gratuita – Ônus financeiro

ABSTRACT: The paper seeks to unveil the form, object, requirements and subjects of the fundamental right to full and free legal assistance, provided for in the Federal Constitution of 1988 and currently regulated in the labor process by Law n. 5.584/1970 and by the chapter itself of the CLT, with the adjustments made by the labor reform (Law n. 13.467/2017), as well as for the application, where applicable, of the CPC of 2015 and the Law n. 1.060/1950, with particular attention to the effects of its concession on workers succumbing in costs and fees, attorneys and experts.

KEYWORDS: Labor Reform – Free Justice – Financial Burden

cidadãos o acesso à justiça. E, para que não seja a garantia apenas formal, exige do Estado a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, conforme previsão do inciso LXXIV do mesmo artigo, gênero que engloba a gratuidade da justiça (custas e despesas) e a assistência jurídica e judiciária (auxílio técnico, preferencialmente oferecido pela Defensoria Pública e, subsidiariamente, pelas instituições oficiais de ensino superior jurídico e pelos advogados nomeados), na forma em que a lei especificar.

As antigas legislações que tratavam a respeito do tema, regulamentando a forma, o objeto, os requisitos e os sujeitos do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, foram todas recepcionadas pela atual Constituição – a exemplo da Lei n. 1.060 de 1950, da Lei n. 5.584 de 1970 e do capítulo próprio da CLT –, contudo, recentemente, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei n. 13.467 de 2017, conhecida como “reforma trabalhista”, diversos ajustes de forma e fundo foram realizados, alcançando os processos da jurisdição especial, que passaram a sentir as mudanças no tema da gratuidade da justiça.

Nesse contexto, o objetivo principal do presente artigo é o de descrever o ordenamento jurídico atual quanto à justiça gratuita, nos limites do processo do trabalho, notadamente tendo em mira as mudanças trazidas pela reforma trabalhista, que alterou diversos dispositivos da CLT, bem como alguns dispositivos do CPC de 2015 que são incidentes de forma subsidiária e supletiva.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, elenca como um direito fundamental dos

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS INSTITUTOS

A redação originária da CLT dizia, no art. 789, que as custas deveriam ser calculadas e pagas antes da decisão, mediante selo federal apostado aos autos, nas Juntas de Conciliação e Julgamento, ou pagas no ato da distribuição, nas hipóteses de atuação jurisdicional delegada dos Juízes de Direito, não havendo previsão de gratuidade da justiça para os necessitados, muito menos de assistência judiciária.

Poucos anos depois da sua vigência, por intermédio do Decreto-Lei n. 8.737 de 1946, fora alterada

(*) Professor Titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA/MT), Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), Professor do Centro de Formação do Tribunal Superior do Trabalho (CEFAST/TST) e de diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Doutor em Filosofia do Direito (PUC/SP), Mestre em Direito do Trabalho (PUC/SP), Especialista em Direito Processual Civil (UCB/RJ) e em Direito do Trabalho (UCB/RJ), Bacharel em Direito (UFMT) e Juiz do Trabalho Titular no TRT da 23ª Região (Mato Grosso). aamolina@bol.com.br

a redação do § 4º e incluído o § 7º no citado art. 789, passando a prever que as custas seriam pagas ao final, após o trânsito em julgado da decisão, invertendo-se a lógica anterior da sua antecipação pelo autor da ação; nasceu também a previsão de que os presidentes dos tribunais do trabalho teriam a faculdade de concederem, inclusive de ofício, os benefícios da justiça gratuita àqueles que percebessem até o limite de dois salários-mínimos e ainda aos que provassem o seu estado de miserabilidade econômica. Ou seja, a partir de 1946 o autor da ação trabalhista não precisaria mais fazer o pagamento antecipado das custas, assim como, se condenado ao final da ação, poderia delas ficar dispensado, se beneficiário da justiça gratuita, bastando, para tanto, comprovar o recebimento de até dois salários-mínimos, com presunção legal de miserabilidade nessa hipótese, ou demonstrar, mesmo que recebesse patamar superior, que não se encontrava em condições de arcar com a despesas do processo.

Passados mais alguns anos, entrou em vigor a Lei n. 1.060 de 1950, para regular a assistência judiciária aos necessitados, de forma genérica para a jurisdição comum, e algumas de suas disposições passaram a ser aplicadas ao processo do trabalho, de forma subsidiária, naquilo em que a Consolidação não tinha tratamento legislativo próprio, com a permissão do art. 769 da CLT.

A assistência jurídica integral e gratuita¹, no processo do trabalho, para além da mera isenção de custas e demais despesas, somente foi regulamentada pela Lei n. 5.584 de 1980, que determinou que o amparo deveria ser prestado pelo sindicato da categoria, mediante advogado recrutado e indicado por este, tendo como garantia de remuneração os honorários assistenciais a serem fixados pelos juízes nas ações em que funcionar, sendo que apenas na ausência do advogado sindical é que atuaria de

forma complementar a Defensoria Pública e os serviços dos estabelecimentos de ensino superior jurídico (escritórios-modelo).

Até que, no ano de 2002, por intermédio da Lei n. 10.537, o art. 789 da CLT foi novamente aperfeiçoado, consolidando a diretriz de que as custas deveriam ser pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão, ressalvando que nos casos de recurso, as custas seriam pagas e comprovadas dentro do prazo recursal, com exceção dos beneficiários da justiça gratuita. Na forma do novo art. 790, com a redação dada pela mesma lei atualizadora, facultou-se aos juízes a concessão, a requerimento ou de ofício, da gratuidade da justiça, inclusive quanto a traslados e instrumentos, aos que percebessem até dois salários-mínimos ou que declarassem que não estavam em condições de pagar as despesas, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, entendendo a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho que a declaração de insuficiência financeira poderia ser feita pelos próprios advogados dos litigantes e sem a necessidade de poderes especiais para tanto².

A CLT não cogitava da suspensão da exigibilidade das custas e despesas aos beneficiários da justiça gratuita, como previsto na Lei n. 1.060 de 1950, até que a parte adquirisse, no futuro, condições de satisfação, mas de sua completa isenção, alcançando inclusive os honorários periciais (art. 790-B da CLT), ocasião em que se consolidou na prática processual especializada, na quase universalidade dos casos, a completa dispensa dos encargos financeiros para o ajuizamento e a propulsão das reclamações trabalhistas, ainda que vencidos os trabalhadores, mas agraciados com a gratuidade da justiça.

A penúltima novidade foi a edição do CPC de 2015, que derogou quase que por completo as disposições da Lei n. 1.060 de 1950³, de modo que várias das suas novas regulamentações passaram a ser aplicáveis, de forma subsidiária e supletiva, ao processo do trabalho⁴. Em termos concretos, até

1. Gustavo Filipe Barbosa Garcia contribui com a distinção terminológica dos institutos da assistência jurídica integral e da gratuidade da justiça, especificamente no processo do trabalho, dizendo que: "Na realidade, a concessão da assistência judiciária abrange a justiça gratuita. Vale dizer, o trabalhador que goza da assistência judiciária (prestada pelo sindicato da categoria profissional) também usufrui dos benefícios da justiça gratuita, de modo que está isento do pagamento das custas e demais despesas processuais. No entanto, pode perfeitamente ocorrer a hipótese em que o trabalhador não usufrua da assistência judiciária prestada pelo sindicato da categoria profissional, mas goze, apenas, da justiça gratuita, por preencher os requisitos do §3º do art. 790 da CLT (...). A justiça gratuita, portanto, deve ser concedida pelo juiz, se presentes os requisitos legais, mesmo que o trabalhador tenha advogado constituído nos autos." (Curso de Direito Processual do Trabalho, 2013, p. 265/266).

2. OJ n. 304 (recentemente cancelada) e OJ n. 331, ambas da SBDI-1 do TST.

3. CPC, art. 1072. Revogam-se: (...) III – os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei no 1.060, de 5 de fevereiro de 1950;

4. Já tivemos ocasião de aprofundar e definir os critérios científicos para aplicação, subsidiária e supletiva, do direito processual comum ao processo do trabalho: MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.

o dia anterior à vigência da reforma trabalhista, a assistência jurídica aos necessitados deveria ser prestada pelo sindicato da categoria, inclusive aos empregados que não eram sindicalizados, mas que contribuíam compulsoriamente para a manutenção da entidade, sem prejuízo da possibilidade da gratuidade da justiça, mesmo quando as partes litigassem por meio de advogado particular. Neste caso, a justiça gratuita isentava-lhes das custas, honorários periciais e demais despesas processuais, bastando, para tanto, comprovar a condição de desemprego, o recebimento de até dois salários-mínimos ou, ainda que percebessem acima do patamar, declarassem que não tinham condições de litigar em juízo sem prejuízo do sustento próprio ou da sua família, o que poderia ser feito pelo advogado, com poderes específicos⁵, em qualquer momento ou grau de jurisdição⁶.

Isto é, antes da entrada em vigor da reforma trabalhista, nos limites do processo do trabalho, as regulamentações dos direitos constitucionais de acesso à justiça e da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, estavam nos artigos 789 e 790 da CLT, na Lei n. 5.584/1970, bem como na aplicação subsidiária da Lei n. 1.060/1950, naquilo em que não fora derogada pelo CPC de 2015, e, finalmente, na aplicação subsidiária e supletiva deste último.

3. A JUSTIÇA GRATUITA NO PROCESSO DO TRABALHO ATUAL

Avancemos agora para descrever as alterações levadas a efeito na CLT pela reforma trabalhista (Lei n. 13.467 de 2017), para demonstrar como atualmente está o regramento da gratuidade da justiça, desde novembro de 2017, inclusive com as complementações do CPC de 2015, naquilo em que for aplicável e compatível com o novo microsistema de direito processual trabalhista.

Para a redação do art. 790, § 3º, da CLT, a situação de miserabilidade econômica será presumida àqueles que perceberem salário equivalente a até 40% do limite máximo dos benefícios do Regime

Geral de Previdência⁷, alcançando a grande maioria dos litigantes nos processos trabalhistas, que, de resto, propõem a ação após o fim do vínculo contratual, já estando na condição de desempregados. Anote-se que a mudança do critério para a presunção de miserabilidade, dos antigos dois salários-mínimos para 40% do limite máximo dos benefícios da Previdência, amplia o valor total, de forma a alcançar um contingente maior de jurisdicionados, a quem está o magistrado trabalhista, de qualquer instância, autorizado a conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da gratuidade.

Embora a nova dicção do art. 790, § 3º, da CLT, sinalize no sentido de presumir economicamente débil apenas aqueles que recebam até o equivalente acima apontado, o § 4º do mesmo dispositivo acrescenta que a gratuidade da justiça será concedida, também, ao litigante que comprovar insuficiência de recursos para a quitação dos custos do processo, acenando para a interpretação de que, mesmo os que recebem salário superior aos 40% do limite máximo dos benefícios, desde que provem a insuficiência econômica – militando a presunção legal em seu favor (art. 99, §§ 2º e 3º, do CPC), a partir da sua declaração –, também poderão dela desfrutar, inclusive alcançando agora as pessoas jurídicas⁸.

Nos limites do processo do trabalho, inicialmente, foi divergente a tese da extensão da gratuidade da justiça para os empregadores, normalmente réus das ações; em um segundo momento, tanto a doutrina⁹, quanto a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰, passaram a admitir a possibilidade de apenas os empregadores, pessoas naturais, usufruírem da justiça gratuita, mediante a objetiva comprovação da miserabilidade econômica; no terceiro e atual momento, já na vigência do CPC de 2015 e sob influência da Súmula n. 481 do STJ¹¹,

5. Súmula n. 463 do TST. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO. 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); 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. (DEJT 12, 13 e 14.07.2017).

6. Nesse sentido a OJ n. 269 da SBDI-1 do TST.

7. Neste ano de 2019, o equivalente dos 40% resulta no valor salarial máximo de até R\$ 2.335,78 (dois mil, trezentos e trinta e cinco reais e setenta e oito centavos).

8. Antes da incorporação legislativa pelo CPC de 2015, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já havia se firmado nesse sentido, com a edição da Súmula n. 481 (DJE 01.08.2012).

9. Por todos, Mauro Schiavi defendia que “(...) se o empregador demonstrar que está em ruína financeira, o benefício da Justiça Gratuita deverá ser-lhe deferido.” (Manual de Direito Processual do Trabalho, 2011, p. 327).

10. Neste sentido, também, a Resolução n. 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, art. 2º, § 1º.

11. “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”. (DJE 01.08.2012).

também os empregadores, pessoas jurídicas (art. 98 do CPC), e não somente as naturais, terão acesso ao benefício legal da gratuidade¹², preenchidos os mesmos requisitos e garantindo-se-lhes, antes de qualquer decisão interlocutória de rejeição do pedido, a concessão de prazo para a juntada dos documentos para prova da sua condição de carência financeira efetiva (art. 99, § 2º, do CPC).

Interpretamos a citada disposição do art. 99, § 2º, do CPC, primeiro como aplicável ao processo do trabalho, na vertente supletiva; segundo, como a garantia de ambas as partes, antes de terem os pedidos de gratuidade rejeitados pelo juiz, mediante impugnação da parte contrária ou porque o juiz entendeu não preenchidos todos os requisitos legais, que lhes seja assegurado o prazo para trazer aos autos novas provas da situação de insuficiência econômica, na mesma linha do que defende José Cairo Jr: "(...) o pedido só pode ser indeferido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a sua concessão. Antes de indeferir, todavia, o juiz ou tribunal deve conferir à parte o direito de comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos."¹³

A rigor, a inexistência de quitação das custas e despesas processuais para as pessoas jurídicas não é propriamente uma novidade no processo do trabalho, visto que à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às suas fundações e autarquias, já era garantida a prerrogativa da gratuidade, por força de previsão específica do Decreto-Lei n. 779 de 1969.

São beneficiários em potencial da gratuidade da justiça, no processo do trabalho atual, todas as pessoas naturais, jurídicas ou entes despersonalizados, empregados ou empregadores, ampliando-se a garantia constitucional do acesso à justiça. Mas, a presunção legal de miserabilidade alcança aqueles que recebem até o limite de 40% do benefício máximo da Previdência, autorizando a concessão de ofício pelo juiz; já para aqueles que recebem acima deste limite, há necessidade de pedido expresso, conjugado com a declaração de insuficiência financeira deduzida pela pessoa natural, ocasião em que, mediante impugnação pela parte adversa, deverá o juiz conceder o direito de produção de provas da

condição alegada, antes de decidir; já para as pessoas jurídicas, não há presunção legal de miserabilidade¹⁴, nem a faculdade de firmar declaração, antes devendo comprovar objetivamente nos autos a situação excepcional de insuficiência de recursos (Súmula n. 463, II, do TST), por qualquer meio processual idôneo¹⁵, na medida em que a presunção, em relação às sociedades empresárias, é que são lucrativas (art. 2º da CLT). Por fim, em relação às associações civis sem fins lucrativos, às instituições beneficentes, às empresas em recuperação judicial, falência¹⁶ e em intervenção judicial, a prova da insuficiência econômica ficará facilitada (quando não, legalmente, presumida).

A decisão que rejeitar o pedido de gratuidade terá, em regra, natureza jurídica de decisão interlocutória (art. 101 do CPC), sendo, no processo do trabalho, atacável imediatamente por mandado de segurança ou, de forma diferida, pelo recurso ordinário da sentença de fundo. Quando do julgamento recursal, o relator, em sede de preliminar, avaliará o acerto da decisão anterior e poderá revê-la, mas, ainda que não o faça, entendemos deva resguardar à parte o direito de prazo para providenciar o recolhimento das custas e do preparo, a autorizar que o Tribunal, então, avance no julgamento do mérito do seu recurso (art. 101, § 2º, do CPC). Superado o debate a respeito da gratuidade, com a decisão final da sua rejeição, a parte deverá efetuar também o recolhimento de todas as despesas anteriores (art. 102 do CPC), sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito, no caso do autor da ação, ou do indeferimento da realização de qualquer ato ou diligência, tratando-se da defesa.

A CLT não avançou para especificar o objeto do benefício, mantendo-se a técnica redacional anterior de que a gratuidade alcança inclusive os traslados e os instrumentos, de modo que também é incidente a aplicação complementar do CPC. Este, em seu artigo 98, § 1º, traz rol meramente exemplificativo, conforme também defende a doutrina¹⁷, destacando-se as

12. Após a vigência do CPC de 2015, o Tribunal Superior do Trabalho ajustou a sua jurisprudência para admitir, expressamente, a concessão dos benefícios da justiça gratuita às pessoas jurídicas, desde que comprovem insuficiência de recursos (Súmula n. 463 do TST).

13. Curso de Direito Processual do Trabalho, 2016, p. 287.

14. Neste sentido decisão do Supremo Tribunal Federal: "Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo" (STF – Rcl 1.905 ED-AgR – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 20.09.2002).

15. "A demonstração do estado de miserabilidade pode resultar de quaisquer outros meios probatórios idôneos". (STF – 1ª Turma – HC 72.328 – Rel. Min. Celso de Mello – DJE 11.12.2009).

16. Súmula n. 86 do TST.

17. Nesse sentido defendem Fredie Didier Jr e Rafael

taxas ou custas judiciais, os honorários do intérprete, tradutor e contador, os emolumentos, mas que, em uma leitura afinada com os direitos fundamentais de ampliação do acesso à justiça e da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, sinaliza com precisão na direção de isentar toda e qualquer despesa processual ou extrajudicial, relacionada ao trâmite da ação, em sentido amplo¹⁸.

Dois pontos de tensão existem entre as disposições do CPC e da nova redação da CLT, a merecer reflexão mais aprofundada, quais sejam: o alcance da gratuidade da justiça quanto ao depósito recursal trabalhista e também em relação aos honorários do perito e advogados, conhecidos como honorários sucumbenciais.

Considerando-se que na jurisprudência trabalhista a primeira posição era no sentido de que apenas os empregados, autores da ação, eram alcançados pelos benefícios da gratuidade, não havia espaço para a discussão quanto à dispensa do recolhimento do depósito recursal. Contudo, na segunda fase, em que se admitiu que também os empregadores pessoas naturais, excepcionalmente e mediante prova, pudessem ser alcançados, a interpretação do Tribunal Superior do Trabalho inclinou-se na linha de que o depósito recursal não tinha natureza jurídica de taxa judiciária, mas de pressuposto processual objetivo¹⁹, sendo, por isso, exigível o seu recolhimento, mesmo aos empregadores beneficiários da gratuidade²⁰.

A Instrução Normativa n. 3 de 1993, do Tribunal Superior do Trabalho, dizia que estavam

dispensados do recolhimento do depósito recursal os entes de direito público externo, as pessoas de direito público previstas no Decreto-Lei n. 779 de 1969, a massa falida e a herança jacente, porém não fazia nenhuma referência aos réus que fossem beneficiários da justiça gratuita, razões pelas quais, inclusive deles, era exigido o recolhimento do depósito recursal como pressuposto objetivo.

A questão nova que se colocou desde a vigência do CPC de 2015, na omissão da CLT a respeito do tema, à época, radicava no art. 98, § 1º, VIII, ao prever que a gratuidade da justiça compreendia os depósitos previstos em lei para a interposição de recursos, inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Fredie Didier Jr e Rafael Alexandria de Oliveira ensinam que a isenção dos depósitos compreende todos aqueles inerentes ao pleno exercício do direito de acesso à jurisdição, na medida em que o objetivo do inciso é muito claro: "(...) a falta de recursos financeiros não pode representar óbice para o exercício do direito de ação, de recurso (que é corolário do primeiro) ou para o exercício da ampla defesa e do contraditório."²¹ Contudo, advertem os mesmos autores, a disposição não pode ser invocada como se tivesse efeito liberatório geral, dispensando a parte de todo e qualquer depósito ou caução. É por isso que a concessão da gratuidade não terá o condão de isentar das exigências que não obstaculizarem o direito de ação e que, também, tenham previsão e finalidade específica, como no caso da caução para o cumprimento provisório (art. 520, IV, do CPC), a caução para concessão de tutela de urgência (art. 300, § 1º), bem como na aplicação das multas de natureza processual (art. 98, § 4º, do CPC), eis que, nos primeiros dois casos, a própria legislação já trouxe os requisitos para a dispensa do depósito ou caução, independentemente de a parte ser ou não beneficiária da gratuidade, e no último caso as penalidades são decorrentes da conduta objetiva do litigante, cobradas ao final, não inviabilizando o seu direito de acesso à jurisdição e de exercício recursal.

Reforça esta distinção doutrinária a previsão do art. 968, § 1º, do CPC, sem correspondência na legislação processual comum revogada, a qual dispensa o recolhimento do depósito prévio ao ajuizamento da ação rescisória, quando a parte for beneficiária da justiça gratuita, mesma interpretação, agora vinculante, do STF, em relação à inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio como

Alexandria de Oliveira (Benefício da justiça gratuita, 2016, p. 27).

18. A lição de Augusto Tavares Marcacini é também a de que "(...) não é necessária para que se considere isento do pagamento de determinada verba, a previsão expressa em lei ordinária, pois o princípio constitucional do art. 5º, inciso LXXIV, no sentido em que o constituinte empregou, é bastante para isentar de todas as verbas". (Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita, 2001, p. 36).
19. Instrução Normativa n. 3, de 12.03.1993, do Tribunal Superior do Trabalho.
20. Por todos: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DESERÇÃO. JUSTIÇA GRATUITA. EMPREGADORA. DEPÓSITO RECURSAL. Considerando que o benefício da justiça gratuita, nos termos do artigo 3º da Lei nº 1.060/50, limita-se às despesas processuais, não alcançando o depósito recursal correspondente à garantia do juízo, cuja finalidade é assegurar a exequibilidade da sentença, quando a empregadora reclamada não prepara seu recurso de revista com o depósito recursal disso resulta deserção e, forçosamente, o seu trancamento. Agravo de instrumento improvido". (TST – 1ª Turma – AIRR 159000-79.2009.5.01.0030 – Rel. Des. Conv. José Maria Quadros de Alencar – DEJT 10.10.2014).

21. *Op. cit.*, p. 41.

requisito de admissibilidade de ação judicial para discutir a exigibilidade de crédito tributário²².

Antes mesmo, o próprio Supremo havia pacificado que é inconstitucional a exigência de depósito prévio ou caução, como requisito para a admissibilidade dos recursos de natureza administrativa²³. Se o texto da súmula vinculante efetivamente não alcança a hipótese do depósito recursal trabalhista, que possui natureza jurídica processual e não administrativa, o estudo cuidadoso da *ratio decidendi* dos julgados que deram origem a ele, revela a interpretação no sentido mais ampliativo quanto ao mesmo raciocínio. Vejamos trecho importante de julgado do Plenário:

A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. (STF – Pleno – ADI 1976 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJ 18.05.2007).

Neste contexto evolutivo, culminou que a reforma trabalhista acolheu as lições do Supremo Tribunal e seguiu a sinalização do CPC de 2015, para prever, agora de forma expressa, que os beneficiários da justiça gratuita ficam isentos do depósito recursal (art. 899, § 10, da CLT).

Destarte, a nossa conclusão é a de que a gratuidade da justiça alcança os valores do depósito recursal, para todos os litigantes nos processos trabalhistas, trabalhadores²⁴ ou empregadores, além

de todas as outras modalidades de réus em ações de competência ampliada da Justiça do Trabalho, desde que atendam aos requisitos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita, exigindo-se, a partir de agora, uma releitura pelo Tribunal Superior do Trabalho, em superação do antigo entendimento restritivo (*prospective overruling*), como consequência das novidades legislativas de 2015 no processo civil e de 2017 no processo do trabalho.

Fernanda Tartuce e Michele Nogueira Moraes também compreendem que a exigência em si do depósito recursal, não violaria o direito de acesso à jurisdição, porém passa a sê-lo quando a recorrente não tem condições materiais de fazê-lo, quando a exigência passa a inviabilizar o acesso, situação verificada nos casos em que lhes forem concedidos os benefícios da gratuidade. Bem por isso, concluem as autoras, que agiu com acerto o legislador reformista ao incluir o § 10 ao art. 899 da CLT, prevendo expressamente a isenção do depósito recursal aos beneficiários da justiça gratuita, às entidades filantrópicas e às empresas em recuperação judicial²⁵.

Uma última palavra precisa ser dita em relação ao objeto da gratuidade da justiça. Enxergamos que a aplicação supletiva do art. 98, § 4º, do CPC, que deixa assente que a sua concessão não isenta o beneficiário de pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas, condensa uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal neste sentido²⁶, sendo, por isso, aplicável ao processo do trabalho, justamente porque as penalidades processuais visam impedir a procrastinação e a utilização abusiva do direito de demandar e de se defender.

Nessa linha, andou bem o Tribunal Superior do Trabalho, ao decidir que o condicionamento da admissibilidade recursal ao recolhimento da multa imposta pela litigância de má-fé é desnecessário, avançando para concluir que é isenta a parte do depósito, ainda que não seja beneficiária da gratuidade, já que o pagamento não é pressuposto legal

22. Súmula Vinculante n. 28: É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário. (DJE 17.02.2010).

23. Súmula Vinculante n. 21: É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. (DJE 10.11.2009).

24. Nos casos em que os trabalhadores ocuparem, episodicamente, o polo passivo das ações, inclusive em sede de eventual reconvenção e restarem condenados, podendo acessar o duplo grau de jurisdição, independentemente de recolhimento das custas e do depósito recursal, quando beneficiários da justiça gratuita. Ressalve-se que havia posição majoritária anterior, inclusive no TST, defendendo que os §§4º e 5º, do art. 899, da CLT, indicavam a interpretação pela dispensa do depósito recursal quando o réu

fosse o trabalhador, indicando que o depósito recursal fosse feito na conta deste. Contudo, com as alterações levadas a efeito pela reforma trabalhista, Lei n. 13.467 de 2017, o citado § 4º foi alterado, suprimindo-se a necessidade de o depósito recursal se dar na conta do trabalhador, bem como o § 5º foi revogado.

25. Reforma trabalhista sobre isenção do depósito recursal, 2018, p. 107-109.

26. “A multa a que se refere o art. 18 do CPC – também incidente sobre o beneficiário da gratuidade – possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir a procrastinação processual e a obstar o exercício abusivo do direito de recorrer” (STF – 2ª Turma – AI 342.393 AgR-ED – Rel. Min. Celso de Mello – DJE 23.04.2010).

objetivo para interposição dos recursos²⁷, sendo a sua cobrança realizada ao final, após o trânsito em julgado, pelo procedimento próprio.

Novidade trazida com o CPC e que tem aplicação subsidiária no processo do trabalho, principalmente diante da recente admissão da gratuidade da justiça às pessoas naturais e jurídicas, empregadoras, é a possibilidade de o juiz autorizar o parcelamento das despesas, atenuar o seu valor global ou mesmo concedê-lo de forma proporcional, somente para alguns atos, conforme decida e fundamente no caso concreto, apontando que o litigante – ao se posicionar na região fronteira entre a insuficiência financeira e o pujança econômica – poderia custear, parcial ou parceladamente, as despesas do processo, tudo conforme art. 98, §§ 5º e 6º.

4. EFEITOS DA GRATUIDADE PARA A PARTE SUCUMBENTE EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS

Já em relação ao custeio dos honorários dos peritos e dos advogados, aparentemente a nova redação da CLT diverge do CPC, impondo condição mais gravosa aos trabalhadores. Para o processo comum, a benesse proporcionada pela gratuidade da justiça alcança, também, “os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado” (art. 98, § 1º, VI, do CPC), já o novel art. 790-B, *caput*, *in fine*, da CLT, ressalva que os honorários periciais serão suportados pelo sucumbente em seu objeto, ainda que beneficiário da gratuidade, bem como o art. 791-A, § 4º, ressalva que os honorários do advogado serão devidos pelo sucumbente, ainda que beneficiário da justiça gratuita, desde que tenha obtido judicialmente, mesmo em outra ação, créditos capazes de suportar a despesa.

Dissemos que, aparentemente, divergem as redações do CPC e da nova CLT, na medida em que parece dispensar o pagamento dos honorários, periciais e dos advogados, no processo civil, mas determinar o desconto dos trabalhadores, a partir dos seus créditos obtidos, no processo do trabalho, gerando situação gravosa e diferenciada aos litigantes da justiça especializada, teoricamente hipossuficientes. Entretanto, ao aprofundar o estudo das disposições normativas, com a inversão e o realinhamento dos modais deontológicos das normas que a partir delas são construídas pelo jurista, chegaremos à conclusão

que as soluções são, praticamente, idênticas em ambos os sistemas processuais, não havendo situação mais gravosa ao litigante do processo do trabalho.

Isto porque, no paradigma do processo civil, a regra é a do adiantamento das custas e despesas processuais, antes da realização dos respectivos atos (art. 82 do CPC), salvo quando concedida a gratuidade da justiça, ocasião em que o seu beneficiário fica dispensado da realização do adiantamento, mas, ao final e em caso de sucumbência, será necessariamente condenado a fazê-lo, independentemente da gratuidade já concedida, quando os valores devidos serão por ele suportados, se adquirir condições financeiras para tanto, durante o curso do próprio processo ou nos próximos 5 (cinco) anos, conforme se extrai claramente do art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC (condição suspensiva de exigibilidade).

Fredie Didier Jr e Rafael Alexandria de Oliveira bem observaram que os beneficiários da gratuidade da justiça estão apenas dispensados do adiantamento das despesas processuais, atuando no âmbito da responsabilidade provisória pelo custeio do processo, mas não, contudo, do pagamento dessas mesmas despesas ao final do processo, se restarem sucumbentes, após o trânsito em julgado. Quer dizer, “(...) ainda que seja beneficiário da gratuidade da justiça, o vencido tem o dever de, observado o disposto no § 3º do art. 98 do CPC, arcar com o pagamento do que lhe foi dispensado e ainda ressarcir a parte adversária, vencedora, quanto ao que ela adiantou ao longo do processo.”²⁸

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também pacificou-se no sentido de que não há nenhuma inconstitucionalidade, ou mesmo incompatibilidade ontológica entre a condenação nas custas e despesas processuais e a concomitante concessão da gratuidade, na medida em que esta é condição suspensiva, enquanto perdurar a situação fática de miserabilidade, não inviabilizando a sua condenação e a futura execução, caso a parte adquira condições de quitar²⁹. Em palavras outras, deve-se distinguir imunidade de suspensão temporária da exigibilidade, na linha que atualmente foi acolhida

27. OJ n. 409 da SBDI-1 do TST.

28. *Op. cit.*, p. 22.

29. “Custas: condenação do beneficiário da justiça gratuita. O beneficiário da justiça gratuita que sucumbe é condenado ao pagamento das custas, que, entretanto, só lhe serão exigidas se, até cinco anos contados da decisão final, puder satisfazê-las sem prejuízo do sustento próprio ou da família: incidência do art. 12 da Lei 1.060/1950, que não é incompatível com o art. 5º, LXXIV, da Constituição.” (STF – 1ª Turma – RE 184.841 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 08.09.1995).

textualmente pelo processo civil: “A concessão da gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência”. (art. 98, § 2º, do CPC).

Em decisão mais recente, a Corte Suprema reafirmou a distinção entre isenção e suspensão da exigibilidade das despesas processuais, de forma precisa:

[...] o beneficiário da justiça gratuita, quando vencido, deve ser condenado a ressarcir as custas antecipadas e os honorários do patrono vencedor. Entretanto, não está obrigado a fazê-lo com sacrifício do sustento próprio ou da família. Decorridos cinco anos sem melhora da sua situação econômica, opera-se a prescrição da dívida. Por um lado, não se trata de menosprezar o princípio da sucumbência, mas apenas de suspender a exigência da condenação do vencido enquanto sua situação econômica permanecer precária, pois a imposição do cumprimento da obrigação importaria dano para sua sobrevivência ou de sua família.

Portanto, o benefício da justiça gratuita não se constitui na isenção absoluta das custas e dos honorários advocatícios, mas, sim, na desobrigação de pagá-los enquanto perdurar o estado de carência econômica do necessitado, propiciador da concessão deste privilégio. Em resumo, trata-se de um benefício condicionado que visa garantir o acesso à justiça, e não a gratuidade em si. (STF – Plenário – RE 249.003-AgRg – Rel. Min. Edson Fachin – DJE 10.05.2016).

As novas redações dos artigos 790-B, § 4º, e 791-A, § 4º, ambos da CLT, caminham no mesmo sentido do processo civil, eis que a concessão dos benefícios da justiça gratuita – vistos os requisitos no momento do ajuizamento e apreciação pelo magistrado trabalhista – não impede a condenação nas custas e despesas processuais, como os honorários advocatícios e periciais, quando do julgamento de fundo, sendo que, em relação aos honorários advocatícios, mantém-se suspensa a exigibilidade, até que o sucumbente adquira condições de suportá-los, a partir do recebimento de créditos, nos próprios autos ou em outros, retirando-o da condição de miserabilidade jurídico-econômica, a autorizar, inclusive, a revogação posterior do benefício da gratuidade. A cobrança, assim, ocorrerá nos próprios autos, no prazo de até 2 (dois) anos depois do trânsito em julgado, cujo decurso sem que a parte adquira condições financeiras de suportar o encargo, importará na extinção da obrigação (prescrição da pretensão executiva).

Uma leitura apressada do art. 791-A, § 4º, da CLT, pode sugerir que os beneficiários da gratuidade, tendo recebido qualquer valor no processo, de qualquer natureza jurídica, poderiam ver o montante penhorado para quitação dos honorários do advogado adversário³⁰. Porém, esta leitura seria inconstitucional³¹ e ilegal, na medida em que o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição, garante a justiça gratuita e integral aos necessitados, daí não se admitir que alguém alcançado pelo direito em evidência seja, ao mesmo tempo, constrangido a pagar as despesas do processo, enquanto se mantiver juridicamente pobre; é ilegal ainda, por violação do art. 98, § 1º, VI, do CPC, de aplicação supletiva ao processo do trabalho, impondo, então, ao jurista, que busque uma nova interpretação compatível com a Carta Maior.

Chegamos, então, ao ponto de fixar a segunda premissa, qual seja: a regra quanto aos benefícios da justiça gratuita e quanto às despesas com honorários é a mesma no processo civil e do trabalho, de que os beneficiários da gratuidade, muito embora devam ser condenados, não devem pagar referidas despesas do processo na fase seguinte de execução, salvo se, ao longo do trâmite ou no prazo de suspensão da exigibilidade, posterior ao trânsito em julgado, adquirirem novas condições financeiras que os retirem da posição de agraciados pela gratuidade, quando o juiz deverá, então, revogá-la, colocando o seu crédito à disposição para penhora pelo advogado da parte adversa, na cobrança dos seus honorários.

Na perspectiva processual, é indispensável deixar sublinhada a nossa posição de que, por se revelarem crédito autônomo do advogado e que não há mais execução de ofício no processo do trabalho, em

30. Esta é a posição defendida por SILVA, Homero Batista Mateus da, Comentários à reforma trabalhista, 2017, p. 98/99, SCHIAVI, Mauro, A reforma trabalhista e o processo do trabalho, 2017, p. 84, SALES, Fernando Augusto de Vita Borges, Honorários advocatícios e justiça gratuita no processo do trabalho, p. 138 e GOES, Alfredo, A responsabilidade processual do beneficiário da justiça gratuita, 2018, p. 315/316.

31. Neste mesmo sentido, SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et al*, Reforma Trabalhista, 2018, p. 460/461, NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim, Honorários de sucumbência ao beneficiário da justiça gratuita, 2018, p. 780, TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio, O processo do trabalho e a reforma trabalhista, p. 163 e MIZIARA, Raphael, Novidades em torno do benefício da justiça gratuita, p. 99/100. O último autor referido, defende a inconstitucionalidade *tout court* da disposição, não avançando para buscar uma interpretação conforme à Constituição, do novel art. 791-A, § 4º, da CLT. Para ele, concedidos os benefícios da gratuidade, os valores recebidos são insuscetíveis de penhora, devendo a exigibilidade permanecer suspensa, até o prazo de 2 anos.

regra, na forma do novo art. 878 da CLT, os honorários advocatícios não podem ser objeto de determinação de retenção por ordem judicial, do crédito do autor da ação, como muitos julgados começaram a fazer. Deverá, sim, o seu titular, após o trânsito em julgado, peticionar nos próprios autos, para iniciar e impulsionar a execução, demonstrando que o crédito recebido pelo autor está acima do limite que garante a gratuidade da justiça, bem como indicar valores e bens, provenientes de outras origens, para apreensão e satisfação da obrigação, mediante penhora, avaliação e expropriação, se necessário.

Então, não é qualquer valor recebido na ação que irá autorizar a penhora para quitação dos honorários, mas aquele montante que seja capaz de retirar a parte da condição de miserabilidade jurídica. Nas palavras do novel art. 791-A, § 4º, da CLT, “créditos capazes de suportar a despesa”.

A questão, então, passa a ser definir o parâmetro financeiro que será suficiente para retirar o sucumbente da situação de miserabilidade, colocando-o em condições de suportar a despesa, com a revogação da gratuidade da justiça.

Uma primeira tendência é buscar, na própria CLT, os critérios para a concessão da gratuidade. Assim, quando os mesmos parâmetros desaparecem, significa que estaria, também, autorizada a sua revogação.

O art. 790, § 3º, da CLT, com a redação atribuída pela reforma trabalhista, diz que são beneficiários os desempregados e também aqueles que recebam salário de até 40% do limite máximo dos benefícios do RGPS. Logo, todos os créditos obtidos na ação que sobejarem o referido parâmetro financeiro poderiam ser penhorados. Porém, esta leitura não nos parece a melhor, na medida em que o critério salarial é mensal e os valores recebidos na ação, em regra, são o resultado de violações contratuais ocorridas ao longo dos anos, de sorte que o trabalhador não poderá ser prejudicado pelo pagamento tardio, em juízo e acumulado, das verbas a que teria direito, mês a mês, durante a execução do contrato, ocasião em que permaneceria sob a proteção da presunção legal de miserabilidade, se o seu salário não avançasse além do valor mensal de R\$ 2.335,78, para o ano de 2019.³²

O caminho, então, é buscar outros parâmetros no ordenamento jurídico.

Antonio Umberto, Fabiano Coelho, Ney Maranhão e Platon Neto são da posição de que esta análise deve ser feita caso a caso, sem um parâmetro universal e financeiro objetivo, autorizando a penhora dos créditos obtidos na ação para pagar os honorários apenas quando o montante recebido seja de tal vulto capaz de alterar a condição econômica do agraciado. Em palavras suas, “(...) o beneficiário da justiça gratuita só suportará tais despesas caso aufira créditos cujo montante promova contundente e indiscutível alteração de sua própria condição socioeconômica”.^{33 34}

Concordamos com a essência da afirmação dos autores, que é no mesmo sentido do que defendemos linhas acima, de que não é o recebimento de qualquer montante que irá autorizar a imediata penhora para pagamento dos honorários, mas somente de valor que retirar o sucumbente da condição de miserabilidade.

Entretanto, acreditamos que há espaço para avançar, na busca de critério mais objetivável, inclusive para evitar que situações iguais sejam tratadas de modo diferenciado pelo Judiciário, violando a isonomia. Para tanto, basta imaginar que um magistrado entenda que o recebimento de R\$ 15.000,00 seja suficiente para alterar a condição financeira do trabalhador, porém outro magistrado – que está a julgar a mesma situação de colegas de trabalho, com os mesmos pedidos, em ações que tramitam simultaneamente –, mas que tenha um senso protetivo mais aguçado, venha a considerar que o recebimento de R\$ 100.000,00 não seja suficiente para retirar o autor desta segunda ação da condição de miserabilidade, contradição que, fatalmente, exigirá das instâncias superiores a pacificação da controvérsia e a busca de critérios mais objetiváveis.

É neste contexto que entendemos seja um critério operacional inicial o quanto previsto no art. 833, X, do CPC, que trata da impenhorabilidade, dizendo que os valores depositados em caderneta

do teto de benefícios do RGPS, porém não em se considerando os valores obtidos no processo – estes sempre insuscetíveis de penhora, em razão da gratuidade judiciária concedida –, mas quando o sucumbente se recolocar no mercado de trabalho, passando a receber salário acima do parâmetro legislativo, ocasião em que, aí sim, para o professor referido, “talvez tenha mesmo de suportar os ônus sucumbenciais”. (Despesas processuais trabalhistas após a reforma, 2018, p. 90).

33. Reforma trabalhista, 2018, p. 461.

34. No mesmo sentido, e com apoio na lição dos primeiros, é a interpretação de Narbal Antônio de Mendonça Fileti (Comentários ao art. 791-A da CLT, 2018, p. 382).

32. Vitor Salino de Moura Eça defende uma posição bastante peculiar, tendo como parâmetro o valor mensal de 40%

de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos são insuscetíveis de penhora, justamente porque tal limite revela que tais valores, se retirados, podem prejudicar o sustento próprio e da família do devedor, exatamente o critério principal para o reconhecimento da condição de miserável jurídico, requisito para a concessão – e agora, revogação – dos benefícios da justiça gratuita. Logo, em nosso sentir, um critério *a priori* seria o montante de 40 (quarenta) salários-mínimos recebidos na ação trabalhista, cujo valor é o teto para considerar que o trabalhador ainda é juridicamente pobre, não autorizando, até este limite, a revogação da gratuidade e, com isso, a penhora dos valores recebidos para pagamento dos honorários do advogado. Apenas os créditos que sobejarem tal montante é que serão suscetíveis de penhora para pagamento do profissional da advocacia, na medida em que o excedente é considerado pelo próprio ordenamento como penhorável, isto é, dispensável para resguardar ao seu titular e sua família a manutenção do seu sustento básico.

Contudo, poderão ocorrer casos excepcionais, cujo ônus argumentativo e probatório recairá sobre o trabalhador sucumbente, quando deve demonstrar que o recebimento de créditos superiores ao parâmetro de 40 (quarenta) salários-mínimos ainda é, na sua situação pessoal específica, insuficiente para manutenção básica sua e da família, como nos casos de dependente com doença grave, que necessita realizar uma cirurgia de alto custo ou tratamento etc., situações excepcionais que, como dito, não invalidam o critério objetivo *a priori*, mas que apenas o reafirmam, para todas as situações normais ou ordinárias.

Avançamos, então, para reconhecer que o recebimento na reclamação de valores além do teto de 40 (quarenta) salários-mínimos retira, em regra, o litigante beneficiário da gratuidade da condição de miserabilidade jurídica, abrindo as portas para a revogação da gratuidade e autorizando a penhora do valor excedente.

Entretanto, a questão ainda não está resolvida, eis que remanescerá o argumento de que as verbas recebidas em uma ação trabalhista, ainda que sejam suficientes para revogação da gratuidade, são de natureza jurídica salarial/alimentar, superprivilegiada (art. 84 da Lei n. 11.101/2005), insuscetível, por isso, de penhora, independentemente do seu valor global, na forma do art. 833, IV, do CPC.

A impenhorabilidade é decorrente do princípio da intangibilidade salarial, com residência no art. 8º, 1, da Convenção n. 95 da OIT, no art. 7º, X, da

CF/88 e no art. 462 da CLT, que poderiam ser invocados para bloquear a tentativa legislativa da reforma trabalhista de descontar dos créditos dos trabalhadores (de natureza jurídica salarial) as despesas do processo, a indicar, em uma primeira leitura, uma negativa aos testes de convencionalidade e constitucionalidade do art. 791-A, § 4º, da CLT.

Mas o certo é que, tanto a Convenção n. 95 da OIT, quanto o art. 7º, X, da Constituição de 1988, com a regulamentação do art. 462 da CLT, excepcionam do princípio da intangibilidade os descontos autorizados formalmente por lei, inclusive a pacífica jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho deu amplitude à exceção, ao admitir como legítimos os descontos previstos em normas coletivas³⁵, de modo que o argumento principiológico da intangibilidade não seria suficiente para paralisar a eficácia das novas disposições da CLT, que admitem o desconto das despesas do processos dos créditos recebidos pelo autor da ação.

Já em relação ao argumento da impenhorabilidade do salário, primeiro é preciso deixar claro que nem todos os valores recebidos pelo trabalhador por meio de uma ação trabalhista têm natureza jurídica de salário em sentido estrito. Mas, mesmo na maioria dos casos, em que as verbas pleiteadas têm natureza jurídica salarial, portanto alimentar, a disposição do art. 833, IV, *in fine*, do CPC, equipara os honorários dos profissionais liberais à mesma equivalência jurídica de salário em sentido lato, remetendo ao § 2º a autorização de penhora excepcional dos salários, para a quitação de prestação alimentícia, “independentemente de sua origem”³⁶, a legitimar a apreensão dos créditos dos trabalhadores, mesmo os de natureza salarial em sentido estrito. Trata-se de opção político-legislativa, que, se não é a melhor, na visão de alguns, ainda assim encontra-se dentro da margem de conformação atribuída pela Constituição e pelos específicos tratados

35. Súmula n. 342, OJ n. 160 da SBDI-1 e OJ n. 251 da SBDI-1, todas do TST.

36. O Supremo Tribunal Federal definiu que os honorários advocatícios sucumbenciais ostentam natureza jurídica alimentar, consoante Súmula Vinculante n. 47: “Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor substanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza”. (DJE 02.06.2015). Em igual sentido o art. 85, § 14, do CPC: “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”.

internacionais, ao legislador ordinário nacional, posição esta perfilhada, inclusive, pela atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁷, que tem a incumbência constitucional de pacificar a interpretação das disposições do CPC.

A conclusão alhures também terá incidência nos casos em que o autor da ação foi vencedor, restando o réu-empregador sucumbente nos honorários devidos ao advogado do trabalhador, caso em que, tratando-se de executado pessoa física, que vive apenas do seu salário e não tenha bens suscetíveis de penhora, também haverá possibilidade de bloqueio de parte do seu salário para pagamento da verba ao exequente e ao seu advogado, tudo na forma do art. 833, IV e § 2º, do CPC, já referidos, posição que ganha corpo no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho³⁸ e já é pacífica também no

Superior Tribunal de Justiça. Inclusive, recentemente, a Corte Especial deste avançou mais ainda ao admitir que mesmo nas execuções de obrigações que não tenham natureza jurídica alimentar, privilegiada, seria possível penhorar a cota de 30% do salário para satisfação da execução³⁹.

Por tudo quanto demonstrado, entendemos que Jorge Alberto Araújo faz confusão quando defende que os créditos obtidos pelo trabalhador na reclamação trabalhista não podem ser penhorados, independentemente do valor, se forem de natureza jurídica salarial, desconsiderando a cláusula de exceção do citado art. 833, § 2º, do CPC. Porém, para o mesmo autor, se o total ou parte do crédito for de outra natureza, poderia ocorrer a penhora integral, admitindo que, se o postulante obtiver apenas créditos de natureza diversa da alimentar, todo o valor poderia ser utilizado para quitação dos honorários advocatícios sucumbenciais, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, ficando o trabalhador sem proveito algum do processo⁴⁰, desta feita a desconsiderar os efeitos da gratuidade, incidindo em inconstitucionalidade, na linha do que fundamentamos linhas acima.

De outra banda, já no caso específico dos honorários periciais, a lógica de raciocínio é a mesma, qual seja, se o sucumbente obtiver créditos que o retire da condição de miserabilidade, o juiz revogará os benefícios concedidos e autorizará que o valor recebido seja penhorado para pagar os honorários do *expert*. A única diferença em relação aos honorários do advogado é a de que se o autor não tiver obtido em juízo crédito algum, naquele processo ou em outro, o perito não ficará aguardando por dois anos o eventual incremento de patrimônio do sucumbente, com exigibilidade suspensa, mas haverá quitação imediata pela própria União, por meio de fundo destinado ao custeio desta espécie de despesa (art. 790-B, § 4º, da CLT).

São por todas as razões expostas acima, de que a melhor solução é a de emprestar uma interpretação conforme à Constituição às novidades implementadas pela reforma trabalhista (declaração de

37. Por todos: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PENHORA. VERBA ALIMENTAR. EXCEÇÃO. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. "A jurisprudência desta Corte Superior consolidou o entendimento no sentido de que o caráter absoluto da impenhorabilidade dos vencimentos, soldos e salários (dentre outras verbas destinadas à remuneração do trabalho) é excepcionado pelo § 2º do art. 649 do CPC de 1973 (atual art. 833, § 2º, do CPC de 2015), quando se tratar de penhora para pagamento de prestações alimentícias" (AgInt no AREsp 1.107.619/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017). 2. Agravo interno a que se nega provimento". (STJ – 4ª Turma – AgInt no AREsp 1.209.653 – Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – DJE 28.08.2018).

38. Por todos: "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA INCIDENTE SOBRE HONORÁRIOS MÉDICOS RECEBIDOS PELO IMPETRANTE. LEGALIDADE. ARTIGO 833, §2º, do CPC/2015. Na presente hipótese, a ilegalidade apontada é a decisão judicial proferida na reclamação trabalhista de origem, que determinou o bloqueio dos créditos do executado, ora impetrante, até atingir o valor total da execução, qual seja R\$ 37.971,78. Observe-se, no caso, que a decisão combatida foi prolatada em 8/5/2017, portanto, na vigência do CPC/2015. Nesse contexto, cumpre assinalar o que preceitua o §2º do art. 833 do citado Código: O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º. Assim, verifica-se que o inadimplemento de prestações alimentícias "independentemente de sua origem" enseja penhora de salários e proventos no limite estabelecido na novel lei processual. Note-se que a expressão destacada não existia no CPC de 1973 e, por essa razão, esta Corte Superior consagrou o entendimento segundo o qual a exceção do revogado art. 649, §2º, do CPC/1973 fazia referência apenas à prestação alimentícia fixada com espeque no art. 1.694 do CC/2002. Por fim, ressalte-se que o Tribunal Pleno dessa Corte Superior alterou a redação da Orientação Jurisprudencial nº 153 da SBDI-2/TST (Res. 220/2017, DEJT divulgado em 21, 22 e 25.09.2017) para deixar claro que a diretriz ali contida aplica-se apenas a penhoras sobre salários realizadas quando ainda em vigor o revogado CPC de

1973, o que não se verifica na espécie. Destarte, não se há de falar em afronta a direito líquido e certo da impetrante, tampouco em violação de dispositivo de lei. Dessa forma, conclui-se que a decisão impugnada não merece reparos. Recurso ordinário conhecido e não provido. (TST – SDI2 – RO 21601-36.2017.5.04.0000 – Relª Minª Maria Helena Mallmann – DEJT 07.12.2017).

39. STJ – Corte Especial – EREsp 1.582.475 – Red. p/ ac. Minª Nancy Andrigui – j. 03.10.2018.

40. Comentários aos artigos 791 a 798 da CLT, 2018, p. 584.

inconstitucionalidade sem redução de texto), inclusive na mesma linha do quanto previsto no CPC, que entendemos estar agindo de forma precipitada alguns Tribunais Trabalhistas que estão declarando de forma incidental a inconstitucionalidade material do art. 791-A, § 4º, da CLT⁴¹, a exemplo do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região.

O Pleno da Corte alagoana, em decisão unânime tomada em arguição de inconstitucionalidade, a partir dos fundamentos de acesso à justiça, gratuidade da prestação jurisdicional, isonomia, valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, concluiu pela completa inconstitucionalidade material do art. 791-A, § 4º, parte final, da CLT, sequer admitindo que o beneficiário da justiça gratuita seja condenado em honorários, muito menos executado da possível parcela⁴².

Em nosso sentir, a decisão é duplamente equivocada, na medida em que baralha, primeiramente, os conceitos de isenção e suspensão da exigibilidade das despesas processuais, excluindo a possibilidade de o juiz sequer condenar nos custos processuais o beneficiário da justiça gratuita, inclusive nos honorários dos advogados, contrariando a regra direta do art. 98, § 2º, do CPC e a jurisprudência atual do Plenário do Supremo Tribunal Federal⁴³, proferida já

na vigência do art. 927, V, do CPC, tratando-se, pois, de precedente judicial obrigatório.

A decisão também despreza que a constatação dos requisitos para a concessão (e revogação) dos benefícios da justiça gratuita é dinâmica, flexível no tempo, de modo que, uma vez condenado o trabalhador nas despesas, porém tendo obtido valores suficientes para lhe retirar da condição de pobreza, naquele próprio processo ou por outros meios, poderá ter o benefício da gratuidade revogado na fase seguinte de execução, autorizando o advogado a avançar, a partir daí, sobre o seu novo patrimônio para cobrar a sua verba honorária também alimentar.

Não enxergamos como possa violar os direitos de acesso à jurisdição, da gratuidade da justiça, da isonomia e, muito menos, a dignidade da pessoa humana, por exemplo, a execução dos honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), em relação a um pedido que o autor foi sucumbente, quando este trabalhador logrou receber na execução do mesmo processo uma indenização de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fruto do acolhimento da maioria dos seus pedidos.

A decisão revisada, em termos práticos, acaba por impor a interpretação de que na Justiça do Trabalho, independente de quanto o trabalhador receba como resultado da ação, porque beneficiário da justiça gratuita na época do ajuizamento, não será sequer condenado e, muito menos, executado quanto aos honorários dos advogados, fazendo letra morta as disposições da reforma trabalhista, deixando os advogados de defesa sempre sem o direito aos honorários.

Como reflexo dos equívocos apontados, alguns acórdãos recentes do TRT da 19ª Região, louvando-se da decisão plenária ora revisada, concluíram pela completa isenção dos trabalhadores, sequer

41. Também são precipitadas as conclusões tomadas em alguns encontros e congressos da área trabalhista, que da mesma forma concluíram, por meio de enunciados ou verbetes, pela inconstitucionalidade material do art. 791-A, § 4º, da CLT, a exemplo do Enunciado n. 100 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela ANAMATRA em 2017: HONORÁRIOS E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. É inconstitucional a previsão de utilização dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para o pagamento de despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais (artigos 791-A, § 4º, e 790-B, § 4º da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017), por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado, e à proteção do salário (artigos 5º, LXXIV, e 7º, X, da Constituição Federal).

42. "ARGINC. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. ART. 791-A, § 4º, CLT. INCONSTITUCIONALIDADE. Se o art. 791-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/17, impõe restrições às garantias fundamentais de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV) e do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), afrontando também o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), além de dar, equivocadamente, o mesmo tratamento a quem se encontra materialmente em situações desiguais, numa clara violação ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput), resta ao Poder Judiciário declarar a sua inconstitucionalidade." (TRT 19ª Região – Plenário – RO 0000206-34.2018.5.19.0000 – Rel. Des. João Leite de Arruda Alencar – DEJT 13.11.2018).

43. "(...) o beneficiário da justiça gratuita, quando vencido, deve ser condenado a ressarcir as custas antecipadas e

os honorários do patrono vencedor. Entretanto, não está obrigado a fazê-lo com sacrifício do sustento próprio ou da família. Decorridos cinco anos sem melhora da sua situação econômica, opera-se a prescrição da dívida. Por um lado, não se trata de menosprezar o princípio da sucumbência, mas apenas de suspender a exigência da condenação do vencido enquanto sua situação econômica permanecer precária, pois a imposição do cumprimento da obrigação importaria dano para sua sobrevivência ou de sua família. Portanto, o benefício da justiça gratuita não se constitui na isenção absoluta das custas e dos honorários advocatícios, mas, sim, na desobrigação de pagá-los enquanto perdurar o estado de carência econômica do necessitado, propiciador da concessão deste privilégio. Em resumo, trata-se de um benefício condicionado que visa garantir o acesso à justiça, e não a gratuidade em si." (STF – Plenário – RE 249.003-AgRg – Rel. Min. Edson Fachin – DJE 10.05.2016).

admitindo que fossem condenados nos honorários advocatícios em relação aos pedidos em que foram vencidos, quando concedidos os benefícios da justiça gratuita por ocasião do ajuizamento, ainda que tais despesas jamais pudessem ser executados⁴⁴, na ausência de outros créditos capazes de suportar a despesa, seja porque todos os pedidos foram rejeitados, seja porque o montante parcial acolhido fosse insuficiente para retirar o litigante da sua inicial condição jurídica de pobreza.

Em outras latitudes, em data muito próxima, o Plenário do TRT da 14ª Região reuniu-se para enfrentar o mesmo dilema, tendo decidido, por maioria e com acerto, pela declaração incidental de inconstitucionalidade da parte final do art. 791-A, § 4º, da CLT, emprestando a interpretação de que a condenação nas despesas processuais deve sempre ocorrer, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita o litigante, porém o eventual crédito obtido na ação trabalhista não será, de forma automática, utilizado para o pagamento dos honorários advocatícios⁴⁵.

O acordo fundou-se nos pilares da intangibilidade do crédito alimentar do trabalhador, no acesso à justiça e no tratamento – em sua visão – mais benéfico dispensado pelo CPC de 2015 aos litigantes beneficiários da justiça gratuita no processo civil. Corretamente, constou na fundamentação a distinção entre isenção e suspensão da exigibilidade, na linha do Supremo Tribunal Federal e também como concluímos alhures, para admitir a condenação, porque os beneficiários não são isentos, mas impor a suspensão da exigibilidade pelo prazo de dois anos.

Houve a apresentação de voto divergente por uma das desembargadoras, com a pretensão de fazer

prevalecer a sua tese – como de resto fez o TRT da 19ª Região de forma unânime – de que a concessão da justiça gratuita no momento do ajuizamento, não admite sequer a condenação, na sentença, nas despesas da ação, muito menos a possível exigibilidade (execução), independentemente de o operário obter ou não valores consideráveis naquela ação. Entretanto, tal posição ampliada restou vencida, tendo a Corte rondoniense e acreana, com acerto, concluído que o incidente deveria ser julgado apenas parcialmente procedente, no sentido de que o art. 791-A, § 4º, da CLT, seria materialmente inconstitucional se permitisse que os beneficiários da justiça gratuita pagassem as despesas, porém seria legítima a tese de que possam ser condenadas, devendo permanecer com a exigibilidade suspensa até o final do prazo de dois anos ou a alteração da sua condição financeira.

É por isso que andou bem o próprio 14º Regional, em decisões turmárias proferidas na sequência, louvando-se do precedente do Plenário, ao calibrarem a interpretação para afirmar que sendo a trabalhadora beneficiária da justiça gratuita, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e apenas serão executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado, os credores demonstrarem a superação da situação de ausência de recursos que justificou, no início do processo, a concessão da gratuidade da justiça, nos termos do art. 791-A, § 4º, da CLT⁴⁶.

5. RECOLHIMENTO PRÉVIO DAS CUSTAS PARA A REPROPOSITURA DA AÇÃO ANTERIORMENTE ARQUIVADA

O último ponto que merece reflexão aprofundada é em relação à redação atribuída ao art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT, que admite a condenação do reclamante que ausentar-se injustificadamente da audiência inicial, ensejando o arquivamento da ação judicial (*rectius*: extinção do processo sem resolução do mérito), nas custas do processo, ainda que beneficiário da justiça gratuita, condicionando o ajuizamento de uma nova ação à sua quitação prévia.

Primeiro, há uma antinomia aparente entre os textos vigentes da CLT, pois o art. 790-A, *caput*, diz que são isentos das custas os beneficiários da justiça

44. Exemplificativamente, duas decisões mais recentes reformaram as sentenças de origem para excluírem da condenação os honorários sucumbenciais a que foram condenados os trabalhadores. (TRT 19ª Região – 1ª Turma – RO 0000177-54.2018.5.19.0009 – Relª. Desª. Eliane Arôxa Barreto – DEJT 29.11.2018 e TRT 19ª Região – 1ª Turma – RO 0000333-95.2018.5.19.0056 – Rel. Des. João Leite – DEJT 30.01.2019).

45. “ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 4º DO ART. 791-A, DA CLT. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 13.467/2017. INCIDENTE ACOLHIDO EM PARTE. É inconstitucional a expressão contida no § 4º do art. 791-A, da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017: ‘desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa’, por violar a previsão contida no art. 5º, incisos XXXV e LXXIV do 7º, inciso XVI, da Constituição Federal.” (TRT 14ª Região – Plenário – RO 0000147-84.2018.5.14.0000 – Rel. Des. Carlos Augusto Gomes Lôbo – DEJT 08.11.2018).

46. TRT 14ª Região – 1ª Turma – RO 0000002-16.2018.5.14.0004 – Rel. Des. Osmar João Barneze – DEJT 17.12. 2018.

gratuita, ao passo que no art. 844, § 2º, diz que estes mesmos beneficiários devem pagar custas, no caso de arquivamento injustificado. A antinomia pode ser resolvida pelos critérios de temporalidade e especialidade, conforme determina o art. 2º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LINDB), de sorte que os beneficiários da justiça gratuita continuam, em regra, sendo isentos das custas, ressalvada a nova situação trazida pela lei da reforma trabalhista, que cuida da hipótese especial de extinção pela ausência do autor na primeira audiência, quando as custas, então, deverão ser fixadas e atribuídas aos trabalhadores – não mais isentos –, porém ficarão com a exigibilidade suspensa, enquanto mantiverem a condição de miserabilidade jurídica.

O problema parece-nos estar, contudo, no novel § 3º, do art. 844, da CLT, ao condicionar o ajuizamento de nova ação ao pagamento das custas, inclusive para o beneficiário da justiça gratuita, caso em que entendemos que o legislador avançou em terreno interdito pelo constituinte, ao ofender o núcleo essencial dos direitos fundamentais de amplo acesso à justiça e, principalmente, à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, autorizando que os juízes exerçam a jurisdição constitucional, com o controle difuso de constitucionalidade.

Neste mesmo sentido foi a percepção do Procurador Geral da República, que propôs perante o Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5766 – Rel. Min. Roberto Barroso), inquinando de inconstitucional a tentativa de vedação de acesso ao Poder Judiciário para os comprovadamente necessitados, cujo julgamento ainda não foi concluído⁴⁷.

A interpretação possível e afinada com as garantias da Constituição é a de que o autor da ação, beneficiário da justiça gratuita, poderá ser

condenado nas custas em caso de arquivamento injustificado, mas o seu pagamento deverá se dar mediante a técnica dos artigos 790-B, § 4º, 791-A, § 4º, da CLT, combinados com o art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC, aguardando-se o prazo de até dois anos o autor auferir resultados financeiros em outras ações – inclusive naquela que pretenda repropor – para que as despesas sejam satisfeitas, mas jamais interditar o acesso ao Judiciário, ainda mais grave para os comprovadamente necessitados⁴⁸ e, por isso, beneficiários da gratuidade, conforme a *ratio decidendi* dos precedentes do Supremo Tribunal que deram origem às Súmulas Vinculantes de números 21 e 28.

Na perspectiva processual, significa dizer que o magistrado condutor da ação originária, na ausência do autor à audiência inicial, extinguirá o processo sem resolução do mérito, concederá os benefícios da justiça gratuita – se presentes os seus requisitos – e concederá o prazo de 15 (quinze) dias para o autor justificar o motivo da sua ausência (art. 844, § 2º, da CLT). Se o fizer, obterá a isenção das custas (art. 790-A, *caput*, da CLT); se não o fizer, ou a justificativa não for acolhida, o juiz, então, condenará nas custas processuais, cuja exigibilidade ficará suspensa, caso em que, obtendo condições de fazê-lo, dentro do prazo prescricional, terá início a execução, nos próprios autos, para quitação da obrigação tributária⁴⁹, inclusive podendo o crédito obtido na ação reproposta ser penhorado para a satisfação da obrigação, se não mais estiver o trabalhador acobertado pela gratuidade da justiça.

tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento, e após o voto do Ministro Edson Fachin, julgando integralmente procedente a ação, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, neste julgamento, e o Ministro Celso de Mello, justificadamente. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2018." Acessível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>.

47. Em consulta, no dia 18.02.2019, observa-se no andamento processual que os autos se encontram conclusos ao Ministro Luiz Fux, em razão de pedido de vista regimental, estando o julgamento empatado: "Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para assentar interpretação conforme a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses: "1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que

48. Ao retrocedermos na análise das fontes materiais dos direitos fundamentais, previstos na Constituição de 1988, de acesso à justiça e de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, encontraremos a inspiração do nosso constituinte originário na Constituição Portuguesa de 1976, cujos dispositivos são ainda mais claros em revelar a axiologia que inspira a posituação dos direitos, qual seja, a de que a insuficiência econômica jamais seja um entrave para acessar o Poder Judiciário. Do art. 20º, 1, dessa Carta, extrai-se que: "A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos".

49. Ressalve-se, aqui que, por se tratar de crédito de natureza jurídica tributária, especificamente de taxa judiciária (art. 145, II, da Constituição c/c art. 77 do CTN), tendo a União no polo ativo da relação obrigacional, a atuação em sede de execução deverá ser impulsionada pelo Órgão Jurídico de representação da União.

Independentemente dos procedimentos especificados em relação à ação originária, caso o reclamante pretenda repropor a ação trabalhista, poderá fazê-lo – inclusive antes do prazo de 15 (quinze) dias para justificativa na ação arquivada – e pedirá que o juiz da segunda ação, exercendo a jurisdição constitucional, realize o controle difuso de constitucionalidade, com a consequente declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 844, § 3º, da CLT, destrancando o acesso à jurisdição especializada, independentemente do pagamento prévio das custas.

Esta também é a compreensão de Raphael Miziara, para quem a novel permissão de condenação do beneficiário da gratuidade em custas, nos casos de ausência à audiência inaugural, ao contrário da anterior isenção, é constitucional, resguardando-se a suspensão da exigibilidade do tributo, enquanto durar a situação pessoal de miserabilidade, porém a exigência posterior, prevista no art. 844, § 3º, da CLT, enquanto condicionante para a repositura da ação extinta sem resolução do mérito, é descabida e inconstitucional, por afrontar o direito de acesso à jurisdição.⁵⁰

Importante diferenciar a hipótese do novo art. 844, § 3º, da CLT, da do art. 486, § 2º, do CPC, visto que este exige que, nas ações repropostas, a petição inicial já deverá trazer o comprovante de pagamento das custas e das despesas da ação anterior, então arquivada, mas cuja exigência não constrange os beneficiários da gratuidade, justamente porque a exigência, na prática, inviabiliza o acesso à justiça dos comprovadamente carentes de recursos, quando a diretriz constitucional é a de que a assistência jurídica será integral e gratuita aos necessitados. Para os que não são beneficiários da gratuidade, tanto para o processo civil quanto agora para o do trabalho, a exigência antecipada das custas e despesas, relacionadas à ação anterior já extinta, não viola o núcleo essencial do direito, pois a parte já exerceu o seu direito amplo de acesso à jurisdição e tem condições de pagar as despesas, no momento em que pretender acessar à jurisdição novamente.

6. CONCLUSÕES

1. Na vigência da legislação atual, o direito fundamental de assistência jurídica integral e gratuita, prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição, está regulamentado no processo do trabalho pela Lei n. 5.584 de 1970 e pela CLT, com as alterações trazidas pela Lei n. 13.467 de 2017, e

também pelo CPC de 2015 e pela Lei n. 1.060 de 1950, aplicando-se as últimas de forma subsidiária ou supletiva.

2. Os sujeitos do benefício da gratuidade, desde que atendam aos requisitos legais, com presunção ou não da condição de miserabilidade, conforme o caso, são todas as pessoas, naturais ou jurídicas, empregados ou empregadores, bem como os entes despersonalizados.
3. O objeto da justiça gratuita são todas as despesas processuais em sentido lato, inclusive o depósito recursal trabalhista e as extraprocessuais relacionadas ao trâmite da ação, de modo a que o acesso à justiça seja o mais eficiente e integral possível, aplicando-se, de forma supletiva, o art. 98, § 1º, do CPC, ao processo do trabalho.
4. *Inclidem* no processo do trabalho as modalidades de parcelamento, isenção parcial ou abatimento do valor total das despesas, previstos no art. 98, §§ 5º e 6º, do CPC, inclusive também em relação aos empregadores.
5. A concessão do benefício da justiça gratuita atua na modalidade dos custos provisórios do processo, isentando o sujeito da antecipação das despesas, mas não o imuniza da condenação ao final, após o trânsito em julgado, quando sucumbente, inclusive sob o novo procedimento de cobrança, mediante o desconto do seu crédito obtido, na mesma ação ou em outras.
6. O critério objetivo *a priori* para considerar que o autor da ação, sucumbente no objeto da perícia e nos honorários advocatícios, deva ter os respectivos valores descontados (*rectius*: penhorados) do crédito por ele obtido na ação, ou em outra, é o de 40 (quarenta) salários-mínimos, por aplicação analógica do art. 833, X, do CPC.
7. É inconstitucional a disposição do art. 844, § 3º, da CLT, se interpretada como exigência de pagamento prévio das custas nos casos de arquivamento das ações dos beneficiários da justiça gratuita, o que não impede uma interpretação alternativa de que tais valores tributários possam ser objeto de retenção posterior, se o trabalhador obtiver, ao final da ação reproposta, créditos suficientes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Jorge Alberto. Comentários aos artigos 791 a 798 da CLT. In: TRINDADE, Rodrigo de Souza (org.). *CLT Comentada pelos juízes do trabalho da 4ª Região*. Revista e atualizada com a Reforma Trabalhista

50. *Op. Cit.*, p. 101.

- (Lei n. 13.467/2017) e a transitoriedade da MP n. 808/2017. Inclui Súmulas e OJs do TRT-RS. São Paulo: LTr, 2018, p. 579-590.
- CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Benefício da justiça gratuita*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- EÇA, Vitor Salino de Moura. Despesas processuais trabalhistas após a reforma. In: SOUZA JÚNIOR, Antonio Humberto; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney (coord.). *Reforma Trabalhista*. Análise e comentários sobre a Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2018, p. 87-92.
- FILETI, Narbal Antônio de Mendonça. Comentário ao art. 791-A da CLT. In: LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio (org.). *Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho*: artigo por artigo. Atualizada até o fim da vigência da MP 808/17 e Lei 13.660/18. São Paulo: LTr, 2018, p. 375-383.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GOES, Alfredo. A responsabilidade processual do beneficiário da justiça gratuita sobre os honorários advocatícios e a garantia de acesso à justiça. *Revista LTr*, São Paulo, ano 82, n. 3, p. 312-319, março 2018.
- MARCACINI, Augusto Rosa Tavares. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MIZIARA, Raphael. Novidades em torno do benefício da justiça gratuita na CLT reformada e o ônus financeiro do processo. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 44, n. 185, p. 85-104, janeiro 2018.
- MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade*. O futuro do Direito e do Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- _____. *Teoria dos Princípios Trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Honorários de sucumbência ao beneficiário da justiça gratuita: proposta interpretativa à luz do princípio da proteção. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 82, n. 7, p. 779-780, jul. 2018.
- SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. Honorários advocatícios e justiça gratuita no processo do trabalho em face da Lei n. 13.467/2017. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 106, vol. 984, p. 129-147, outubro 2017.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- _____. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. São Paulo: LTr, 2017.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista*: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2018.
- TARTUCE, Fernanda; MORAIS, Michele Nogueira. Reforma trabalhista sobre isenção do depósito recursal a beneficiários da justiça gratuita, entidades filantrópicas e empresas em recuperação judicial. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, ano XIV, n. 83, p. 98-110, Mar.-Abr. 2018.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

O acordo extrajudicial introduzido pela Reforma Trabalhista e a (im)possibilidade de homologação judicial parcial¹

Andréa Presas Rocha*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A homologação como atividade de jurisdição voluntária: efeitos pretendidos pelos interessados; 3. O acordo extrajudicial como instrumento de empoderamento das partes e de seus advogados; 4. A (im)possibilidade de homologação parcial de transação extrajudicial; 5. Meios de impugnação da decisão de homologação parcial; 6. Considerações finais; 7. Referências.¹

RESUMO: O presente artigo analisa o procedimento de homologação judicial de acordo extrajudicial introduzido pela Lei Reforma Trabalhista e a impossibilidade da sua homologação parcial. A novidade trazida pela Reforma revela importante instrumento de empoderamento das partes e seus advogados. Por se tratar de negócio jurídico entre as partes, estando presentes os requisitos formais exigidos pela CLT e os requisitos de validade do negócio jurídico elencados no artigo 104 do Código Civil, e não havendo defeitos que o contaminem, a homologação se impõe. Assim, somente diante da existência de vício de consentimento ou social, lide simulada ou grave prejuízo a uma das partes, a homologação poderá ser recusada, porém em decisão fundamentada. Com relação à homologação parcial, por interferir e contaminar a vontade das partes, deve ser seriamente evitada e sempre precedida da possibilidade de as partes sobre ela se manifestarem.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo extrajudicial – Reforma Trabalhista – homologação judicial parcial

1. INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista introduziu na CLT o CAPÍTULO III-A que trata do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial.

Mesmo antes da Reforma Trabalhista, o CPC, de aplicação supletiva e subsidiária ao processo do trabalho (art. 15), já previa a possibilidade da autocomposição extrajudicial ser submetida a homologação judicial, por meio de procedimento de jurisdição voluntária (art. 725, VIII²), sendo que a referida

decisão se constituía como título executivo judicial (art. 515, III³).

Nada obstante, a maioria dos doutrinadores mostravam-se reticentes quanto à homologação pelo Judiciário Trabalhista de acordo extrajudicial celebrado entre empregado e empregador. Argumentavam que os sujeitos não possuíam igualdade de condições para negociarem sem a intervenção do Estado, em face da condição de hipossuficiência do trabalhador, o que poderia ensejar a mera renúncia de direitos disfarçada de transação⁴. Defendiam que o juiz se cercasse de “cauteladas para homologar eventual transação extrajudicial, como designar audiência, inteirar-se dos limites do litígio e ouvir sempre o trabalhador”, sendo que “somente em casos excepcionais deve o juiz homologar o acordo extrajudicial com eficácia liberatória geral”⁵. Sustentavam que a atuação do magistrado na homologação de acordo extrajudicial não se tipificava como simples exercício de jurisdição voluntária, na qual se opera a mera administração de interesses privados, e que o juiz, ao ser chamado a referendar acordo extrajudicial, “atua no exercício do seu poder jurisdicional pleno, buscando apresentar de forma concreta e efetiva a composição daquele conflito de interesses apresentado”⁶.

Na jurisprudência, a posição que prevalecia no TST era no sentido de seu não cabimento, ante a ausência de previsão legal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. Ainda que por fundamento diverso da decisão recorrida, a jurisprudência

(*) Doutora em Direito do Trabalho – PUC/SP. Juíza do Trabalho – TRT5/BA. Professora da Faculdade de Direito da UFBA.

1. Elaborado em janeiro de 2019.

2. Art. 725. Processar-se-á na forma estabelecida nesta Seção o pedido de: (...) VIII – homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor.

3. Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

4. MINHARRO, Erolde Ribeiro Santos; MACHADO, Costa; ZAINAGHI, Domingos Sávio (Coords.). *CLT interpretada. Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 3ª ed. São Paulo: Manole, 2012. p. 800.

5. SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 12ª ed. São Paulo: LTR, 2017, p. 1109.

6. CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 81.

do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que não compete a esta Especializada homologar acordo extrajudicial firmado entre empregado e empregador, haja vista a ausência de previsão legal. Precedentes. Agravo de Instrumento conhecido e não provido (AIRR – 2042-37.2015.5.02.0027, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 14/03/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/03/2018).

A Lei da Reforma Trabalhista (LRT) põe uma pá de cal na celeuma, ao enxertar na CLT um procedimento específico de jurisdição voluntária para a homologação dos acordos extrajudiciais no âmbito do processo do trabalho. Estatui que o processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogados distintos (CLT, art. 855-B). Dispõe, ainda, que o juiz, no prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença (CLT, art. 855-D).

Ao proferir a sentença, o juiz poderá recusar a homologação, extinguindo o processo sem resolução de mérito, acaso, por exemplo, identifique prejuízo a terceiros ou entenda que o ajuste é excessivamente prejudicial a um dos litigantes ou que está eivado de vícios.

Por outro lado, verificando que o acordo preenche os requisitos formais (CLT, art. 855-B) e de validade do negócio jurídico (CC, art. 104) e não vislumbrando defeitos que o contaminem, o juiz proferirá sentença resolutória de mérito, homologando a transação (CPC, art. 487, III, 'b'), e, neste caso, o acordo torna-se título executivo judicial (CPC, art. 515, III), sendo que a sua eventual execução por descumprimento se dará nos mesmos moldes de uma execução de sentença.

A questão que se propõe debater neste artigo e que tem suscitado controvérsias diz respeito à possibilidade de o magistrado proferir sentença homologando parcialmente o acordo extrajudicial.

2. A HOMOLOGAÇÃO COMO ATIVIDADE DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA: EFEITOS PRETENDIDOS PELOS INTERESSADOS

A LRT trata como de jurisdição voluntária a atividade exercida pelo magistrado no procedimento estatuído nos artigos 855-B a 885-D da CLT.

Jurisdição voluntária⁷, segundo Didier, é uma atividade estatal de integração e fiscalização, por meio da qual os interessados buscam obter certos efeitos jurídicos que somente podem ser obtidos após a integração dessa vontade pelo Judiciário:

Busca-se do Poder Judiciário a integração da vontade, para torna-la apta a produzir determinada situação jurídica. Há certos efeitos jurídicos decorrentes da vontade humana, que somente podem ser obtidos após a integração dessa vontade perante o Estado-juiz, que o faz após a fiscalização dos requisitos legais para a obtenção do resultado almejado⁸.

Em determinadas situações, a jurisdição voluntária é obrigatória, o que leva muitos a afirmarem que de voluntária nada tem. No entanto, há situações em que a parte pretende obter uma autorização do Judiciário, que não era obrigatória. Em outras, “a lei permite, não impõe, a intervenção judicial, como nos casos da notificação judicial e da homologação de divórcio consensual sem filhos menores”⁹.

Adotando a classificação de Leonardo Greco, Didier divide os procedimentos de jurisdição voluntária em seis espécies: receptícios, probatórios, declaratórios, constitutivos, executórios e tutelares.

Especificamente sobre os procedimentos constitutivos, Didier os define como:

[...] aqueles em que a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica dependem da concordância da vontade do juiz, por meio de autorizações, homologações, aprovações etc¹⁰.

A homologação de acordo extrajudicial trabalhista insere-se numa daquelas situações em que a lei permite, não obriga, a intervenção judicial, sendo que tal procedimento possui nítido caráter constitutivo.

Assim, embora os interessados (partes em sentido processual) não estejam obrigados, eles podem, se quiserem, buscar o Poder Judiciário, para que homologue a transação extrajudicial. E, por se tratar de atividade jurisdicional, que gera sentença e é

7. Seguimos a corrente que confere à jurisdição voluntária a natureza de típica atividade jurisdicional, e não mera administração de interesses privados feita pelo Poder Judiciário. Sobre o tema, confira-se: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1, 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 185-195.

8. *Ibidem*, p. 186.

9. *Idem*.

10. *Ibidem*, p. 189-190.

passível de recurso (CPC, art. 724), a homologação judicial confere às partes algo que elas não teriam acaso tivessem optado por não submeter o acordo extrajudicial ao crivo do Estado-juiz: a indiscutibilidade da decisão, a coisa julgada¹¹.

Em situações que tais, o desejo das partes, ao escolherem o caminho da jurisdição voluntária, é a segurança jurídica que decorre da coisa julgada.

3. O ACORDO EXTRAJUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EMPODERAMENTO DAS PARTES E DE SEUS ADVOGADOS

Apesar da Lei mencionar “acordo” extrajudicial, entendemos que, em face da irrenunciabilidade¹² dos direitos trabalhistas, pretendeu se referir a “transação”, nos moldes estabelecidos no Código Civil e dentro dos seus limites, afastando-se do modelo de “autocomposição” adotado pelo CPC¹³.

A transação é espécie de contrato regido pelos artigos 840 a 850 do Código Civil. Tem como finalidade a prevenção ou o término de litígio mediante concessões mútuas dos interessados (CC, art. 840) e somente pode envolver direitos patrimoniais de caráter privado (CC, art. 841).

11. *Ibidem*, p. 194.

12. Embora irrenunciáveis, os créditos trabalhistas não são indisponíveis, tanto que se sujeitam à prescrição e podem ser objeto de acordo judicial, com ou sem concessões recíprocas: “O entendimento majoritário no âmbito trabalhista vai no sentido de que os créditos do empregado são irrenunciáveis – e, portanto, imunes a atos unilaterais dos empregados ou a acordos extrajudiciais não revestidos de formalidade – mas não chegam ao patamar do indisponível – pois, do contrário, nem ao menos poderia haver prescrição trabalhista ou acordo judicial, com ou sem concessões recíprocas. É como se a irrenunciabilidade, tão estudada pelos tratadistas juslaborais, estivesse num degrau abaixo ou numa dimensão de menor densidade da indisponibilidade, muito cara aos direitos de personalidade, por exemplo” (SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 98).

13. Fredie Didier Jr. aponta que “A *autocomposição* é gênero, do qual são espécies: a) *transação*: os conflitantes fazem concessões mútuas e solucionam o conflito; b) *submissão*: um dos conflitantes se submete à pretensão do outro voluntariamente, abdicando dos seus interesses. Quando feita em juízo, a submissão do autor é denominada de renúncia (art. 487, III, ‘c’, CPC); a do réu é designada como reconhecimento da procedência do pedido (art. 487, III, ‘a’, CPC)” (*Ibidem*, p. 165). Em sentido diverso e mais restrito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentarem o art. 515, III, do CPC, destacam que “O acordo de que trata a norma comentada é o negócio jurídico de transação e, como tal, segue as regras do CC para a matéria” (*In: Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1370).

Por isso, o acordo não pode envolver matérias de ordem pública e deve contemplar concessões recíprocas. Nesse sentido é o Enunciado n. 123 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL.

I – A faculdade prevista no Capítulo III-A do Título X da CLT não alcança as matérias de ordem pública.

II – O acordo extrajudicial só será homologado em juízo se estiverem presentes, em concreto, os requisitos previstos nos artigos 840 a 850 do Código Civil para a transação;

III – Não será homologado em juízo o acordo extrajudicial que imponha ao trabalhador condições meramente potestativas, ou que contrarie o dever geral de boa-fé objetiva (artigos 122 e 422 do Código Civil).

Por se tratar de negócio jurídico, a transação independe de homologação judicial para ser válida e eficaz.

Assim, quando os interessados submetem a transação à homologação judicial almejam a obtenção da certeza de que aquele específico litígio não poderá ser objeto de nova discussão futura, exceto se o acordo resultou de dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa (CC, art. 849).

Em outras palavras, quando as partes submetem o acordo extrajudicial à homologação judicial, o efeito que elas buscam é a outorga de eficácia ao ato consensual que visa a extinção das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, para nada mais reclamarem uma da outra, evitando ações trabalhistas futuras¹⁴.

Os efeitos pretendidos pelas partes na homologação de acordo extrajudicial coincidem com aqueles desejados quando conciliam no bojo de uma lide previamente instaurada. Portanto, de um jeito ou de outro, as partes querem a eficácia da extinção das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, de forma definitiva, sepultando-se qualquer discussão futura.

14. GITELMAN, Suely Ester. Segurança jurídica do empregador: a rescisão do contrato de trabalho por mútuo acordo, o fim da homologação obrigatória, o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial e o termo de quitação anual. *In: TREMEL, Rosângela; CALCINI, Ricardo (organizadores). Reforma Trabalhista: primeiras impressões*. Campina Grande: EDUEPB, 2018, p. 905-907.

A diferença entre os dois modelos reside em que, na conciliação judicial, o juiz participa, em tese¹⁵, juntamente com as partes e seus advogados, da elaboração do acordo, ao passo que, na autocomposição extrajudicial, são as partes e seus advogados os únicos responsáveis pela construção da transação, “sem qualquer prévia participação ou intervenção da Justiça do Trabalho”¹⁶.

A novidade trazida pela Reforma, ao implantar no processo do trabalho a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial mediante procedimento de jurisdição voluntária, revela importante instrumento de empoderamento das partes e seus advogados.

Embora se possa sustentar a possibilidade de homologação judicial de transação extrajudicial antes da LRT, com amparo no processo civil comum (CPC/73, art. 269, III; CPC/15, artigos 487, III, ‘b’, e 725, VIII), a verdade é que, na prática, isso não acontecia, e os acordos havidos se davam em face de lide pendente, o que muitas vezes “fomentava a prática velada de se simular uma lide para se obter a possibilidade de um acordo judicial homologado”¹⁷.

Assim, a LRT, alinhando-se ao sistema adotado pelo CPC/15, apresenta um novo modelo de solução de conflitos, em alternativa à via jurisdicional, sendo o procedimento de jurisdição voluntária autêntica inovação.

Nessa senda, o artigo 3º do CPC¹⁸ assegura um novo sistema multiportas¹⁹, para permitir o acesso à

Justiça, colimando a busca da pacificação dos conflitos, não somente por meio do processo litigatório²⁰, mas também por meios alternativos à jurisdição, devolvendo às partes o diálogo e o poder de negociação:

Esta nova regra processual vem assegurar um **novo sistema multiportas** na busca da pacificação dos conflitos a fim de que outros meios alternativos ao Poder Judiciário, como a **mediação e a conciliação**, sejam buscados pelos operadores do Direito, antes se instaurar uma demanda que verse sobre direitos transigíveis. Estes métodos se caracterizam, basicamente, por serem **autocompositivos**, ou seja, não se busca num terceiro a solução do conflito, ao contrário, **devolve-se as partes o diálogo e o poder de negociação**, através do estímulo e do auxílio dos mediadores e conciliadores, profissionais dotados de neutralidade e capacitados para favorecer a busca do consenso²¹.

Trilhando o mesmo caminho, a LRT apresenta uma nova modalidade de solução de conflitos, viabilizada por meio de procedimento de jurisdição voluntária, que vem para se agregar à conciliação e à mediação, como instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

Curial registrar que a solução de conflitos por vias alternativas à jurisdicional, através do

15. Diz-se “em tese”, uma vez que, em muitas situações, as partes já chegam como acordo negociado e o magistrado apenas confirma a vontade das partes antes de homologar a conciliação.
16. SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2018, p. 441.
17. DUBUGRAS, Regina. Formas Extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas – homologação de acordos extrajudiciais. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/web/csjt/conciliacao-artigos/-/asset_publisher/K9ip/content/formas-extrajudiciais-de-solucao-de-conflitos-trabalhistas-homologacao-de-acordos-extrajudiciais?inheritRedirect=false>. Acesso em: 12/01/2019.
18. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
19. “A ideia de um Sistema Multiportas de resolução de conflitos, por seu turno, surgiu em 1976 durante a Conferência

Pound, nos Estados Unidos, em um discurso sobre as causas da insatisfação popular com a Justiça apresentado pelo professor da faculdade de Direito de Harvard, Frank Sander.

A ideia central do seu discurso era a de que o Poder Judiciário era apenas um dos meios disponíveis para a solução de conflitos, havendo outros mecanismos, como a mediação ou arbitragem, que poderiam ser mais adequados a depender do tipo de conflito.

Desse modo, Sander defendia que, sempre que um cidadão apresentasse uma demanda para o Poder Judiciário, deveria ser avaliado qual o melhor mecanismo par ao tratamento adequado daquele conflito.

Tais conceitos inspiraram a edição da Resolução CNJ 125/2010, que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses” (MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda; GALLO, Ronaldo Guimarães. *Mediação e arbitragem trabalhistas: acesso aos métodos adequados de resolução de conflitos*. In: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; MARTINS, Rafael Lara; MIZIARA, Raphael (coordenadores). *Reforma trabalhista na visão da advocacia: aspectos práticos e estratégias para o cotidiano*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 407-408).

20. DUBUGRAS, Regina. *Op. Cit.*
21. FERNANDES, Sônia Caetano. O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo código de processo civil – Câmaras de mediação e conciliação. Migalhas, 20/04/2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade>>. Acesso em: 12/01/2019.

empoderamento das partes, constitui política judiciária que vem, de há muito, sendo adotada pelos Conselhos Superiores de Justiça, seja por meio da instituição de semanas nacionais de conciliação, seja através da criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMECs, com a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs (Resolução CNJ n. 125/2010; Resolução CSJT n. 174/2016), seja pela adoção de outras modalidades de boas práticas (Ato Conjunto TST.CSJT.GP n. 9/2016).

Existe, no entanto, ao menos uma importante diferença entre a conciliação e a mediação, de um lado, e a homologação de acordo extrajudicial, de outro. Vejamos.

Enquanto a mediação e a conciliação contam com a participação de magistrado ou servidor por este supervisionado, que pode apresentar ou não propostas para a composição do litígio, a autocomposição extrajudicial exclui a participação do Judiciário na construção do acordo, porém exige que as partes estejam assistidas por advogados distintos, vedando o *jus postulandi*.

Portanto, enquanto na conciliação e na mediação, a segurança das partes, que podem, inclusive, estar desacompanhadas de advogado, reside na presença do magistrado ou servidor por ele supervisionado, na transação extrajudicial a segurança das partes reside na figura dos advogados distintos por elas livremente escolhidos.

Eventuais distorções na utilização do procedimento deverão ser tratadas pontualmente, inclusive com o manejo pelo magistrado da decisão de não homologação. Inadmissível, portanto, se pressupor que os advogados das partes estão descurando dos interesses dos seus constituintes. Evidentemente que sendo revelado comportamento antiético, a entidade de classe deverá ser chamada a agir, sem prejuízo da adoção de outras medidas pelo magistrado, a exemplo da extinção do processo sem resolução de mérito.

4. A (IM)POSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO PARCIAL DE TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Como dito acima, se na conciliação e na mediação o fiel da balança é o magistrado, na transação extrajudicial a segurança das partes está nos seus advogados.

Evidente que percebendo o magistrado a existência de vício de consentimento ou social, lide simulada ou grave prejuízo a uma das partes, poderá

deixar de homologar, mas, ainda assim, deverá fundamentar a sua decisão, indicando os motivos que levaram à recusa, sob pena de nulidade. Nesse sentido é a seguinte ementa:

TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. O Juiz tem o dever de respeitar a ordem jurídica, cabendo a ele, segundo entendimento majoritário, homologar o acordo judicial, exceto quando constatar a inexistência de conciliação. A título exemplificativo, havendo lide simulada ou prejuízo grave e iminente para o empregado, pode recusa-se a homologar. Para tanto, deve proferir decisão fundamentada, que indique os motivos que o levaram à recusa. Nesse sentido a Súmula 110 da 2a. Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho – *"JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. ACORDO EXTRAJUDICIAL. RECUSA À HOMOLOGAÇÃO: O juiz pode recusar a homologação do acordo, nos termos propostos, em decisão fundamentada"*. Logo, não havendo justificativa plausível, impõe-se a homologação (TRT3, processo n. 0010016-45.2018.5.03.0043-RO, 7ª Turma, Relator Fernando Antônio Viégas Peixoto).

Isso significa que a negativa de homologação precisa ancorar-se em motivo que exponha uma fratura no sistema de segurança adotado no art. 855-B da CLT, o qual tem como alicerce a confiança das partes nos advogados por elas individualmente escolhidos.

Por outro lado, estando presentes os requisitos formais exigidos pela CLT (petição conjunta e advogados distintos), os requisitos de validade do negócio jurídico elencados no artigo 104 do Código Civil (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei), e não havendo defeitos que o contaminem (não envolver, por exemplo, direitos indisponíveis), o juiz tem o dever de respeitar a ordem jurídica, impondo-se a homologação do acordo, como ressaltado na ementa acima.

O valor do acordo, se excessivamente alto ou baixo, não pode ser motivo exclusivo para a recusa à homologação, a não ser que o juiz constate que essa não é a vontade do trabalhador ou que o acordo está sendo utilizado como instrumento de lavagem de patrimônio da empresa. Posiciona-se nessa linha Cairo Jr.:

Decisão que deixa de homologar o acordo por considerar muito baixo o valor oferecido ao empregado não encontra guarida no ordenamento jurídico, salvo se não corresponder a vontade do trabalhador²².

22. CAIRO JR., José. *Curso de direito processual do trabalho*. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 417.

Mesmo quando o valor ajustado aparentemente esteja aquém do devido, o acordo extrajudicial entabulado de boa-fé “permitirá ao empregado não ficar na promessa de pagamento futuro de dívida trabalhista que seu ex-empregador não esteja em condições de saldar imediatamente, mas receber logo o que por possível”, e com a vantagem de “ter em mãos um título executivo judicial que lhe poupará da demora e dos transtornos de qualquer ação de conhecimento”²³.

Nada impede, ainda, que o acordo envolva parcelas rescisórias. Aliás, “embora não o diga o art. 855-B (...), o legislador conecta claramente o pedido de homologação judicial de acordo extrajudicial à rescisão do contrato de trabalho”, sendo totalmente convergentes a *mens legislatoris* e a *mens legis* nesse ponto²⁴.

Portanto, deparando-se o magistrado com um negócio jurídico formal e materialmente válido e descontaminado de defeitos, o caminho natural é a homologação.

A recusa à homologação é exceção, que deve se amparar em justificativa plausível, e não em mera discricionariedade²⁵ do magistrado.

Afinal, a construção da transação é fiscalizada pelos advogados individualmente escolhidos pelas partes, e somente após o filtro dos advogados é que o negócio é submetido ao crivo judicial liberatório. Assim, não havendo vício na transação, impõe-se a sua homologação, não cabendo ao juiz imiscuir-se no negócio celebrado entre as partes assistidas por seus advogados.

Deparando-se com transação extrajudicial formalmente perfeita, substancialmente válida e livre de defeitos, não cabe ao magistrado deixar de homologar, tampouco homologar de forma parcial o ajuste.

Assim, o juiz somente poderá deixar de homologar, acaso indique justificativa plausível, que revele o rompimento do lacre de segurança do negócio jurídico. A propósito, conforme José Cairo Jr:

A negativa do juiz em homologar o acordo pode se fundar:

- a) na ausência de requisitos formais, como advogado comum;
- b) no desencontro entre a vontade descrita na petição e a vontade real dos interessados;
- c) no fato de envolver direitos indisponíveis, pois estes não admitem renúncia ou transação²⁶.

Se a não homologação exige fundamentação da decisão, a homologação parcial impõe uma cautela a mais, consistente na prévia oitiva das partes.

Com efeito, antes de o juiz homologar o acordo de forma parcial, deve oportunizar às partes a possibilidade de se manifestarem, sob pena de restar desconfigurada a avença.

Imagine-se o seguinte exemplo. As partes, cada uma com seu advogado (a lei assim exige), passaram semanas negociando. Ao final das tratativas, a empresa aceitou a proposta final do empregado, mas desde que houvesse quitação total²⁷, o que foi por este aceito, e constou do texto do acordo. No caso ilustrado, havia *res dubia* (discutia-se, por exemplo, a prática ou não de justa causa) e houve efetiva transação (término do litígio mediante concessões mútuas dos interessados). Entretanto, o juiz, diante do acordo extrajudicial, entendeu que o negócio era prejudicial ao empregado, e, sem ouvir as partes nos autos ou em audiência, homologou todas as suas cláusulas, exceto aquela que cuidava da quitação total.

No exemplo dado, o magistrado desconhecia o conflito real. Ele entendeu, discricionariamente, que havia lesão ao interesse de uma das partes, e, neste caminhar, homologou o acordo retirando dele cláusula que foi determinante para que um dos interessados aceitasse o acordo. Ao assim proceder, interferiu no mérito do negócio jurídico, e transformou o procedimento de jurisdição voluntária criado pelo Legislador em outra coisa.

Acaso as partes tivessem sido previamente ouvidas sobre a possibilidade de homologação com exclusão da cláusula de quitação total, talvez uma delas se arrependesse e postulasse a desistência do acordo, haja vista que a inserção de referida cláusula foi apresentada à outra parte como condição *sine*

23. SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *op. cit.*, p. 442.

24. *Idem*, p. 444.

25. A faculdade do juiz de que cuida da Súmula 418 do TST (“A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança”) não pode ser compreendida como arbitrariedade, haja vista que as decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas.

26. CAIRO JR., José. *op. cit.*, p. 417.

27. Antonio Umberto Souza Junior [et al] entendem que, diante do disposto no caput do art. 855-E da CLT, “não abre o legislador espaço para quitacões genéricas de todas as possíveis obrigações contratuais derivadas do contrato de trabalho a que se refira o acordo” (*op. cit.*, p. 443).

qua ao aperfeiçoamento da transação. Nesta situação, o processo seria extinto sem resolução de mérito, por perda superveniente do interesse de agir²⁸.

A oportunização de manifestação prévia das partes sobre a possível homologação parcial é medida que se impõe, em atenção ao princípio do contraditório nas suas dimensões formal e substancial, que garante o direito de as partes participarem do processo e poderem exercer influência na decisão, impedindo a prolação de decisão surpresa (CF, art. 5º, LV; CPC, artigos 9º e 10).

É perfeitamente possível que o magistrado homologue o acordo apenas em parte (por exemplo, atribuindo efeitos restritos ao objeto do processo ou dando quitação somente das verbas rescisórias e não das pendências que foram acrescidas²⁹), mas desde que, antes, conceda às partes a chance de previamente se pronunciarem a respeito, o que, inclusive, pode ocorrer em audiência designada para esse fim, conforme faculta o art. 855-D da CLT.

No particular, o ideal é que o magistrado:

[...] se ponha a dialogar com os interessados e, sendo o caso, fixe, claramente, suas condições para homologação, apontando os específicos pontos do entabulamento alinhavado pelas partes que o impedem de emitir a almejada chancela judicial. Nesse cenário, assinando prazo específico, o juiz poderá apontar caminhos e soluções para análise das partes e inclusive propor sugestões redacionais com vistas a cooperar com o propósito conciliatório dos interessados, fomentando ajustes quantitativos e qualitativos aos termos da avença originariamente ofertada com o exclusivo escopo de que enfim atinjam parâmetros minimamente consentâneos com os preceitos ético-jurídicos que presidem o sistema.

Portanto, a homologação parcial deve ser precedida da possibilidade de as partes se manifestarem previamente.

A homologação parcial sem a prévia oitiva dos transatores interfere no objeto do acordo e revela desprezo à vontade das partes.

Por isso, se o juiz percebe a existência de vício a contaminar uma das cláusulas do acordo ou todo

ele, deverá, em decisão fundamentada, recusar a homologação, não lhe cabendo homologar apenas parte do objeto ajustado.

A propósito, de acordo com a Lei Civil, se é nula uma das cláusulas da transação, nula é toda a transação, na esteira do art. 848 do CC: “Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta”.

Todavia, não cabe ao magistrado, na ação de homologação de acordo extrajudicial, invadir o núcleo do acordo, para fins de anular uma de suas cláusulas ou todo o ajuste, “pois extrapolaria o objetivo restrito de tal procedimento especial de jurisdição voluntária”³⁰.

Somente em ação específica com ampla cognição é que poderia o juiz vir a se manifestar sobre as eventuais nulidades.

5. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO DE HOMOLOGAÇÃO PARCIAL

A decisão que homologa totalmente a transação transita em julgado imediatamente³¹, pois se trata de sentença irrecorrível, na esteira do art. 831, parágrafo único, da CLT.

Em consequência, após a homologação judicial, o negócio jurídico somente pode ser desconstituído por ação rescisória³².

O tema não é, contudo, pacífico.

Há entendimento no sentido de que, na homologação total, “não caberá ação rescisória, e, sim, anulatória, perante o órgão prolator da decisão homologatória, para fins de retirada da coisa julgada produzida pelo acordo”, ao fundamento de que superado o entendimento consubstanciado na Súmula 259 do TST³³, em face do teor do art. 966, §4º, do CPC³⁴, cabendo a ação rescisória apenas

28. A transação é espécie de contrato, que independe de homologação judicial para ser válida e eficaz. A submissão do negócio jurídico à chancela judicial tem a finalidade de tornar indiscutível o objeto da transação e constituir título executivo judicial. Assim, embora extinto processo, permanece válida e eficaz a transação nos limites pactuados. A diferença é que, acaso descumprida a avença por uma das partes, haverá necessidade de ação de cognição para discutir os seus termos e impor o seu cumprimento.

29. SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *op. cit.*, p. 167.

30. SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *op. cit.*, p. 449.

31. Exceto quanto à União, que poderá interpor recurso relativo aos tributos que lhe forem devidos (CLT, art. 832, §§4º e 5º).

32. Cf.: DIDIER JR., Fredie. *op. cit.*, p. 194; GARCIA, Alessandra Souza. Apontamentos sobre a homologação de acordo extrajudicial e a ação rescisória em lide simulada sem a ciência do trabalhador, Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 69, p. 64-73, jun. 2018.

33. “Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT”.

34. § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios

contra “a decisão que nega a homologação da avença”³⁵.

Por outro lado, diante de uma decisão de homologação parcial ou de recusa de homologação, as partes poderão manejar embargos declaratórios e recurso ordinário.

No caso de recusa da homologação, o recurso deverá ser interposto em conjunto pelos transatores. Acaso interposto por apenas um dos interessados, o outro deverá ser ouvido, a fim de que possa, eventualmente, manifestar o seu desinteresse superveniente na homologação do acordo, hipótese em que o recurso ficará prejudicado.

Em se tratando de homologação parcial, aquele que foi prejudicado pela exclusão da cláusula tem interesse recursal, podendo apresentar o seu apelo de forma autônoma.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por se tratar de um tema novo no Judiciário Trabalhista muitas dúvidas ainda permeiam o procedimento de homologação judicial de acordo extrajudicial.

A homologação parcial da transação, por interferir diretamente no núcleo do negócio ajustado entre as partes, chama a atenção, dadas as consequências jurídicas daí advindas.

Como salientado acima, o juiz deve evitar a homologação parcial, para que seja preservada a vontade original das partes. Entretanto, acaso pretenda seguir tal caminho, deve, antes, oportunizar que os interessados se manifestem, até porque a parcela deixada de fora da homologação pode ter sido crucial ao aperfeiçoamento do negócio jurídico.

Diante desse dilema, a designação da audiência facultativa se revela um importante instrumento de equalização entre a vontade das partes e as condições imposta pelo magistrado para a homologação.

Homologar parcialmente sem ouvir as partes contamina o negócio jurídico estabulado, desvirtuando o procedimento de jurisdição voluntária criado pelo Legislador.

7. REFERÊNCIAS

CAIRO JR., José. *Curso de direito processual do trabalho*. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 417.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1, 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DUBUGRAS, Regina. Formas Extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas – homologação de acordos extrajudiciais. Disponível em: < http://www.csjt.jus.br/web/csjt/conciliacao-artigos/-/asset_publisher/K9ip/content/formas-extrajudiciais-de-solucao-de-conflitos-trabalhistas-homologacao=-de-acordos-extrajudiciais?inheritRedirect=false>. Acesso em: 12/01/2019.

FERNANDES, Sônia Caetano. O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo código de processo civil – Câmaras de mediação e conciliação. Migalhas, 20/04/2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade>>. Acesso em: 12/01/2019.

GARCIA, Alessandra Souza. Apontamentos sobre a homologação de acordo extrajudicial e a ação rescisória em lide simulada sem a ciência do trabalhador, *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 7, n. 69, p. 64-73, jun. 2018.

GITELMAN, Suely Ester. Segurança jurídica do empregador: a rescisão do contrato de trabalho por mútuo acordo, o fim da homologação obrigatória, o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial e o termo de quitação anual. In: TREMEL, Rosangela; CALCINI, Ricardo (organizadores). *Reforma Trabalhista: primeiras impressões*. Campina Grande: EDUEPB, 2018.

MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda; GALLO, Ronaldo Guimarães. Mediação e arbitragem trabalhistas: acesso aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; MARTINS, Rafael Lara; MIZIARA, Raphael (coordenadores). *Reforma trabalhista na visão da advocacia: aspectos práticos e estratégias para o cotidiano*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MINHARRO, Erotilde Ribeiro Santos; MACHADO, Costa; ZAINAGHI, Domingos Sávio (Coords.). *CLT interpretada. Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 3ª ed. São Paulo: Manole, 2012.

NERY Junior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 12ª ed. São Paulo: LTR, 2017.

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

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2018.

praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

35. SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *op. cit.*, p. 450.

Honorários advocatícios e direito intertemporal

Guilherme Guimarães Feliciano*

Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Algumas ponderações sobre direito intertemporal 2 2 Direito intertemporal, processo e honorários advocatícios. 3 Horários advocatícios na seara trabalhista e a Lei nº 13.467/17. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO: As mudanças legislativas, especialmente aquelas que alteram muitos pontos do ordenamento jurídico, via de regra, trazem consigo muitas discussões a respeito de sua aplicação, tanto no âmbito do direito material, quanto processual. Considerando tal questão, sobretudo após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, este artigo tem como objetivo compreender o tratamento dado aos honorários advocatícios frente ao direito intertemporal. Para tanto, a partir de pesquisa essencialmente bibliográfica, serão analisadas (i) as controvérsias presentes nas discussões relacionados ao direito intertemporal; (ii) as alterações à regulamentação dos honorários advocatícios, tanto pela Reforma Trabalhista, quanto pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015); (iii) os honorários advocatícios na seara trabalhista. Por fim, apresentam-se algumas conclusões sobre a discussão.

PALAVRAS-chave: direito intertemporal, honorários advocatícios, reforma trabalhista.

ABSTRACT: Legislative changes, especially those that change many points of the legal system, usually bring with them many discussions about their application, both in terms of substantive and procedural law. Considering this question, especially after the entry into force of Law No. 13467/2017, known as Labor Reform, this article aims

to understand the treatment given to legal fees in relation to intertemporal law. To do so, based on essentially bibliographical research, will be analyzed (i) the controversies present in the discussions related to intertemporal law; (ii) changes to the regulation of attorney's fees, both by the Labor Reform and by the New Code of Civil Procedure (NCPC / 2015); (iii) attorney's fees in the labor court. Finally, some conclusions about the discussion are presented.

KEYWORDS: intertemporal law, legal fees, labor reform.

INTRODUÇÃO

Para além das discutíveis e polêmicas alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 ao Direito do Trabalho em seu âmbito material, mudanças sensíveis também impactaram a seara do processo laboral. Destaca-se, neste particular, o artigo 791-A, que deu novo tratamento aos honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho.

Embora aparentemente mais afeto ao campo processual, a regulamentação dos honorários advocatícios corresponde a leis processuais que possuem efeitos materiais, isto é, leis que, apesar de versarem sobre regras do processo, repercutem no direito material da parte e, inclusive, no direito de ação das partes. Em última análise, interfere na própria garantia de acesso à justiça.

Como já advertiram Cappelletti e Garth (1988, p.8), a expressão “acesso à Justiça”, ainda que remonte a “*duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado*” (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 8), é equívoca e de difícil conceituação.

O conceito de acesso à justiça passou por importantes transformações, sobretudo porque, inicialmente, nos séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça significava o direito formal dos indivíduos de proporem ações ou contestarem uma ação. Iluminados pelos valores liberais e burgueses, “*a teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do estado para a sua proteção*” (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 9). Nesse contexto, o Estado

(*) Livre-Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Doutor em Direito Penal e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Extensão Universitária em Economia Social e do Trabalho pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (São Paulo, Brasil). Presidente da ANAMATRA (biênio 2017/2019). Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP.

(**) Doutoranda e Mestra em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Professora da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Paulista.

permanecia inerte em relação à garantia material desse direito ou, em outras palavras, não havia a preocupação de “*defendê-los adequadamente, na prática*” (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 9).

Sob esse prisma, a justiça, assim como outros bens, era obtida apenas por aqueles que pudessem arcar com seus custos e esperar sua concretização. Havia, nesse sentido, a possibilidade de acesso formal à justiça, mas não efetivo.

Esse cenário passou a se transformar e ser transformado a partir do momento em que as sociedades do *laissez-faire* vão se desligando dos princípios do liberalismo clássico, crescendo em tamanho e complexidade e vivenciando ações e relacionamentos de caráter mais coletivo do que individual. Assim, vai-se deixando “*para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos XVIII e XIX. O movimento fez no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos*” (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 9).

Essa mudança de paradigma jogou luzes sobre a necessidade de uma atuação positiva do Estado para assegurar a efetividade de direitos básicos, especialmente direitos humanos, dentre eles, o acesso à justiça.

Nesse sentido, entende-se como acesso à justiça não apenas a sua garantia formal e sim sua efetiva concretização, isto é, sua garantia material, substantiva. Trata-se, assim, de garantir às partes uma completa “*igualdade de armas – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam alheias ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos*” (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 13).

O acesso à justiça encontra obstáculos para sua efetivação. Para que tais barreiras sejam transpostas, o primeiro passo consiste em identificar tais gargalos e, posteriormente, supera-los.

Cappelletti e Garth (1998) identificam como principais óbices à efetividade desse direito humano fundamental as (a) custas judiciais, consideradas de forma ampla, tanto em relação ao custo-benefício de judicialização de causas de baixo valor, quanto em relação aos custos processuais, especialmente quando o processo judicial se prolonga no tempo; as (b) possibilidades das partes, sintetizada na observação de que determinados litigantes “*gozam de uma gama de vantagens estratégicas*” (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 19), enquanto outros padecem

de desvantagens estruturais, envolvendo questões relacionadas a recursos financeiros, aptidão para reconhecimento de direitos e sua judicialização, familiaridade com o sistema judicial (litigantes habituais *versus* litigantes habituais); os (c) problemas típicos dos interesses difusos, especialmente ligados à titularidade coletiva desses direitos, dificuldade em repartição das reparações, dentre outros.

O exame dessas barreiras, conforme Cappelletti e Garth (1998) revelou um problema comum:

[...] os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses. Refletindo sobre essa situação, é de se esperar que os indivíduos tenham maiores problemas para afirmar seus direitos quando a reivindicação envolva ações judiciais por danos relativamente pequenos, contra grandes organizações (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 27).

Embora não direcionada exclusivamente às questões do mundo do trabalho, tal exame se adequa perfeitamente à realidade vivenciada na Justiça do Trabalho, sobretudo porque tal contraposição entre autores individuais, via de regra pobres, e litigantes organizacionais fica evidente e pode ser traduzida pelo conflito entre empregado e empregador, respectivamente.

O enfrentamento dessas barreiras ao efetivo acesso à justiça teve como marco inicial os trabalhos do Programa de Serviços Jurídicos do Office of Economic Opportunity, em 1965, centrado em proporcionar serviços jurídicos para os pobres e conhecida como “*a vanguarda de uma guerra contra a pobreza*” (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 31), tal iniciativa corresponde à primeira onda desse movimento novo.

Esta primeira onda renovatória, que continuou ao redor do mundo sobretudo na década de 1970 (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 34), envolveu o *sistema judicare* (entendido como um sistema pelo qual aqueles litigantes que se enquadram em determinados requisitos legais, recebem apoio e representação de advogados particulares custeados pelo Estado), o advogado remunerado pelos cofres públicos (mecanismo pelo qual os serviços jurídicos deveriam ser prestados por “escritórios de vizinhança”, atendidos por advogados custeados pelo governo e destinados a defender os interesses dos pobres,

enquanto classe), a combinação dos dois modelos anteriores. Nesse sentido, a primeira onda renovatória tratou de superar os obstáculos financeiros que pudessem impossibilitar ou inibir as pessoas a ajuizarem ações reivindicando seus direitos.

“O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais” (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 49). Esta segunda onda renovatória debruçou-se sobre noções básicas do processo civil que se adequavam aos interesses individuais e poucos aos interesses difusos e coletivos, envolvendo o incentivo à ações governamentais, a permissão a um indivíduos para propor ações em defesa de interesses públicos ou coletivos, a possibilidade de ações para defender interesses público, dentre outros.

A terceira onda renovatória centra-se em uma concepção mais ampla do acesso à justiça. Esse terceiro movimento reconhece os mecanismos das primeira e segunda ondas renovatórias, mas diferencia-se por lançar luzes no *“conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”* (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 67-68). Essa perspectiva, chamada de *“enfoque do acesso à justiça”*, envolve a modernização dos tribunais, a melhoria das decisões judiciais, a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos em determinadas situações, a criação de instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas de particular importância social, a exemplo das causas de pequeno valor atendidas por juizados especializados, causas relacionadas ao meio ambiente, causas trabalhistas, dentre outras.

Analisando tais obstáculos e as ondas renovatórias do acesso à justiça, em contraponto às mudanças introduzidas pela Lei nº 13.467/2017, observa-se que a novidade inserida pelo artigo 791-A da CLT (sem olvidar de outros dispositivos do mesmo diploma, como os artigos 789, 790-B) faz o acesso à justiça regredir para antes da primeira onda renovatória, ainda no velho paradigma do direito formal ao acesso à justiça, tendo em conta, especialmente, que a Justiça do Trabalho atende, majoritariamente, (des)empregados pobres.

Por tais motivos, entende-se que a temática ora abordada deve ser alvo de maior atenção e aprofundamento. Assim, partindo de pesquisa essencialmente bibliográfica, pretende-se, neste estudo, analisar o tratamento dado aos honorários advocatícios frente ao direito intertemporal.

1. ALGUMAS PONDERAÇÕES SOBRE DIREITO INTERTEMPORAL

Inicialmente, necessário pontuar que se busca, aqui, de pensar a aplicação do direito (processual) sob a perspectiva temporal, isto é, ponderar sobre a lei aplicável a determinada situação. *“O direito intertemporal cuida, pois, da delimitação da incidência de uma determinada lei, com os fins de regular determinada relação jurídica, utilizando para tanto, em caráter primário, de elementos temporais com os fins de estabelecer a referida delimitação”* (ROCHA; MARZINETTI, 2017, p. 23).

Trata-se, inclusive, de preocupação constitucional insculpida no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, segundo o qual *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*. Assim, em relação a fatos pretéritos, há expressa proibição quanto à incidência de lei nova.

Vale dizer que a regra geral é a do *“tempus regit actum. Isso significa que atos são regidos pela lei vigente no momento de sua prática [...] atos passados regidos por lei anterior já tem sua regência estabelecida; atos futuros serão regidos pela lei nova”* (ROCHA; MARZINETTI, 2017, p. 23).

Assim também dispõe o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual

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

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

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

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

Esta fórmula, baseada na segurança jurídica, parece se adequar facilmente a processos findos, nos quais se aplica a lei antiga, e a processos futuros, nos quais se aplicará a lei nova.

A problemática surge, contudo, no tocante a situações continuadas, a exemplo da relação processual. Embora haja previsão sobre o tema na legislação processual civil (artigo 14, NCPC/2015), há discussão sobre a aplicação imediata da norma processual aos processos em curso, já que o mesmo

dispositivo dispõe sobre o respeito aos “atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. É o que se abordará nos itens a seguir.

2. DIREITO INTERTEMPORAL, PROCESSO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Conforme prevê o artigo 14 do NCPC/2015, “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”. Assim, é possível dizer que as normas processuais têm vigência imediata.

Teixeira Filho, no entanto, alerta para peculiaridades em relação a tal regra geral, a exemplo do que se dá com os recursos.

Embora o princípio seja de que as normas processuais têm vigência imediata, sendo por isso aplicáveis aos processos em trâmite (casos pendentes), os atos praticados anteriormente à modificação do texto legal não podem ser modificados pelo novo texto, pois consubstanciam ato jurídico perfeito, ou direito processual adquirido. Em tema de recurso, todavia, as regras de direito intertemporal apresentam uma singularidade. Assim dizemos porque devem ser separadas duas situações:

- a) o cabimento e a admissibilidade do recurso;
- b) o seu processamento. No primeiro caso, será aplicável a lei em vigor na data da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; no segundo, incidirá a lei vigente na data da efetiva interposição do recurso. (TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 45).

Surgem diferentes correntes interpretativas que indicam solução para a questão. A primeira delas considera a unidade do processo e, portanto, o recurso deveria ser regido pela lei anterior, “pois a incidência da nova importaria em ruptura dessa unidade” (TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 45). A segunda privilegia a autonomia das fases procedimentais e, por isso, argumenta que a lei nova atingiria a fase do procedimento em curso, não incidindo sobre as fases finalizadas. A terceira abraça a concepção do isolamento dos atos processuais, isto é, “entende ser a lei nova inaplicável aos atos processuais já realizados, bem como aos efeitos destes, conquanto venha a incidir nos atos futuros [...] A doutrina propendeu, com acerto, para o último sistema de solução indicado.” (TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 45).

Assim, o recurso será regido pela lei que estiver em vigor na data em que a decisão for proferida, o que mostra que a fórmula presente no artigo 14 do NCPC merece atenção e já despertou intensas discussões.

Merece ainda mais destaque a controvérsia, no âmbito do processo civil, a respeito dos honorários advocatícios sucumbenciais, já que o Poder Judiciário foi chamado a definir qual seria a lei aplicável a respeito dos honorários: CPC/1973¹ ou NCPC/2015².

1. Conforme artigos seguintes do CPC/1973:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
 - b) o lugar de prestação do serviço;
 - c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
- § 4º Nas ações de valor inestimável ou pequeno, bem como naquelas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

2. Conforme artigo 85 do NCPC/2015:

A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados 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, atendidos:

- 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 Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

- I – mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;
- II – mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;
- III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido

acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV – mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V – mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I – os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II – não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III – não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV – será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

§ 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

§ 9º Na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas.

§ 10. Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

§ 12. Os honorários referidos no § 11 são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as previstas no art. 77.

§ 13. As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes e em fase de cumprimento de sentença serão acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais.

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

§ 15. O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se à hipótese o disposto no § 14.

§ 16. Quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão.

§ 17. Os honorários serão devidos quando o advogado atuar em causa própria.

Conforme decisão proferida em sede do Recurso Especial nº 1.465.535/SP, o regramento a respeito dos honorários advocatícios não configura lei processual pura. Trata-se de instituto misto. Nesse sentido, a ementa referente ao aresto mencionado:

ARBITRAGEM. PROCESSO CIVIL. RECURSO EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. PROSEGUIMENTO. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DO DEVEDOR. MÉRITO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. QUESTÕES FORMAIS, ATINENTES A ATOS EXECUTIVOS OU DE DIREITOS PATRIMONIAIS INDISPONÍVEIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. LEI NOVA. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA.**

1. A cláusula arbitral, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor, derrogando-se a jurisdição estatal.
2. No processo de execução, a convenção arbitral não exclui a apreciação do magistrado togado, haja vista que os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder coercitivo direto.
3. Os embargos do devedor constituem o meio de defesa típico do executado nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial, sendo verdadeira ação autônoma de conhecimento vinculada à execução, com ampla cognição, cabendo ao juízo estatal a competência absoluta (funcional) para julgamento.
4. Na execução lastreada em contrato com cláusula arbitral haverá limitação material do seu objeto de apreciação pelo magistrado. O Juízo estatal não terá competência para resolver as controvérsias que digam respeito ao mérito do embargos, as questões atinentes ao título ou obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito), as matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (*kompetenz e kompetenz*), que deverão ser dirimidas pela via arbitral.

§ 18. Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança.

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

5. A exceção de convenção de arbitragem levará a que o juízo estatal, ao apreciar os embargos do devedor, se limite a apreciação de questões formais do título ou atinentes aos atos executivos (v.g., irregularidade da penhora, da avaliação, da alienação) ou ainda as relacionadas a direitos patrimoniais indisponíveis, devendo, no que sobejar, simplesmente extinguir a ação sem resolução do mérito.
6. Na hipótese, o devedor opôs embargos à execução suscitando, além da cláusula arbitral, dúvidas quanto à constituição do próprio crédito previsto no título executivo extrajudicial, arguindo a inexistência da dívida pelo descumprimento justificado do contrato. Dessarte, deve-se reconhecer a derrogação do juízo togado para apreciar a referida pretensão, com a extinção do feito, podendo o recorrido instaurar procedimento arbitral próprio para tanto.
7. Os honorários advocatícios repercutem na esfera substantiva dos advogados, constituindo direito de natureza alimentar.
8. **O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas pela lei nova.**
9. **A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.**
10. **Quando o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, for publicado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas as regras do antigo diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a a partir do dia 18.3.2016, as normas do novo CPC regularão a situação concreta.**
11. **No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, *includem*, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.**
12. Recurso especial provido. (grifo nosso) (BRASIL, 2011)

Assim, em que pese sua previsão em norma de direito processual, o instituto dos honorários advocatícios possui natureza híbrida em razão dos reflexos materiais que dele emanam. De acordo com a ementa transcrita acima, buscando preservar o direito adquirido, o regramento dos honorários advocatícios não foi atingido pela lei nova em função de sua natureza processual material. No caso em tela, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, incidiram, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.

Observa-se que os efeitos materiais das normas sobre honorários advocatícios, considerando o direito intertemporal, foi alvo de preocupação até mesmo no Direito Processual Civil, seara em que já há certa pacificação a seu respeito.

Entende-se que tal preocupação tem ainda mais razão de ser no Direito do Trabalho, em que o tema estava, suma, restrito à aplicação da Súmula nº 219 do TST, segundo a qual

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

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

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

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

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

V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido

ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

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

Com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista (e seu artigo 791-A), a súmula provavelmente sofrerá alteração. No entanto, o que mais preocupa é uma possível aplicação imediata do artigo 791-A, o que se entende ser inadequado, sobretudo, na seara trabalhista, como se explicará no item seguinte.

3. HORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA SEARA TRABALHISTA E A LEI Nº 13.467/17

Como visto acima, no âmbito processual civil, definiu-se a sentença como marco temporal para a aplicação da nova lei (CPC/2015) e, conseqüentemente, o novo regramento a respeito dos honorários advocatícios. Com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, o mesmo debate surgiu. Assim, discute-se a partir de quando se aplicará o artigo 791-A da CLT a respeito dos honorários advocatícios, que dispõe

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 os 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.

Como nos debates processuais civis, surgem algumas correntes interpretativas sobre o momento de aplicação da nova regra.

A primeira corrente, com a qual corrobora-se, entende que deve ser considerada a data do ajuizamento da reclamação trabalhista, sendo este o marco temporal (e não a prolação da sentença) a ser aferido para o (in)deferimento dos honorários de sucumbência. Pautando-se pela segurança jurídica e boa-fé processual, esta corrente entende que, ao ajuizar uma ação antes da Reforma Trabalhista, o reclamante não sabia dessa possível condenação e, se o soubesse, possivelmente sequer ajuizaria uma ação.

A segunda corrente, a exemplo do que se dá no processo civil, considera a prolação da sentença como marco temporal gerador da aplicação do artigo 791-A da CLT.

Ainda sem posicionamento pacífico, o Supremo Tribunal Federal (STF) chegou a decidir sobre o tema, embora, no caso concreto, não tenha sido uma questão principal (e sobre a qual não dedicou maior atenção), conforme ementa abaixo:

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

1. A parte vencedora pede a fixação de honorários advocatícios na causa com base em direito superveniente – a lei 13.467/2017, que promoveu a cognominada “Reforma Trabalhista.

2. **O direito aos honorários advocatícios sucumbenciais surge no instante da prolação da sentença. Se tal crédito não era previsto no ordenamento jurídico nesse momento processual, não cabe sua estipulação com base em lei posterior, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei.**

3. Agravo interno a que se nega provimento. (grifo nosso) (BRASIL, 2018)

Como já dito acima, discorda-se do posicionamento adotado pelo STF, parecendo ser mais coerente a corrente que considera como marco temporal o ajuizamento da ação.

Isto porque, afastando-se ainda mais do princípio da gratuidade e do acesso efetivo à justiça, a inserção dos honorários de sucumbência no processo do trabalho representa, além de uma aproximação entre processo do trabalho e processo civil, uma “quebra de paradigma, um momento decisivo em sua história – e, para muitos, o início do fim do processo do trabalho como um ramo autônomo” (SILVA, 2017, p. 140). Nesse contexto, “sustentar a assimilação do processo do trabalho ao processo civil equivale sustentar a assimilação do direito do trabalho ao direito civil, recuando ao Século XIX” (SILVA, 2017, p. 140).

Nesse sentido, Souto Maior e Severo (2017), analisando a sucumbência recíproca prevista no artigo 791-A, §3º, observam que

[...] aqui talvez se esteja diante de uma das mais nefastas previsões da Lei nº 13.467/17, pois a sucumbência recíproca é a antítese da razão de existência mesma de um processo do trabalho, ao menos nos moldes propostos, isto é, sem o reconhecimento da gratuidade como princípio do acesso à justiça e sem a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ou seja, impondo custos a quem não tem como pagar. A Justiça do Trabalho tem por pressuposto a facilitação do acesso à justiça, o que inclui a noção de jus postulandi e de assistência gratuita. Essa última, como se viu, abrange todas as despesas do processo.

Assim, considera-se a novidade em relação aos honorários sucumbenciais uma das alterações mais profundas e lesivas trazidas pela nova legislação, pois altera um dos pilares basilares do processo do trabalho, qual seja, a facilitação do acesso à justiça em uma relação de aguda assimetria, como é a relação de emprego, podendo, em grande parte dos casos, inviabilizar ou inibir o acesso à justiça da parte hipossuficiente (leia-se, o empregado).

CONCLUSÃO

O artigo 791-A, que deu novo tratamento aos honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho, foi uma das alterações mais questionáveis trazidas pela Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista.

Versando aparentemente sobre Direito Processual do Trabalho, o artigo 791-A provoca reflexos diretos no direito material das partes, sobretudo, a hipossuficiente, pois traz nova disciplina sobre os honorários advocatícios sucumbenciais.

Como salientado acima, o direito processual civil adotou a sentença como marco temporal para

definir qual regramento aplicar (CPC/1973 ou NCPC/2015).

No entanto, como já defendido aqui, entende-se que os riscos advindos de um litígio judicial devem configurar um dado prévio à propositura da ação, a fim de configurar segurança jurídica ao jurisdicionado. Frisa-se que as normas que regulamentam os honorários advocatícios, embora estejam alocadas na parte processual do diploma celetista, provocam também efeitos materiais, ou seja, não se trata de mudanças na forma de condução do processo, mas de mudança que pode afetar o próprio direito da parte.

Esse posicionamento é especialmente verdadeiro no Direito do Trabalho, em que uma das partes é, via de regra, hipossuficiente. O trabalhador que ajuizou uma reclamação trabalhista antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista não corria o risco da sucumbência (como hoje se dá). Esse risco pode inibir o trabalhador a se socorrer da Justiça do Trabalho, dificultando, conseqüentemente, a concretização da garantia fundamental do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Fundação Patrimônio Histórico da Energia e Saneamento. Recorrido: Corumbataí Eletricidade Ltda.. Relator: Desembargador Luís Felipe Salomão. Brasília, DF de 2011.
- _____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, ARE 1014675 AGR / MG, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23.03.2018
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- ROCHA, Cláudio Jannotti da. MARZINETTI, Miguel. Os honorários advocatícios sucumbenciais na reforma trabalhista e o direito intertemporal. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, Brasília, v. 21, n. 2, 2017, p. 19-30.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista*. 2017. Disponível em < <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-acesso-a-justica-sob-a-mira-da-reforma-trabalhista-ou-como-garantir-o-acesso-a-justica-diante-da-reforma-trabalhista> >. Acesso em 19 jan. 2019.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

Algumas considerações sobre a defesa e a revelia na Reforma Trabalhista

Guilherme Guimarães Ludwig*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Alterações na sistemática da resposta do réu. 3. A nova configuração da revelia 4. Conclusões. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Após uma tramitação em tempo recorde, foi promulgada a Lei 13.467/2015, a denominada “*reforma trabalhista*”, que proporcionou a revogação, a alteração e o acréscimo de centenas de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, tanto no âmbito material, quanto no processual, muitos deles em aparente contradição principiológica em relação ao sistema justralhista ou em choque com a jurisprudência consolidada nas cortes trabalhistas.

Considerando uma modificação desta complexidade, faz-se urgente uma análise de tais dispositivos que aponte caminhos possíveis para sua interpretação e aplicação, a partir da Constituição Federal, das convenções internacionais, além do próprio sistema infraconstitucional de normas trabalhistas e suas fontes subsidiárias. O objetivo do presente artigo é justamente, dentro do corte do processo do trabalho, identificar as alterações havidas na disciplina da resposta do réu e também da revelia.

O trabalho se encontra dividido basicamente em duas partes interdependentes. Na primeira, serão identificadas, na perspectiva da garantia do acesso à Justiça, as premissas fundamentais do modelo trabalhista e o correspondente impacto das alterações propostas numa compreensão sistêmica, especialmente considerando a compatibilidade entre as regras do processo do trabalho e o processo judicial eletrônico. Na segunda, serão abordados: o novo tratamento dispensado representação patronal por preposto, as causas excludentes da confissão do réu revel e a possibilidade de acolhimento da contestação e dos documentos na revelia.

2. ALTERAÇÕES NA SISTEMÁTICA DA RESPOSTA DO RÉU

A postulação de defesa ou resposta do réu concretiza o direito fundamental de defesa (CF, art. 5º, LV), na perspectiva de um desdobramento do direito fundamental de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV).

Em sede constitucional brasileira, a garantia a ter acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), segundo Cândido Rangel Dinamarco, se configura como a promessa-síntese das demais promessas instrumentais relativas às garantias processuais, sendo certo que toda a tutela constitucional do processo converge para o aprimoramento do sistema processual como meio idôneo a oferecer decisões justas e efetivas a quem delas necessite¹. É um norte para o qual o Poder Judiciário eficiente direciona a sua argumentação no âmbito de suas próprias decisões diante das possibilidades jurídicas e fáticas em cada caso concreto.

A qualificação como “*síntese*” importa em dizer que ter acesso à Justiça é possuir necessariamente direito: a não ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, à inadmissibilidade da prova ilícita, à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, à publicidade dos atos processuais, à fundamentação das decisões, entre outras garantias constitucionais de índole processual que, em seu conjunto, assegura ao cidadão um processo justo, inclusive evidentemente na condição de reclamado.

Cada uma dessas garantias processuais complementares, por si só, é condição necessária, embora não absoluta ou suficiente, à consecução do efetivo acesso à Justiça, na medida em que este apenas se configura a partir da *síntese harmônica* de todas elas. Assim, por exemplo, da mesma forma que não haverá acesso à Justiça sem o respeito à ampla

(*) Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP, Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Juiz Titular da Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa/BA.

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.I. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p.200.

defesa e ao contraditório, também não o haverá se a jurisdição for exercida para além da razoável duração do processo, sem celeridade na tramitação do feito.

Sob o enfoque aqui defendido, concretizar o direito fundamental a ter acesso à Justiça é também o resultado da concretização em equilíbrio ponderado de todas as garantias processuais de foro constitucional, interpretadas e parametrizadas necessariamente em cotejo com o princípio da eficiência administrativa aplicada ao Poder Judiciário. O conjunto das garantias processuais deve ser pensado de forma instrumental, portanto, em direção a um processo de efetivos resultados.

Não é possível, dentro do complexo paradigma do pós-positivismo jurídico, compreender e interpretar o direito a ter acesso à Justiça simplesmente com a perspectiva do fenômeno jurídico na modernidade, olvidando-se do perfil do novo direito processual, com clara finalidade instrumental e utilitarista porque tendente a soluções concretas e eficientes para o problema da baixa efetividade da prestação jurisdicional. Como já explanado em trabalho anterior, a eficiência aplicada é pressuposto desta instrumentalidade e desta nova racionalidade, ambas direcionadas ao atendimento do jurisdicionado na justa proporção de sua demanda².

A defesa pode assumir três formas: contestação, exceção processual ou reconvenção. Ademais, nas circunstâncias de cada caso concreto, pode ser articulada de maneiras distintas. Pode ser contra o próprio processo em si: de forma direta, quando se busca a nulidade, extinção ou carência de ação (exceções peremptórias), por intermédio das preliminares em contestação; ou ainda de forma indireta, quando se busca apenas suspender o andamento do feito (exceções dilatórias), por meio das exceções processuais. Por outro lado, pode a defesa se voltar contra o mérito da causa: seja diretamente, pela negativa dos fatos alegados ou das consequências jurídicas postas pelo autor; seja indiretamente, quando, embora reconhecendo a veracidade dos fatos alegados, o reclamado oponha outros fatos que impeçam, modifiquem ou extingam o direito do reclamante.

Consoante a dicção da Consolidação das Leis do Trabalho, no processo do trabalho a defesa – no sentido mais amplo de contestação, exceções e

reconvenção – é aduzida de forma oral em audiência, pelo tempo de vinte minutos, quando malograda a tentativa de acordo:

Art. 847. Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes (CLT).

Vale enfatizar neste ponto que a análise vindoura dos novos dispositivos que envolvem a matéria relativa (ou conexa) à defesa e à revelia não pode prescindir do assentamento desta premissa estrutural peculiar do processo do trabalho em torno do recebimento da defesa pelo juiz em audiência, que o distingue no particular do processo comum. Trata-se aqui de uma decorrência dos princípios da imediatidade e da concentração dos atos processuais, norma em razão da qual deve o juiz ter um contato direto com as partes e a produção da prova, para melhor alcançar a verdade dos fatos discutidos no litígio. Assim como a faculdade de apresentação da reclamação verbal (CLT, art. 840), na perspectiva do *jus postulandi* (CLT, art. 791), é também uma regra que tende a simplificar a postulação das partes, para tornar esta atividade mais acessível ao jurisdicionado leigo, democratizando o processo judicial.

A regra em comento (art. 847) já havia passada por atualização. A redação original da Consolidação situava a apresentação da defesa anteriormente à primeira tentativa de conciliação, uma vez que disciplinava que: “*terminada a defesa, o juiz ou presidente proporá a conciliação*”. Esta sequência de atos processuais foi invertida pela Lei 9.022/1995, num visível propósito naquela ocasião de prestigiar e facilitar a conciliação judicial, agora sem mais a influência do possível acirramento dos ânimos diante dos termos da resposta do réu.

Observe-se inclusive que, em sintonia com o processo do trabalho, o Código de Processo Civil de 2015 adotou a audiência de conciliação e mediação, que antecede o próprio prazo para apresentação da contestação no processo comum (CPC, art. 334). A premissa do processo brasileiro contemporâneo passa, portanto, pela priorização da solução consensual. Sendo assim, apenas com o esgotamento desta fase, é que começa a correr o prazo para apresentação da contestação:

Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I – da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer

2. LUDWIG, Guilherme Guimarães. O princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual trabalhista. In: MIESSA, Élisson (org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2.ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p.141.

ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II – do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;

III – prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos (CPC).

Enquanto no processo comum se fixa um prazo para apresentação de defesa, no processo do trabalho a lógica é diversa. Exatamente em razão da circunstância do recebimento da defesa em audiência, não há sentido na Justiça do Trabalho de uma previsão de prazo legalmente definido para a apresentação a partir do recebimento da citação, tal como se mostra necessário no processo comum. A CLT estabelece, no entanto, um condicionamento temporal para a realização desta audiência em que a defesa poderá ser apresentada, justamente de modo a permitir que seja elaborada e que sejam colhidos os documentos necessários. Como ali consignado, uma vez recebida e protocolada a reclamação, dentro de 48 horas a Secretaria da Vara remeterá a segunda via da petição inicial ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 dias (CLT, art. 841) ou excepcionalmente 20 dias no caso de pessoas jurídicas de direito público (Decreto-Lei 779/69, art. 1º, II). Há, portanto, a necessidade de ser observado este interstício mínimo entre a citação e a audiência.

A crescente complexidade das lides trabalhistas implicou, porém, no costume da apresentação de defesa escrita em audiência. Tal prática em nada colide com o comando celetista. Pelo contrário, nos casos mais complexos, presta-se mesmo a concretizar, em maior grau de profundidade, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no pleno exercício do direito fundamental de defesa (CF, art. 5º, LV), que condiciona todas as regras infraconstitucionais processuais. A par da natural evolução do Direito, prevaleceu a essência da imediatidade e da concentração dos atos processuais.

Adiante, a partir especificamente da Lei 11.419/2006 – que versou sobre a informatização do processo judicial –, a juntada da defesa e demais petições, nos autos do processo judicial eletrônico, passou a ser feita em formato digital, diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, com autuação forma automática e fornecimento de recibo eletrônico de protocolo (art. 10).

A regra acima, dirigida ao processo em geral, não implicou em nenhum momento na revogação da sistemática do art. 847 da CLT. Pelo contrário, foi ela especificamente compatibilizada com o processo do trabalho. Na Resolução 94/2012 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que instituiu o sistema processual judicial eletrônico da Justiça do Trabalho, houve a previsão de a defesa poderia ser protocolizada no sistema antes da audiência (art. 22), mantendo-se, todavia, a faculdade da defesa oral.

Art. 22. Os advogados devidamente credenciados deverão encaminhar eletronicamente as contestações e documentos, com opção de sigilo, quando for o caso, até antes da realização da audiência, sem prescindir de sua presença àquele ato processual.

Parágrafo único. Fica facultada a apresentação de defesa oral, pelo tempo de até 20 minutos, conforme o disposto no art. 847 da CLT (Res. 94/2012 do CSJT).

Assim, até que seja confirmada pelo reclamado em audiência e recebida pelo juiz, a juntada em meio eletrônico da contestação é mero *ato de fluxo*. Em outros termos, seja pela apresentação oral, seja pela protocolização nos autos eletrônicos anteriormente à audiência, a defesa ainda é apenas reconhecida como tal quando for efetivamente recebida pelo juiz em audiência, posteriormente à primeira tentativa de conciliação. Tanto assim que, como se verá adiante, a reforma manteve a configuração da revelia e o consequente efeito da confissão em caso de não comparecimento do réu em audiência (CLT, art. 844).

A Lei 13.467/2017 atualizou o texto celetista na perspectiva do processo judicial eletrônico, incluindo um parágrafo único no art. 847, que basicamente reproduz, em outros termos, o retro citado art. 22 da Resolução 94/2012 do CSJT:

Art. 847.

.....

Parágrafo único. A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência (CLT).

A protocolização da defesa nos autos do processo judicial eletrônico, portanto, continua sem dispensar o réu de comparecimento em audiência para, após a tentativa frustrada de conciliação, ratificar os termos da peça constantes dos autos, quando então finalmente será ela recebida pelo juiz. Vale destacar, porém, que, por conta ainda da reforma trabalhista, embora se trate de um ato de fluxo, esta apresentação da contestação pelo sistema de processo judicial passou a gerar o efeito processual

de exigir, a partir dali, a anuência do reclamado em caso de desistência da ação:

Art. 841.

.....

§ 3º. Oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação (CLT).

O novo dispositivo reproduz, quase na íntegra, o art. 485, §4º do Código de Processo Civil, que, no entanto, vale enfatizar, parte da lógica distinta da apresentação da defesa nos autos, não em audiência.

Embora no processo do trabalho, a contestação continue devendo ser apresentada em audiência, o acréscimo deste parágrafo encontra justificativa na circunstância de que, uma vez apresentada a contestação no processo judicial eletrônico – salvo quando se tratar de hipótese de sigilo –, o autor pode obter acesso pelo sistema ao seu inteiro teor e à prova documental com ela juntada. Esta circunstância lhe confere grande vantagem em relação ao ser adversário, porque ciente das teses e documentos de defesa, pode desistir do feito sem a anuência do réu, inclusive para eventualmente preparar uma nova petição inicial adequada e ajustada a driblar a já conhecida estratégia de insurgência.

Se assim agiu em resguardo do princípio da lealdade processual, não há, entretanto e curiosamente, uma idêntica providência do legislador em relação à possibilidade de aditamento ou alteração da petição inicial.

O aditamento é o acréscimo de algo ao pedido ou à causa de pedir, enquanto a alteração é a substituição do pedido ou da causa de pedir. De acordo com a lei processual civil, o autor poderá aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, até a citação, independentemente de consentimento do réu. A partir daí e até o saneamento do processo, desde que com tal anuência, assegurado o contraditório prazo mínimo de quinze dias, além de ser facultado o requerimento de prova suplementar (CPC, art. 329).

No processo do trabalho, por ausência de regra em sentido contrário, o aditamento e a alteração podem e continuam podendo ser feitos até o recebimento da defesa em audiência, mesmo sem concordância do réu, sendo-lhe assegurada a oportunidade de adequar a defesa. É que a regra do art. 329 do Código de Processo Civil não se ajusta ao processo do trabalho, na medida em que, como já referido, neste último a defesa apenas é apresentada em audiência. O texto da reforma trabalhista não disciplina diversamente esta matéria, de modo que, entre a

apresentação da defesa nos autos eletrônicos e seu efetivo recebimento em audiência, sem o reclamado anuir não será permitido ao reclamante desistir dos pedidos, mas poderá aditar ou alterar a petição inicial.

3. A NOVA CONFIGURAÇÃO DA REVELIA

A ausência das partes na audiência trabalhista acarreta algumas consequências.

Não estando o reclamante presente na audiência, ocorrerá o arquivamento do feito, que significa a extinção do processo sem resolução de mérito. Por outro lado, se o reclamado não contestar a ação ou não comparecer na audiência em que deveria ratificar a defesa já protocolizada no sistema, é declarada a revelia, pela qual são reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Art. 844 – O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

A confissão, portanto, é um dos efeitos da revelia, que não representa propriamente uma penalidade, mas sim um estado de fato que acarreta certas consequências jurídicas desfavoráveis ao réu.

Uma das alterações da Lei 13.467/2017, que se relaciona diretamente com o tema da revelia, diz respeito à desnecessidade do preposto portar a condição de empregado.

Consoante a Consolidação das Leis do Trabalho, é facultado ao empregador fazer-se substituir por gerente ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente (CLT, art. 843, §1º). Ao interpretar tal dispositivo, porém, o Tribunal Superior do Trabalho fixou entendimento, no sentido de que, mais do que possuir conhecimento do fato que interessa ao litígio, o preposto devia ser necessariamente empregado do réu, posteriormente ressalvados apenas os casos do empregador doméstico e do micro ou pequeno empresário (Súmula 377 do TST).

Parte da doutrina se mostrava contrária a este raciocínio. Segundo José Augusto Rodrigues Pinto, por exemplo, ao citar a inexistência de requisitos outros além do estritamente legal para que um indivíduo seja preposto do reclamado, leciona:

[...] a contraposição entre a liberdade evidente, em relação ao empregador, e as restrições feitas ao empregado, para nomear

preposto (ver n. 111, b), serve de exemplo da influência exercida sobre a legislação processual pelo princípio da proteção do economicamente fraco.

Envolvendo a preposição os riscos da confissão pelo inexato conhecimento dos fatos, ou por sua ignorância, a lei trabalhista buscou proteger o empregado da má escolha, mostrando-se indiferente à do empregador, que não é destinatário da tutela do Direito do Trabalho³.

De todo modo, em sentido similar à crítica acima, a reforma inverteu a jurisprudência trabalhista pacífica e consolidada desde 1997, acrescentando novo dispositivo que disciplina:

Art. 843.

.....

§ 3º. O preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada (CLT).

Outra alteração proporcionada pela Lei de 2017 é a inserção de hipóteses de afastamento da confissão decorrente da revelia. O legislador reformador resolveu trazer para o texto celetista a inteireza do art. 345 do Código de Processo Civil, em que pese, vale ponderar, que este dispositivo já fosse perfeitamente passível de aplicação subsidiária diante da omissão e da inexistência de incompatibilidade:

Art. 844.

.....

§ 4º. A revelia não produz o efeito mencionado no caput deste artigo se:

I – havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação;

II – o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV – as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos (CLT).

Quanto à primeira hipótese, cabe pontuar que apenas ocorre o afastamento da confissão se se tratar de litisconsórcio passivo unitário (CPC, art. 116 e 117)⁴ ou se o réu alegar fato comum a todos os

litisconsortes⁵. Considere-se, por exemplo, um litisconsórcio passivo entre empresas tomadora e prestadora de serviços numa terceirização. Revel a ré tomadora, a defesa da ré prestadora lhe é aproveitável, exceto quanto às alegações relativas à própria responsabilidade subsidiária.

Registre-se ainda um destaque também para a última hipótese da norma, que visa a ratificar que a confissão ficta não pode prevalecer perante alegações que desafiem os limites do real e do humanamente possível numa relação de trabalho. Independentemente de revelia, não é possível reconhecer como verdadeira, por exemplo, a alegação de que o empregado laborou ao longo de cinco anos, de domingo a domingo, sem folga ou férias, por vinte horas diárias de trabalho.

Por fim, cuidou a reforma de disciplinar a situação da ausência do reclamado em audiência em que o advogado presente requer o recebimento da defesa e dos documentos.

Para a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho, a partir da interpretação do art. 844 da CLT, ainda que presente seu advogado munido de procuração, se o reclamado não se fizesse presente na audiência em que deveria apresentar defesa, seria considerado revel, podendo ser ilidida a revelia mediante a apresentação de atestado médico, que deveria declarar, expressamente, a impossibilidade de locomoção (Súmula 122 do TST).

O legislador reformador acrescentou então um novo dispositivo celetista, no sentido de que:

Art. 844.

.....

§ 5º. Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados (CLT).

Observe-se que, assim como a Lei 13.467/2017 não revogou a regra de que a defesa deve ser aduzida em audiência após a tentativa frustrada de conciliação (CLT, art. 847, *caput*), também mantendo aquela, segundo a qual, o não comparecimento

3. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2000, p.291.

4. Código de Processo Civil, “Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os

litisconsortes” e “Art. 117. Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar”.

5. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.190.

do reclamado importa a revelia, além de confissão quanto à matéria de fato (CLT, art. 844, *caput*). Tais dispositivos se encontram em conformidade com o princípio da concentração dos atos processuais, que informam o processo do trabalho em sentido da celeridade necessária à entrega da prestação jurisdicional que envolve créditos alimentares.

A interpretação dos novos dispositivos deve levar em conta a compatibilidade com as regras retro destacadas e seus princípios informadores sistêmicos, pois, conforme Carlos Maximiliano, “*o direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio*”⁶.

Diante da ausência do reclamado em audiência em que a defesa deveria ser recebida, há revelia.

Como já dito supra, o parágrafo único do art. 847 da CLT não altera a regra do *caput*, nem tampouco colide com o *caput* do art. 844, apenas reconhecendo a possibilidade de apresentação da defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico enquanto mero ato de fluxo no sistema, ainda que possa gerar o efeito processual de impedir a desistência sem o consentimento do reclamado (CLT, art. 841, §3º).

Em consequência, por se tratar de mero ato de fluxo, o §5º do art. 844 da CLT não tem o poder de afastar o reconhecimento da revelia, nem tampouco da confissão quanto à matéria de fato. Tal conclusão se reforça, inclusive, diante da hipótese não estar tratada entre as listadas no parágrafo quarto do mesmo artigo, que versa exatamente acerca das circunstâncias em que a revelia não produz o efeito da confissão ficta. Pelo contrário, a regra do §5º do art. 844 permite apenas que o juiz, ao aceitar a peça naquela hipótese descrita, na perspectiva de concretização da garantia fundamental ao acesso à Justiça, possa conhecer das questões de ordem pública e da matéria fática não alcançada pela confissão acerca do fato alegado pelo autor, bem assim dos correspondentes documentos.

E qual a matéria não alcançada pela confissão do réu?

A resposta pode ser deduzida das regras de distribuição estática do ônus da prova⁷. A reforma

trabalhista alterou o enunciado conciso do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, que indicava que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, para novamente – tal com o fez no §4º do art. 844 – repetir o exato regramento do Código de Processo Civil:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante (CLT).

Os fatos constitutivos correspondem ao suporte fático sobre o qual incidirá a norma jurídica cujo pedido de aplicação representa a pretensão formulada na petição inicial, como, por exemplo, “*houve labor extraordinário*”, do qual decorre o pedido de horas extraordinárias. Já os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, por seu turno, não se confundem com a contraprova do fato constitutivo, mas apenas correspondem às alegações próprias ao reclamado, no pressuposto que aqueles constitutivos sejam verdadeiros, como, por exemplo, “*houve sim labor extraordinário (fato constitutivo verdadeiro), mas as horas extraordinárias foram quitadas (fato extintivo)*”. Esta distribuição, portanto, leva em conta que cada alegação recai ordinariamente sobre aquele que tem interesse em sua prevalência.

Logo, o fato alegado pelo autor que é objeto da confissão do réu (decorrente da revelia) apenas pode ser logicamente o fato constitutivo, em relação ao qual não há controvérsia, inclusive a justificar instrução probatória. Por outro lado, a revelia não impede a alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos e suas respectivas provas, razão pela qual nada impede que, mesmo diante da revelia, sejam apreciados os recibos de quitação, por exemplo. Repita-se: o que a confissão veda ao réu é produzir prova que sustente a negativa do fato constitutivo alegado pelo reclamante, pois incontroverso.

Vale destacar que na 2ª Jornada de Direito

6. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2011, p.104.

7. O fundamento da repartição do ônus da prova, consoante

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, “repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar secundum allegata et probata partium e não secundum propriam suam conscientiam – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus)” In: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 387.

Material e Processual do Trabalho, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e realizada em 09 e 10 de outubro de 2017, foi aprovado enunciado de nossa autoria com o seguinte teor:

ENUNCIADO 104. O §5º DO ART. 844 DA CLT NÃO AFASTA A REVELIA E A CONFISSÃO. *O §5º do art. 844 da CLT não afasta a revelia e seus efeitos de confissão, apenas permitindo que o juiz possa conhecer das questões de ordem pública e da matéria não alcançada pela confissão do fato constitutivo alegado pelo autor.*⁸

A matéria relativa aos documentos juntados pelo revel anteriormente à audiência já se encontrava sedimentada, por exemplo, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO – PJe-JT. REVELIA. DOCUMENTOS COLACIONADOS AOS AUTOS ANTES DA AUDIÊNCIA INAUGURAL POR RECLAMADO REVEL. ATRIBUIÇÃO DE VALOR PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE. No processo eletrônico, os documentos colacionados antes da audiência inaugural, mesmo quando o réu é declarado revel, devem ser conhecidos, cabendo ao juiz condutor do processo avaliar o valor probante dos mesmos, após a manifestação da parte contrária (Súmula 50 do TRT5).

Este entendimento já era compartilhado em parte da doutrina mesmo antes da Lei 13.467/2017. É o que se observa, a título de ilustração, na lição de Marcelo Moura, para quem,

[...] o comparecimento do advogado regularmente constituído, portando defesa com documentos, além de carta indicando o preposto ausente, deve ser interpretado como ânimo de defesa. (...) Diante da inequívoca intenção do réu em se defender, entendemos que deverá o juiz juntar aos autos contestação com documentos, mesmo que considere o réu confesso quanto aos fatos articulados na inicial⁹.

Em consequência, pode ser reconhecido que a regra do §5º do art. 844 não afasta a revelia nem os efeitos da confissão, mas permite que o juiz, ao aceitar a peça naquela hipótese descrita, na perspectiva de concretização da garantia fundamental

ao acesso à Justiça, possa conhecer das questões de ordem pública e da matéria não alcançada pela confissão acerca do fato constitutivo alegado pelo autor, bem assim dos documentos que demonstrem os correspondentes fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

4. CONCLUSÕES

Diante do quanto exposto, é possível concluir que:

1. Mesmo após a reforma trabalhista, a protocolização da defesa nos autos do processo judicial eletrônico continua não dispensando o réu de comparecimento em audiência para, após a tentativa frustrada de conciliação, ratificar os termos da peça constantes dos autos, quando então finalmente será ela recebida pelo juiz.
2. No processo do trabalho, entre a apresentação da defesa nos autos eletrônicos e seu efetivo recebimento em audiência, sem o reclamado anuir não será permitido ao autor desistir dos pedidos, mas poderá ainda assim aditar ou alterar a petição inicial.
3. Para que a revelia não produza o efeito da confissão no caso da pluralidade de reclamados, não basta somente que algum deles conteste a ação, mas que se trate de litisconsórcio passivo unitário (CPC, art. 116 e 117) ou que o réu alegue fato comum a todos os litisconsortes.
4. A reforma trabalhista não revogou a regra de que a defesa deve ser recebida em audiência após a tentativa frustrada de conciliação, também mantendo a de que a ausência do reclamado importa a revelia e a confissão, sendo que a interpretação dos novos dispositivos deve levar em conta a compatibilidade com as regras antes destacadas e seus princípios informadores sistêmicos.
5. Por se tratar consequentemente de mero ato de fluxo, o §5º do art. 844 da CLT não tem o poder de afastar o reconhecimento da revelia, nem tampouco da decorrente confissão.
6. A regra do §5º do art. 844 permite que o juiz, ao aceitar a peça naquela hipótese descrita, na perspectiva de concretização da garantia fundamental ao acesso à Justiça, possa conhecer das questões de ordem pública e da matéria não alcançada pela confissão acerca do fato constitutivo alegado pelo autor, bem assim dos documentos que demonstrem os correspondentes fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

8. ANAMATRA. *Enunciados aprovados na 2ª Jornada*. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em 31.01.2019.

9. MOURA, Marcelo. *Consolidação das Leis do Trabalho para concursos*. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p.1.117.

5. REFERÊNCIAS

- ANAMATRA. *Enunciados aprovados na 2ª Jornada*. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em 31.01.2019.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.I. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- LUDWIG, Guilherme Guimarães. O princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual trabalhista. In: MIESSA, Élisson (org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p.129-152.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2011.
- MOURA, Marcelo. *Consolidação das Leis do Trabalho para concursos*. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2000.

A responsabilidade do sócio retirante

Iuri Pinheiro*

Raphael Miziara**

SUMÁRIO: 1 Contextualização. 2. O alcance da responsabilidade do Sócio Retirante. 3. A polêmica em relação ao marco final da responsabilidade terciária. 4. A responsabilidade do sócio retirante no caso de fraude. 5. Conclusão.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

A pessoa jurídica é uma ficção legal que não se confunde com a pessoa física dos sócios, conforme já se enunciava no próprio Código Civil de 1916 (art. 20). Ainda que tal regra não tenha sido reproduzida literalmente no Código Civil de 2002, o espírito da referida norma prevaleceu na atual legislação, como se pode inferir da leitura dos artigos 45 e 985¹,

conforme leciona Ítalo Menezes².

O ordenamento jurídico brasileiro, contudo, prevê algumas hipóteses, nas quais o patrimônio pessoal dos sócios é chamado a responder pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídica. Trata-se da responsabilidade patrimonial secundária (art. 790, II e VII, do CPC³).

Além da hipótese de responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade, a ordem jurídica estipula a responsabilidade, limitada no tempo, de ex-sócios pelas dívidas da sociedade.

Sobre o tema, estabelece o Código Civil que até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio (art. 1.003, parágrafo único, do CC).

Por sua vez, o art. 1.032 da Lei Adjetiva Civil vaticina que a retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

Doutrina e jurisprudência, até a edição da Reforma, divergiam acerca do tema da compatibilidade dos dispositivos do Código Civil que limitam a responsabilidade do sócio retirante a dois anos com os princípios que norteiam o direito material e processual do trabalho.

Alguns defendiam a tese de que a responsabilidade do sócio retirante persistia para fins trabalhistas, mesmo após dois anos, pois, se o sócio retirante estava na sociedade à época da prestação do serviço e usufruiu da mão de obra do trabalhador, seria justo que seu patrimônio respondesse pelos débitos trabalhistas.

(*) Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Ex-Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Ex-Assistente de Juiz e Ex Assessor de Desembargador (CJ-3) no TRT da 7ª Região, Ex-Assistente de Juiz e Ex-Chefe de Gabinete de Desembargadora (CJ-2) no TRT da 2ª Região, Ex-servidor do TRT da 9ª Região e Ex-Assistente de Ministro (FC-5) do TST. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhangüera e em Direito Público pela Faculdade Fortium. Professor de Cursos de Pós-Graduação, especialmente da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), CERS e Verbo Jurídico. Coordenador de cursos para Magistratura do Trabalho da Verbo Jurídico. Escritor de obras jurídicas e artigos científicos na área de Direito Material e Processual do Trabalho. Palestrante. Membro do portal trabalhista www.os-trabalhistas.com.br. E-mail: iurippinheiro@gmail.com. Instagram: @iurippinheiro

(**) Mestrando em direito do trabalho e das relações sociais pela UDF. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Advogado. Consultor jurídico. Membro da ANNEP – Associação Norte Nordeste de Professores de Processo e da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual. Membro fundador do site <http://www.os-trabalhistas.com.br> e autor de diversos livros e artigos na área juslaboral.

1. Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

2. CASTRO, I. M. . A responsabilidade do sócio retirante por débitos trabalhistas. REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO (SÃO PAULO), v. 179, p. 41-62, n. 2017.

3. Art. 790. São sujeitos à execução os bens: II – do sócio, nos termos da lei; VII – do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda, para essa vertente, os dispositivos civis seriam incompatíveis com os princípios da proteção, da natureza alimentar e da irrenunciabilidade do crédito trabalhista. Nesse prumo, o limite temporal para a responsabilização do antigo sócio não estaria limitado pelas disposições previstas no Código Civil, em especial, ao prazo de dois anos disposto no parágrafo único, do artigo 1.003. Nesse sentido: TST-RR-122300-71.2006.5.15.0143, relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 2.10.2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 4.10.2013⁴.

Por outro lado, havia o entendimento pautado pela aplicação integral do art. 1.003 do Código Civil ao direito do trabalho, em razão da omissão celetista e da compatibilidade normativa pela concretização do primado da segurança jurídica. Logo, para os defensores dessa corrente, o sócio retirante deveria ser responsabilizado caso se constatasse que a dívida com o empregado existia à época em que este ex-sócio pertencia à sociedade. Nesse sentido: TST-RR-23700-23.2007.5.05.0025 Data de Julgamento: 22/02/2017, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/03/2017 e TST-AIRR-118700-41.2005.5.04.0383 Data de Julgamento: 10/12/2014, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/12/2014.

Essa segunda corrente ainda defendia que a responsabilidade seria subsidiária, ou seja, o ex-sócio somente responderia com seus bens caso constatada a impossibilidade de satisfação do débito pela sociedade e pelos atuais sócios. Não obstante, ressaltava-se que em casos de fraude ou de notória insolvência da empresa ao tempo da retirada, a responsabilidade do sócio retirante deveria persistir mesmo que ultrapassado o prazo de dois anos⁵.

Esse, aliás, era nosso posicionamento, já que não se mostra razoável conceber uma dívida perpétua, sendo medida conspiratória à pacificação social e causadora de profundo desequilíbrio e intranquilidade sociais. Nesse contexto, Ítalo Menezes pontua que, a prevalecer o entendimento da ausência de limitação temporal para responsabilidade do sócio retirante, este teria que acompanhar pelo resto de sua vida a atividade das sociedades que, algum dia, tenha feito parte, maculando o Princípio

da Segurança Jurídica (art. 5º, XXXVI, da CF/88), direito fundamental de notável importância também para os direitos sociais⁶.

A reforma trabalhista coloca fim ao debate e passa a prever que o sócio retirante responde *subsidiariamente* pelas obrigações trabalhistas da sociedade, relativas ao período em que figurou como sócio, mas somente em ações ajuizadas *até dois anos depois de averbada a modificação do contrato*:

Art. 10-A. O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência:

I – a empresa devedora;

II – os sócios atuais; e

III – os sócios retirantes.

Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.

Como constou do próprio relatório do PL nº 6.787/2016, o período em que o sócio retirante pode ser alcançado – dois anos – teve prazo extraído da legislação civil e empresarial em vigor no País, além de também ser este o prazo prescricional para o ajuizamento de reclamação trabalhistas.

A despeito da intenção de viabilizar essa coincidência de marco temporal, devemos advertir que, na espécie, não estamos a tratar de prazo prescricional, mas sim decadencial. Isso porque, de acordo com o critério científico distintivo de prescrição e decadência formulado por Agnelo Amorim⁷, os direitos potestativos ensejam prazos decadenciais enquanto direitos subjetivos fazem surgir prazos prescricionais.

Nesse contexto, cumpre rememorar que direitos potestativos são aqueles em que o seu titular pode influenciar a esfera jurídica de outrem pela sua simples vontade, enquanto os direitos subjetivos revelam pretensões decorrentes de violações de direitos, fazendo surgir a “actio nata” como início de um prazo prescricional.

4. SCHIAVI, Mauro. *Execução no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 193-196.

5. SCHIAVI, Mauro. *Execução no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 193-196.

6. CASTRO, I. M. A responsabilidade do sócio retirante por débitos trabalhistas. *Revista de Direito do Trabalho* (São Paulo), v. 179, p. 41-62, n. 2017.

7. <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>

Considerando que a responsabilidade do sócio retirante se inicia pela simples retirada da sociedade, inexistindo qualquer violação de direito, e atento ao fato de que não é necessário provar qualquer culpa do ex-sócio, emergindo a responsabilidade pelo simples ajuizamento da ação dentro do prazo legal, estamos a tratar de um direito potestativo e, assim, de prazo decadencial.

Além disso, até o advento da Reforma Trabalhista, a temática era tratada apenas no Código Civil e não foi fixada no regramento geral de prescrição dos artigos 205 e 206 do Código Civil, o que também faz enquadrar o prazo como decadencial, já que o atual código reuniu de forma expressa os prazos prescricionais em compartimento específico, na conformidade da doutrina civilista, citando-se, por todos, Carlos Roberto Gonçalves⁸.

Por fim, o argumento de que o prazo seria prescricional porque se trata de prazo para ajuizamento de ação não nos parece adequado porque o critério definidor passa pela natureza do direito envolvido como exposto acima. Aliás, justamente por isso é que a doutrina é remansosa no sentido de que os prazos para ajuizamento de mandado de segurança e ação rescisória são decadenciais.

Importante registrar que essa questão teórica tem relevante efeito prático, uma vez que os prazos decadenciais não se suspendem nem se interrompem, na conformidade do art. 207 do Código Civil. Desse modo, caso ajuizada uma reclamação trabalhista próxima ao fim do prazo de dois anos e superado este durante o transcurso da reclamação trabalhista, a eventual extinção do processo sem resolução do mérito faria sepultar eventual responsabilidade do ex-sócio, já que quando do novo ajuizamento o prazo já teria se esvaído.

2. O ALCANCE DA RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE

Fixada a premissa de que o sócio retirante possui responsabilidade para os créditos trabalhistas, devemos reforçar a previsão do “caput” do art. 10-A, no sentido de que a responsabilidade do sócio retirante é subsidiária.

Considerando a ordem de preferência estabelecida pela Reforma Trabalhista, podemos afirmar que a sociedade possui responsabilidade primária, os sócios atuais possuem responsabilidade secun-

dária os ex-sócios possuem responsabilidade terciária.

Importante esclarecer que a ordem de preferência para se reivindicar a responsabilidade secundária ou terciária não equivale à necessidade de se esgotar os meios de execução em face do devedor principal, já que para se alegar benefício de ordem se exige a indicação de bens livres e desembaraçados do devedor de classe anterior, na conformidade do art. 4º, § 3º, da Lei 6.830/80, aplicável subsidiariamente por força do art. 889 da CLT, diante da existência de lacuna celetista mesmo com a Reforma Trabalhista.

Assim, é suficiente o mero inadimplemento de devedor de classe anterior para que se possa redirecionar a execução em face do devedor de classe subsequente. Havendo, assim, a citação para pagamento e este não ocorrendo, já tem a mora e, assim, se mostra apto partir para execução da classe subsequente, ainda que por meio do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil, agora enunciado como obrigatório pelo art. 855-A da CLT⁹, mas sem prejuízo de eventual concessão de tutela provisória que venha a constriar bens a título acautelatório, na conformidade da Instrução Normativa 39/2016.

Importante destacar, ainda, que a lei não criou benefício de ordem entre sócios retirantes e eventuais responsáveis subsidiários assim declarados no título executivo, de modo que não pode o sócio retirante, com responsabilidade derivada da lei, exigir que primeiro se execute o responsável subsidiário, assim como não pode o responsável subsidiário exigir que primeiro se atinjam os ex-sócios.

Isso decorre do fato de que a responsabilidade do devedor subsidiário comporta benefício de

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol I: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 533-534.

9. Conquanto fuja ao objeto deste trabalho, registra-se a forte crítica em adotar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao processo trabalhista, visto que, nesta esfera da Justiça, o redirecionamento em face dos sócios e ex-sócios se dá, em regra, pelo mero inadimplemento (teoria objetiva ou menos da desconsideração – art. 28, § 5º, do CDC) e o incidente provoca a suspensão do processo para que o sócio possa produzir ampla atividade probatória sobre a sua responsabilidade e só depois do trânsito em julgado dessa temática é que a execução volta a correr, expediente esse desnecessário quando se está a falar de uma responsabilidade que se opera pelo mero inadimplemento, diversamente da regra da Justiça comum que exige abuso da personalidade jurídica através de elementos subjetivos que caracterizem desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Por isso, no processo do trabalho, nos parece que seria razoável exigir apenas a citação. A Instrução Normativa n. 39/2016 do TST atenua esse cenário ao permitir a concessão de tutela provisória.

ordem para com o devedor principal e não com devedores de responsabilidades derivadas. Nesse sentido, aliás, já se encontra pacificada a jurisprudência do C. TST, citando-se, por todos, o RR – 72-63.2012.5.03.0064, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 07/06/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/06/2017.

Afasta-se a regra geral da responsabilidade subsidiária caso reste comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato. Nesse caso, o sócio retirante responderá solidariamente com os demais, por força do parágrafo único do art. 10-A da CLT, em consonância com a matiz do art. 942 do Código Civil.

A responsabilidade é restrita às obrigações relativas ao período no qual o sócio retirante figurou como sócio, conforme expressamente reconhecido na Reforma.

Uma questão que não ficou clara é sobre a responsabilidade do ex-sócio por dívidas contraídas antes do seu ingresso na sociedade. Imagine-se a hipótese de alguém que passa a fazer parte de sociedade já existente e depois dela se retira.

Cumprе rememorar a disposição do art. 10-A, que prevê a responsabilidade por “*obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio*”. A interpretação literal do dispositivo conduziria à impossibilidade de responsabilização do ex-sócio pelas dívidas anteriores ao seu ingresso.

Contudo, entendemos que, ao ingressar na sociedade, o sócio assume os ativos e passivos existentes, de modo que as obrigações trabalhistas anteriores também fazem parte responsabilidade.

3. A POLÊMICA EM RELAÇÃO AO MARCO FINAL DA RESPONSABILIDADE TERCIÁRIA

Mesmo em relações às obrigações relativas ao período no qual o sócio retirante figurou como sócio, para que ele responda, é preciso que a ação seja ajuizada em até dois anos depois de averbada a modificação do contrato que instrumentalizou sua saída da sociedade.

O termo inicial do biênio (a data de averbação da saída do sócio) não gerava maiores dificuldades antes da Reforma de 2017, e permanece claro depois dela. Contudo, o termo final desses dois anos sempre foi alvo de grande controvérsia.

A primeira posição doutrinária era capitaneada por Homero Batista, para quem, antes da Reforma

de 2017, a penhora era o ato jurídico apto a viabilizar a responsabilização do ex-sócio, se praticado dentro do biênio civilista. Se o ato construtivo acontecesse depois do prazo, o sócio retirante não seria responsável¹⁰. A segunda corrente afirmava que o ato processual que evitaria o transcurso do biênio seria a integração do ex-sócio ao processo, de modo que se a desconsideração da personalidade jurídica só ocorresse na fase de execução (a regra antes do art. 133 do CPC/2015), a citação do sócio para pagamento que exoneraria o credor do decurso do prazo dos artigos 1.003 e 1.032 do Código Civil.

Ambas as teses buscavam a prestigiar a segurança jurídica, evitando que se estabeleça um ônus muito grande ao sócio que se retira. Todavia, nenhuma das duas teses refletia o sentido adequado da norma civilista porque esvaziaram por completo a eficácia dos artigos 1.003, parágrafo único, 1032 do Código Civil, e, agora, do art. 10-A da CLT, já que só o transcurso da fase de conhecimento seria suficiente para superar esse prazo de 2 anos e não se pode conceber que a lei contenha palavras inúteis.

A lei, aparentemente, fixou o marco final como sendo o ajuizamento da ação em face da sociedade, mas, se a examinarmos com atenção, ainda remanesceu uma alternativa para se entender que o marco final seria para ajuizamento da ação em face do ex-sócio. Com efeito, a norma menciona que o sócio retirante responde subsidiariamente “em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato[...]”, sem enunciar que está a tratar de ação ajuizada apenas em face da sociedade.

Até o advento do CPC de 2015, não haveria qualquer dúvida em uma norma com esta redação, visto que a jurisprudência trabalhista se inclinava no sentido de que não havia interesse de agir para incluir os sócios na fase de conhecimento porque poderiam ser demandados em execução. Sucede que legislação em vigor trouxe a possibilidade ser suscitado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica já na fase de conhecimento (art. 134 do CPC). Assim, poder-se-ia argumentar no sentido de que para alcançar os ex-sócios seria necessário os incluir no polo passivo com o ajuizamento da ação.

Tendemos a acreditar, contudo, que essa não seria a interpretação que melhor se afina com a teleologia juslaboral porque equivaleria a impor um ônus demasiado pela parte hipossuficiente da rela-

10. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. Vol. 10: execuções trabalhistas. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57.

ção jurídica, sob a ótica do princípio da norma mais favorável na vertente “in dubio pro operário”, já que estamos a falar de norma de direito material (responsabilidade por obrigações).

Não se olvide, ainda, que o ex-sócio já tem prévia ciência de que, por força de lei, possui responsabilidade pelas dívidas anteriores pelo prazo de até dois anos entre a averbação de sua saída e o ajuizamento de ações, razão pela qual é razoável lhe exigir o acompanhamento de ações que sejam ajuizadas em face da sociedade de que fez parte.

Ainda que não mais faça parte da sociedade, a existência legal da responsabilidade lhe traz interesse jurídico, inclusive, em obter certidões de distribuição de feitos trabalhistas, sendo certo que nos dias atuais muitos tribunais permitem essa consulta de modo “on line”, através do CNPJ da pessoa jurídica.

Em arremate, a redação da norma poderia ter trazido essa leitura mais restritiva ao direito do credor trabalhista e não o fez, sendo recomendável pelas regras de hermenêutica não fazer distinção restritiva quando o legislador não excepcionou.

Entendemos, portanto, que o ajuizamento da ação trabalhista em face da sociedade é medida suficiente para conservar o direito de eventual responsabilização do ex-sócio.

4. A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE NO CASO DE FRAUDE

Vimos que, na esteira do parágrafo único do art. 10-A da CLT, a responsabilidade do sócio retirante é solidária nos casos de fraude.

A Reforma, contudo, foi omissa no tocante ao prazo de responsabilidade nos casos de fraude. Nesse caso, indaga-se: *o sócio retirante fraudador responde solidariamente 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? Ou, nos casos de fraude, não haveria limitação temporal para o ajuizamento da ação?*

Entendemos que a Lei, ao mencionar “até dois anos depois de averbada a modificação do contrato” pressupõe a regular averbação. Com efeito, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode se valer da própria torpeza). Se a averbação teve o intuito de fraudar, entendemos que a responsabilidade do sócio retirante deve persistir por prazo superior a dois anos.

Nesse sentido, aliás, já se manifestava Mauro Schiavi¹¹:

Não obstante, em casos de fraude ou de notória insolvência da empresa ao tempo da retirada, a responsabilidade do sócio retirante deve persistir por prazo superior a dois anos. Por outro lado, a experiência nos tem demonstrado que muitos sócios deixam a sociedade quando ela tem dívidas trabalhistas ou está prestes a sofrer execuções trabalhistas que possam levá-las à insolvência. Em razão disso, pensamos que o sócio retirante, pelo princípio da boa-fé objetiva que deve nortear os negócios jurídicos, ao sair da sociedade, deve retirar certidões que comprovem a inexistência de dívidas trabalhistas à época da saída, ou que, mesmo elas existentes, a sociedade tem patrimônio suficientes para quitá-las. Caso contrário, a responsabilidade do sócio retirante persistirá mesmo após dois anos contados da data da saída.

Como observado por Italo Menezes¹², o Superior Tribunal de Justiça já endossou essa tese:

DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. [...] 2.- Tendo o Tribunal de origem afirmado a existência de atos caracterizadores de abuso da personalidade jurídica da empresa, não há como, em sede de recurso especial, afirmar-se o contrário. Incidência da Súmula 7/STJ. 3.- O artigo 1.032 do Código Civil de 2002 trata da ultratividade da responsabilidade do sócio tem pelas obrigações da sociedade em situações ordinárias. Na hipótese não se cuida de uma responsabilidade ordinária, mas de responsabilidade extraordinária, fundada na existência de abuso de direito, tanto assim que aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, razão por que o referido dispositivo não tem incidência. [...] (STJ – REsp 1269897/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 02/04/2013).

E, se até mesmo o Tribunal Superior que cuida de relações simétricas já afastou o limite temporal no caso de fraude, com muito mais razão este afastamento deve ser realizado em uma relação, em regra, desigual, como é a trabalhista.

11. SCHIAVI, Mauro. *Execução no processo do trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 169-170.

12. CASTRO, I. M. A responsabilidade do sócio retirante por débitos trabalhistas. *Revista de Direito do Trabalho* (São Paulo), v. 179, p. 41-62, n. 2017.

Logo, a responsabilidade passa a compreender todo o tempo em que esteve a vigor o contrato de trabalho, e não apenas aquele em que o sócio integrava a sociedade.

5. CONCLUSÃO

Entendemos ser louvável a previsão expressa de que se aplica a limitação temporal de responsabi-

lidade para débitos trabalhistas pelos sócios retirantes, mas se lamenta que a lei tenha deixado lacunas a serem sanadas pelos debates acadêmicos e pela jurisprudência, como eventual confronto de responsabilidade entre a tomadora de serviços e o sócio retirante, a delimitação mais precisa do marco final da responsabilidade e a existência, ou não, de prazo para os casos de fraude.

A decisão judicial britânica de reconhecimento do vínculo trabalhista entre motoristas e a Uber em face dos requisitos da relação de emprego no direito do trabalho brasileiro

Ivana Carla Lucio Machado*

Matheus Nunes Bento**

Pedro Diogo Carvalho Monteiro***

RESUMO: A Uber é uma empresa norte-americana que tem como atividade central a operação de um aplicativo para serviços de transporte urbano. A relação entre os motoristas e a empresa é discutida no mundo jurídico, no caso, se o aplicativo é só uma ferramenta operada por aqueles para um negócio próprio ou se as partes mantêm uma relação de trabalho com esta. Na Grã-Bretanha, a relação entre motoristas e a Uber foi considerada como de emprego pelas instâncias judiciais trabalhistas do país em uma decisão paradigmática. Pela leitura da decisão é possível observar a presença dos requisitos da relação de emprego do ordenamento trabalhista brasileiro.

PALAVRAS CHAVES: novas tecnologias, Uber, direito do trabalho, emprego.

RESUME: Uber is a U.S. based company that has as its central activity the operation of transport services app. The relationship between drivers and the company is a major topic at law forum with the question being if Uber is just a device used by the drivers for a private business or that the parties have an employment relation. The United Kingdom judiciary decides that Uber drivers are employers of the company, a paradigmatic decision. By reading the decision, it's possible to observe the presence of Brazilian law requirements of an employment relation.

KEYWORDS: new technologies, Uber, labour law, employment.

do vínculo empregatício entre motoristas que utilizam o mencionado aplicativo em face da corporação. Ao final do caso, a primeira instância e a segunda instância reconheceram o vínculo de trabalho com a Uber, tornando tal decisão paradigmática para o enquadramento da Uber como empregadora e assim obrigada a respeitar leis trabalhistas.

Como bem apresenta Márcio Túlio Viana e Bety de Castro Pimenta (2017, p.263-269), a globalização provocou uma forte transformação no modelo de transformação capitalista e potencializou a força do capital financeiro internacional. Ao mesmo tempo, tornou ainda mais presente a necessidade de cooperação jurídica entre diversos países afetados por essa nova etapa do capitalismo. Nesse sentido, como bem coloca Ana Frazão (2018, p.318-322), a decisão do judiciário britânico oferece um norte para os operadores do direito confrontarem a problemática questão da *Uber*.

Com esse ponto de partida, esse artigo busca analisar tal decisão de reconhecimento do vínculo trabalhista no Reino Unido, colocando a mesma em face dos requisitos da caracterização de relação de emprego no Brasil, dispostos pela Consolidação das Leis Trabalhistas. De tal forma, buscaremos introduzir como o *Uber* muda as relações de trabalho; enumerar e explicar os requisitos da relação de emprego no Direito do Trabalho Brasil; destrinchar o caso *Uber* no judiciário britânico e por fim, analisar comparativamente tal decisão com os requisitos estudados.

1. INTRODUÇÃO

A *Uber*, como empresa que utiliza tecnologia para serviços de transporte, tornou-se um símbolo das transformações relacionadas ao advento de novas tecnologias e as relações de produção e exploração no cenário capitalista.

Entre 2016 e 2017, a justiça do Reino Unido da Grã-Bretanha enfrentou um caso de reconhecimento

2. CONTEXTO DE INTRODUÇÃO DO UBER NAS RELAÇÕES SOCIAIS

A Uber se apresenta como uma empresa de tecnologia que conecta motoristas com usuários que desejam se utilizar do serviço de transporte para se deslocar pela cidade.

De acordo com o site da empresa (<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados>

(*) Graduanda em Direito pela Universidade Do Estado da Bahia.

(**) Graduando em Direito pela Universidade Do Estado da Bahia.

(***) Graduando em Direito pela Universidade Do Estado da Bahia.

-sobre-uber/) a Uber Technologies Inc. foi fundada oficialmente em junho de 2010, na cidade de São Francisco, e hoje está em mais de 600 cidades em 63 países, chegando ao Brasil junto com a Copa do Mundo de 2014, no Rio de Janeiro, estando atualmente em mais de 100 cidades do nosso país.

No Brasil, a empresa Uber oferece cinco tipos de serviço: a UberX, no qual o transporte é feito através de carros compactos, com ar-condicionado e 4 portas; A Uber Juntos, permite a divisão da viagem com outros usuários que estão em um trajeto similar; a Uber Select, que coloca a disposição do usuário carros mais confortáveis e espaçosos por um preço um pouco maior do que o UberX, a UberBLACK, que possibilita aos usuários solicitarem carros do tipo sedan, como Toyota Corolla, Ford Fusion, Volkswagen Jetta e outros, todos com bancos de couro e ar-condicionado ligado; a UberEATS, serviço que permite ao usuário solicitar refeições.

A Uber, nas informações prestadas em seu site, afirma que não é uma empresa de transporte tampouco um serviço de carona paga ou remunerada, mas sim uma empresa de tecnologia que desenvolveu um aplicativo que conecta motoristas a usuários que desejam se movimentar pelas cidades. Ressalta, ainda, que não emprega nenhum motorista, mas apenas oferece uma plataforma tecnológica para que motoristas aumentem seus rendimentos e usuários encontrem motoristas confiáveis e façam viagens confortáveis.

De acordo com a empresa, para ser um motorista parceiro da Uber é necessário que o interessado seja motorista profissional, ou seja, que tenha carta de motorista com autorização para exercer atividade remunerada, além de passar por checagem de segurança nas esferas federal e estadual. Além disso, os carros precisam ser cadastrados com a apresentação de Certidão de Registro e Licenciamento do Veículo do ano corrente.

Após o cadastro, para que o motorista possa utilizar o aplicativo para as viagens que serão feitas só é necessário que ligue o aplicativo, não existindo tempo mínimo diário, semanal ou mensal de uso da plataforma, podendo as viagens serem pagas pelo usuário por meio do cartão de crédito, débito ou ainda em dinheiro.

A plataforma conta com um sistema de avaliação onde usuários avaliam os motoristas, de modo que os motoristas que não mantenham uma nota mínima de aprovação (4,6) por parte dos usuários são desconectados da plataforma. Segundo a empresa, os usuários que não mantenham uma nota

mínima de aprovação por parte dos motoristas também são desconectados da plataforma. Esse sistema de avaliação funciona através de notas anônimas e apresentadas de forma compilada, sem compartilhamento entre cliente e motorista.

Igualmente, a plataforma permite que o passageiro compartilhe seu deslocamento com outra pessoa, contando inclusive com uma equipe de suporte para o caso de o usuário ter interesse em reportar algum incidente.

Ademais, a Uber assevera que o serviço prestado pelos motoristas é o de transporte individual privado, o que contém previsão na PNMU – Política Nacional de Mobilidade Urbana, que já foi regulamentado no âmbito municipal em cidades como São Paulo, Vitória e Distrito Federal e que a falta de regulamentação no âmbito municipal não significa ilegalidade ou concorrência desleal.

3. REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL

A CLT em seu artigo 3º prevê que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Já o caput do artigo 2º dispõe que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Consoante Leonardo Tibo Barbosa Lima (2017, p.227) são elementos fático-jurídicos da relação de emprego a não eventualidade, a pessoalidade, a onerosidade e a subordinação jurídica.

Cumprido destacar que além dos elementos apontados acima, Luciano Martinez (2012, p.176) destaca ainda a necessidade de não assunção pelo prestador dos serviços dos riscos da atividade econômica, de modo que estes correm por conta do empregador, consoante a redação do caput do art. 2º da CLT.

No tocante ao requisito da pessoalidade, Mauricio Godinho Delgado (2018, p.338) destaca que é essencial que a prestação do trabalho apresente a infungibilidade no que tange ao trabalhador sendo, assim, uma relação jurídica *intuitu personae* em relação ao prestador de serviços que não poderá ser substituído intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados, com exceção de algumas situações em que a substituição é possível, a exemplo das substituições autorizadas por lei ou norma autônoma.

É importante destacar também que o trabalhador há de ser sempre uma pessoa natural, de sorte que é impossível a caracterização de relação de emprego que possua como empregado pessoa jurídica. Entretanto, a utilização simulatória da roupagem de pessoa jurídica para encobrir prestação efetiva de serviços por uma pessoa física, se comprovada, pode resultar no reconhecimento do requisito da pessoalidade.

Ademais, vale ressaltar que a pessoalidade incide apenas sobre a figura do empregado. No tocante ao empregador prevalece a diretriz da despersonalização, em que pode ocorrer a alteração subjetiva do contrato, desde que mantenham-se em vigor as regras contratuais anteriores com relação ao mesmo empregado.

No que diz respeito a não eventualidade, este é um dos conceitos mais controvertidos do direito do trabalho. Para Maurício Godinho Delgado (2018, p.341), para que esteja presente a não eventualidade, o trabalho prestado deve possuir caráter de permanência, ainda que por um curto período determinado, não se qualificando como trabalho esporádico.

O aludido autor (2018, p.343) destaca que as quatro teorias principais que buscam conceituar este elemento são a teoria da descontinuidade, a teoria do evento, a teoria dos fins do empreendimento, e a teoria da fixação jurídica.

Pela teoria da eventualidade, eventual seria o trabalho descontínuo e interrupto com relação ao tomador, devendo ser verificado no caso concreto a existência de rupturas e espaçamentos temporais significativos em relação ao tomador de serviços. Mauricio Godinho Delgado entende que esta teoria foi rejeitada pela CLT, já que a expressão utilizada é “não eventual”.

Já a teoria do evento considera trabalho eventual aquele que depende de acontecimento incerto, casual e fortuito de modo que, os fatos é que revelam se a tarefa do trabalhador na empresa é eventual ou permanente. (GODINHO, 2018, p.343)

Pela teoria dos fins do empreendimento a eventualidade está presente quando o trabalhador é chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa. Por outro lado, a teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços considera empregado o trabalhador que se fixa numa fonte de trabalho, e eventual o que não se fixa a uma fonte de trabalho. (GODINHO, 2018, p.343)

Maurício Godinho Delgado defende a utilização convergente e combinada dessas teorias, ao salientar que (2018, p.344):

Pode-se formular a seguinte caracterização do trabalho de natureza eventual:

- a) descontinuidade da prestação do trabalho, entendida como a não permanência na organização com ânimo definitivo;
- b) não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, com pluralidade variável de tomadores de serviços;
- c) curta duração do trabalho prestado;
- d) natureza do trabalho tende a ser concernente a evento certo, determinado episódico no tocante à regular dinâmica do empreendimento tomador dos serviços;
- e) em consequência, a natureza do trabalho prestado tenderá a não corresponder, também, ao padrão dos fins normais do empreendimento.

Assim, a análise conjugada de tais fatores permite mais facilmente analisar a presença da não eventualidade nas relações de prestação de trabalho firmadas.

Em relação ao requisito da onerosidade, este se justifica na medida em que o trabalho visa assegurar a subsistência do trabalhador e de sua família, colocando assim, a disposição do empregador a sua força de trabalho em troca de uma contraprestação, manifestando-se a onerosidade através de pagamentos materiais feitos ao prestador de serviços (MARTINEZ, 2012, p.176).

Para Maurício Godinho Delgado (2018, p.345-347) a onerosidade, no plano objetivo, se manifesta pelo pagamento realizado pelo empregador de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato de emprego pactuado, ao passo que, no plano subjetivo, se concretiza na intenção por parte do empregado de receber uma contraprestação pelos serviços prestados.

De acordo com Carina Rodrigues Bicalho (2017, p.189) a remuneração pelos serviços prestados pode ser ajustada por unidade de tempo, por unidade de obra ou serviço, ou por tarefa. A eminente procuradora do trabalho destaca que:

Desde o tempo d'O Capital, de Marx, nota-se a preocupação com a estipulação do pagamento por peça dado o interesse do trabalhador em empregar sua força o mais intensamente possível e em prolongar indistintamente sua jornada para receber a melhor contraprestação pelo trabalho [...]

Dessa maneira, considerando que a onerosidade é um fator essencial a caracterização da relação de emprego, visando assegurar a subsistência do trabalhador e de sua família, a forma de pactuação

dessa contraprestação, seja por unidade de tempo, por unidade de obra ou serviço, ou por tarefa, é um fator importantíssimo a se considerar na avaliação acerca da existência de exploração massiva do empregado.

No tocante ao elemento fático-jurídico da subordinação, consoante entendimento de Leonardo Tibo Barbosa Lima (2017, p.227-231), Daniela Murada Reis e Eugenio Delmaestro Corassa (2017, p.157-165) este é um elemento essencial de diferenciação entre a relação de emprego e outras formas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo.

Conforme Luciano Martinez (2012, p.179): “Subordinar (sub + ordinare) significa ordenar, comandar, dirigir a partir de um ponto superior àquele onde se encontra outro sujeito.”

A partir desse conceito, é importante destacar que a subordinação de acordo com Leonardo Tibo Barbosa Lima (2017, p.228) atua sobre o modo de realização do trabalho e não sobre a pessoa do trabalhador. Além disso, esta não se consubstancia na subordinação econômica ou intelectual, pois a relação de emprego pode estar caracterizada a despeito da inexistência dessas.

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2018, p.352) pode-se destacar as seguintes dimensões da subordinação: clássica ou tradicional, objetiva e estrutural.

A subordinação na concepção clássica ou tradicional é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho pela qual o trabalhador se compromete a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa (GODINHO, 2018, p.352).

Já a subordinação objetiva se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador do serviço (GODINHO, 2018, p.352).

Por seu turno, a subordinação estrutural se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de receber ou não suas ordens diretas, mas acolhendo estruturalmente sua dinâmica de organização e funcionamento (GODINHO, 2018, p.352).

Dessa maneira, de acordo com Mauricio Godinho Delgado (2018, p.353):

Na essência, é trabalhador subordinado desde o humilde tradicional obreiro que se submete a intensa plethora de ordens

do tomador ao longo de sua prestação de serviços (subordinação clássica ou tradicional) como também aquele que realiza, ainda que sem incessantes ordens diretas, no plano manual ou intelectual, os objetivos empresariais (subordinação objetiva), a par do prestador laborativo que, sem receber ordens diretas das chefias do tomador dos serviços e até mesmo nem realizar os objetivos do empreendimento (atividades-meio, por exemplo), acopla-se, estruturalmente a organização e dinâmica operacional da empresa tomadora, qualquer que seja sua função ou especialização, incorporando, necessariamente a cultura cotidiana e empresarial ao longo da prestação de serviço realizada (subordinação estrutural).

Maurício Godinho Delgado (2018, p.353) salienta que a CLT em seu artigo 6º, parágrafo único, incorporou implicitamente os conceitos de subordinação objetiva e de subordinação estrutural ao prever que: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. Essa equiparação daria assim ênfase às dimensões objetiva e estrutural que caracterizam a subordinação, já que a subordinação tradicional ou clássica usualmente não aparecem nessas relações de trabalho à distância.

4. OCASO UBER NA JUSTIÇA BRITÂNICA

Neste tópico partiremos para uma síntese do caso do reconhecimento da relação de trabalho entre motoristas e a *Uber* no Reino Unido entre os anos de 2016 e 2018.

Em 2016, dois motoristas, James Farrar e Yaseen Aslam, representando um grupo de motoristas da *Uber*, entraram com uma ação em face do *Employment Tribunal* (Tribunal de Emprego na Grã-Bretanha) buscando o reconhecimento de uma relação de trabalho entre motoristas que utilizam a *Uber* e a empresa sediada em São Francisco.

As pessoas jurídicas relacionadas a *Uber* apontam que a relação entre eles e o motorista não é uma relação de trabalho e sim que o mesmo é um agente que interpõe o vínculo entre dois sujeitos, fundamentada no chamado princípio do *law of agent*. A empresa coloca que os motoristas têm a possibilidade de trabalhar externamente ao uso do aplicativo, podendo inclusive utilizar outros serviços com a *Uber* e que, além disso, arcam com custos do veículo, licença, gastos tributários assim como não utilizam uniformes ou logomarcas da *Uber*.

Outro ponto de argumentação era que pontos de controle da empresa em relação aos motoristas eram relacionados ao chamado regime regulatório, o *Private Hire Vehicles Act* de 1998 que trata de licença e regulação de motoristas privadas dentro da região metropolitana londrina. Por outro lado, o contrato entre os motoristas e a Uber dispõe tanto os primeiros quanto os passageiros como usuários do aplicativos em uma relação contratual e que a Uber é responsável apenas a atos relacionados ao *software* e *algoritmos*. O próprio contrato prevê que a relação não é de emprego e que a Uber é um agente de interposição e coleta de pagamentos.

O *Employment Tribunal* reconheceu a relação trabalhista baseado em normas como o *Employment Rights Act* de 1996 que caracteriza, em número 230, um trabalhador como um indivíduo naquele que tem um contrato de emprego ou qualquer outro contrato – seja o mesmo oral ou escrito – que coloca o mesmo para prestar serviços ou trabalho para outro sujeito desde que tal sujeito não tenha status de consumidor ou cliente. Outras normas consideradas pelo Tribunal são o *Working Time Regulations* de 1998 e o *National Minimum Wage Act* de 1998.

São feitas pelo Tribunal uma série de considerações da relação da Uber com os motoristas como uma relação de emprego:

1. A Uber considera-se agente, mas pede única e absoluta discricção para aceite ou recusa de reservas de viagem por parte dos motoristas;
2. Uber entrevista e recruta motoristas;
3. A Uber tem um controle de informações em relação a viagens, ao motorista e ao passageiro;
4. Uber utiliza a possibilidade de desconectar do aplicativo como forma de controle da aceitação ou cancelamento de viagens por parte do motorista. A Uber faz uma notificação que 80% das viagens estão sendo recusadas assim como após 3 cancelamentos, há a saída do aplicativo;
5. A Uber tem o controle da escolha da rota assim como requer justificação se o motorista fizer desvio;
6. A Uber define a taxa;
7. A Uber exige uma série de condições aos motoristas como o tipo de veículo. Assim como ao início do uso do aplicativo, oferece o *Welcome Packet*, uma série de políticas de segurança e melhor qualidade do serviço. Tais recomendações podem constituir quebra dos termos, condições e licenças;
8. A Uber exerce um controle de qualidade através de um índice de classificação. O motorista recebe uma nota de 1 a 5 pelos clientes e caso a mesma seja menor de 4.4, há a saída do aplicativo;
9. Determinação de descontos sem o envolvimento dos motoristas;
10. Assunção do risco das perdas que seriam do motorista se o mesmo tivesse com um negócio próprio;
11. Uber recebe as reclamações dos passageiros;
12. Possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Uber;

O Tribunal aponta que uma organização que se coloca como serviço de transporte e que usa uma licença para operar transporte, mas ao mesmo tempo em contrato faz com que partes concordem que não provém serviços de transporte, assim como utiliza documentação, linguagem e terminologia, merece ceticismo. Um dos pontos principais da decisão do Tribunal é que os motoristas são colocados pela Uber como empreendedores que podem utilizar do serviço para “*crescer seus negócios*”, mas tal é impossível pelas limitações que a empresa coloca em relação ao contato com o cliente.

Ao argumento de que o marco regulatório seria a razão pelo qual a Uber teria certo controle dos motoristas, tanto a primeira quanto a segunda instâncias irão discordar no sentido que o fato da norma requisitar certos elementos não impede que tais sejam reconhecidos como evidência da relação de trabalho. Além disso, muitas das formas de controle exercidas pela Uber não tem previsão nas normas regulatórias.

Um dos pontos relevantes da decisão do Tribunal é que as informações contratuais não se materializam na realidade.

Em 2017, a Uber apelou dessa decisão alegando que a primeira instância não levou em conta as normas jurídicas relacionadas ao *law of agent* assim como não caracterizou a relação a partir dos acordos e contratos que a empresa tem com os motoristas. A *Employment Appeal Tribunal* (Tribunal de Apelações Trabalhistas, tradução livre nossa) colocou que a primeira instância não tinha porque começar a análise a partir da relação caracterizada no contrato ou pelas normas referidas pelo apelante, pois a função do Tribunal era caracterizar a relação jurídica com base nos fatos reais. O princípio da primazia da realidade dos fatos é colocado no sentido que os contratos exercidos se veem incompatíveis com a relação entre motoristas e a empresa. O *Employment*

Appeal Tribunal manteve o reconhecimento de que os motoristas da *Uber* foram absorvidos pelos negócios da empresa.

A Justiça Britânica decidiu que o tempo de trabalho do motorista da *Uber* seria aquele em que ele mantém o aplicativo ligado e se coloca disponível a fazer viagens até o momento que o mesmo é desligado. A decisão conferiu ao motorista da *Uber* direito a um piso salarial, assim como férias remuneradas e representou uma grande derrota da empresa em sua busca de não entrar na incidência das leis trabalhistas locais.

5. ANÁLISE COMPARATIVA DOS REQUISITOS DO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO COM OS DA DECISÃO BRITÂNICA

Como método para verificar a hipótese levantada neste artigo, utilizaremos a comparação de direitos para relacionar os requisitos legais de caracterização da relação de emprego previstos na legislação trabalhista brasileira com os requisitos aludidos na decisão do *Employment Tribunal* britânico.

Como já discutido anteriormente, os requisitos que devem estar presentes em uma relação de fato entre empregado e empregador para que se caracterize uma relação jurídica de trabalho são a onerosidade, a subordinação, a não eventualidade, a pessoalidade e, em uma análise por exclusão em face do art. 2º da CLT feita na doutrina de Luciano Martinez (2012, p.176), a não assunção dos riscos da atividade patronal.

Não cabe neste momento uma discussão sobre a reinvenção desses elementos no contexto das novas relações de trabalho, mas tão somente compará-los com os argumentos suscitados na decisão britânica que reconheceu a relação de trabalho entre o motorista, considerado “colaborador” na linguagem empreendedora, e a *Uber*.

A decisão britânica lança uma suspeita acerca da essência do negócio empreendido pelos sócios da *Uber* — como uma empresa organiza 30 mil motoristas e ainda consegue auferir lucro dessas atividades? Embora a empresa tenha centralizado seu argumento na alegação de que ela se insere na atividade como um agente, ou seja, que ela apenas agencia, por meio do aplicativo, o encontro entre dois sujeitos independentes — um motorista à disposição e um consumidor procurando transporte —, o Tribunal inglês ensinou que não devemos nos ater unicamente às formas contratuais e linguagens dos

respectivos instrumentos, mas buscar aquilo que é essencial, por trás das aparências, no empreendimento.

Segundo a Corte inglesa, o instrumento contratual utilizado pela *Uber* na seleção dos motoristas e na adesão dos passageiros exige dos mesmos a afirmação de que a empresa não presta serviço de transporte. Considera, ainda, que o motorista não é empregado, mas “colaborador”. Também alega que a relação estabelecida entre o motorista e o passageiro é um negócio autônomo e que ela apenas agencia o encontro de interesses.

No entanto, uma vez que a situação fática da relação contrapõe a linguagem do instrumento contratual oferecido pela *Uber*, deve-se ponderar pela primazia da realidade em detrimento do estabelecido formalmente. Isso implica na identificação dos requisitos legais de caracterização da relação de emprego no caso concreto da atividade exercida pelo motorista em face da essência do negócio da empresa.

O Tribunal inglês, ao decidir pelo reconhecimento da relação de emprego do motorista com a *Uber*, lançou mão de diversos elementos fáticos caracterizadores que também se identificam com os elementos previstos na legislação trabalhista brasileira.

Ana Frazão (2017, p.318-322), advogada e professora de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília – UnB, enumera os principais fatos descritos pelo Tribunal para caracterizar a relação de emprego do motorista com a *Uber*:

- i) o fato de a *Uber* entrevistar e recrutar motoristas;
- ii) o fato de a *Uber* controlar as informações essenciais (especialmente o sobrenome do passageiro, informações de contato e destinação pretendida), excluindo o motorista destas informações;
- iii) o fato de a *Uber* exigir que motoristas aceitem viagens e/ou não cancelem viagens, assegurando a eficácia desta exigência por meio da desconexão dos motoristas que violarem tais obrigações;
- iv) o fato de a *Uber* determinar a rota padrão;
- v) o fato de a *Uber* fixar a tarifa e o motorista não poder negociar um valor maior com o passageiro;
- vi) o fato de a *Uber* impor inúmeras condições aos motoristas (como escolha

limitada de veículos aceitáveis), assim como instruir motoristas sobre como fazer o seu trabalho e, de diversas maneiras, controla-los na execução dos seus deveres;

- vii) o fato de a Uber sujeitar motoristas, por meio do sistema de rating, a determinados parâmetros que ensejarão procedimentos gerenciais ou disciplinares;
- viii) o fato de a Uber determinar questões sobre descontos, muitas vezes sem sequer envolver o motorista cuja remuneração será afetada;
- ix) o fato de a Uber se reservar ao poder de alterar unilateralmente os termos contratuais em relação aos motoristas.

Muitas dessas descrições remetem a elementos caracterizadores da relação de emprego previstos na legislação brasileira e citados na doutrina – subordinação, onerosidade, não eventualidade, pessoalidade e não assunção dos riscos da atividade.

Se, como discutido anteriormente, a doutrina majoritária adota a teoria estrutural da subordinação, meios telemáticos e informatizados de comando, ainda que exclusivamente por meio de algoritmos, se equiparam a ordens diretas do empregador para fins de comando, controle e supervisão do trabalho. O elemento da subordinação é caracterizado pelo fato de que a Uber, segundo a decisão do tribunal, controla (ii), exige (iii), determina (iv), impõe (vi) e sujeita os motoristas (vii) na execução de sua atividade.

A pessoalidade fica evidente no fato de que a Uber sujeita os motoristas a um sistema de *rating* (viii), uma avaliação feita pelo próprio usuário que classifica o desempenho do motorista de 0 a 5 estrelas. Caso o motorista se classifique abaixo de um determinado parâmetro, estará sujeito a procedimentos gerenciais ou disciplinares que podem ocasionar sua exclusão do sistema. Uma leitura perspicaz nota que a Uber preza pela pessoalidade na prestação do serviço, uma vez que exige um parâmetro mínimo de conduta encontrado em determinado motorista que é determinante para sua inserção na organização capitalista. Além do mais, outra evidência da pessoalidade é que o processo de cadastramento do motorista é intransferível e direcionado à sua pessoa, não sendo permitido que outro acesse seu cadastro e preste o serviço.

O mesmo sistema de *rating* determina a não eventualidade da prestação do serviço por parte do motorista porque o próprio algoritmo do aplicativo

diminui sua avaliação quando ele deixa de dirigir por um determinado tempo, o que acarreta todas as consequências citadas acima. É, dessa forma, uma exigência por parte da Uber de que o motorista se mantenha prestando o serviço de maneira não eventual, ainda que descontinuamente.

O fato de a Uber fixar a tarifa, impedindo o motorista de negociar preço com o passageiro (v) e frequentemente determinar questões sobre descontos sem o seu envolvimento (viii), o que afeta sua remuneração, caracteriza a onerosidade da relação. O aspecto subjetivo do elemento da onerosidade afirmado pela doutrina de Maurício Godinho Delgado (2018, p.345-347) é preponderante aqui. Embora a Uber retenha uma porcentagem dos valores das corridas, o que se distancia do aspecto objetivo da onerosidade, a ingerência da empresa sobre a tarifa afeta a expectativa de remuneração do motorista, agindo no aspecto subjetivo da onerosidade. Dessa forma, gerencia a intenção do motorista na intenção de receber uma contraprestação pelos serviços prestados.

Por fim, o item (ix) dos fatos enumerados por Ana Frazão (2017, p.318-322), e descritos pelo Tribunal inglês se equipara ao elemento da não assunção dos riscos da atividade patronal encontrado na doutrina de Luciano Martinez (2012, p.176). Embora não esteja previsto no art. 3º da CLT, Martinez adicionou ao rol de elementos caracterizadores da relação de emprego a não assunção dos riscos por um raciocínio lógico de exclusão em comparação com o art. 2º da mesma lei, que considera o empregador “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” Uma vez que o Tribunal descreve que o Uber “aceita o risco da perda” no empreendimento, resta configurado sua inserção na posição alternativa em relação com o motorista.

Portanto, deve-se notar que todos esses elementos, ao se equipararem com os fatos descritos na decisão do Tribunal inglês, apontam para o fato de que, embora a Uber afirme que o contrato da prestação de serviço é firmado entre o motorista e o passageiro, sendo a empresa uma mera agenciadora, há uma contratualidade direta entre o motorista e a Uber através dos termos estabelecidos pelo aplicativo e as regras impostas pelo seu algoritmo.

6. CONCLUSÃO

Uma análise comparativa do direito brasileiro com normas e atos jurídicos de outros países permite uma visão externa sobre situações que podem ou

estão a acontecer no nosso universo social. A partir desta leitura em comparação, os diversos atores jurídicos podem encontrar uma base para analisar casos, estudar conteúdos e tomar decisões que alteram a realidade fática da nossa sociedade.

A *Uber* é um perfeito caso para isso, pois dela surge uma situação de fortes repercussões jurídicas e econômicas e marca a passagem para novas relações produtivas. As decisões que tomarmos em relação à *Uber* marcará a forma como o Direito responderá às novas tecnologias que intervêm na nossa sociedade.

A decisão britânica não utiliza um destrinchamento categórico dos requisitos da relação de emprego como o ordenamento jurídico brasileiro exige. No entanto, seu reconhecimento da materialidade de um contrato de trabalho possibilita a identificação dentro do texto jurídico dos requisitos da mesma: subordinação, pessoalidade, não eventualidade e onerosidade.

Portanto, apesar de nascer de um sistema jurídico completamente diferente do nosso, a forma como o judiciário britânico observou a relação entre o motorista e a *Uber* possibilita um norte para o reconhecimento dos elementos caracterizadores da relação de emprego, promovendo o reconhecimento de direitos trabalhistas nas ditas relações, sendo tal o objetivo finalístico do Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943*. Rio de Janeiro: 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2018.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Fatos e dados sobre a Uber*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 03 fev. 2019.
- FRAZÃO, A. A Decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber: o que temos a aprender com ela?. In: CAROLINA REIS PAES, A; ALVES RODRIGUES, B; EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR, J.,(Org.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTR, 2017. p. 318-322
- MURADAS REIS, D; DELMAESTRO CORASSA, E. Aplicativos de Transporte e Plataforma de Controle: O mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. In: CAROLINA REIS PAES, A; ALVES RODRIGUES, B; EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR, J.,(Org.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTR, 2017. p. 157-165.
- RODRIGUES BICALHO, C. A Natureza da Onerosidade no Contrato de Trabalho: um estudo preliminar sobre Uber(ização).In: CAROLINA REIS PAES, A; ALVES RODRIGUES, B; EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR, J.,(Org.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTR, 2017. p. 185-196
- TIBO BARBOSA LIMA, L. A Natureza da Relação Jurídica na Prestação de Serviço de Saúde Ofertada por Plataforma Eletrônica. In: CAROLINA REIS PAES, A; ALVES RODRIGUES, B; EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR, J.,(Org.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTR, 2017. p. 227-231.
- TÚLIO VIANA, M; BETY DE CASTRO, P. Do Cavaleiro Solitário ao juiz em Rede: tentando entender e enfrentar as novas estratégias do capital. In: CAROLINA REIS PAES, A; ALVES RODRIGUES, B; EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR, J.,(Org.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTR, 2017.p. 263-269.
- UNITED KINGDOM. *Employment Appeal Tribunal. EAT0056 17 DA – Uber – 09.11*. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a046b06e5274a0ee5a1f171/Uber_B.V._and_Others_v_Mr_Y_Aslam_and_Others_UKEAT_0056_17_DA.pdf> Acesso em: 10 de Julho de 2018.

Quem tem medo de mudanças e da liberdade sindical?

Jorge Luiz Souto Maior*

Valdete Souto Severo**

Paulo de Carvalho Yamamoto***

*Você pode até dizer
Que eu tô por fora
Ou então que eu tô inventando
Mas é você que ama o passado
E que não vê
É você que ama o passado
E que não vê
Que o novo sempre vem*

(Belchior – Como nossos país)

RESUMO: Com o fim da contribuição sindical e com a tentativa de ampliação, sem limites, da terceirização, perde sentido a noção de categoria fixada por lei e, por conseguinte, a necessidade de registro sindical, chegando-se ao ponto da liberdade sindical, tal qual preconizada nas Convenções 87 e 98 da OIT. Ainda que o registro e a unicidade tenham previsão constitucional (art. 8º), a eliminação do imposto sindical, conforme, inclusive, já corroborado pelo STF, quebra toda a lógica da existência desses dispositivos, que, assim, tendem a cair em desuso ou a serem aplicados sem uma finalidade específica. O que se tem, presentemente, é uma representatividade ampliada dos sindicatos, que supera o conceito da categorização legal e que se legitima pelo maior número de associados.

SUMÁRIO: 1. Introdução: até onde avançam os progressistas? 2. O “negociado sobre o legislado” como fantasia da redução do patamar mínimo civilizatório. 3. A historicidade da unicidade e do imposto sindical. 3.1. Origens da legalização da classe operária brasileira. 3.2 A liberdade sindical abriu as asas sobre nós. 4. Conclusão

1. INTRODUÇÃO: ATÉ ONDE AVANÇAM OS PROGRESSISTAS?

O poeta e diplomata mineiro Chico Alvim, em seu poema “Disseram na Câmara”, anota:

*Quem não estiver seriamente preocupado e
perplexo
não está bem informado*

De fato, estranhos são os nossos tempos em que a pobreza é combatida retirando-se Direitos Sociais; em que o aumento da violência social decorrente é enfrentada meramente com a ampliação do poder de repressão estatal; em que vítimas de desastres ambientais são “socorridas” com benesses para as empresas que causaram os danos. Tudo isso – e muito mais – faz parte da “nova era” que entramos, na qual, segundo se diz, a onda é a das “mudanças”.

Na tentativa de emplacar uma alteração legislativa elaborada à sorrelfa, aprovada a toque de caixa, destinada a atender, unicamente, os interesses de grandes conglomerados econômicos e que foi mal denominada “reforma”¹ trabalhista, difundiu-se a ideia de que tal lei promoveria uma “modernização das relações de trabalho”, para superar a antiquadamente fascista CLT, de 1943².

(*) Professor livre-docente de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (desde 2002); coordenador do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital – GPTC; membro da Rede Nacional de Grupos de Pesquisa em Direito do Trabalho e da Seguridade Social – RENAPEDTS; e Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região/Campinas).

(**) Juíza do Trabalho em Porto Alegre. Doutora em Direito pela USP/SP. Diretora e Professora na FEMARGS – Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS. Membro da AJD – Associação dos Juizes pela Democracia.

(***) Doutorando e Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (GPTC-USP). Advogado.

1. Em verdade, como registrado em outra oportunidade, trata-se de “Deforma” ao invés de reforma. “É surpreendente que a substituição de um único caractere – o ‘R’ pelo ‘D’ – possa causar tamanho desconforto entre os juristas, não obstante, o amor à verdade assim o exigir. O sufixo mantém-se em ambas as palavras, no caso concreto, tratamos da forma que sofre alterações. Ao reformar, temos uma alteração da forma que, mantendo sua essência, melhora sua expressão. Em sentido oposto temos a deforma que, alterando a forma da coisa, a piora a tal ponto que ameaça de extinção a essência do próprio original.” Cf. YAMAMOTO, Paulo C. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade movidas no Supremo Tribunal Federal contra a Deforma Trabalhista., in: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (coord.). *Resistência II: defesa e crítica da Justiça do Trabalho*. São Paulo: Expressão Popular, 2018, p. 341.

2. Tais ataques à legislação trabalhista não são novos. Apesar de já terem sido amplamente refutados no campo acadêmico, frequentemente retornam às manchetes como mantra neoliberal. Tanto assim que sob o curioso título de “O MITO – 70 anos da CLT: um estudo preliminar”, nosso Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital da FDUSP lançou em 2015 coletânea de trabalhos apresentados em 2013 sobre

Assim, aos que se posicionam criticamente à lei, denunciando sua ideologia neoliberal, procura-se colar a pecha de retrógrados, ao mesmo tempo em que se atribui aos defensores da “reforma” o crédito de progressistas.

Mas essa prática é reveladora e o que se tem visto é que os “progressistas e modernos” recusam a literalidade da referida lei quando seus termos, de algum modo, podem ser interpretados de modo a ampliar a proteção jurídica aos trabalhadores, como esse artigo procurará demonstrar.

2. O “NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO” COMO FANTASIA DA REDUÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO CIVILIZATÓRIO

Sabe-se bem que o resultado pretendido pelos idealizadores da Lei n. 13.467/2017 foi o de transformar os sindicatos em agentes da redução ou da supressão de direitos fundamentais mínimos. Para isso, se pretendeu mantê-los atrelados ao Estado, enquanto lhe fora retirada a fonte de subsistência. A fórmula é simples: fragilizar para impor negociações que reduzam o patamar jurídico já conquistado.

A falácia da suposta fórmula do negociado sobre o legislado não resiste ao exame do texto legal, que impõe negociação estabelecendo seus limites e “sugerindo” a retirada de direitos, como quando estabelece a possibilidade de redução, para meia hora, do intervalo mínimo de uma hora durante jornadas que excedam de seis horas consecutivas. A verdade é que em toda história republicana nacional, o negociado sempre prevaleceu sobre o legislado, já que a lei apenas e tão somente estabelece um patamar jurídico, sem o qual a própria subsistência dos trabalhadores estaria posta em risco. Em outras palavras: as empresas e os trabalhadores sempre puderam negociar condições melhores de trabalho do que o mínimo previsto na regra estatal.

Assim, o que se pretende com a Lei n. 13.467 é estimular uma prática nada nova de realização de negociações que reduzam e restrinjam direitos. Prática, aliás, bem mais antiga e que tem sido inclusive chancelada pelo Poder Judiciário Trabalhista, basta ver os textos de algumas Súmula do TST que admitem prorrogação de jornada em trabalho insalubre,

jornada de 12 horas ou banco de horas, entre tantos outros exemplos.

Mas, por óbvio, nada disso se revelou de modo explícito. Tudo se disse com meias palavras. Por isso, mesmo desejando que a negociação supressora de direitos constituísse a “regra do jogo”, prevalecendo sobre o conjunto mínimo de direitos previsto em lei, o que restou expresso foi que o negociado deveria – pasmem! – respeitar os limites que a própria lei fixou.

A má redação e a fragilidade teórica das proposições que fundamentam o texto normativo o distanciam da intenção que o legislador inconfessadamente tinha. Concretamente, o que se tem ainda é a lei dizendo o que a negociação coletiva pode ou não fazer.

Por consequência lógica, o sistema trabalhista coletivo ainda se pauta pela prevalência da lei; inclusive sobre o negociado. Aliás, os limites fixados na lei para a negociação coletiva são tantos quantos os que já se tinha antes da edição da lei “modernizadora”.

Ora, a lei expressamente (por um ato de soberba e ignorância) diz que a negociação deve respeitar os direitos constitucionais assegurados aos trabalhadores que estão, todos eles, alicerçados no princípio da progressividade, isto é, na “melhoria da condição social”, o que impede, por conseguinte, qualquer atuação negocial regressiva de direitos.

A lei também admite, expressamente, a existência do princípio da intervenção do Judiciário na avaliação dos instrumentos normativos, formalizados como resultado de negociações coletivas, sendo certo, sob este aspecto, que, embora aluda a uma “intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, não traz nenhuma novidade concreta a respeito, pois a lei, que confere direitos mínimos aos trabalhadores, sempre foi a base dessa intervenção.

A própria lei da “reforma” traz os seus limites ao negociado com relação ao tempo do intervalo, jornada, número de horas extras, etc., demonstrando, mais de uma vez, que o legislador, de fato, ou não acredita no postulado da supremacia do negociado que tentou vender midiaticamente, ou não teve a coragem de assumir isso expressamente.

Fato é que a pressa para elaboração da lei foi tão grande e a ânsia de algumas representações empresariais de tirarem o maior proveito possível da situação foi tão voraz que se acabou gerando um texto normativo que, bem ao contrário do que sequer cogitou, remete à plenitude da liberdade sindical.

a história do Direito e da Justiça do Trabalho no Brasil com o intuito de desmistificar alguns lugares comuns frequentemente difundidos por aqueles que se esforçam para destruir os Direitos Sociais no país.

Senão vejamos.

Para aniquilar o movimento sindical e favorecer as empresas em uma negociação coletiva que, como se projetava, poderia reduzir direitos trabalhistas, a lei eliminou a contribuição sindical obrigatória – e essa novidade jurídica foi, inclusive, ratificada pelo STF.

A lei, também, permitiu que qualquer atividade da empresa, mesmo a atividade dita principal, fosse transferida para outra empresa.

O argumento para essas alterações, foi, como sempre, o de que se estava dando uma resposta aos novos tempos das relações de trabalho, marcados pela revolução tecnológica e pela “maioridade” dos trabalhadores, que não precisariam mais da tutela do Estado para gerir os seus interesses.

Não vamos insistir aqui no apontamento das falácias desse argumento. Tampouco avaliaremos as inconsistências jurídicas e as contradições da lei e dos julgados do STF nesses tópicos. Nas próximas linhas, os tomaremos, sem reflexão crítica, como fatos consumados, para tratar dos seus efeitos e, com isso, avaliar se os arautos das mudanças estão mesmo dispostos a assumir o “status” do progressismo.

3. A HISTORICIDADE DA UNICIDADE E DO IMPOSTO SINDICAL

O efeito incontestado – e certamente não imaginado – da combinação desses dois esforços específicos do legislador, o de eliminar a contribuição sindical obrigatória; e a tentativa de autorizar a “terceirização da atividade-fim” (como se diz), é a eliminação da predefinição legal da categoria, fazendo com que seja remodelado, completamente, o desenho jurídico da organização sindical brasileira.

Para tanto, é preciso reconhecer a historicidade dos fenômenos sociais e dos seus consequentes institutos jurídicos.

Os autointitulados progressistas dizem defender a “reforma”, como resposta às rápidas mudanças que a economia contemporânea impõe a todos. Porém, ao fazê-lo não parecem dispostos a admitir que tampouco as coisas do passado foram imutáveis e, portanto, nem sempre foram do modo como se apresentam no presente, até porque a forma esconde a sua própria história.

O desvelamento desse histórico possibilita a percepção de que aquilo que, hoje, se apresenta como “moderno”, não passa, na verdade, de algo ainda mais antigo do que o objeto que se pretende alterar sob a acusação de ser obsoleto.

Com efeito, a “reforma” eliminou a contribuição sindical obrigatória em nome da modernidade, mas um sindicalismo sem contribuição sindical obrigatória é o que existia antes desta ser instituída. A contribuição sindical obrigatória não existiu desde sempre na história do movimento sindical que se desenvolveu no país.

3.1. Origens da legalização da classe operária brasileira

Já dizia Carlos Drummond de Andrade:

*As leis não bastam.
Os lírios não nascem da lei.*

Tal qual o poeta, também aos juristas cabe reconhecer que antes do regramento legal os sindicatos já existiam. Representam um fato social: a união de trabalhadores para lutar por melhores condições de vida e de trabalho. As primeiras organizações operárias no Brasil, “uniões e ligas operárias”, também conhecidas como “associações de resistência”, começaram a ser criadas no final do século XIX³, tendo atuação concreta na dinâmica das relações de trabalho do país, realizando grandes e intensas mobilizações sociais.

O primeiro regramento estatal a respeito se dá já em 1903, com a primeira lei sindical intervindo na formação e no modo de gestão das associações de resistência. Em 1907, ano marcado por vários movimentos paredistas, pela criação de jornais sindicais e de novos sindicatos, foi aprovada a primeira lei para expulsão dos imigrantes, considerados perigosos especialmente porque traziam consigo doutrinas e pensamentos subversivos (Lei Adolfo Gordo)⁴.

Dentre tantos movimentos paredistas da época, destaque-se a Greve Geral de 1917⁵, que foi

3. Há registro de greve dos ferroviários em 1863; dos estivadores em 1877; dos trabalhadores nas docas de Santos em 1897; e dos cocheiros e condutores da Carris em 1898. SEGATTO, José Antônio. *A formação da classe operária no Brasil*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987, p. 60.

4. No mesmo ano, foi também publicado o Decreto 1.637, que criava sociedades cooperativas e permitia a organização de sindicatos mistos, “chamados de harmonia, constituídos de empregados e patrões”. Uma greve geral pela jornada de oito horas mobilizava várias categorias: deflagrada em maio, a greve alcançava metalúrgicos, pedreiros, sapateiros, marmoristas, gráficos, tecelões, chapeleiros, trabalhadores em limpeza, madeireiros e costureiras. Estas últimas conseguiram apenas reduzir a jornada para 9h ou 9h30min de trabalho. Algumas costureiras foram presas, sob a acusação de serem “cabeças da greve”. CARONE, Edgar. *Movimento Operário no Brasil (1877-1944)*. São Paulo: DIFEL, 1979, p. 96-98.

5. “Em julho de 1917 houve greve geral em São Paulo, paralisando completamente, durante vários dias, todo o

capaz de paralisar por diversos dias toda a capital paulista.

Mas é sem dúvida a partir da década de 1930 que a intervenção estatal sobre os sindicatos se intensifica.

Em 1931, já sob o Governo Vargas, é editado o Decreto nº 19.770/31, dando um formato específico para tais uniões obreiras, qual fosse: o recém-criado sindicato oficial, que, vinculado ao Estado, tinha como objetivo extinguir e domesticar as agremiações operárias que, durante a Primeira República, foram responsáveis pela intensa mobilização social citada.

No início, a estratégia foi a de direcionar os direitos trabalhistas que, então, foram integrados a dispositivos legais, apenas para os trabalhadores que fossem associados aos sindicatos oficiais, ao mesmo tempo em que proibia que na direção desses sindicatos atuasse algum estrangeiro, em virtude de sua militância política anarquista, comunista ou socialista.

Mesmo esse Decreto, no entanto, não estabelecia *a priori* quem seriam os representados pelo sindicato, nem conferia ao sindicato uma fonte oficial de custeio.

O artigo 1º do referido diploma dispunha:

Art. 1º – Terão os seus direitos e deveres regulados pelo presente decreto, podendo defender, perante o Governo da República e por intermédio do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, os seus interesses de ordem econômica, jurídica, higiênica e cultural, todas as classes patronais e operárias, que, no território nacional, exercerem profissões idênticas, similares ou conexas, e que se organizarem em sindicatos, independentes entre si, mas subordinada a sua constituição às seguintes condições:

- a) reunião de, pelo menos, 30 associados de ambos os sexos, maiores de 18 anos;
- b) maioria, na totalidade dos associados,

movimento da cidade. Os operários de todas as fábricas exigiam aumento de salário. A adesão de diversos grupos fez com que cessasse todo o movimento citadino. Esta greve-marco foi a primeira greve geral em um Estado do Brasil. Os anarquistas dirigiram o movimento; o comércio fechou, os transportes pararam e o governo impotente não conseguiu dominar o movimento pela força. Os grevistas tomaram conta da cidade por trinta dias. Leite e carne só eram distribuídos a hospitais e, mesmo assim, com autorização da comissão de greve. O governo abandonou a capital.” LINHARES, Hermínio. Contribuição à História das Lutas Operárias no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1977, pp. 61-2.

de dois terços, no mínimo, de brasileiros natos ou naturalizados.

O requisito básico do reconhecimento era o número de associados, que deveria ser, no mínimo, de um terço dos profissionais representados, como fica claro no art. 9º:

Art. 9º – Cindida uma classe e associada em dois ou mais sindicatos, será reconhecido o que reunir dois terços da mesma classe, e, se isto não se verificar, o que reunir maior número de associados. Parágrafo único. Ante a hipótese de preexistirem uma ou mais associações de uma só classe e pretenderem adotar a forma sindical, nos termos deste decreto, far-se-á o reconhecimento, de acordo com a fórmula estabelecida neste artigo.

Atendidos os requisitos legais, os sindicatos seriam reconhecidos como tais pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC).

Art. 2º – Constituídos os sindicatos de acordo com o artigo 1º, exige-se ainda, para serem reconhecidos pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, e que adquirirem, assim, personalidade jurídica, tenham aprovados pelo Ministério os seus estatutos, acompanhados de cópia autêntica da ata de instalação e de uma relação do número de sócios com os respectivos nomes, profissão, idade, estado civil, nacionalidade, residência e lugares ou empresas onde exercerem a sua atividade profissional.

Mas o que havia, naquele instante, com relação aos sindicatos oficiais, não era uma intervenção, porque, afinal, esses sindicatos estavam sendo criados, ou, incentivados, pelo próprio Estado, e isso se fazia para afastar os sindicatos combativos, mas também para possibilitar a ampliação de sindicatos, de modo a favorecer a aplicação da nova legislação trabalhista que se implementava.

Chega-se, inclusive, a autorizar que os sindicatos se dirigissem diretamente ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, para buscar a aplicação das leis e até mesmo a criação de normas trabalhistas:

Art. 8º – Poderão, igualmente, os sindicatos pleitear perante o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio:

- a) medidas de proteção, auxílios, subvenções, para os seus institutos de assistência e de educação, já existentes ou que se venham a criar;
- b) a criação pelo Governo da República, ou por colaboração deste e dos Governos estaduais, de serviços de assistência social que, por falta de recursos, não

- puderam ser instituídos ou mantidos pelos sindicatos;
- c) a regularização de horas de trabalho em geral, e, em particular para menores, para mulheres e nas indústrias insalubres;
 - d) melhoria de salários e sua uniformização em igualdade de condições, para ambos os sexos; fixação de salários mínimos para trabalhadores urbanos e rurais;
 - e) regulamentação e fiscalização das condições higiênicas do trabalho em fábricas, em oficinas, em casas de comércio, usinas e nos campos, tendo-se em conta a localização, natureza e aparelhagem técnica das indústrias, sobretudo quando oferecerem perigo à saúde e à segurança física e mental dos trabalhadores, ou quando, tendo-se em vista o sexo a idade e a resistência orgânica dos mesmos, se lhes dificultar ou reduzir a capacidade produtiva, pelo uso de maquinismos deficientes ou inadequados, ou por má distribuição ou má divisão do trabalho;
 - f) medidas preventivas ou repressivas contra infrações de leis, decretos e regulamentos que prescreverem garantias ou direto às organizações sindicais.

Essa proteção estatal dos sindicatos oficiais pode ser visualizada na regra do art. 13, que vedava a dispensa de um trabalhador pelo fato de ter se associado a esses sindicatos:

Art. 13 – É vedada aos patrões ou empresas despedir, suspender e rebaixar de categoria, de salário ou de ordenado o operário ou empregado, pelo fato de associar-se ao sindicato de sua classe, ou por ter, no seio do mesmo sindicato, manifestado idéias ou assumido atitudes em divergência com os seus patrões.

Lembre-se, ainda, que, no geral, os direitos trabalhistas formalizados pelos Decretos de Vargas nesse período inicial dos anos 30 eram destinados exclusivamente aos trabalhadores associados aos sindicatos reconhecidos pelo Estado.

Não havia, pois, impedimento formal para a criação de sindicatos e a sindicalização era feita por profissão.

Mas, mesmo com toda a estratégia persuasiva adotada pelo governo, os sindicatos não oficiais continuaram existindo e até aumentaram sua influência, sobretudo, depois da Constituição de 1934, que garantiu a liberdade sindical.

A Carta de 1934 contribuiu para o advento de nova mobilização dos sindicatos ligados às ori-

entações políticas de esquerda, ganhando notoriedade, sobretudo, na luta contra o Integralismo, junto à Aliança Nacional Libertadora (ANL). Nas palavras de Marcelo Badaró Mattos:

O nível de agitação operária naqueles anos de 1934 a 1935 pode ser medido pela criação, em 1934, de uma Frente Única Sindical (FUS), liderada pelos comunistas, que em maio do ano seguinte realizará um congresso sindical nacional, que criará a Confederação Sindical Unitária do Brasil (CSUB)⁶.

O avanço da união proletária à margem do controle estatal assustou o meio empresarial, incentivando, assim, ao arripio da nova ordem constitucional, outro ataque institucional aos sindicatos.

O Decreto nº 24.694, de 12 de julho de 1934, passando por cima da Constituição, aumentou o cerco sobre os sindicatos, impondo, desde então, a exigência de que os sindicatos deveriam ser “órgãos de colaboração com o Estado no estudo e solução dos problemas que, direta ou indiretamente, se relacionarem com os interesses da profissão” (art. 2º, “c”).

Nessa linha, estipula que competiria aos sindicatos “cooperar, por intermédio dos seus representantes, nas comissões e tribunais de trabalho, para a solução dos dissídios entre empregados e empregadores” (art. 2º, § 2º, “b”).

Foi mantida a fórmula de uma associação por profissões “idênticas, similares ou conexas”, mas vedada-se, expressamente, aos “funcionários públicos”, a possibilidade de se sindicalizarem, não se considerando como tais “os empregados manuais, intelectuais e técnicos de empresas agrícolas, industriais e de transportes, a cargo da União, dos Estados ou dos municípios”. (art. 4º e seu parágrafo único).

Quanto aos requisitos, estabeleceu que deveria existir uma “reunião de associados, de um e outro sexo e maiores de 14 aos, que representam, no mínimo, um terço dos empregados que exerçam a mesma profissão na respectiva localidade, identificados nos termos do art. 38” (art. 5º, II, “a”).

Percebe-se, aqui, a inserção do critério da localidade, que poderia ser de abrangência municipal, intermunicipal, estadual ou nacional (art. 12)

Ainda assim não havia o requisito do sindicato único. Aliás, o Decreto garantia, expressamente, o direito dos trabalhadores de se desligarem de

6. MATTOS, Marcelo Badaró. *Trabalhadores e sindicatos no Brasil*. Rio de Janeiro: Vício de Leitura, 2002, p. 39.

um sindicato e formarem outro, desde que isso não eliminasse a existência do primeiro, caso o número desde restasse inferior ao mínimo de associados exigido (art. 11, § 2º).

Essa alteração não foi suficiente e o governo foi além. Conforme relata Marcelo Badaró:

Sob o pretexto de reprimir o levante da ANL, conhecido como 'Intentona Comunista', o governo acionou uma Lei de Segurança Nacional, que instalou o estado de exceção, ao criar mecanismos e tribunais especiais para os presos políticos. As lideranças sindicais mais combativas estavam entre os principais alvos desta legislação e seu afastamento dos sindicatos, pela cassação de direitos, prisão, ou eliminação física, foi a principal garantia da desmobilização subsequente do movimento sindical⁷.

A Lei n. 38, de 4 de abril de 1935 (a denominada "Lei monstro"), declarava a greve um delito⁸ [viii], quando realizada no funcionalismo público e nos serviços inadiáveis.

Em contrapartida, a Lei n. 62, de 5 de julho de 1935, assegurou aos empregados da indústria ou do comércio o recebimento de uma **indenização**, quando da dispensa imotivada, trazendo vários direitos e conceitos que mais tarde viriam a ser incorporados à CLT, destacando-se a **estabilidade** no emprego após dez anos de prestação de serviços (art. 10), que antes era destinada apenas aos trabalhadores atingidos pela Lei Eloy Chaves ou por normas da Previdência Social. Mas conferiu a possibilidade ao empregador de impor uma **redução de salários** aos seus empregados, diante da existência de reais prejuízos devidamente comprovados (art. 11).

Além disso, na Constituição de 1937, a greve foi declarada recurso antissocial nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional. E o Decreto-Lei nº 431, de

18 de maio de 1938, considerava crime tanto a promoção da greve quanto a simples participação no movimento grevista.

É nesse contexto que se cria, **em 05 de julho de 1939, a Lei Orgânica da Sindicalização Profissional (Decreto-Lei n. 1.402/39)**, pela qual se explicita o objetivo de controlar a atividade sindical, conforme constava até mesmo da exposição de motivos da lei:

"Com a instituição desse registro, toda a vida das associações profissionais passará a gravitar em torno do Ministério do Trabalho: nele nascerão, com ele crescerão; ao lado dele se desenvolverão; nele se extinguirão."

O artigo 1º impõe que:

Art. 1º – É lícita a associação, para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses profissionais, de todos os que, como empregadores, empregados ou trabalhadores por conta própria, intelectuais, técnicos ou manuais, exerçam a mesma profissão, ou profissões similares ou conexas.

Essa vinculação ao Estado, no entanto, tem uma consequência, que é a de permitir ao sindicato **"impor contribuições a todos aqueles que participam das profissões ou categorias representadas"** (art. 3º, "f").

E é exatamente para possibilitar esse alcance da obrigatoriedade de vinculação e de "contribuição" que surge a noção de categoria, inexistente nos regramentos anteriores.

Ou seja, a contribuição obrigatória (ainda sem a denominação "imposto sindical") só surge na vida sindical em 1939, no momento em que o sindicato foi consagrado um prolongamento do Estado e a noção de categoria está vinculada a essa ideologia.

Enquanto *longa manus* do Estado, o sindicato oficial assume deveres expressos, dentre os quais: "colaborar com os poderes públicos no desenvolvimento da solidariedade das profissões" (art. 4º, "a"), "manter serviços de assistência judiciária para os associados (art. 4º, "c"); **"fundar** e manter escolas, especialmente de aprendizagem, hospitais e outras instituições de assistência social" (art. 4º, "d"); e "promover a conciliação nos dissídios de trabalho" (art. 4º, "e").

Ainda assim, para se formar um sindicato seria necessário possuir, como associados, um terço dos que exercem a profissão" (art. 5º, "a").

Esse Decreto-Lei deixa claro que não seria **reconhecido mais de um sindicato para cada**

7. MATTOS, Marcelo Badaró. *Trabalhadores e sindicatos no Brasil*. Rio de Janeiro: Vício de Leitura, 2002, p. 40.

8. Interessante notar que o primeiro doutrinador jus-trabalhista brasileiro, Evaristo de Moraes, em obra de 1905 – portanto, anterior ao Governo Vargas – registra que a redação original que entrou em vigor do Código Penal de 1890 previa tipo específico para "Seduzir ou aliciar operários e trabalhadores para deixarem os estabelecimentos em que forem empregados, sob promessa de recompensa ou ameaça de algum mal" (art. 205) e para "Causar ou provocar cessação ou suspensão de trabalho, para impor aos operários ou patrões aumento ou diminuição de serviço ou salário" (art. 206). Porém, segundo o autor, após intensa mobilização operária, tais dispositivos foram rapidamente revogados. p.58-9.

profissão (art. 6º) e que os sindicatos teriam uma “base territorial” (art. 7º).

A noção de categoria é expressamente tratada no art. 8º, mas, até então, se deixava aos próprios sindicatos fixarem, em seus estatutos, os limites da categoria “profissional representada” (art. 8º, § 1º, “b”).

Dentro desse contexto de um sindicato oficial único para uma categoria profissional dentro de uma mesma base territorial, estipulam-se critérios para se conferir (pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio) investidura sindical a uma associação profissional, estando dentre eles o “número de sócios”, “os serviços sociais fundados e mantidos” e “o valor do patrimônio” (art. 9º, “a”, “b” e “c”).

Como condição para o funcionamento do sindicato estava a “abstenção de qualquer propaganda de doutrinas incompatíveis com as instituições e os interesses da Nação, bem como de candidaturas a cargos eletivos estranhos ao sindicato” (art. 10, “a”).

O Decreto-Lei em questão proibia, expressamente, que fossem dirigentes sindicais “os que professarem ideologias incompatíveis com as instituições ou os interesses da Nação; e “os que tiverem má conduta, devidamente comprovada” (art. 19, “a” e “e”).

Como contrapartidas, estipulam-se garantia de emprego para o dirigente sindical (art. 33) e multas administrativas ao empregador que “despedir, suspender ou rebaixar de categoria o empregado, ou lhe reduzir o salário, para impedir que o mesmo se associe a sindicato, organize associação sindical ou exerça os direitos inerentes à condição de sindicalizado”, sem prejuízo de reparação por dano que o empregado tiver direito (art. 34).

Além disso, assegura-se aos “empregados sindicalizados preferência, em igualdade de condições, para a admissão nos trabalhos de empresas que explorem serviços públicos ou mantenham contratos com os poderes públicos” (art. 35).

No aspecto do financiamento, estabelece-se a obrigação dos empregadores de descontarem “**na folha de pagamento dos seus empregados as contribuições por estes devidas ao sindicato**”. (art. 36)

Além da contribuição obrigatória, estipulada nos estatutos, prevê-se, também, a possibilidade da fixação de uma contribuição fixada nos próprios estatutos ou por assembleia (art. 38, “a” e “b”).

Um ano depois, em **8 de julho de 1940, por meio do Decreto-Lei n. 2.377**, o governo aumenta

seu controle sobre a atuação sindical, tratando, expressamente, a contribuição obrigatória como “imposto sindical” e fixando o seu valor, conforme consignado logo no artigo 1º:

Art. 1º – As contribuições devidas aos sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais representadas pelas referidas entidades, consoante as alíneas *a* do art. 38 e *f* do art. 3º do decreto-lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939, serão, sob a denominação de “imposto sindical”, pagas e arrecadadas pela forma estabelecida neste decreto-lei.

Resta evidenciado, inclusive, que “o imposto sindical é devido, por todos aqueles que participem de uma determinada **categoria** econômica ou profissional, em favor da associação profissional legalmente reconhecida como sindicato representativo da mesma categoria” (art. 2º).

Nos termos do artigo 3º, “o imposto sindical será pago de uma só vez, anualmente, e consistirá: a) na importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, para os empregados, qualquer que seja a forma da referida remuneração”.

Mantém-se a fórmula de atribuir aos empregadores a obrigação de “descontar na folha de pagamento de seus empregados, relativa ao mês de março de cada ano, o imposto sindical por estes devido aos respectivos sindicatos” (art. 4º).

Estabelece-se, ainda, que “da importância anual da arrecadação do imposto sindical será deduzida, em favor das associações profissionais de grau superior, a percentagem de 20 % (vinte por cento)” (art. 15).

Para conferir eficácia a essa qualificação jurídica de imposto sindical e assumindo de vez a intenção de manter sobre total controle a atividade sindical, o governo edita, logo no dia seguinte, em 9 de julho de 1940, o Decreto-lei n. 2.381, que traz o **quadro das atividades e profissões**, para o Registro das Associações Profissionais e o enquadramento sindical.

Assim, a categoria não seria mais definida pelos estatutos dos sindicatos, vez que delimitada pelo próprio Estado.

Eis aqui o ponto central da questão. O imposto sindical é antecessor histórico, mas também lógico, da categoria. A noção de categoria é imposta sob a égide do sindicato único como instrumento que dá operacionalidade ao imposto sindical. Imposto, categoria (pré-estabelecida legalmente), regis-

tro)⁹ e unicidade sindical são facetas do mesmo fenômeno jurídico-político: o sindicato oficial.

Em 10 de fevereiro de 1941, por meio do Decreto-Lei n. 3.037, passa-se a exigir o pagamento de taxas para expedição de cartas de reconhecimento sindical.

E, em 1943, na CLT, o que se fez foi apenas manter o nível de intervenção no sindicato que se atingiu com as sucessivas alterações normativas e esclarecer algumas definições.

Associação por “profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas” (art. 511), com a introdução do elemento “similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica” (§ 2º, art. 511) e da noção de “categoria profissional diferenciada”, que seria a “que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares” (§ 3º, art. 511).

Dentre as prerrogativas dos sindicatos se mantém a de “impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas” (art. 513, “e”) e quanto aos deveres, os de “colaborar com os poderes públicos no desenvolvimento da solidariedade social”; “manter serviços de assistência judiciária para os associados” e “promover a conciliação nos dissídios de trabalho” (art. 514, “a” a “c”).

Não se eliminou, também, o requisito de associação de pelo menos “um terço dos que integrem a mesma categoria ou exerçam a mesma profissão liberal se se tratar de associação de empregados” (art. 515, “a”).

Outro pilar do sistema, a unicidade sindical, manteve-se no art. 516: “Não será reconhecido mais de um sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial”.

E, como critério para obtenção de investidura sindical, preservou-se a fórmula de o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, considerar, entre outros, “o número de associados”, os “serviços

sociais fundados e mantidos” e “o valor do patrimônio” (art. 519). Dispositivo, que, aliás, até hoje está previsto na CLT, sem qualquer alteração.

Também se conservou, como condição de funcionamento, a “abstenção de qualquer propaganda de doutrinas incompatíveis com as instituições e os interesses da Nação, bem como de candidaturas a cargos eletivos estranhos ao sindicato” (art. 521, “a”), assim como a proibição de se elegerem dirigentes sindicais, os trabalhadores que “professarem ideologias incompatíveis com as instituições ou os interesses da Nação” (art. 530, “a”) e os que “tiverem má conduta, devidamente comprovada” (art. 530, “e”).

Na linha das contrapartidas foram preservadas a garantia do empregado eleito para carga de administração sindical e representação profissional de não poder, por motivo de serviço, ser impedido do exercício das suas funções, nem transferido sem causa justificada (art. 543) e a punição do empregador que “despedir, suspender ou rebaixar de categoria o empregado, ou lhe reduzir o salário, para impedir que o mesmo se associe a sindicato, organize associação sindical ou exerça os direitos inerentes à condição de sindicalizado” (§ 3º, do art. 543). Tal punição continua vigente (§ 6º do art. 543, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967).

Também se manteve a previsão de assegurar “aos empregados sindicalizados preferência, em igualdade de condições, para a admissão nos trabalhos de empresas que explorem serviços públicos ou mantenham contratos com os poderes públicos” (art. 544). Essas garantias, aliás, foram ampliadas dada pelo Decreto-Lei nº 229/67.

Igualmente, perdurou a obrigação aos empregadores de descontarem “na folha de pagamento dos seus empregados as contribuições por estes devidas ao sindicato, uma vez que tenham sido notificados por este”, acrescentando que quanto ao “imposto sindical” nenhuma formalidade seria necessária para o cumprimento da obrigação (art. 545). Esse dispositivo somente foi alterado, agora, em 2017, com a edição da Lei n. 13.467.

O enquadramento sindical foi tratado em Capítulo específico (arts. 570 a 577), com a manutenção do quadro de atividades e profissões (art. 577).

O imposto sindical, da mesma forma, recebeu tratamento diferenciado, em Capítulo próprio (arts. 578 a 610), no qual não apenas se fixou valores e fórmulas de cobrança, vinculando todos os integrantes da categoria, como também a destinação de 20%

9. O tema do registro sindical, sua função política e sua evolução normativa e jurisprudencial no pós-88 foi abordado em YAMAMOTO, Paulo C. *Trabalhadores unidos, Direito em ação: crítica da legalização da classe operária brasileira sob o sindicalismo de Estado pós-88*. 2016. 304 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

dos valores arrecadados pelo Banco do Brasil ao “Fundo Social Sindical” (art. 590), “gerido e aplicado pela Comissão do Imposto Sindical em objetivos que atendam aos interesses gerais da organização sindical nacional” (art. 594), constituída nos moldes do art. 595, com representantes do Estado, dos empregadores, dos empregados e outros segmentos da sociedade civil.

Essa Comissão foi extinta em 1964 pela Lei nº 4.589, de 11 de dezembro de 1964. A mesma lei extinguiu o “Fundo Social Sindical” e criou a Conta Especial Emprego e Salário, que foi, em verdade, uma forma de apropriação, para o Estado, de 20% do imposto sindical, que era devido, vale lembrar, não apenas por empregados e empregadores, mas também por trabalhadores autônomos e liberais, mesmo não organizados em sindicatos (art. 586), sendo que na inexistência de organização sindical, ainda que de grau superior, a integralidade do imposto recolhido iria para o Fundo e, a partir de dezembro de 1964, para a referida Conta Especial.

Nos termos dessa lei, o montante destinado à Conta Especial foi utilizado, em 1965, “exclusivamente nas despesas de instalação e funcionamento dos órgãos criados ou transformados pela presente Lei, no pagamento do pessoal transferido dos seus cargos em comissão e funções gratificadas”, no âmbito do Ministério do Trabalho e Previdência Social (art. 18).

A partir de 1966, o valor em questão foi direcionado ao Tesouro Nacional e foi integrado “ao orçamento do Ministério do Trabalho e Previdência social, como reforço de suas verbas ordinárias” (art. 19). Tal destinação se manteve vigente até 2017.

A CLT ainda previa como o imposto deveria ser gasto pelos sindicatos (art. 592). Disposição que resta compatível com a ideia de um sindicato oficial, vinculado e representante dos interesses estatais.

3.2. A liberdade sindical abriu as asas sobre nós

Resta claro, portanto, que o imposto sindical foi uma fórmula para atrelar o sindicato ao Estado, mantendo sob controle a mobilização social dos trabalhadores.

A supressão do imposto sindical, que estava na base de toda essa regulação, faz ruir completamente a sua edificação. Não é possível, ainda mais sob o argumento de que a implementação dessas mudanças se deu para afastar a concepção corporativista da CLT, manter em vigor os institutos complementares ao imposto sindical.

Vale lembrar que antes da criação do imposto sindical, como demonstrado acima, não se falava em categoria determinada pelo Estado e o registro sindical não era impeditivo para constituição de mais de um sindicato na mesma localidade, ainda que o permissivo da negociação estivesse restrito a apenas um, o qual não era definido, como se acabou afirmando na doutrina e na jurisprudência (sem apoio de nenhuma norma legal jamais existente), segundo os critérios da anterioridade ou da especificidade. O poder negocial era conferido ao “mais representativo”, entendendo-se como tal o que tivesse o maior “número de associados”, oferecesse mais “serviços sociais fundados e mantidos” e possuísse o maior “patrimônio”, conforme estabelece, ainda hoje, o artigo 519 da CLT.

Essa conclusão se reforça quando consideramos que o legislador atual também abriu mão dos pressupostos da vinculação social e profissional, ou, mais propriamente, da “similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica”, para efeito da configuração de uma categoria profissional, na medida em que de certo modo admite a existência de sociedade empresarial que, mesmo sem atividade econômica própria, a não ser a de oferecer força de trabalho a outra empresa, figure como empregadora para o exercício de qualquer tipo de profissão.

Ampliando as possibilidades de exploração do trabalho pelo capital, o Estado também abriu mão de um controle mais amplo sobre a produção e a organização do mundo do trabalho e esse efeito, que conduz à liberdade sindical, não pode ser negado pelos elaboradores e defensores da lei da “reforma” porque a liberdade sindical é bandeira primária da “modernização” das relações de trabalho.

O atrelamento dos sindicatos ao Estado foi uma solução dada pelo Estado Novo, para manter sob controle as agremiações de trabalhadores mais combativas e sufocar a democracia.

No discurso dos defensores da “modernização” representada pela Lei n. 13.467/17, notadamente com o fim do imposto sindical, aparece insistente referência à necessidade de superação da lógica fascista que, segundo dizem, orientou a edição de parte da legislação trabalhista. Bem sabemos que a CLT, uma compilação de leis pré-existentes, não tem a origem fascista que lhe atribuem, mas se há nela algo desconectado com uma compreensão democrática de convívio social é justamente o atrelamento que impôs dos sindicatos ao Estado.

Esse atrelamento, cujo objetivo é a asfixia da força contestadora da classe trabalhadora organizada, constitui um sistema, um modo de regular e conceber as instituições: sindicato, categoria profissional, imposto sindical. O fim do imposto sindical, portanto, significa o fim desse sistema de atrelamento asfixiante e leva consigo, por força, o conceito de categoria profissional e de unicidade sindical.

4. CONCLUSÃO

A breve incursão histórica acerca dos conceitos de categoria profissional, sindicato e imposto sindical revela que tais conceitos estão intimamente conectados. Não há como manter a mesma lógica na realidade jurídica atual, pois a contrapartida principal conferida pelo Estado aos sindicatos para o atrelamento, que lhe foi imposto, era justamente a contribuição sindical obrigatória.

Mantido o controle sem essa contrapartida o que se teria seria uma afronta à organização sindical que nunca se viu em toda a história do Brasil, nem mesmo nos períodos assumidamente ditatoriais: de 1937 a 1945; e de 1964 a 1985.

Assim, dentro dos padrões jurídicos determinados pela suposta modernização das relações de trabalho trazida pela Lei nº 13.467/17, os trabalhadores poderão se organizar livremente em sindicatos, sem qualquer parâmetro obrigatório de categorização, bastando a identidade de interesses e a liberdade do trabalhador de se associar a um sindicato.

Perde sentido, igualmente, o requisito do registro sindical, a não ser para o mero efeito de arquivo de informação, o que, inclusive, torna ineficaz a estratégia de conduzir as atividades relativas ao registro sindical ao Ministério da Justiça, mediante controle de um ex-delegado da Polícia Federal.

Ainda assim, seria uma forma de interferência indevida na organização sindical, porque o Brasil ratificou, desde 1952, a Convenção 98 da OIT, segundo a qual a participação do Estado na organização sindical só se justifica para garantir que os sindicatos sejam livremente constituídos e para que possam atuar.

Além disso, a Convenção 87 da OIT, embora não ratificada pelo Brasil, figura como uma das convenções fundamentais eleitas em 1998 e elencadas na **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**¹⁰ que deve ser observada pelos países membros, independentemente de

ratificação. Segundo essa convenção, “os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas” (art. 2º).

A compreensão de que se tem como necessariamente superado o conceito de categoria profissional nos moldes pré-fixados na CLT, em decorrência do fim do imposto sindical e, portanto, do sistema que legitimava tal conceito, implica a construção de novas bases para o convívio coletivo da classe trabalhadora.

É possível cogitar, portanto, a legitimidade de negociação da empresa com o sindicato que for mais representativo, isto é, aquele que tenha maior número de associados entre os que atuam na empresa. Ou ainda, se a negociação for realizada com entidade patronal que represente mais de uma empresa, com o sindicato que, igualmente, possua maior número de associados entre todos, atendido o requisito delimitador da base territorial mínima do município (art. 8º, II, da CF).

É também razoável compreender que apenas os associados, dos quais é possível cobrar contribuição, serão atingidos pelos efeitos da negociação, ainda mais diante de uma lei que tentou permitir a negociação “in pejus”. Por outro lado, nada impede, que os sindicatos, por seus estatutos ou assembleias, fixem contribuições também para os não associados pela conclusão de instrumentos normativos que lhe tragam ganhos efetivos.

E quando se fala em associação a partir da representatividade pelo número de associados o que se está dizendo, concretamente, é que pouco importa a eventual classificação que o trabalhador adquira em determinada unidade produtiva, comercial, financeira, administrativa, ou o modo como será denominado (terceirizado, estagiário, efetivo ou temporário).

O conceito de categoria profissional, doravante, será definido, portanto, pela própria classe trabalhadora organizada, e poderá abranger inclusive os aposentados, os desempregados, pessoas que em linha de princípio, na configuração atual, não poderiam ser abrangidas pela representatividade sindical.

Enfim, o efeito extraído da opção pelo fim da contribuição sindical obrigatória, nos termos fixados na Lei n. 13.467/17, é o de se abrir o campo para

10. https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf, acesso em 09/1/2019.

um novo conceito de categoria profissional, que permita à classe trabalhadora, sem as amarras do Estado, reforçar o seu poder negocial perante o capital, nos precisos termos da Constituição de 1988 e das Convenções 87 e 98 da OIT.

Outro efeito, igualmente necessário à garantia do estabelecimento das condições mínimas à negociação coletiva, é o da eliminação da intervenção judicial na deliberação dos trabalhadores em torno de quais interesses por meio da greve pretendem defender e do modo como irão realizá-la, valendo

lembrar que a ordem jurídica é voltada a garantir o exercício da greve e não a inviabilizá-la, como definido pelo Supremo Tribunal Federal, no MI 712, em consonância, aliás, com o art. 9º da Constituição Federal.

Diante dessas proposições, deixamos, então, a pergunta: quem tem efetivamente medo de mudanças e da liberdade sindical?

São Paulo, 21 de fevereiro de 2019.

A autonomia do direito do trabalho no Estado Democrático de Direito

Lucyenne Veiga*

RESUMO: O Direito do trabalho no Brasil vem passando por profundas e sérias mudanças que ameaçam a sua existência. Através deste artigo, pretende-se demonstrar, com uma análise legal, histórica, social e política, que não há fundamentos para que se retire os direitos dos trabalhadores, colocando em risco a autonomia do Direito do Trabalho, haja vista não ser a legislação laboral a responsável pela crise econômica e/ou baixa produtividade das empresas, argumento utilizado pelo mercado e pelos legisladores. A autonomia do Direito do Trabalho não pode ser contestada, exatamente por conter feição protecionista, não tendo perdido sua razão de ser, mas ao contrário, continua a justificar-se em razão a sua essência: a tutela do direito dos trabalhadores. A proteção da dignidade do ser humano e o respeito a direitos fundamentais incumbe ao Estado Democrático.

PALAVRAS-CHAVE: direito do trabalho; autonomia; flexibilização; democracia.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Impactos da Lei 13.467/2017 à luz da Constituição Federal; 2. A função social do Direito do Trabalho; 3. A vulnerabilidade dos trabalhadores: desproteção social; 4. Falsos paradigmas; 5. A CLT: uma inimiga a ser eliminada; Considerações finais; Referências.

*Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres,
entre senhor e servo, é a liberdade
que oprime e a lei que liberta*¹

INTRODUÇÃO

A legislação laboral no Brasil há muito tempo vem sofrendo sérias alterações estruturais em favor do empregador, ao argumento de que seria a responsável pela deficiência da produtividade das

empresas em razão de sua rigidez e mesmo que a sua função social perdeu sua finalidade².

A Lei que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, foi resultado de Projeto aprovado pelo Congresso Nacional em regime de urgência, sancionado pelo Presidente Michel Temer em julho de 2017 e modificou diversos dispositivos legais, relacionados tanto ao direito material como processual.

As reformas propostas e implementadas até aqui, em verdade, culminaram por aumentar a desigualdade econômica e social. Ao contrário do quanto propagado pela proposta neoliberal, o grande capital está cada vez mais regulado e organizado, promovendo reformas encobertas de protecionismo.

Não obstante a importância da autonomia do Direito do Trabalho e a sua função de pacificação social, a “Reforma Trabalhista” foi o corolário de um movimento que surgiu em diversos Países, inclusive no Brasil, desde os anos 1990, quando se iniciou o movimento com o objetivo de desregulamentar o Direito do Trabalho através de um discurso econômico³ sobre a obsolescência das leis trabalhistas e a necessidade de reformas fiscais e previdenciárias, num cenário já de precariedade e de intensa desigualdade social.

As transformações ocorridas no mundo do trabalho a partir de então, com ideias neoliberais, passaram a orientar as políticas econômicas e sociais brasileiras, contribuindo para o agravamento da questão social, notadamente em face do aumento de empresas prestadores de serviços, muitas sem

(*) Juíza Titular da 36ª Vara do Trabalho de Salvador, Bahia, Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSal, cursando Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Segurança Social promovido pelo Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2018/2019.

1. Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit. Henri Dominique Lacordaire – Conférences de Notre-Dame de Paris, Henri Lacordaire, éd. Sagnier et Bray, 1848, p. 246. (Origem: Wikiquote, coletânea de citações livre).

2. O capitalismo neoliberal precarizou as relações de trabalho, eliminando as conquistas sociais. A fragmentação do trabalho levou a uma fragmentação organizacional e à perda do poder político/ideológico (LIMA, 2004; p. 10 e 11).

3. É na década de 1990 que o toyotismo se generaliza. Uma década que se abre com uma epidemia de competitividade e se desenvolve contaminada por uma epidemia de qualidade, desencadeando um terceiro momento em que se completa o modelo japonês aplicado nas empresas brasileiras, agora sustentado centralmente na implementação dos programas de qualidade total e na propagação indiscriminada da terceirização para todas as atividades e todos os setores da economia. (DRUCK, FRANCO; 2007, p. 99).

idoneidade, o que, por si só, já precariza os contratos de trabalho. A precarização das relações de emprego ganhou força desde então, acentuando as problemáticas já existentes⁴.

Todavia, a especificidade do direito laboral faz com que o Contrato de Trabalho esteja, como nenhum outro, constitucionalmente condicionado. A dignidade humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal do Brasil, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e objetiva a valorização do ser humano, pois é o primeiro dos valores e, portanto, não pode ser desprezado em nome da economia e da rentabilidade das empresas.

Não se pode entender o Direito do Trabalho sem relacioná-lo ao *valor da dignidade da pessoa humana, sentido da ordem jurídica num Estado Democrático de Direito*.

1. IMPACTOS DA LEI 13.467/2017 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A chamada “Reforma Trabalhista” realizada no Brasil, resultado da promulgação da Lei 13.467/2017, foi aprovada pelo Plenário em regime de urgência para a tramitação do projeto PLC 38/2017, impossibilitando, assim, sua discussão em rito normal, deixando de ser analisadas as suas repercussões, impossibilitando debates e alcance das modificações, gerando contrariedades.

Com efeito, foram alterados/inseridos dispositivos, notadamente aqueles relativos à gratuidade judiciária, à condenação em honorários advocatícios e à litigância de má-fé (artigos 790, 791-A e 793, alíneas a), b) e c)), limites para a quantificação de danos materiais, além de alterações em relação a novas formas de trabalho, ampliação de terceirização, férias, jornada, remuneração, plano de carreira, contribuição sindical, dentre outras.

Todavia, alguns dispositivos da citada Lei são incompatíveis com a Constituição Federal e devem ser interpretados de acordo com o sistema jurídico vigente.

Vale citar como exemplo, a recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Tribunal este que reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei 13.467, de 13/07/2017, que autoriza o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, por ser incompatível com a CF ao afrontar o princípio da dignidade da pessoa (art.1º, III), bem como todos os direitos sociais estatuídos no artigo 7º da CF, notadamente no que se refere à expressão “desde que não tenha obtido em Juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa (parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT, redação da Lei 13.467 de 13/07/2017).

Em voto de relatoria, a Desembargadora Beatriz Renck, ex-presidente da Corte, considerou que “impor limites e/ou condições ao benefício da gratuidade da justiça implicaria reconhecer-se a possibilidade de supressão de via por meio da qual o trabalhador dispõe para buscar a garantia dos seus direitos fundamentais”⁵, manifestando-se no sentido de que os princípios fundamentais estabelecidos constitucionalmente não podem ser contrariados por legislação ordinária.

Não obstante, na prática, estes novos dispositivos legais acabaram por impedir o acesso à Justiça do Trabalho, reduzindo drasticamente o número de ações trabalhistas ajuizadas em 2018, fato público, o que demonstra a clara violação do direito de livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido e pressuposto da existência do Estado de Direito.

De acordo com o pensamento do Professor José João Abrantes, em relação às chamadas “reformas trabalhistas”, foi criado um “novo” direito do trabalho, valorizando o contrato individual sob um viés liberal, cujo objetivo não é mais a segurança no emprego, mas sim a manutenção do próprio emprego e a competitividade entre as empresas, com a diminuição dos custos do trabalho às custas da supressão do direito dos trabalhadores, retornando-se à plena autonomia da vontade, com o enfraquecimento dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores, desconstruindo a função social do Direito do Trabalho⁶.

4. “O neoliberalismo colheu uma importante vitória no terreno da cultura e da ideologia ao convencer amplíssimos setores da sociedade capitalista – e a quase totalidade de suas elites políticas – de que não existe outra alternativa. Seu êxito neste campo foi completo. Não só impôs seu programa, mas também, inclusive, mudou para proveito seu o sentido das palavras. O vocábulo “Reforma”, por exemplo, que antes da era neoliberal tinha uma conotação positiva e progressista – e que, fiel a uma concepção iluminista, remetia a transformações sociais e econômicas orientadas para uma sociedade mais igualitária, democrática e humana – foi apropriado e “reconvertido” pelos ideólogos do neoliberalismo num significante que alude a processos e transformações sociais de claro sinal involutivo e antedemocrático”. (BORON, 1999, p. 12).

5. Processo N. 0020024-05.2018.5.04.0124 (ROPS), disponível em: www.revisaotrabalhista.net.br/ 2018 /12/3/trt-rs.

6. *Estudos do Direito do Trabalho*, Abrantes, José João, 2018, p. 11.

Não há dúvida de que a *ratio* da Lei 13.467 de 13/07/2017, com viés neoliberal, é vedar ao trabalhador o acesso à Justiça, o que vem claramente ocorrendo. Operou-se o esvaziamento da Justiça do Trabalho para que, assim, justifique-se a sua extinção.

Nesse sentido, afirmam Antero Arantes Martins e Christina de Almeida Pedreira⁷, a dificuldade ou impossibilidade de provocar o Estado para solução de um conflito, significa, em última análise, uma permissão ou incentivo para a violação do ordenamento jurídico. Significa dizer que prevalecerá a vontade do mais forte (no nosso caso, economicamente mais forte) sobre a vontade do mais fraco, ainda que a lei estabeleça uma conduta diversa”.⁸

2. A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho surgiu como ramo autônomo, dissociando-se do Direito Civil, exatamente em razão da desigualdade na relação entre os patrões e os trabalhadores. Com efeito, há uma diferença considerável na natureza dos motivos que levam um e outro a contratar, fazendo-se necessário imprimir uma feição legal protecionista, haja vista que os trabalhadores não possuem as mesmas oportunidades para estipular as cláusulas contratuais e/ou exigir o seu cumprimento em face do poder econômico e social do empregador, uma vez que necessita alienar sua força de trabalho para o seu sustento e o dos seus familiares.

Levando-se em conta a sua função social, subsiste a necessidade de que a legislação laboral permaneça com a sua essência garantidora desses direitos, pois, do contrário, ocorrerá um enorme retrocesso social, inadmissível inclusive a nível Constitucional.

O Direito do Trabalho consiste num limite econômico em que o indivíduo, cidadão e trabalhador, ocupa o lugar central, porque “ao cabo e ao resto, não há eficácia produtiva sem promoção do mundo do trabalho, sem reconhecimento de suas aspirações e dos seus direitos. Porque não há liberdade de empresa, sem liberdade na empresa”⁹.

Com efeito, a história do Direito do Trabalho foi progredindo a medida em que se tornou necessária a proteção jurídica dos trabalhadores, superando-se o entendimento de que seria apenas uma troca entre pessoas livres e juridicamente iguais, do Século XIX (Code Napoléon¹⁰), exatamente porque o trabalhador, necessitando sobreviver, apenas pode aceitar as condições fixadas pelo empregador, economicamente mais forte.

Ao longo da história, exatamente por necessidade do capital, houve o surgimento de grande massa de trabalhadores, que aos poucos foram se organizando, passando a travar lutas operárias em razão da intensa exploração, obrigando a ordem jurídica a legislar para protegê-los, estabelecendo a limitação ao tempo de trabalho, o descanso semanal, as férias, dentre outros direitos.

Com o desenvolvimento do capital houve, assim, a necessidade do intervencionismo estatal e a autonomização deste novo ramo do direito, posto que o direito civil não tratava dessa questão social, em decorrência, justamente, da sua “insensibilidade social”. A função social da lei, portanto, limita o campo de atuação daqueles que usam do princípio da igualdade como meio para a maximização de lucros, possibilitando aos lesados a busca pela justiça econômica e social advinda do negócio jurídico.

Subsiste a importância da função social do contrato de trabalho, principalmente porque, à luz do preceito constitucional, não deve ser submetido ao princípio da autonomia da vontade – o qual se funda na liberdade contratual entre as partes, consistindo no poder de estipular livremente, mediante um acordo de vontades, à disciplina dos seus interesses, um dos princípios clássicos do direito civil.

Assim, considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana é um fundamento da República, que prevê ainda a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos, deve nortear todo o ordenamento jurídico. O Direito do Trabalho não pode ser jamais relativizado, sob pena de ameaça direta ao Estado Democrático de Direito.

Assim manifestou-se o STF¹¹:

7. *Reflexões sobre a Reforma Trabalhista*, 2017, p. 15.

8. Artigo 1º. da Constituição Federal: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Artigo 5º (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito.

9. Michel ROCARD, (então Primeiro Ministro Francês) – *Le Monde*, 12/10/88, citado por Abrantes, José João, *Estudos do Direito do Trabalho*, edição AAFDL, 2018, p. 19.

10. Code Civil Des Français/21 de março de 1804

11. HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466.

[...] o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo [...].

Em complemento, a função social do Direito do Trabalho é promover a garantia desses direitos, pois o trabalho confere um valor essencial à dignidade humana, direito fundamental do qual se compõe o contrato de trabalho. É esse legado histórico, duramente conquistado, que se encontra fortemente ameaçado.

A relação de trabalho constitui-se como uma relação de “poder-sujeição”. As partes não se encontram em pé de igualdade – havendo um desequilíbrio entre os poderes patronais e dos trabalhadores, já que não dispõe, o trabalhador, de poderes para o estabelecimento de cláusulas negociais e a consequente exigência do seu cumprimento.

Esta condição é exatamente o que conferiu a autonomia ao Direito do Trabalho, historicamente afastado dos dogmas contratualistas a fim de proteger a parte economicamente mais fraca, promovendo uma “desigualdade jurídica” em favor do trabalhador, uma vez que ligado à pessoa deste, pois envolve as suas energias físicas e intelectuais, sendo, portanto, diretamente relacionado ao seu direito de personalidade e dignidade.

A autonomia do Direito do Trabalho está, portanto, relacionada com as especificidades da relação laboral, mantendo certas características das relações sinalagmáticas onerosas, mas sem que possa ser entendida tão-somente como uma relação de troca trabalho-salário. Trata-se de um contrato *sui generis*, haja vista o desequilíbrio entre os poderes que as partes detém, seja em relação às cláusulas negociais, seja quanto ao seu cumprimento, havendo possibilidade concreta de abuso de poder por parte do empregador, necessitando, assim, de tutela específica.

Neste sentido, leciona ainda o Professor José João Abrantes: “A feição proteccionista e as características próprias deste ramo do Direito continuam, com efeito, a ter justificação, porque os pressupostos de promoção de igualdade material e protecção do contraente débil que estiveram na sua gênese, ainda hoje se mantém”.¹²

A tutela dos Direitos Trabalhistas, portanto, deve continuar a ser a função essencial do Direito do Trabalho, sem a qual este último não existiria como Direito Autônomo.

Neste sentido, pode-se afirmar que “Esses poderes só devem ser exercidos com o respeito aos respectivos limites legais e constitucionais – limites legais e constitucionais aos direitos de propriedade e de empresa, à autonomia da vontade e à liberdade contratual. Hoje, ao contrário do que era a concepção liberal, não só a liberdade constitucionalmente tutelada não se reduz a esses valores, como, antes, eles é que são funcionalizados pela Lei Fundamental ao projecto económico e social nela desenhado, projecto assente na dignidade da pessoa humana, verdadeira pedra angular da unidade do sistema jurídico, que tem a sua principal concretização no respeito pelos direitos fundamentais”.¹³

3. A VULNERABILIDADE DOS TRABALHADORES: DESPROTEÇÃO SOCIAL

Aprofundando a precariedade do mundo do trabalho no Brasil, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, extinguiu, em 01 de janeiro de 2019 – dia de sua posse – o Ministério do Trabalho, embora este órgão, criado em 1930, tivesse como competências a determinação de políticas para a geração de emprego e renda, a protecção do trabalhador e, sobretudo, a fiscalização da segurança e saúde no trabalho, num País onde, apenas em 2018, fora identificado por este Ministério 1.246 situações de trabalho sujeito à exploração abusiva¹⁴, sem falar na exploração do trabalho infantil, ainda uma triste realidade. As ações de fiscalizações foram enfraquecidas.

Com efeito, para além das reformas drásticas já perpetradas, a extinção do Ministério do Trabalho, a possibilidade de terceirização em todas as atividades, a PEC 300, que prevê outras alterações, como a redução do prazo para interposição da ação de 2 anos para três meses e a prescrição parcial de 5 anos para 2 anos, agora cogita-se a extinção da Justiça do Trabalho, ideia também defendida pelo Presidente da República em entrevista à rede de Televisão SBT já em 03/01/2019.

Lamentavelmente, além dos políticos, alguns membros do próprio Judiciário Trabalhista são de-

12. In. Estudos do Direito do Trabalho, Ed. AAFDL, 2018, p. 14.

13. Abrantes, José João, Estudos do Direito do Trabalho, edição AAFDL, 2018, p. 24.

14. Dados disponíveis em www.nacoesunidas.org.

fensores da chamada “Reforma Trabalhista” e agora aceitam a extinção da Justiça do Trabalho, ao argumento de que, assim como em determinados Países, no Brasil as demandas trabalhistas também deveriam seguir na Justiça Comum.

Entretanto, a adoção de tais medidas e/ou intenções, para além daquelas já perpetradas, acabam por esvaziar o Direito do Trabalho, colocando em risco o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a legislação Trabalhista, bem como a Jurisprudência, há muito vêm admitindo a flexibilização das relações de emprego e, em consequência, a sua precarização, através, por exemplo, da flexibilização do contrato temporário, da utilização expansiva do banco de horas, do contrato em tempo parcial, etc. Ainda assim, entendendo não ter sido suficiente, a partir de um discurso hegemônico de “abuso” por parte dos trabalhadores quanto ao número de ações e pedidos, tenta-se cada vez mais desqualificar a Justiça do Trabalho.

Observa-se que o trabalhador, muitas vezes por não ter acesso a documentos ou testemunhas, perde a ação por falta de capacidade de prova.

Como também ressaltado por Antero Arantes Martins e Christina de Almeida Pedreira, *in*. Reflexões sobre a Reforma Trabalhista¹⁵, “em qualquer processo judicial podem existir abusos, tanto por parte do autor quanto ao exercício do direito de ação, quanto por parte do réu, no exercício do direito de defesa, sendo que, em nosso ordenamento jurídico, a boa-fé se presume e a má-fé tem que ser demonstrada, não podendo a Lei penalizar todos os trabalhadores porque alguns agem de má-fé”, ressaltando que o instituto da litigância de má-fé (artigos 79 a 81 do CPC) sempre foi aplicável ao processo trabalhista.

Continuam os autores no sentido de que: “(...) Não se pode confundir improbidade com pobreza, e nem se pode punir o pobre honesto por conta da conduta de qualquer desonesto, rico ou pobre. Elevar o grau de dificuldade para acessar o Poder Judiciário com maior custo da ação, a fim de intimidar aquele que pretende legalmente discutir uma violação ao seu direito por conta de eventuais excessos praticados seria punir a todos pela conduta de alguns”¹⁶.

Assim, todo o retrocesso social que vem sendo perpetrado através de medidas que suprimem e/ou alteram a legislação trabalhista, notadamente as

dificuldades de acesso à Justiça em busca de direitos que lhes foram sonogados, deixa o trabalhador à mercê da volatilidade do mercado, configura, pois deixa de desempenhar o Estado o seu papel que é o de garantir estes direitos.

4. FALSOS PARADIGMAS

Os defensores da Reforma Trabalhista, e agora da extinção da Justiça do Trabalho no Brasil, insistem em invocar o Direito Trabalhista vigente em outros Países, esquecendo-se que estes Países viveram grandes períodos de estado de bem-estar social, designadamente entre as décadas de 1970 e 1980, enquanto o Brasil vivia sob o regime militar, cujo chamado “milagre econômico”, ocorrido entre 1969 e 1973 com algum crescimento da economia, não gerou qualquer distribuição de renda. Houve em verdade, ao contrário, um incremento da desigualdade social no Brasil, em decorrência da alta concentração de renda. Com efeito, o legado dos militares demonstra que, ao deixarem o poder em 1984, a dívida externa representava 54% do PIB, quatro vezes maior do que em 1964. Não é demais ressaltar que a alta da inflação – entre dezembro de 1983 e dezembro de 1984 – chegou a 215,26%¹⁷.

No mesmo período, nos Países desenvolvidos, especialmente os Europeus, vivenciava-se o estado de bem-estar social, também chamado de Estado-Providência ou Estado Social – forma de organização política e econômica, onde o Estado regula a vida e a saúde social, política e econômica, garantindo serviços públicos, distribuição de renda, ampliação do conceito de cidadania, ao contrário do que defendido pelos governos totalitários.

Outro País que se tem pretendido utilizar como paradigma, os Estados Unidos, não pode ser minimamente comparado com o Brasil. Embora exista de fato, uma legislação trabalhista flexível neste País, lá existem sindicatos fortes que celebram milionários acordos coletivos, em regra cumpridos pelas empresas.

Na verdade, os altos valores pagos a título de indenizações trabalhistas naquele País faz com que os direitos trabalhistas sejam respeitados. Vale ressaltar que, a exemplo de outros países anglo-saxônicos, os EUA utilizam o sistema da *Common Law* em todos os ramos do direito e possuem tão-somente leis esparsas, utilizando-se de majoritariamente de precedentes judiciais.

15. Vide p. 125.

16. Vide p. 116.

17. Fonte: atlas.fgv.br.

Observe-se ainda, que na Europa, de fato, em razão da crise financeira de 2008, em alguns países como Portugal, Espanha, Itália e França, foram impostas reformas trabalhistas pelo Fundo Monetário Internacional, calcada exclusivamente no pensamento econômico com o objetivo de reduzir custos.

Todavia, embora tenha havido efetivamente redução/flexibilização de direitos em diversos Países, argumento utilizado por quem defende no Brasil a flexibilização máxima da legislação trabalhista, nestes Países, a exemplo de Portugal – o 4o País mais seguro do mundo¹⁸ – o Direito do Trabalho está constitucionalmente garantido¹⁹, restando preservado o princípio da proteção ao trabalhador, com a proibição da despedida sem justa causa, a jornada de trabalho de 8 horas diárias e a previsão de 40 horas de trabalho semanal (artigo 203o, 1, Código do Trabalho Português), podendo os instrumentos coletivos fixar limites mais baixos.

A Constituição Portuguesa considera o Direito do Trabalho como questão central e, portanto, exclui a prevalência das necessidades econômicas sobre este Direito, tal como abordado por Guilherme Dray²⁰.

Todavia, grande parte da sociedade brasileira, ao tomar conhecimento da qualidade de vida dos cidadãos destes países, como segurança, mobilidade urbana, condições de moradia e saúde, de forma risível atribuem tais condições ao destino, naturalizando a pobreza existente no Brasil ou até mesmo culpando a índole do povo brasileiro pela crise social, econômica e política.

Trata-se do conceito denominado pelo sociólogo Jessé de Souza de “culturalismo racista”, que no livro *A Elite do Atraso*, Ed. Leya, 2017, p. 19, constata que:

[...] Isso ajuda as camadas dominantes dos países centrais a legitimar o seu próprio sistema social para o seu “povo”, que

não deve reclamar do seu sistema, posto que seria superior aos outros. E ajuda as mesmas camadas superiores internacionalmente, já que é mais fácil expropriar riquezas de povos que se acham mesmo inferiores e desonestos.

Nesta perspectiva, conclui: “O racismo culturalista passa a ser uma dimensão não refletida do comportamento social, seja na relação entre os povos, seja na relação entre as classes de um mesmo país”.

Este sentimento é reforçado através de um alegado conflito entre “Estado corrupto e Mercado virtuoso” e que serve para justificar diferenças sociais entre Países desenvolvidos e não desenvolvidos, justificando, ainda, a venda de empresas estatais a estrangeiros”.

Vale observar que o Brasil, há menos de 10 anos, ocupou a sexta posição no ranking das maiores economias do mundo²¹, além de ser considerado a maior reserva hidrológica do planeta, possuindo ainda reservas de petróleo e pré-sal, fatos públicos e que demonstram o seu grande potencial.

Paradoxalmente, segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Brasil passou a ocupar a 9a pior posição em 2018 em desigualdade de renda, em um conjunto de 189 Países. O valor do salário-mínimo no Brasil hoje está entre US\$ 257/277, enquanto em julho de 1995 correspondia a US\$ 69,42²², o que demonstra que não basta a um País possuir riquezas sem Justiça Social, pois não se justifica esta brutal desigualdade de renda existente no Brasil.

5. A CLT: UMA INIMIGA A SER ELIMINADA

Aqui cabe uma digressão acerca do Regime Político Brasileiro: ao contrário do que vem sendo divulgado por muitos políticos, notadamente por aqueles que defendem a extinção da Justiça do Trabalho, sob a justificativa de que a legislação trabalhista “penaliza” o empregador, o Brasil jamais viveu sob um regime comunista.

Tal argumento é um sofisma, um argumento com o objetivo de produzir a ilusão da verdade, mas deliberadamente enganosa: criou-se um inimigo interno inexistente, a ser combatido – ação de viés totalitário – convencendo eleitores incautos de que

18. Dados em www.nacoesunidas.org.

19. Constituição da República Portuguesa, Capítulo III – Direito, liberdades e garantias dos trabalhadores – Segurança no Emprego, Artigo 53: “É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos e ideológicos”.

20. Entrevista disponível em www.trt4.jus.br do Professor na Faculdade de Direito na Universidade de Lisboa, atuou como Chefe de Gabinete do Primeiro Ministro do XVIII Governo Constitucional de Portugal, entre os anos de 2009 e 2011. Autor de diversas obras jurídicas especializadas, como “O Princípio da Proteção do Trabalhador”, “Direitos de Personalidade”, “O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho” e “Código do Trabalho Anotado”, em coautoria, todos pela editora Almedina.

21. Dados disponíveis em g1.globo.com.

22. Dados disponíveis em www.fenae.org.br>portal>dieese.

existem estes inimigos “demonizados”, que supostamente devem ser eliminados – desviando assim a atenção da sociedade, ao tempo em que adotam medidas antidemocráticas, dentre elas alterações e supressões de normas trabalhistas.

Com efeito, Justiça Social não é sinônimo de comunismo, ideologicamente falando, mas sim inerente ao Estado Democrático de Direito. Vivemos num sistema econômico capitalista, sistema dominante no mundo ocidental, dividido em classes sociais, baseado na propriedade privada, meios de produção e sua operação com fins lucrativos, tudo previsto constitucionalmente.

Nesse sentido, os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; III – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil é capitalista, a Consolidação das Leis Trabalhistas, que consistiu na unificação da legislação trabalhista existente à época de sua criação, também é capitalista. Portanto, os pobres não deixarão de ser pobres. A classe média continuará a financiar os seus bens e viagens. O rico continuará a enriquecer, inexistindo qualquer risco iminente dessa ordem jurídica ser subvertida.

A Social-Democracia tão-somente possibilita que o Estado realize intervenções sociais a fim de promover a Justiça Social, dentro de um sistema capitalista, com a adoção de políticas que envolvam o bem-estar social e a dignidade humana de todos. Portanto, para que se alcance a Justiça Social – baseada na igualdade de direitos e solidariedade coletiva – não se pode fragilizar nem retirar o direito dos trabalhadores, que não constituem qualquer ameaça ao Capital.

Neste contexto, não há dúvida de que o capital tem que ser preservado, sendo justo que se procurem formas para o incremento da produtividade. O que não corresponde à noção de justiça, é que esse mesmo objetivo minimize a importância da legislação trabalhista e, por consequência, impute ao trabalhador os problemas econômicos, suprimindo a feição protecionista do Direito Laboral.²³

Entretanto, o que vem ocorrendo de fato é que a intenção de reduzir os “custos” das empresas, sob a justificativa de aumento de competitividade, tem sido exatamente à custa da supressão e/ou atenuação de garantias trabalhistas, direitos anteriormente intangíveis.

À legislação laboral vem sendo imputados os problemas econômicos desde que se optou por defender que a rentabilidade/produtividade devem prevalecer sobre tais direitos. Tal discurso vem responsabilizando a legislação do trabalho pela crise econômica, esquecendo-se de que é inerente ao regime capitalista enfrentar crises periódicas e cíclicas por diversas razões, não tendo o trabalhador qualquer participação ativa nesse fato.

A flexibilização, portanto, acaba por ser tão-somente uma prerrogativa concedida às empresas, que leva à precarização do emprego, à adaptabilidade do tempo do trabalho, dentre outras consequências que acabam por atingir a dignidade humana, uma vez proposto o reforço dos poderes do capital em detrimento dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores.²⁴

A Flexibilização extrema da legislação do Trabalho entra em conflito com a Constituição no que se refere ao direito dos trabalhadores e à função social da legislação trabalhista. Com efeito, o trabalhador não pode ser considerado um mero “custo”, haja vista que faz parte do processo capital x trabalho, sem o qual o capital não sobreviveria.

Uma legislação flexível, baseada tão-somente na redução dos “custos” em benefício da competitividade das empresas, põe em causa, assim, a própria essência do Direito do Trabalho, o qual dever permanecer com a sua função social, mesmo no “Direito do Trabalho *hodierno*”, preservando o direito à cidadania e dignidade de quem trabalha.

Apesar do incremento da produtividade/competitividade das empresas ser importante, não se pode considerar a legislação laboral responsável pela crise econômica, sem que se leve em consideração que o modelo capitalista de tempos em tempos esgota-se, tendo que ser reinventado, o sendo, desta feita, a partir do já precarizado vínculo empregatício a partir da redução de direitos sociais.

23. O Direito do Trabalho nasceu porque a igualdade entre o empregador e o trabalhador não passava de uma ficção. O facto de o trabalhador aparecer como a parte mais fraca e a possibilidade real de o empregador abusar dos poderes que o próprio quadro contratual lhe confere justificaram desde cedo a intervenção do legislador no domínio das condições de trabalho e estiveram na génese deste ramo

do Direito do Trabalho enquanto segmento do ordenamento jurídico de fortíssima feição proteccionista. (Abrantes, José João, Estudos do Direito do Trabalho, edição AAFDL, 2018, p. 15).

24. Sobre o tema, v. Abrantes, José João, Estudos do Direito do Trabalho, edição AAFDL, 2018, p. 12.

Nesse sentido, a maximização de lucros não deve prevalecer sobre o direito dos trabalhadores, submetendo-os aos valores estritamente patrimoniais.

O Trabalhador tem direito à cidadania civil, política, econômica, social e cultural, porque, “não há eficácia produtiva sem promoção no mundo do trabalho, sem reconhecimento das suas aspirações e dos seus direitos. Porque não há liberdade de empresa sem liberdade na empresa, pois, sem respeito aos direitos dos trabalhadores, não há motivação.”²⁵

Portanto, ao admitir-se a flexibilização máxima do Direito do Trabalho, e até mesmo voltando a inseri-lo no âmbito do Direito Civil, deixando de existir como Direito autônomo, significa dizer que haveria um retrocesso social inaceitável, inconstitucional, já que o valor do trabalho e a função social do Direito do Trabalho deixariam de ser protegidos – função do Estado Democrático de Direito – que tem o dever de zelar pela liberdade e dignidade do trabalhador em face dos fortes poderes econômicos que representam uma ameaça constante a esses direitos.

Claro está que o único beneficiário de toda a flexibilização perpetrada nos últimos tempos é o capital, que, ao que parece, ainda não está satisfeito: quer mais.

Com efeito, não se pode admitir que uma política econômica lastreada no individualismo e na lealdade ao dogma do Mercado, seja a reguladora das relações de trabalho.

Vale observar, que o princípio da dignidade humana não é mero “princípio padrão” que deve figurar em Constituições, mas sim que deve ser elevado a princípio base de qualquer Estado Democrático de Direito.

Não se pode esquecer que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A extinção da Justiça do Trabalho, e, quiçá, a revogação de outros dispositivos legais da CLT, significariam, em última análise, a extinção da proteção do trabalhador, suprimindo-lhe garantias

fundamentais, absolutamente em desacordo com a realidade, já que os trabalhadores brasileiros vivem, há muito tempo, em situação de precariedade crescente. Está em risco a Justiça e a Paz Social.

A ameaça real de extinção da Justiça do Trabalho e todo o retrocesso social que ela representa, é parte de um contexto maior, que demonstra o quão frágil ainda é a Democracia brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, o que se constata é que, ao contrário do que se poderia pensar, no Brasil, o processo de redemocratização não se consolidou plenamente. Como consequência, foram eleitos – com votos inclusive de minorias por eles desqualificadas – políticos que publicamente desprezam os Direitos Humanos²⁶, a legislação laboral, incentivam a violência, tudo com anuência, mesmo o apoio de parte da sociedade civil.

A Justiça do Trabalho está prevista no artigo 92 da Constituição da República, não podendo ser suprimida pelo Presidente da República, a menos que se admita que, via emenda à Constituição exista também a possibilidade de extinção do Supremo Tribunal Federal, o que seria absolutamente imponderável.

Entretanto, ainda que assim não ocorra, a aprovação de leis que cada vez mais impeçam o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho, acabará por extingui-la por “inanição”.

A Democracia no Brasil está em risco. A Constituição está em desconstrução. Os sinais são evidentes. Democracias, mesmo as estabelecidas, colapsam. Regimes democráticos enfraquecem-se de modo “legal”, através de governantes que demonstram pouco ou nenhum compromisso com direitos constitucionais e normas democráticas.

Há governos que agem para “subverter” a democracia, com a adoção de discursos de combate à

25. Vide: *Contrat de travail*, cit v. Abrantes, José João, Estudos do Direito do Trabalho, edição AAFDL, 2018.

26. Direitos humanos são *direitos e liberdades básicas*, considerados fundamentais para dignidade. Devem ser garantidos a todos os cidadãos, de qualquer parte do mundo e sem qualquer tipo de discriminação, como cor, religião, nacionalidade, gênero, orientação sexual e política, ou seja condições mínimas para uma vida com dignidade. A Organização das Nações Unidas estabelece que os direitos humanos são garantias de proteção das pessoas contra ações ou falta de ações dos governos que possam colocar em risco a dignidade humana. São direitos humanos básicos: direito à vida, à liberdade de expressão de opinião e de religião, direito à saúde, à educação e ao trabalho.

corrupção, de imprimir mais eficiência ao Poder Judiciário, dentre outros argumentos, tudo sob a forma da Lei. Exemplos no mundo não faltam²⁷.

Precisamos ficar atentos. É necessário que tenhamos pensamento crítico, conhecimento histórico/geopolítico e, sobretudo consciência e sensibilidade social. Contudo, também é necessário, para que a democracia brasileira se consolide, e isso só será possível se estiver inserida no funcionamento do próprio Estado. Não haverá paz social e verdadeiro desenvolvimento econômico sem Justiça Social.

Neste sentido constata Steven, L e Daniel Z (2018, p.17):

Como não há um momento único – nenhum golpe, declaração de lei marcial ou suspensão da Constituição – em que o regime obviamente “ultrapassa o limite” para a Ditadura, nada é capaz de disparar os dispositivos de alarme da sociedade. Aqueles que denunciam os abusos do governo podem ser descartados como exagerados ou falsos alarmistas. A erosão da Democracia é, para muitos, quase imperceptível.²⁸

É preciso que fiquemos atentos. Vivemos tempos sombrios, mas também tempos de união e resistência. É preciso defender a autonomia do Direito do

Trabalho. A Justiça do Trabalho. Defender o Estado Democrático de Direito.

“Ninguém solta a mão de ninguém”.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, José João Estudos de Direito do Trabalho, Lisboa: AAFDL, 2018.
- BORON, A, Estado, capitalismo e democracia na América Latina, 1999.
- Constituição da República Portuguesa: Porto Editora, 2017.
- Código do Trabalho Português, Almedina, 2016.
- DRUCK, G; FRANCO, T (organizadores), Perda da razão social do trabalho, Boitempo, 2007.
- LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel, Como as Democracias Morrem, Zahar, 2018.
- LIMA, E, Toyota: A inspiração japonesa e os caminhos do consentimento, 2004.
- MARTINS, Antero Arantes, PEDREIRA, Christina de Almeida – Reflexões sobre a Reforma Trabalhista. São Paulo: Scortecci, 2017.
- SOUZA, Jessé José Freire, A Elite do Atraso – Rio de Janeiro: Leya, 2017.

Lisboa, Janeiro de 2019.

27. “O último aviso é uma tendência a restringir liberdade civis de rivais e críticos. Uma coisa que distingue autocratas de líderes *democráticos* contemporâneos é a sua intolerância à crítica e a disposição de usar seu poder para punir aqueles que – na oposição, na mídia ou na sociedade civil – venham a criticá-los”. *How Democracies Die* – Como as Democracias Morrem, Levitsky, Steven e Ziblatt Daniel, Zahar/Copyright, 2018, p. 69.

28. Ver *How Democracies Die* – Como as Democracias Morrem, Levitsky, Steven e Ziblatt Daniel, Zahar/Copyright, 2018.

A proteção ao direito de não sofrer discriminação laboral no sistema jurídico brasileiro e as mudanças geradas pela Reforma Trabalhista

Monique Fernandes Santos Matos*

RESUMO: O presente estudo examina a proteção conferida ao direito a não ser discriminado no trabalho pelo sistema jurídico brasileiro, as mudanças geradas pela reforma trabalhista e alguns de seus efeitos. A finalidade principal da pesquisa é destacar as linhas gerais da proteção normativa do direito à não discriminação laboral no Brasil, apontando as tendências de alterações surgidas com a Lei n. 13.467, de 13.07.2017. Os métodos e as técnicas de pesquisa firmaram-se na revisão bibliográfica de textos normativos, bem como de obras doutrinárias sobre a teoria jurídica e filosófica e, pontualmente, de dados estatísticos e da jurisprudência dos tribunais especializados. Defende-se que a flexibilização de direitos proposta pela reforma trabalhista brasileira contraria, em variados e numerosos aspectos, as normas constitucionais de proteção ao direito a não sofrer discriminação. O estudo demonstrou que, neste particular, o sistema nacional de proteção, reforçado pelo advento da Constituição Federal de 1988 e suas normas assecuratórias de direitos sociais, bem como da jurisprudência que lhe seguiu, encontra-se ameaçado pelo potencial precarizador das novas normas.

DIREITO à não discriminação laboral; sistema nacional de proteção e controle; reforma trabalhista; precarização das relações de trabalho

SUMÁRIO: 1. Introdução: A proteção normativa contra a discriminação no trabalho; 2. A situação atual do padrão normativo nacional e alguns de seus efeitos; 3. Considerações finais; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO: A PROTEÇÃO NORMATIVA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

Assim como nas áreas da vida dos seres humanos, o trabalho não é território livre da discriminação, a qual ocorre com frequência nos ambientes

produtivos, à medida em que certas características ou circunstâncias pessoais, injustificadamente, são consideradas e influenciam na seleção, tratamento conferido durante a relação de trabalho, ou motivos e modos de extinção contratual. Considerado como parte indissociável do conteúdo essencial do direito ao trabalho decente¹, o direito a não sofrer discriminação no trabalho também foi normatizado pelo Direito positivo brasileiro, de modo coerente com o padrão estabelecido internacionalmente.

A questão da discriminação no ambiente laboral está diretamente relacionada ao exercício das liberdades individuais pelos trabalhadores no contexto da empresa ou durante o trabalho, o que podemos denominar de “liberdades no trabalho”². Esta compreende um paradoxo em seus termos, pois o exercício de liberdades individuais, como a liberdade de expressão, o direito de ir e vir, dentre outros, é contrário à subordinação jurídica do trabalhador ao tomador de serviços – característica marcante do contrato de emprego – e que pode lhe exigir certas restrições³.

(*) Doutoranda em Direito Internacional no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (2015-2019). Mestra em Direito das Relações internacionais no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (2013-2014). Professora Substituta na Faculdade de Direito da UFBA, e professora convidada na EJD5, EMATRA5 e cursos de pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho. Autora de livros e artigos jurídicos. Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª. Região.

1. Sobre o conceito do trabalho decente, conferir: ANKER, Richard; CHERNYSHEV, Igor; EGGER, Philippe; MEHRAN, Farhad; RITTER, Joseph. *Measuring Decent Work with Statistical Indicators*. Genebra: International Labour Office, 2002. GHAI, Dharam. *Decente work: Concepts, models and indicators*. Genebra: International Institute for Labour Studies, 2002. GHAI, Dharam. *Decente work: Concept and indicators*. International Labour Review, Vol. 142 (2003), No. 2, p. 113-145.
2. A expressão “liberdades no trabalho” é de autoria de Alain Supiot, que faz uma análise detalhada do exercício das liberdades individuais e coletivas dos trabalhadores na relação de trabalho. SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: Quadrige, 2011, p. 164-165. Tradução livre da autora.
3. Tais restrições, contudo, raramente são notadas pelos estudiosos das liberdades individuais, e seu estudo fica praticamente restrito a abordagens baseadas na óptica do direito do trabalho, sendo de todo conveniente a ampliação de estudos interdisciplinares. Dentre as restrições possíveis à liberdades de expressão, exemplificativamente, costuma-se fazer menção, na doutrina e jurisprudência internacionais, ao direito à vida privada, à proteção de sentimentos religiosos, à proteção de interesses gerais como a Moral, a ordem pública e a segurança nacional (PREUSS-LAUSSINOTTE, Sylvia. *La liberté d'expression*. Paris. Ellipses Édition, 2014, p. 65-70). Tradução livre da autora.

Desse modo, já se denota que nem sempre será livre de conflitos a aceitação, no ambiente laboral, de atitudes, opiniões, crenças políticas ou ideológicas, práticas religiosas, costumes, ou manifestações culturais, a revelar as particularidades e a própria identidade pessoal do trabalhador. Esta dificuldade inicial, devida em certa medida ao exercício do poder diretivo pelo tomador de serviços, é incrementada com toda sorte de preconceitos presentes nas sociedades, formando um contexto desfavorável que transborda em discriminações no ambiente laboral.

Cabe, de pronto, esclarecer em que sentido empregamos as expressões “discriminação”, “preconceito” e algumas de suas derivações, como “racismo” e “atos discriminatórios”, a fim de possibilitar a adequada compreensão das ideias a serem demonstradas neste estudo.

A discriminação é um comportamento que prejudica certa pessoa ou grupo de pessoas em razão da consideração negativa a respeito de algum atributo, real ou imaginado, da sua personalidade, como raça, sexo, preferência sexual, idade, origem ou nacionalidade, dentre muitos outros critérios arbitrários. Assim, podemos falar em discriminação racial, de gênero, etc., acrescentando-lhe o adjetivo que melhor expresse o critério arbitrariamente considerado pelo agente discriminador.

A discriminação em matéria de emprego e profissão, segundo definição da Convenção n. 111 da OIT, refere-se a “qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou na ocupação.”

Podemos classificar também a discriminação, conforme suas razões de existir sejam exteriorizadas ou não, em discriminação direta, no primeiro caso, e indireta, no segundo. Por certo que a ocorrência de hipóteses de discriminação indireta é consideravelmente mais frequente, pois a pressão social e jurídica impelem, na maioria dos casos, o agressor a ocultar ou camuflar a real intenção ou a razão da prática de atos discriminatórios. Nada obstante, não é raro a prática de discriminação direta, em determinados ambientes, por pessoas ou grupos que optam por sustentar publicamente posições contrárias a outras pessoas ou grupos que julgam ser indesejáveis ou prejudiciais aos demais⁴.

Uma forma bastante intrigante do fenômeno é a denominada auto discriminação, quando a própria pessoa prejudicada pela discriminação é quem abriga a consideração negativa a seu respeito. Ou seja, a pessoa é agente e alvo da discriminação, simultaneamente. Pode parecer contraditório, e de fato é, mas a estrutura social geradora de preconceitos pode ser tão “eficiente” a ponto de incutir a falsa noção de negatividade nas próprias vítimas, que passam a reproduzi-los internamente e em seu meio social.

O preconceito, por sua vez, é a ideia, sem fundamento racional ou científico, que embasa a consideração negativa a respeito de algum atributo da personalidade do alvo da discriminação, seja ele um indivíduo, grupo ou instituição social. São falsas compreensões do mundo e das pessoas, herdadas culturalmente e passadas de geração a geração, com grande influência nas conformações sociais, em todas as suas dimensões, públicas ou privadas. Por meio destas ideias, características negativas e estigmatizantes são atribuídas de modo imediato e sem análise das graves consequências daí advindas.

O racismo, nesta ordem de ideias, é uma forma específica de preconceito, o preconceito racial, que atribui à suposta raça ou cor da pele de uma determinada pessoa a causa de supostamente apresentar características ou comportamentos indesejáveis ou inadequados. Sua origem está na falsa crença em uma superioridade de determinados grupos humanos devido a fatores de ordem biológica, genética e hereditária, normalmente atribuindo a uma suposta “raça ariana” as mais desejáveis características humanas, as quais tenderiam a estar ausentes nas demais.

Por seu turno, os atos discriminatórios são ações concretamente praticadas em um contexto de discriminação, em prejuízo das vítimas do preconceito, seja de que origem for. Podem se configurar por meio de violência física ou verbal, gestos,

concepções políticas ou religiosas, que abertamente enfrentam-se em uma disputa pelo poder e controle social, como é o caso atual de boa parte dos Países Árabes, muitos em guerra civil devido ao embate entre organizações terroristas e outros grupos políticos. Mas também podem ocorrer discriminações diretas em Países que vivem, do ponto vista formal e jurídico, sob regimes democráticos, como o Brasil, mas ainda existem resistências consideráveis na sociedade em respeitar determinadas opções pessoais muito ou pouco frequentes no meio social. É o que ocorre, atualmente, com os brasileiros transexuais, que são explicitamente criticados por tal condição por muitas pessoas, por organizações religiosas, e são rejeitados na maioria dos ambientes de trabalho.

4. Tal situação é bastante frequente, em especial, em sociedades marcadas por conflitos entre grupos de diferentes

palavras, olhares, e até por atos omissivos, como ocorre, por exemplo, quando algum trabalhador é preterido, na contratação, por ser negro ou jovem ou idoso, ou mulher, etc.

Assim, normalmente endereçados a pessoas enquadradas em grupos sociais mais vulneráveis, ou às deominadas minorias, os atos discriminatórios atingem, com considerável frequência, dentre muitos outros: mulheres, adolescentes, negros, pardos, índios, pessoas com orientação homoafetiva, pessoas com algum tipo de deficiência física e mental, pessoas com doenças estigmatizantes, imigrantes, etc.

Não obstante a extensão desta enumeração, o rol das prováveis vítimas da discriminação no trabalho não se esgota nesta ou em qualquer outra listagem, pois as mudanças nos valores e comportamentos socialmente aceitos pela maioria das pessoas faz com que o foco das atenções, e das discriminações, seja constantemente deslocado para novos alvos.

Assim, também as pessoas com obesidade ou sobrepeso; aparência física fora dos padrões de beleza vigentes; formação familiar diversa dos padrões comuns na sociedade; orientação ideológica contrastante com a dominante, transgêneros, portadores do vírus HIV; ou outros que se distanciem, em qualquer aspecto visível externamente e destoante dos comportamentos tidos como corretos ou aceitáveis; podem todas elas ser alvo fácil para as discriminações.

Ainda merecem destaque as hipóteses de discriminação dupla, múltipla, ou de acúmulo de discriminação, notada quando um indivíduo ou grupo deles são expostos a mais de uma forma de discriminação por razões de cunho pessoal, de seu pertencimento a um grupo, ou de sua situação econômica ou social. É o caso, por exemplo, das mulheres que são discriminadas, simultaneamente, por integrarem o gênero feminino e porque pertencem a grupos minoritários, com as refugiadas, as negras ou as indígenas⁵. Para estes casos, medidas ainda mais especiais

e efetivas de proteção contra atos discriminatórios são necessárias⁶.

A matéria interessa a todos, portanto, pois nunca se sabe quem se tornará a próxima vítima de discriminação, e porque atinge duramente a vida, a auto estima, a saúde física, mental e psicológica dos trabalhadores, de modo que os danos atingem também aos colegas de trabalho, às famílias, e à sociedade como um todo. Em outras palavras, para além da vítima direta da discriminação, toda a humanidade é atingida pela indignidade do tratamento discriminatório dirigido a seus membros.

Dada a tal extensão que a questão da discriminação em matéria de emprego e ocupação possui, diversos sistemas de proteção ocupam-se, diuturnamente, em combater sua indesejável permanência no meio social. Assim, esta configura, por exemplo, um dos quatro temas trabalhistas considerados fundamentais pela OIT e inerentes ao trabalho decente, devido à sua intrínseca ligação com os direitos humanos, e com a prevalência dos direitos à igualdade e dignidade da pessoa humana no meio laboral.

E também pode ser notada em lugar destacado nos arcabouços normativos dos sistemas internacional onusiano, regionais europeu, interamericano e africano, bem como em sistemas nacionais, que formam uma rede de proteção normativa densa e eficaz de proteção contra a discriminação laboral, garantindo, senão a sua extinção, ao menos a justiciabilidade deste direito como meio de obter justa reparação por sua violação.

2. A SITUAÇÃO ATUAL DO PADRÃO NORMATIVO NACIONAL E ALGUNS DE SEUS EFEITOS

Em linhas gerais, podemos afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro é rico em normas que

5. Analisando um exemplo da realidade brasileira, Carlos Alberto Reis de Paula explica, com base em pesquisa divulgada em junho de 2004 pelo IBGE, que: "Se a pessoa for negra e mulher, a desigualdade é dupla. As mulheres negras e pardas, segundo o IBGE, estão no degrau mais baixo da pirâmide salarial brasileira, com rendimento por hora de trabalho de R\$ 2,78. Acima delas estão os homens negros e pardos (R\$ 3,45), as mulheres brancas (R\$ 5,69) e, por último, os homens brancos (R\$ 7,16)." (REIS DE PAULA, Carlos Alberto. *Discriminação nas relações de trabalho*. In: PAIXÃO, Cristiano, RODRIGUES, Douglas Alencar. CALDAS,

Roberto Figueiredo (coords.). *Os novos horizontes do direito do trabalho: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira*. São Paulo: LTr, 2005, p. 180).

6. Na prática, tais medidas especiais podem configurar diretrizes políticas, disposições legislativas ou regulamentares, programas de assistência social, destinação de recursos, tratamentos preferenciais, e contingenciamento de cotas destinadas a favorecer a integração de certas pessoas ou grupos desfavorecidos em estabelecimentos de trabalho e de ensino privados, e a serem aplicados por empresas, associações ou instituições privadas. (GOUTTES, Regis de. *Les "doubles discriminations" ou le cumul de discriminations dans l'accès aux droits de l'homme: l'approche du problème par les Nations Unies*. In: DECAUX, Emmanuel. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Alice (orgs.). *La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme*. Paris: Éditions A. Pedone, 2009, p. 109). Tradução livre da autora.

tem o claro intuito de combater todas as formas de discriminação, partindo do próprio texto constitucional e espraiando-se pela legislação infraconstitucional, em harmonia ou coerência com as previsões internacionais sobre o tema integrantes do direito ao trabalho decente. Uma análise mais detida e direcionada ao meio ambiente laboral, contudo, pode revelar pontos de injustificada omissão, incoerência e retrocessos na normatização nacional, especialmente após a reforma trabalhista.

Em primeiro lugar, destaca-se a falta de uma previsão abrangente sobre o tema na CLT, que o aborda, sistematicamente, exclusivamente em relação à discriminação contra a mulher, na Seção I – Da duração, condições do trabalho e da discriminação contra a mulher (artigos 372 a 378). Perde-se, assim, a oportunidade de trazer ao sistema jurídico trabalhista nacional uma norma de caráter mais geral e protetora dos trabalhadores como um todo contra as discriminações.

Dentre a legislação extravagante, a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que “Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.”, é a mais geral a tratar das discriminações no trabalho no plano infraconstitucional. Contudo, trata-se de apenas seis artigos que, a despeito de sua relevância, contam, em sua maior parte, com preocupações de índole penal e, apenas incidentalmente, de questões trabalhistas.

Desse modo, além da falta de um conceito abrangente para a discriminação no meio ambiente laboral, a referida Lei limita-se a conferir direitos ao trabalhador cujo vínculo de emprego é rompido por ato discriminatório do empregador ou seus prepostos. Dentre eles, além da indenização por danos morais, a faculdade de optar entre “a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas (...)”, ou, conforme lhe aprouver, “a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescidas de juros legais;” (artigo 4º., caput e incisos I e II da Lei n. 9.029/95).

Verificamos, assim, uma certa escassez de normas trabalhistas internas que definam, coibam a discriminação e suas consequências, e possam ser aplicadas a todos os trabalhadores. Como se não bastasse a insuficiência da legislação trabalhista, após a reforma, o combate às discriminações no trabalho sofreu um duro golpe, pois houve substancial

alteração no direito à equiparação salarial⁷, estabelecido expressamente no artigo 461 da CLT, cujos requisitos foram sensivelmente dificultados⁸.

Por certo não estamos a tratar aqui de violação direta ao padrão internacional, mas sim de relevante alteração legislativa que, ainda que considerada permitida pela margem de conformação nacional dos instrumentos eleitos para fazer valer o direito à não discriminação, prejudica a sua proteção efetiva. Trata-se, assim, de mudança normativa que, longe de aperfeiçoar a legislação nacional, afasta-a do ideal de proteção do trabalhador contra atos de discriminação no ambiente laboral – parte indissociável do direito ao trabalho decente.

Semelhante processo ocorreu, ainda, com a tentativa celetista de impôr ao aplicador do Direito uma tarifação das indenizações por danos morais. Ademais, também foram alteradas situações antes

7. Para um comentário refletido e ponderado sobre as mudanças ao artigo 461 da CLT operados pela reforma trabalhista, consultar: SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. Análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 83-87.
8. Eis a nova redação do artigo 461 da CLT: “Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017). § 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017). § 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017). § 3º No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017). § 4º – O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial. (Incluído pela Lei nº 5.798, de 31.8.1972). § 5º A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). § 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.” (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm >. Consulta em maio.2018.

destinadas à proteção da mulher contra discriminações no trabalho, gerando um quadro geral de retrocesso no padrão normativo nacional em matéria de combate à discriminação.

Com a reforma trabalhista, passaram a ser exigidos, como fatos constitutivos do direito, o labor no mesmo estabelecimento, onde bastava mesma localidade (entendida, majoritariamente, na doutrina e jurisprudência dominantes, como abrangente de Município e respectiva região metropolitana⁹). O critério revogado era mais adequado, pois a diferença de custo de vida entre diversos Municípios poderia justificar a diferença salarial; ao passo que a prestação de labor em estabelecimentos diferentes,

mas localizados em mesmo Município ou mesma zona metropolitana não o faz. Ou seja, a nova norma antidiscriminatória, paradoxalmente, adota critério arbitrário e que irá favorecer ou, ao menos, deixar de prevenir atos discriminatórios envolvendo trabalhadores de filiais da mesma empresa e na mesma cidade.

Ademais, passaram a ser opostos, como fatos extintivos do direito, a diferença de tempo de serviço ao empregador (em qualquer função) não superior a quatro anos; quando bastava, até a reforma, não haver diferença, exclusivamente na função, superior a dois anos (requisito este mantido em adição ao tempo de serviço ao empregador). Houve, no particular, mais um fator de dificuldade para o trabalhador obter a equiparação salarial, especialmente se considerarmos a alta rotatividade no emprego no mercado de trabalho atual.

Ainda assim, foi incluído mais um requisito à aquisição do direito à equiparação salarial, qual seja, serem os "(...) empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria." (art. 461, § 5º. da CLT).

Em outras palavras, o equiparando precisa ter laborado ao menos um dia durante o contrato de trabalho concomitantemente ao modelo, no mesmo estabelecimento do empregador¹⁰. Isto pode gerar situação de flagrante e injustificada discriminação, à medida em que, corrigida a diferenciação salarial de determinado paradigma, em relação àquele que foi o seu paradigma, e agora é tomado como paradigma remoto pelos demais trabalhadores, cessaria a obrigação do empregador em manter a isonomia salarial, em relação a todos os demais trabalhadores da cadeia. A medida contrária diretamente farta e consistente jurisprudência do TST e demais tribunais trabalhistas, que autorizavam o reconhecimento do direito nestas condições (sintetizadas na Súmula n. 6. do TST).

9. Sobre este e outros requisitos do direito a equiparação salarial, o TST editou a Súmula n. 6: "Súmula nº 6 do TST. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015. I – Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente. (ex-Súmula nº 06 – alterada pela Res. 104/2000, DJ 20.12.2000). II – Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego. (ex-Súmula nº 135 – RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982). III – A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (ex-OJ da SBDI-1 nº 328 – DJ 09.12.2003). IV – É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita. (ex-Súmula nº 22 – RA 57/1970, DO-GB 27.11.1970). V – A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante. (ex-Súmula nº 111 – RA 102/1980, DJ 25.09.1980). VI – Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto: a) se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior; b) na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto, considerada irrelevante, para esse efeito, a existência de diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato. VII – Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. (ex-OJ da SBDI-1 nº 298 – DJ 11.08.2003). VIII – É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula nº 68 – RA 9/1977, DJ 11.02.1977). IX – Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos

que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula nº 274 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003). X – O conceito de "mesma localidade" de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana. (ex-OJ da SBDI-1 nº 252 – inserida em 13.03.2002)". Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-6 >. Consulta em jun.2018.

10. MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista – entenda o que mudou*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 139.

Este requisito, dentre as demais dificuldades inseridas no texto celetista pela Lei n. 13.467/17 é o mais restritivo do direito, pois tenta excluir, pelo seu sentido literal, situação fática que representa parte significativa das ações trabalhistas com êxito em equiparações salariais em relação a paradigmas remotos, ou seja, aqueles indicados para este mesmo fim, por trabalhador que ora serve de paradigma para um terceiro, gerando uma cadeia de reconhecimento de diferenças por quebra da isonomia salarial.

A nova configuração normativa é preocupante porque a garantia de trabalho de igual remuneração para trabalho de valor, além do seu aspecto econômico, é também uma das mais importantes medidas para que a diferença salarial injustificada entre trabalhadores que exercem a mesma função não seja gerada em consequência de preconceitos e discriminações injustificadas.

O caput do artigo 461 reconhece expressamente esta relação, ao vedar a distinção salarial baseada em "(...) sexo, etnia, nacionalidade ou idade", rol que deve ser entendido pelo aplicador da norma de modo a abranger todas as formas de discriminações no ambiente de trabalho, de modo a evitar sua prática, ainda que de modo indireto ou velado pelo prejuízo financeiro imposto ao obreiro.

Esta intrínseca relação entre combate à discriminação no meio laboral e direito à equiparação salarial já era reiteradamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência nacional, inclusive pelo TST, com forte eco nos tribunais regionais do trabalho e decisões de juízes de 1ª instância, que cotidianamente eram provocados a apreciar pedidos de reconhecimento do direito e os correspondentes pagamentos de diferença salariais e, em alguns casos, também de indenizações por danos morais decorrentes da discriminação indireta¹¹.

11. Neste sentido: "AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. QUADRO DE CARREIRA. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. A equiparação salarial é instituto de Direito do Trabalho que tem por finalidade impedir a discriminação no trabalho entre empregados que exerçam as mesmas funções em condição de igual produtividade ou perfeição técnica. É, portanto, norma de ordem pública, pois encerra conteúdo resguardado pela própria Constituição Federal, no capítulo dos direitos fundamentais. Nessas condições, a norma coletiva não pode suprimir o critério de promoção por antiguidade com o pagamento do adicional de tempo de serviço e, com isso cancelar a validade, para os efeitos do § 2º do art. 461 da CLT, do quadro de carreira do reclamado. Mais além, o instituto da promoção enseja a ascensão funcional do empregado, ainda que em níveis da própria função, o que não se revela verdadeiro com a mera percepção de parcela pecuniária

Após a reforma trabalhista, contudo, o quadro que se nos apresenta é bastante diverso, com a tendência à inibição de propositura de novas ações trabalhistas com este objeto, dadas as maiores e injustificadas dificuldades para o reconhecimento do direito à equiparação. O resultado desta mudança indesejável é a facilitação e até mesmo o incentivo legal para que o empregador discriminador invista e persista nestas práticas ilícitas, eis que ciente de seu amparo normativo.

Muito preocupantes são também as tentativas do legislador reformista da CLT de limitar o arbitramento de indenizações por danos morais, confinando-as a hipóteses e faixas de valores monetários pré-fixados. A previsão está no recém-incluído Título II- A – do Dano Extrapatrimonial, inserido CLT com os artigos 223-A a 223-G¹², cuja intenção

que tem como fato gerador o tempo de serviço do empregado." (TST – RR: 8110905120015035555 811090-51.2001.5.03.5555, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 03/09/2003, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 19/09/2003.). Grifamos. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=discriminação+no+trabalho&idtopico=T10000001&idtopico=T10000004>>. Consulta em jun.2018.

12. "TÍTULO II-A. DO DANO EXTRAPATRIMONIAL. Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação. Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física. Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica. Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão. Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. § 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial. § 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais. Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I – a natureza do bem jurídico tutelado; II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III – a possibilidade de superação física ou psicológica; IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII – o grau de dolo ou culpa; VIII – a ocorrência de retratação espontânea; IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X – o perdão, tácito ou expresso; XI – a situação social e econômica das partes envolvidas; XII – o grau de publicidade da ofensa. § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I – ofensa de

principal é criar um tarifamento das indenizações por dano moral, em patamares muito baixos.

Tais patamares variam, conforme a gravidade do dano moral sofrido seja considerada leve, média, grave e gravíssima, até os limites de, respectivamente, três, cinco, vinte ou cinquenta vezes o salário contratual do trabalhador atingido. Considerando que a maioria dos trabalhadores brasileiros ganha pouco mais de um salário mínimo, os limites que se tentam impor ao julgador podem ser traduzidos em indenizações arbitradas em valores irrisórios e, com isto, frustra-se o caráter reparatório e, ainda mais, o reparatório destas condenações, por não afetarem minimamente o seu patrimônio.

Tais limites serviriam também para reparar graves deformidades e incapacidades físicas e laborais originadas de acidentes do trabalho ou doenças a ele equiparadas (inclusive transtornos psicológicos decorrentes de assédio moral ou sexual), além do evento morte, com a mesma origem, cuja indenização ficaria limitada ao valor equivalente a 50 vezes o salário contratual do obreiro vitimado.

Este patamar pode gerar arbitramentos sensivelmente inferiores aos que a jurisprudência trabalhista vinha adotando mais recentemente, e também inferior ao que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ indica para o evento morte nas causas de sua competência (oscilando entre 200 a 500 salários-mínimos)¹³.

natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. § 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. § 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.” Grifamos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Consulta em jun.2018.

13. Sobre o tema do arbitramento da indenização por dano moral, vejamos excerto de acórdão proferido em julgamento de Recurso Especial no STJ: “ (...) (i) **Majoração do quantum indenizatório arbitrado pelos danos morais (art. 186 do CC/02)**: Está pacificado o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o valor da indenização por dano moral somente pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado. **Ressalto que a indenização por danos morais em casos de morte da vítima vem sendo arbitrada por esta Corte entre 300 e 500 salários mínimos, com o que se deve reputar como ínfimo o montante global de R\$ 55.000 (cinquenta e cinco mil reais), equivalente a 100 salários mínimos vigentes à época do fato, estabelecendo-se, portanto, fora do espectro jurisprudencial supracitado.** A esse respeito, já

tive a oportunidade de me manifestar em sede doutrinária (Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010): A análise de mais de cento e cinquenta acórdãos do STJ relativos a julgamentos realizados nos últimos dez anos, em que houve a apreciação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais ligados ao dano-morte, denota que ainda existem divergências no próprio STJ acerca do que se pode considerar como um valor razoável para essas indenizações. (...) Pode-se tentar identificar a noção de razoabilidade desenvolvida pelos integrantes da Corte na média dos julgamentos atinentes ao dano-morte. **Os julgados que, na sua maior parte, oscilam na faixa entre duzentos salários mínimos e seiscentos salários mínimos, com um grande número de acórdãos na faixa de trezentos salários mínimos e quinhentos salários mínimos**, podem ser divididos em dois grandes grupos: recursos providos e recursos desprovidos. (...) Os recursos especiais providos, para alteração do montante da indenização por dano extrapatrimonial, são aqueles que permitem observar, com maior precisão, o valor que o STJ entende como razoável para essa parcela indenizatória. Ainda assim, observa-se a existência de divergência entre as turmas, pois a 4ª Turma tem arbitrado no valor correspondente a quinhentos salários mínimos, enquanto a 3ª Turma tem fixado em torno de trezentos salários mínimos. Pode-se estimar que um montante razoável para o STJ situa-se na faixa entre trezentos e quinhentos salários mínimos, embora o arbitramento pela própria Corte no valor médio de quatrocentos salários mínimos seja raro. Depreende-se do histórico jurisprudencial desta Corte que o STJ tem-se utilizado do princípio da razoabilidade para tentar alcançar um arbitramento equitativo das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais derivados de homicídio (art. 948 do CC). Pode-se estimar que, para esta Corte Superior, um montante razoável para a indenização por dano moral, nas hipóteses de morte da vítima, situa-se na faixa entre 300 e 500 salários mínimos. **Saliente-se, mais uma vez que, embora seja importante que se tenha um montante referencial para a indenização dos prejuízos extrapatrimoniais derivados do dano-morte, isso não deve representar um tarifamento judicial rígido, o que entraria em rota de colisão com o princípio da reparação integral (art. 944 do CC) e a necessidade de um arbitramento equitativo da indenização por danos morais (art. 953, § único, do CC). Com efeito, cada caso apresenta particularidades próprias e variáveis importantes como a gravidade do fato em si, a culpabilidade do autor do dano, a intensidade do sofrimento das vítimas por ricochete, o número de autores, a situação sócio-econômica do responsável, que são elementos de concreção que devem ser sopesados no momento do arbitramento equitativo da indenização pelo juiz.** Assim, no particular, o montante de R\$ 55.000 (cinquenta e cinco mil reais), totalizando um valor global de 100 salários mínimos vigentes à época do fato, para os familiares da vítima falecida situa-se muito aquém do espectro jurisprudencial supracitado (300 a 500 salários mínimos), merecendo, portanto, majoração neste valor. (...) Assim, devem ser estabelecidos valores distintos para as parcelas indenizatórias em favor dos pais e dos seis irmãos da vítima falecida. Em relação aos pais, fixo para cada um deles um valor equivalente a 150 salários mínimos, totalizando 300 salários mínimos. Em relação aos irmãos, fixo para cada um deles o valor equivalente a 50 salários mínimos, totalizando 300 salários mínimos. Torno, assim, definitiva a indenização no montante total equivalente a 600 salários mínimos na data de hoje como quantum indenizatório aos familiares da vítima.”(RECURSO ESPECIAL Nº 1.354.384 – MT (2012/0241350-5). RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stj-aumentaindenizacao-morte-ciclista.pdf>> Consulta realizada em jun.2018.

Também não passa despercebido ao intérprete que, segundo o cargo ocupado pelos trabalhadores na empresa, estes poderiam receber maior ou menor indenização, conforme seus salários contratuais variassem, ainda que ofendidos pelo mesmo ato ilícito do empregador ou seus prepostos. Tal disparidade soa contrária aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, pois faz parecer que ao Direito tem mais valor a esfera extrapatrimonial de trabalhador com cargo e salário superior àqueles de hierarquia inferior na empresa, o que em tudo é contrário ao direito a não sofrer discriminação de qualquer origem no ambiente de trabalho.

O mais grave, sem dúvida, é o fato de que a tarifação inserida na CLT pela reforma, não de modo indicativo, mas impositivo ao julgador, fere o princípio da reparação integral, previsto no art. 944 do CC, bem como a necessidade de um arbitramento equitativo da indenização por danos morais, que ficaria subtraído ao julgador.

Isto porque as particularidades do caso concreto devem ser por este minuciosamente sopesadas a fim de arbitrar a indenização em valor ideal, como: a gravidade do fato em si, a geração e permanência de sequelas físicas e psicológicas na vítima, a culpabilidade do autor do dano, o número de autores e a sua capacidade sócio-econômica, a reincidência ou não na prática do ilícito. Estes são, portanto, elementos de concreção que devem ser sopesados no momento do arbitramento equitativo da indenização pelo juiz, o que ficaria impossível de ser realizado nos estreitos limites da tarifação inserida na CLT, a qual, portanto, somente pode ser vista como indicativa, não faltando, contudo, quem defenda, com acerto, a sua inconstitucionalidade e, assim, sua completa imprestabilidade no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴. O STF, inclusive, já adotou o entendimento de que a tarifação de danos morais é materialmente inconstitucional¹⁵.

14. Neste sentido, opinando pela inconstitucionalidade da tarifação de dano moral na CLT, conferir: MOLINA, André Araújo. *A Configuração e a Transmissibilidade dos Danos Extrapatrimoniais no Contexto da Reforma Trabalhista*. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LUDWIG, Guilherme Guimarães; e DO VALE, Silvia Teixeira (orgs.). *Interpretação e aplicação da reforma trabalhista no direito brasileiro*. Homenagem a Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé. São Paulo: LTr, 2018, p. 136.

15. É o que se extrai da ementa do RE 396.386: "CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFICAÇÃO. Lei 5.250/67 – Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. – O acórdão recorrido decidiu que

Outras alterações legislativas bastante negativas para o combate à discriminação da mulher no trabalho dizem respeito ao regramento do labor das gestantes e lactantes em locais onde existem agentes insalubres, dado pelo artigo 394-A da CLT. Recentemente, a CLT já havia sido alterada, neste particular, pela Lei n. 13.287, de maio de 2016, que acrescentou este dispositivo à CLT "para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres"¹⁶.

Desse modo, sem qualquer ressalva ou condição para valer, a proibição havia sido recentemente inserida no sistema jurídico trabalhista, favorecendo a proteção da trabalhadora mulher. Esta, diante da imperatividade da norma em análise, restou livre de embaraços no ambiente de trabalho resultantes de licenças médicas, pedidos de transferência de função ou setor, e outras situações que eram geradas em decorrência da maternidade, ou do aleitamento, em condição incompatível com a insalubridade presente no local de trabalho.

Injustificadamente, a reforma trabalhista, no ano seguinte, alterou a proibição do artigo 394-A da CLT, mantendo-a apenas para as trabalhadoras grávidas em "atividades consideradas insalubres em grau máximo" (art. 394-A, inciso I), e condicionando à apresentação de atestado médico recomendando o afastamento, para as atividades insalubres em grau médio ou mínimo (art. 394-A, inciso II). Para as lactantes, a situação ficou ainda mais severa, pois a apresentação de atestado médico recomendando o afastamento deverá ocorrer

o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 – Lei de Imprensa – não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. (...) V. – RE conhecido – alínea a –, mas improvido. RE – alínea b – não conhecido." (rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 13.08.2004). Grifamos. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000070464&base=baseMonocraticas> >. Consulta realizada em jun.2018.

16. A redação vigente até a reforma trabalhista promovida pela Lei n. 13.467/2017 preconizava que: "Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13287.htm. Consulta em jun.2018.

em ambientes insalubres de todos os graus (art. 394-A, inciso III)¹⁷.

Sem dúvida que este requerimento da trabalhadora gestante ou lactante para o seu afastamento do ambiente de trabalho insalubre, ainda que amparado em atestado médico que prescreva a medida, pode não ser bem visto pelo empregador, gerando discriminação à trabalhadora. Não é preciso muito esforço para perceber que os sistemas e ambientes de trabalho, em regra, não são flexíveis ou humanizados o suficiente para que as mulheres sintam-se acolhidas, com suas peculiaridades naturais do gênero, especialmente em relação a questões ligadas à maternidade e gestação.

Também não passa despercebido o desacerto da previsão do § 2º. do artigo 394-A da CLT, que prevê a continuidade do pagamento do adicional de insalubridade para a trabalhadora gestante ou lactante afastada do local insalubre, porém, curiosamente, transfere o ônus deste pagamento para a sociedade como um todo, ao autorizar a compensação deste pagamento com as contribuições previdenciárias devidas pelo empregador.

Ora, cessado o labor em local insalubre não há razão para o pagamento do correspondente adicional, que não se presta a retribuir a prestação de serviços, mas sim a atuar como fator de incentivo ao empregador a restaurar, por meio de investimentos

específicos e boas práticas, a salubridade do ambiente de trabalho. Por certo que manter este pagamento, sem razão de ser, transferindo, no entanto, o encargo do empregador para a sociedade pode tornar, reincidentemente, a trabalhadora alvo de preconceitos e discriminação.

O mesmo se pode afirmar refletindo-se sobre a previsão do § 2º. do artigo 394-A da CLT, que transforma o afastamento da gestante ou lactante de local insalubre, sem possibilidade de transferência para local salubre, em hipótese equiparada à de gravidez de risco, ensejando o pagamento do salário-maternidade.

As causas deste padrão indesejável e contrário à igualdade de gênero, dizem respeito, além da persistência da odiosa cultura do “machismo”, a uma compreensão da gestação e sua fase posterior, o puerpério, por vezes, como uma espécie de doença ou incapacidade, que diminuiria, portanto, o valor da força de trabalho da mulher. Em outras vezes, o empregador age como se nada significasse para as trabalhadoras estar nesta condição, em termos físicos e psicológicos, exigindo-se destas que continuem a laborar e produzir nos exatos termos em que se propôs antes da gravidez, ainda que alguma ou muita adaptação seja recomendável.

Reconhecendo o desastroso rumo da reforma trabalhista, neste particular, o governo federal editou a Medida Provisória n. 808, de 2017, regulando de maneira bastante diversa a questão¹⁸. Contudo, a sua vigência acabou 120 dias após o seu início, por caducidade e o texto dado pela reforma trabalhista com a Lei n. 13.463/2017 voltou a regular a questão. Sem dúvida que o aodamento em tratar de tema

17. A redação atual do art. 394-A da CLT é a seguinte: “Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017). I – atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). II – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). III – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). § 1º (VETADO) (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017). § 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). § 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Consulta em jun.2018.

18. A redação do art. 394-A da CLT dada pela MP 808/2017 era a seguinte: “Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017). § 1º (VETADO) (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017). § 2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017). § 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)”. Disponível em: http://www.cltlivre.com.br/artigos_clt/artigo-394-a-da-clt-da-gestante-que-labora-em-local-insalubre. Consulta em jun.2018.

tão importante e caro à sociedade como a proteção à maternidade no ambiente laboral demonstra, mais uma vez, o ambiente legislativo corrompido por interesses econômicos e eleitoreiros onde se deu a súbita reforma trabalhista brasileira.

Outra alteração significativamente alinhada com esta visão distorcida e pouco solidária quanto à lactação está no recém criado dispositivo do artigo 396, § 2º. da CLT, o qual prescreve que os horários para o intervalo destinado à amamentação de filho com idade inferior a seis meses de vida “deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador”.

Mais uma vez, deste modo, impõem-se a trabalhadora a desgastante tarefa de “negociar” tais horários com o empregador, expondo-a ser vítima de discriminação pelo costumeiro desagrado do empregador brasileiro ao trabalhador que reivindica seus direitos. Além disto, as reais necessidades da mulher e do bebê de que estes horários lhes sejam favoráveis à adequada lactação, que é o principal escopo da norma, fica, injustificadamente, subjugado à “conciliação” com os interesses do empregador.

Deste modo, as alterações propostas pela reforma trabalhista na seção celetista de número V (“Da Proteção à Maternidade”), inserta no Capítulo III (“Da Proteção do Trabalho da Mulher”) estão na contramão da proteção das mulheres contra a discriminação no ambiente laboral, em nada colaborando com a promoção do padrão assegurado pelo direito ao trabalho decente.

Dentre as alterações na legislação trabalhista promovidas pela reforma de 2017, podemos apontar como favoráveis ao combate à discriminação, contudo, a nova redação do artigo 818 da CLT¹⁹, que

trata especificamente sobre ônus da prova nos processos trabalhistas. A mudança da redação original, que simploriamente atribuía o ônus de prova à parte que alegar o fato controverso, repetiu a fórmula procedimental do Código de Processo Civil, a qual contemplou a distribuição dinâmica do ônus da prova, em seu artigo 373.

A medida é útil para alcançar aqueles julgadores que ainda não aplicavam este princípio ou procedimento em hipóteses nas quais peculiaridades da causa geram dificuldade excessiva de cumprir o encargo probatório, recomendando sua atribuição de modo mais adequado.

Deste modo, a partir da reforma trabalhista, não há mais razão para nenhum julgador deixar de atribuir ao empregador acusado de ato discriminatório o ônus de provar que a ação ocorreu por outro fim lícito, livrando o obreiro de ter de produzir prova impossível ou excessivamente difícil, o que comumente verifica-se em causas envolvendo assédio moral ou discriminação no trabalho²⁰.

À vista do exposto, podemos afirmar, portanto, que as normas infraconstitucionais brasileiras não são suficientes à garantia do direito a não discriminação no meio ambiente laboral, por serem, em parte considerável destas, inadequadas para a regulação deste na amplitude que o estabelece a Constituição brasileira e as normas internacionais.

Fundamentando tal assertiva, argumenta-se, à guiza de exemplo, que, em síntese, faltaria ao legislador nacional adotar as seguintes medidas, para atender a esse propósito:

1. definir legalmente o que seja discriminação nas relações de trabalho, qualificando condutas tipicamente discriminatórias;
2. criar mecanismos antidiscriminatórios mais eficientes, com sanções de cunho material, processual e administrativo;
3. adotar ações afirmativas nas relações de trabalho, que devem ser incentivadas pelo Poder público;

19. Vejamos o inteiro teor da nova redação do artigo 818 da CLT: “**Art. 818.** O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).” Grifo nosso.

20. CARVALHO JÚNIOR, Pedro de. CUNHA, Gabriela Lemos. *A prova do assédio moral nas ações coletivas e a reforma trabalhista*. Revista AMATRA-V: Vistos etc., Salvador, v. I, n. 14, 2018, p. 134-139.

4. estabelecer uma proteção contra a discriminação integrada com amplas políticas públicas de combate às suas causas²¹.

A realidade experimentada no cotidiano da sociedade brasileira, refletida, em parte, nas denúncias que chegam à inspeção do trabalho, ministérios públicos, defensorias, sindicatos, e, sobretudo, ao judiciário trabalhista brasileiro, demonstram como a discriminação ainda reina, quase que intocada, nas relações laborais. Muitas formas de discriminação nas relações de trabalho fazem parte da nossa realidade cotidiana, como exposto, e os dados oficiais retratam este problema²². Em especial, faz-se sentir a discriminação racial, incidente sobre os trabalhadores negros, e a discriminação de gênero, prejudicando a vida profissional das mulheres no Brasil.

A OIT, reiteradamente, alerta a respeito da permanência das desigualdades de gênero no mercado de trabalho global. Como parte da Iniciativa do Centenário da OIT Mulheres no Trabalho, a OIT divulgou um novo e abrangente relatório sobre o tema, intitulado “Mulheres no Trabalho: Tendências de 2016”, com tema “Chegando à Igualdade em 2030: O Futuro é Agora”²³, compondo a chamada Agenda de Desenvolvimento Sustentável da ONU para 2030. Neste documento, foram examinados dados de até 178 Países, chegando-se a conclusões pouco animadoras sobre as desigualdades de gênero no trabalho em nível global, tais como:

1. A desigualdade de gênero persiste em um amplo espectro do mercado de trabalho global;
- 2) Os progressos alcançados pelas mulheres na educação nas últimas décadas não se traduziram em melhorias comparáveis nas suas posições de trabalho;
- 3) A disparidade de gênero com relação a empregos tem diminuído apenas 0,6% desde 1995, sendo

de 46% o percentual de mulheres empregadas do total da população feminina, e 72% do total dos homens em 2015;

4. As mulheres continuam trabalhando mais horas por dia que os homens, seja no trabalho remunerado ou no trabalho não remunerado; Nas economias em desenvolvimento, as mulheres trabalham por 9 horas e 20 minutos diários, em média, ao passo que os homens gastam 8 horas e 7 minutos trabalhando, em média;
5. Aumentou a segregação na distribuição das vagas de empregos em trabalhos tecnológicos entre homens e mulheres;
6. As mulheres continuam a gastar mais tempo que os homens em trabalhos não remunerados, como os afazeres domésticos e cuidados com crianças. A média, nos países em desenvolvimento, é de 4 horas e 30 minutos por dia para as mulheres, em comparação com apenas 1 hora e 20 minutos dos homens;
7. As mulheres ainda ganham, em média 77% dos rendimentos auferidos pelos homens em retribuição ao trabalho²⁴.

Ainda mais recentes são os dados divulgados pela OIT, no dia 08 de março de 2018 (Dia Internacional da Mulher), por meio do relatório “Perspectivas Sociais e de Empregos no Mundo: Tendências para Mulheres 2018”²⁵. Os resultados obtidos conduzem a conclusões similares às do relatório sobre o tema de 2016. Desse modo, a OIT aponta, dentre outras, para as seguintes evidências:

1. A taxa global de participação das mulheres na força de trabalho era de 48,5% em 2018, bem abaixo da taxa dos homens, que é de 75%;
2. A taxa de desemprego global das mulheres em 2018 era de 6%; enquanto a dos homens é de 5,2%, e esta diferença continua a crescer nos Países emergentes;
3. As mulheres enfrentam desigualdades maiores ainda na qualidade dos empregos que possuem. O número de mulheres ocupadas como trabalhadoras familiares não remuneradas é mais de

21. LIMA, Firmino Alves. *A Proibição da discriminação na Constituição Federal de 1998 e a ausência de normas infraconstitucionais adequadas para a regulação deste importante princípio*. In: MONTESSO, Cláudio. DE FREITAS, Marco Antonio. STERN, Maria de Fátima. *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008, p. 133.

22. Não é possível, dado aos limites e objetivos específicos deste estudo, apresentar uma análise aprofundada dos dados estatísticos sobre a discriminação presente nas relações laborais, mas, tão somente, apontar alguns dados que são relevantes e úteis para traçar um panorama geral do assunto no Brasil.

23. O inteiro teor do relatório da OIT “Mulheres no Trabalho: Tendências de 2016” está disponível em: < https://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_457317/lang-en/index.htm >. Consulta jan. 2019.

24. Dados disponíveis em: < https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_458115/lang-pt/index.htm >. Consulta jan. 2019.

25. O inteiro teor do relatório da OIT “Perspectivas Sociais e de Empregos no Mundo: Tendências para Mulheres 2018” está disponível em: < https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends-for-women2017/WCMS_557245/lang-pt/index.htm >. Consulta jan. 2019.

duas vezes maior que o de homens. Há mais mulheres no trabalho informal e bem menos em cargos de gestão;

4. O número de homens que administravam empresas em 2018 era quatro vezes maior que o de mulheres.²⁶

A situação do trabalho feminino e da discriminação da mulher no ambiente de trabalho brasileiro segue este padrão detectado pela OIT e também continua preocupante. A OIT estima que, em 2017, a taxa de participação das mulheres no mercado de trabalho era de 56%, ao passo que a dos homens é de 78,2% – uma significativa diferença de 22,1%. A diferença, ainda menor que a média global, é injustificável, ainda mais considerando-se a expressiva participação delas no conjunto da população, e o desejo da maior parte delas (58% do total de mulheres) de trabalhar em empregos remunerados²⁷. A inexistência ou ineficiência de políticas voltadas para o equilíbrio entre vida pessoal e profissional e a eliminação da discriminação de gênero no ambiente de trabalho são fatores considerados decisivos para a exclusão feminina.

Outros dados relevantes também foram divulgados no relatório “Tendências para mulheres no mercado de trabalho 2017, que aponta os resultados que poderiam ser obtido se o País conseguisse reduzir em 25% a diferença na taxa de participação feminina e masculina no mercado de trabalho: O PIB – Produto Interno Bruto poderia crescer 5,5%, haveria um aumento de R\$ 131 bilhões em receita tributária, e o mercado nacional ganharia 5,1 milhões de mulheres²⁸. Ou seja, os benefícios em fomentar a participação feminina no mercado de trabalho não são limitados a este grupo, mas sim extensíveis a toda a sociedade brasileira, devido ao seu impacto financeiro positivo para a economia nacional.

Contudo, dados obtidos na PNAD Contínua 2017 mostram que as mulheres trabalhadoras brasileiras não usufruem das mesmas condições que os homens em diversos aspectos, tais como acesso a vagas de emprego, rendimento, formalização do emprego, dis-

ponibilidade de horas destinadas ao trabalho. Deste modo, apurou-se que:

1. A taxa de mulheres trabalhadoras com nível superior completo era de 24,3%, em comparação com apenas 14,6% dentre os homens. Apesar disto, as primeiras tinham rendimentos 24,4% menores que os homens;
2. As mulheres empregadoras eram apenas 3,3% do total de mulheres ocupadas, ao passo que os 6% do total de homens ocupados eram empregadores;
3. As mulheres trabalhando como auxiliares em serviços para a família eram 3,6% do total, enquanto que o percentual de homens era de apenas 1,5% assim ocupados²⁹;
4. Também mais que dobrado era o percentual de mulheres ocupadas por tempo parcial (28,2% do total), em comparação com a taxa de homens assim ocupados (14,1% do total)³⁰;
5. Os homens ocupavam, em 2017, 60,9% dos cargos de gerência, seja no serviço público ou privado, restando apenas 39,1% desses cargos para as mulheres.³¹

Tantos outros dados poderiam ser citados para ilustrar como os indicadores sociais demonstram a persistência da desigualdade de gênero no Brasil, afetando as estruturas econômicas, a participação em atividades produtivas, o gozo de direitos sociais, e o acesso a recursos pelas mulheres, apesar destas representarem maioria dentre a população brasileira.³² Nesse sentido, as séries históricas de indicadores sociais mostram que fatores como a

26. Dados da pesquisa disponíveis em: <<https://nacoesunidas.org/oit-reduzir-a-desigualdade-de-genero-beneficiaria-as-mulheres-a-sociedade-e-a-economia/>>. Consulta jan.2019.

27. Dados da pesquisa disponíveis em: <<https://nacoesunidas.org/oit-reduzir-a-desigualdade-de-genero-beneficiaria-as-mulheres-a-sociedade-e-a-economia/>>. Consulta jan.2019.

28. Dados da pesquisa disponíveis em: <<https://nacoesunidas.org/oit-reduzir-a-desigualdade-de-genero-beneficiaria-as-mulheres-a-sociedade-e-a-economia/>>. Consulta 01.2019.

29. Dados mencionados no parágrafo até este item disponíveis em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho>>. Consulta jan.2019.

30. Dados da pesquisa disponíveis em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho>>. Consulta jan.2019.

31. Dados da pesquisa disponíveis em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho>>. Consulta jan.2019.

32. Um estudo aprofundado e recente sobre as desigualdades persistentes entre homens e mulheres no Brasil, abrangendo diversos direitos sociais, foi realizado pelo IBGE e divulgado em 2018 sob o título “Estatísticas de Gênero – Indicadores sociais das mulheres no Brasil”. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101551>. Consulta 01. 2019.

idade, o sexo, a raça ou a cor, ser ou não portador de deficiência, dentre outros, têm impacto significativo no mundo do trabalho que, apesar de proibidos pelo sistema jurídico nacional, reforçam desigualdades indesejáveis.

Sobre a discriminação racial no Brasil, ainda nos anos 90, o Centro de Estudos de Relações do Trabalho – CEERT entregou à OIT um relatório sobre os efeitos do preconceito racial nas relações de trabalho no País, demonstrando o descumprimento da Convenção n. 111, com base em dados elaborados pelo IBGE e Fundação SEADE (Sistema Estadual de Análise de Dados, vinculado à Secretaria de Planejamento e Gestão do Governo do estado de São Paulo). Posteriormente, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos – DIEESE passou a elaborar estudos e estatísticas sobre a participação da população negra no mercado de trabalho brasileiro, publicando-os no dia 20 de novembro, dia da Consciência Negra. Essas estatísticas mostram, ano após ano, dentre outros elementos de análise, que:

1. A taxa de desemprego da população negra é mais elevada;
2. A taxa de permanência da população negra em empregos vulneráveis é mais elevada;
3. Os rendimentos auferidos são menores que os da população não negra;
4. O tempo de procura por emprego dos trabalhadores negros é mais elevado, especialmente ser for uma mulher negra;
5. A inserção do estudante secundarista negro no mercado de trabalho é maior que o do não negro, devido à necessidade de contribuir para a geração de renda familiar, o que aumenta a evasão escolar neste grupo;
6. Os trabalhadores negros normalmente ocupam postos de trabalho que exigem maior número de horas trabalhadas. Ou seja, suas jornadas de trabalho são mais extensas, o que diminui sua qualidade de vida;
7. As mulheres negras sofrem dupla discriminação no mercado de trabalho, com menores salários, maiores jornadas e condições de trabalho mais precarizadas, inclusive na comparação com os homens negros³³.

33. Dados obtidos em: FERRAZ, Fabiana Kelly; RAW, Flávia Pimenta (Colaboradora). *Igualdade de oportunidades e discriminação racial no trabalho: uma leitura dos instrumentos legais*. OIT/Igualdade Racial. Disponível em: <http://

Dados coletados mais recentemente, em 2016, pelo extinto Ministério do Trabalho, foram usados em estudo que mostra que muito pouco mudou o quadro de discriminação da população negra no mercado de trabalho brasileiro. Neste ano, haviam 46 milhões de trabalhadores com registro em CTPS, dos quais 34 milhões declaram raça e cor, de modo que o grupo de pretos e pardos formavam o grupo dos negros, somando 14,1 milhões de pessoas; os trabalhadores brancos eram 19,4 milhões; os amarelos 274 mil e os indígenas 75 mil. Os dados coletados em 2016 mostram que os brancos eram maioria em empregos de elite, ao passo que os negros normalmente ocupavam vagas que não exigem muita qualificação profissional³⁴.

Desse modo, em 2016, os trabalhadores brancos estavam mais presentes em profissões como, por exemplo: engenheiro de equipamentos em computação (92% das vagas ocupadas por brancos); engenheiro mecânico automotivo (90%); professor de medicina (89%); modelista de calçados (88,5%); engenheiro aeronáutico (88,4%), professor de odontologia (88%), dentre outras. Enquanto isso, os negros fora significativa maioria nas seguintes ocupações: trabalhador da cultura de dendê (92,7% de negros); cultivo de trepadeiras frutíferas (84,3%); cultivo de espécies frutíferas rasteiras (83,7%); criador de camarões (78,3%); cultura de cacau (78%); agente de higiene e segurança (77,2%), examinador de cabos, linhas elétricas e telefônicas (76,8%); cultura da cana-de-açúcar (74,5%); sinaleiro (74,1%) e operador de telemarketing ativo e receptivo (74%)³⁵.

A população negra possui os piores índices de escolarização quando comparada à população branca, e isto explica, parcialmente, esta diferença na alocação do trabalhador negro em atividades que exigem pouca escolaridade. Mas este não é o único fator, pois os dados e análises estatísticas também mostram que o trabalhador negro tem dificuldade de ascensão na carreira, ou seja, é mais dificilmente promovido a cargos de hierarquia superior nas empresas que os brancos. Este segundo

www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/oit/oit_igualdade_racial_04.pdf >. Consulta jan.2019.

34. Dados da pesquisa disponíveis em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/brancos-sao-maioria-em-empregos-de-elite-e-negros-ocupam-vagas-sem-qualificacao.ghtml>>. Consulta jan.2019.

35. Dados da pesquisa disponíveis em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/brancos-sao-maioria-em-empregos-de-elite-e-negros-ocupam-vagas-sem-qualificacao.ghtml>>. Consulta jan.2019.

fator de geração da divisão racial do trabalho no Brasil demonstra claramente a presença e a persistência do preconceito racial nas relações de trabalho.

Deste modo, mesmo em ambientes onde os negros são maior parte dos trabalhadores, normalmente são os brancos os preferencialmente promovidos a cargos de chefia, ainda que este não dependa de escolaridade muito diferenciada, como a conclusão de curso de nível superior. Assim, por exemplo, dados do MTE sobre os trabalhadores da construção civil mostram que, eram 60% do total os serventes de obra negros, ao passo que 52% dos mestres de obra são brancos. 75% dos operadores de telemarketing são negros, enquanto 53% dos supervisores são brancos³⁶.

A diferença de rendimentos auferidos pelos trabalhadores negros e brancos também evidenciam ainda mais a discriminação sofrida pelos primeiros. A depender da região considerada, os trabalhadores negros recebem entre 61% (média apurada no Estado da Amapá) a 83,9% (média do Estado de Sergipe) dos rendimentos auferidos pelos brancos. Mesmo nos Estados onde a população negra é predominante, a diferença salarial é notável. É o que ocorre no Estado da Bahia, onde os trabalhadores negros representam 82% do total, e ocupam dois terços dos cargos de gerência, mas recebem, em média, 69% dos rendimentos dos trabalhadores brancos. Esta diferença persiste, ainda, em todas as atividades econômicas³⁷.

Outros fatores de discriminação, como apresentar ou não deficiência, impactam sensivelmente o mundo do trabalho, de modo que não se pode considerar que o Brasil está em posição confortável no combate à discriminação no trabalho. Seja qual for o fator de discriminação considerado, as estatísticas nacionais demonstram a persistência da discriminação, confirmando o sentimento vivenciado pelos trabalhadores em boa parte dos ambientes de trabalho, e demonstrado nas frequentes ações trabalhistas denunciando os seu efeito, especialmente o assédio moral.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aceitação ampla do direito a não discriminação, tanto a nível internacional quanto nacional, que se mostra diferenciada em relação a outros direitos sociais, notadamente os de acentuado caráter prestacional, pode ser devida exatamente ao fato deste não demandar, em regra, grandes investimentos estatais para sua aplicação. Desse modo, de índole acentuadamente híbrida, o direito à não discriminação pode ser aplicado, em determinadas situações, mediante a intencional omissão em dispensar tratamento diferenciado a pessoas, seja por qual motivo for.

Isto ocorre, por exemplo, quando o Estado reconhece a igualdade de todos perante a lei, ou, no âmbito das relações privadas, os empregadores selecionam seus prestadores de serviço sem levar em conta critérios arbitrários e preconceituosos, deixando de preterir candidatos em razão de sua origem, religião, aparência física, gênero, etc. Revela-se, com esta intencional omissão em gerar distinções injustificadas, o caráter negativo do direito a não sofrer discriminação.

Assim, nestas circunstâncias, tais direitos não exigem, diretamente, a realização de despesas com o fornecimento de prestações materiais, no âmbito público, por meio de políticas públicas de assistência social ou inclusão de pessoas pertencentes a minorias ou grupos socialmente vulneráveis. Semelhante processo ocorre nas relações entre particulares, e, especialmente, tratando-se das relações laborais, não são gerados custos associados à utilização da mão-de-obra aos empregadores e tomadores de serviço que observam tal direito.

Em outras palavras, podemos afirmar que, em boa parte dos casos, respeitar o direito à não discriminação no ambiente laboral não requer, seja no âmbito público ou particular, a assunção de um “fardo excessivamente pesado”, para utilizar a expressão consagrada pela jurisprudência sobre direitos sociais da Corte EDH. O conceito é empregado, especialmente, quando este influente órgão de controle jurisdicional refere-se à preocupação de não impôr aos Estados a aplicação de direitos sociais e modo a gerar obrigações que não possam suportar, tanto em termos de recursos financeiros, como de desenvolvimento de políticas públicas e sociais. Sem dúvidas, este fator de ordem econômica e política impactou e, ainda o faz, na privilegiada normatização e aplicação deste direito mundo afora.

Contudo, não se pode afirmar que haja um efetivo respeito ao direito a não ser discriminado no trabalho na maior parte dos ambientes laborais.

36. Dados da pesquisa disponíveis em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/brancos-sao-maioria-em-empregos-de-elite-e-negros-ocupam-vagas-sem-qualificacao.ghtml>>. Consulta jan.2019.

37. Dados da pesquisa disponíveis em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/brancos-sao-maioria-em-empregos-de-elite-e-negros-ocupam-vagas-sem-qualificacao.ghtml>>. Consulta jan.2019.

Muitos são os fatores a contribuir para este quadro desalentador de descumprimento do direito a não sofrer discriminação no trabalho. A deficiência da legislação trabalhista brasileira, bastante omissa, neste particular, dificulta a realização da promessa internacional e constitucional de igualdade para todos e em qualquer situação.

A reforma trabalhista brasileira, longe de contribuir para a melhora deste quadro, representou um passo atrás no combate à forma mais comum de discriminação que é a diferença salarial, ao dificultar o acesso ao direito à equiparação salarial. Também promoveu indesejáveis (e algumas inconstitucionais) alterações nas normas sobre a proteção do trabalho da mulher, aumento a exposição destas trabalhadoras à discriminação.

Tudo isto, em seu conjunto, torna o trabalhador presa fácil e costureira de toda a sorte de preconceitos e seus desastrosos efeitos. Mais uma vez, o desconhecimento sobre as normas e jurisprudência internacionais, bem como a falta de harmonização do sistema jurídico nacional com os compromissos internacionais de proteção aos direitos humanos prejudicam o progresso social. Neste particular, o sistema nacional de proteção, reforçado pelo advento da Constituição Federal de 1988 e suas normas assecuratórias de direitos sociais, bem como da jurisprudência que lhe seguiu, encontra-se ameaçado pelo potencial precarizador das novas normas decorrentes da reforma trabalhista de 2017.

4. REFERÊNCIAS

- ANKER, Richard; CHERNYSHEV, Igor; EGGER, Philippe; MEHRAN, Farhad; RITTER, Joseph. *Measuring Decent Work with Statistical Indicators*. Genebra: International Labour Office, 2002. GHAI, Dharam. *Decent work: Concepts, models and indicators*. Genebra: International Institute for Labour Studies, 2002.
- GHAI, Dharam. *Decent work: Concept and indicators*. International Labour Review, Vol. 142 (2003), No. 2, p. 113-145.
- CARVALHO JÚNIOR, Pedro de. CUNHA, Gabriela Lemos. *A prova do assédio moral nas ações coletivas e a reforma trabalhista*. Revista AMATRA-V: Vistos etc., Salvador, v. I, n. 14, 2018. IBGE.
- GOUTTES, Régis de. *Les "doubles discriminations" ou le cumul de discriminations dans l'accès aux droits de l'homme: l'approche du problème par les Nations Unies*. In: DECAUX, Emmanuel. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Alice (orgs.). *La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme*. Paris: Éditions A. Pedone, 2009.
- MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista – entenda o que mudou*. 2. ed. São Paulo: Araiva Educação, 2018.
- MOLINA, André Araújo. *A Configuração e a Transmissibilidade dos Danos Extrapatrimoniais no Contexto da Reforma Trabalhista*. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LUDWIG, Guilherme Guimarães; e DO VALE, Silvia Teixeira (orgs.). *Interpretação e aplicação da reforma trabalhista no direito brasileiro*. Homenagem a Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé. São Paulo: LTr, 2018.
- MONTESSE, Cláudio. DE FREITAS, Marco Antonio. STERN, Maria de Fátima. *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- PREUSS-LAUSSINOTTE, Sylvia. *La liberté d'expression*. Paris. Ellipses Édition, 2014.
- REIS DE PAULA, Carlos Alberto. *Discriminação nas relações de trabalho*. In: PAIXÃO, Cristiano, RODRIGUES, Douglas Alencar. CALDAS, Roberto Figueiredo (coords.). *Os novos horizontes do direito do trabalho: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira*. São Paulo: LTr, 2005.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. Análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: Quadrige, 2011.

Assédio processual: tema ainda discutível

Raymundo Pinto*

RESUMO – Trata-se de um breve trabalho que informa a respeito dos estudos ligados ao tema assédio processual. Começa por distinguir entre dano e assédio moral, bem como entre litigância de má-fé e assédio processual. Cita alguns autores que conceituaram o novo instituto e fornece dados esclarecedores. Lista hipóteses verificadas na prática. Sustenta que não há choque com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Enfoca como deve ser a reparação. Destaca a dificuldade em punir o advogado. Registra a jurisprudência sobre o assunto. Conclui propondo mudanças na legislação para que o assédio processual seja regulamentado em norma expressa, por reconhecer que permanecem dúvidas e resistências à sua aplicação.

PALAVRAS CHAVES – Assédio, assédio moral, assédio processual.

SUMÁRIO – 1. Dano moral – conceito já pacificado; 2. Dano moral e assédio moral – distinção; 3. Assédio processual; 4. Assédio processual e litigância de má-fé; 5. Hipóteses mais comuns; 6. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa; 7. Reparação; 8. Como responsabilizar o advogado?; 9. Jurisprudência; 10. *De lege ferenda*

1. DANO MORAL – CONCEITO JÁ PACIFICADO

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar quais seriam os direitos e garantias fundamentais, relacionou no art. 5º nada menos de setenta e sete direitos e deveres individuais e coletivos (foi acrescentado depois mais um, como se verá adiante), destacando-se, no inciso 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*”. Com base nisso e, principalmente, a partir do Código Civil de 2002, o brasileiro passou a tomar consciência de que deveria acionar com mais frequência o Poder Judiciário, a fim de reivindicar indenizações quando sofria o chamado *dano moral*. Registre-se que, no passado, a jurisprudência dos tribunais brasileiros se inclinava

para não reconhecer a reparação nas hipóteses em que se tornava impossível avaliar o dano em termos monetários, embora fossem admitidas exceções. Aos poucos, algumas leis esparsas incluíram normas sobre o assunto, mas a definitiva aceitação pacífica, pelo ordenamento jurídico do nosso país, ocorreu, como visto, com a indicada regra constitucional e a redação do art. 186 do Código Civil vigente, cuja dicção é a seguinte; “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*” (grifo acrescido).

Registre-se que a Reforma Trabalhista (Lei n. 17.467, de 13.7.17) acrescentou à CLT o Título II-A, contendo os artigos 223-A a 223-G, além de três parágrafos, que regulamenta o “*dano extrapatrimonial*”, denominação esta que o legislador reformista entendeu ser mais apropriado do que “*dano moral*”, por envolver também a pessoa jurídica. Os civilistas e processualistas civis continuam usando a primitiva denominação.

2. DANO MORAL E ASSÉDIO MORAL – DISTINÇÃO

Muitas vezes o dano moral que atinge a dignidade ou a privacidade dos indivíduos resulta de um único ato, o que não reduz a gravidade da ofensa. Em outras oportunidades, porém, há uma sucessão de procedimentos que causa sérios transtornos à vítima. A esse conjunto de seguidos atos violadores da honra emprega-se a denominação de *assédio moral*. Os dicionários esclarecem que a primeira palavra é o substantivo do verbo *assediar*, o qual tem a acepção de *cercar, perseguir, importunar, molestar*. O acréscimo do adjetivo *moral* teve o propósito de definir um tipo de dano imaterial ou extrapatrimonial. Aquele que sofre tal espécie de ação nefasta continuada igualmente pode buscar na Justiça uma indenização. É claro que o simples recebimento de uma quantia monetária, em qualquer dos danos morais, não compensa os constrangimentos e humilhações experimentados. Por outro lado, o agente responsável pelas atitudes ilegítimas não poderia ficar impune, sendo a indenização uma forma pedagógica de forçá-lo a não repetir um modo de proceder tão condenável, servindo ainda de exemplo para os demais membros da sociedade.

(*) Raymundo Pinto, desembargador aposentado do TRT da 5ª Região, é escritor e membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Publicou vários livros técnicos jurídicos, destacando-se “*Súmulas do TST Comentadas*” (15ª edição) e, em parceria com o atual ministro do TST Cláudio Brandão, *Orientações Jurisprudenciais do TST Comentadas* (3ª edição), ambos pela LTR Editora.

3. ASSÉDIO PROCESSUAL

Há pouco tempo, lendo um artigo da juíza trabalhista Daniela Valle da Rocha Muller, publicado na revista “No Mérito”, editada pela Amatra 1 – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro), que tem como título “Precisamos falar sobre assédio processual”, verifiquei que se intensificam os estudos sobre essa nova modalidade de assédio. Na mesma publicação, existe uma entrevista do desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, do TRT do Espírito Santo e membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, que também trata do assunto. Procurarei, nas linhas a seguir, fazer um resumo de como os dois ilustres magistrados informaram a respeito de um tema ainda muito pouco explorado. Espero provocar os colegas baianos e cultores do Direito em geral a se debruçarem sobre a proposta desse novel instituto jurídico denominado “*assédio processual*”, dando expressiva contribuição para melhor entendê-lo e, se julgarem conveniente, lutarem no sentido de regulamentá-lo por meio de legislação própria ou pela introdução de alterações no CPC.

4. ASSÉDIO PROCESSUAL E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

O problema da morosidade da Justiça se arrasta desde remotas eras, sem que, infelizmente, haja perspectivas de melhorias a curto ou até médio prazo. Os estudiosos costumam apontar uma série de fatores que contribuem para isso, alguns de ordem estrutural e cultural cuja solução demanda longo tempo. Não se pode negar, contudo, que partes e advogados, quando atuam com atos protelatórios – verdadeiras chicanas, ressalte-se – se tornam responsáveis pelo atraso de numerosos processos. A própria Carta Magna do país foi emendada em 2004 – EC n. 45 – para acrescentar mais uma garantia: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*” (inciso LXXVIII do art. 5º). Diante desse reiterado uso do condenável expediente, sempre pensei como magistrado – o que era também a opinião de muitos colegas, baseados, aliás, em conceituados doutrinadores – que as normas que regulam a litigância de má-fé (arts. 17 e 18 do CPC) bastavam como escopo legal para punir tal procedimento. Na fase executória, poderiam ser aplicáveis os arts. 600 e 601 do mesmo CPC, que preveem as hipóteses de atos atentatórios à dignidade da justiça e as respectivas formas de sanções.

Os que procuram esclarecer o real significado do assédio processual, a exemplo da juíza que escreveu o já mencionado artigo, sustentam que o cometimento de um *único ato* pode caracterizar a litigância de má-fé. Todavia, a reiterada prática de condutas abusivas, num mesmo processo ou por um advogado em diversos processos, é que daria ensejo a classificá-lo como assédio processual. Ou seja, do mesmo modo que ocorre com relação ao assédio moral, haveria necessidade da presença do requisito da *continuidade*. No trabalho citado, figura a seguinte opinião de José Affonso Dallegrave Neto, constante de seu livro *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho* (LTR, 2009, 3ª ed.):

O assediante atua dentro da relação jurídica processual, objetivando retardar a prestação jurisdicional e/ou prejudicar dolosamente a parte contrária, através do exercício reiterado e abusivo das faculdades processuais, geralmente sob a dissimulada alegação de estar exercendo o seu direito de contraditório e de ampla defesa.

O desembargador capixaba Carlos Henrique, na entrevista concedida à mesma publicação, resumiu sua posição do seguinte modo:

O assédio processual é caracterizado por uma conduta maliciosa, não prevista em lei, cujo escopo é minar a resistência de uma parte, violando, assim, o respeito à sua dignidade como pessoa humana.

5. HIPÓTESES MAIS COMUNS

Vale relacionar certas atitudes consideradas procrastinatórias e desleais, sem a pretensão de esgotar a longa lista de hipóteses:

- a) pedidos reiterados de adiamento de audiências;
- b) requerer, sem justificativa aceitável, a expedição de carta precatória;
- c) tentar produzir provas sem pertinência ou relevância para o caso concreto;
- d) provocar a ausência de testemunhas;
- e) levantar incidentes processuais sem nenhuma base legal;
- f) interpor repetidos recursos, inclusive múltiplos embargos de declaração, sem base convincente ou até sem previsão na lei.

Na Justiça do Trabalho, notadamente quando o processo alcança a fase de execução, a reiterada chicana, em geral promovida pela parte devedora/executada, contribui de modo expressivo para o

intolerável atraso no cumprimento efetivo da decisão judicial. Usam-se expedientes como:

- a) insistentes petições com o propósito de modificar questões já plenamente decididas;
- b) diversas impugnações de cálculos sem a devida fundamentação lógica;
- c) mudança de endereço da empresa sem comunicar ao juízo;
- d) ocultação de bens ou alienação deles, para evitar serem penhorados, estando o processo em tramitação;
- e) infundados embargos de terceiro, aforados por sócios que não se conformam quando o juiz aplica a descaracterização da pessoa jurídica.

Assinale-se, como já o fizemos linhas atrás, que para caracterizar o assédio processual é preciso que os procedimentos ora listados sejam *repetitivos*. Se praticados na forma de um único ato, configura-se, também conforme frisado, a litigância de má-fé ou o atentado à dignidade da justiça.

6. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Os litigantes de má-fé e os praticantes do assédio processual costumam alegar que, ao insistir em fazer prevalecer seus argumentos, estariam tão somente exercendo os constitucionais direitos do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88). Não há dúvida de que nenhum juiz pode privar a parte de utilizar, de forma plena, todos os institutos processuais permitidos em lei. O condenável é o uso *abusivo* deles. A propósito, o juiz do trabalho paranaense Mauro Vasni Paroski, em artigo publicado na Revista LTR de janeiro/08, pp. 33/44, assim manifestou sua opinião sobre o tema:

Insuficiente e inadequado se torna o argumento de que o emprego das medidas processuais legais seria motivo suficiente para afastar, por si só, virtual condenação por assédio processual, já que sempre será ele praticado através de medidas processuais em princípio legítimas. O que distingue o ato regular/moderado do ato ilícito/abusivo, repita-se, é o resultado pretendido pelo assediador. O meio não importa. Quase sempre será um meio legal.

7. REPARAÇÃO

Quem atua como litigante de má-fé pode ter sua punição decretada pelo juiz nos próprios autos

em que a irregularidade ocorreu. A autorização legal para tanto está contida no art. 18 do CPC e seus dois parágrafos. Pagará uma multa não excedente de 1% sobre o valor da causa, além de indenizar a parte contrária dos prejuízos por esta sofridos, incluindo honorários advocatícios e outras despesas efetuadas. O quantum da indenização será de 20% sobre o valor da causa ou fixado em liquidação por arbitramento. Tendo em vista a demora que tal incidente pode ocasionar ao processo, em especial se for necessário arbitramento, não são poucos os juristas que sustentam a tese de que, caracterizado o ato ilícito, nada impede que a vítima, com base no art. 927 do Código Civil, ingresse, paralelamente, com uma ação de indenização. Nesse caso, existe a vantagem, para o demandado, de que ele terá mais espaço a fim exercer seu direito de defesa. No que toca ao acionante, a vantagem é que poderá reivindicar uma indenização acima dos limites do § 2º do citado art. 18. Aplicando o raciocínio analógico, fica claro que se torna perfeitamente cabível a mesma ação de indenização para buscar a reparação de danos sofridos com o assédio processual.

8. COMO RESPONSABILIZAR O ADVOGADO?

Na minha longa experiência como magistrado trabalhista, percebi, consideráveis vezes, que os atos procrastinatórios – tanto do reclamante como o reclamado – haviam sido premeditados pelos seus defensores. Era difícil imaginar que um leigo em direito pudesse utilizar de certos reprováveis expedientes postos em prática. Ficando evidente quem era o verdadeiro “*autor intelectual*”, eu vacilava em aplicar determinadas penalidades, justamente por sentir a inocência da parte e o claro dolo do seu advogado. Como agir em tal circunstância? A lei – arts. 17 e 600 do CPC – é omissa quando à extensão da punibilidade aos procuradores dos litigantes. A doutrina e a jurisprudência têm contribuído para esclarecer que os profissionais do direito, quando são copartícipes da conduta irregular, não estariam isentos de também sofrer as penas de lei. Contudo, por força no disposto no parágrafo único do art. 32 da Lei 8.906 (Estatuto da OAB), somente caberia punir o advogado mediante “*ação própria*”. Em face desse obstáculo, resta apenas ao juiz a providência de remeter ofícios tanto ao Ministério Público como à OAB, comunicando o fato. Como se sabe, as apontadas instituições, influenciadas pelo espírito corporativo, nem sempre agem com o necessário rigor.

9. JURISPRUDÊNCIA

Gustavo Chehad trabalhou como juiz trabalhista substituto na Bahia, por certo tempo, até se transferir para Brasília. Aqui teve oportunidade de julgar uma rara ação de indenização por assédio processual, aforada na 2ª Vara do Trabalho de Itabuna (proc. n. 0173-2009-462-0500-6). Proferiu uma bem fundamentada decisão, na qual, de início, lançou as bases teóricas sobre o tema e, em seguida, analisou com proficiência como enquadrou o caso concreto no que havia antes exposto. O curto espaço de um artigo não permite a transcrição, na íntegra, da sentença. Esclareça-se que o demandante gozava de estabilidade provisória por ser dirigente sindical e, apesar disso, foi despedido, sendo que a empresa usou de muitos expedientes com o propósito de retardar ao máximo a reintegração decidida pela Justiça e transitada em julgado. Os abusos ou excessos praticados pela acionada ficaram por demais evidentes no trecho a seguir do *decisum* em tela:

A reclamada não apenas se utilizou de um único ato isoladamente, mas de um conjunto de atos; interpôs Recurso de Revista incabível por expressa disposição de lei, apresentou Mandado de Segurança substitutivo a recurso, na mesma data, pretendendo nitidamente obstar o trâmite do RT 1397/2001, apresentou Agravo de Instrumento onde sequer impugnou o óbice do despacho denegatório.

Logo depois, o ilustre magistrado acrescentou:

Com sua ação a empresa acabou por inviabilizar a ordem de reintegração, garantida pelo título judicial irrecurável. Os atos ofensivos não foram praticados apenas em um processo, mas também na ação mandamental. No seu conjunto, entendi que os atos configuravam assédio processual.

Concluiu mais adiante:

O reclamante ficou aguardando a Justiça, mas o tempo foi cruel. Primeiro, exigiu-lhe paciência, aos poucos corroeu sua esperança, e, finalmente, liquidou, sem piedade, o direito fundamental ao labor, assegurado judicialmente.

Lamento informar que o TRT da 5ª região (Bahia) reformou a referida sentença, isentando a empresa da pretendida indenização, fato que vem demonstrar que o tema assédio processual ainda não amadureceu o suficiente, havendo um amplo campo para debate e luta com vistas ao convencimento de julgadores.

É possível catalogar vários acórdãos proferidos por Tribunais que comprovam a aceitação, pela jurisprudência, das ações que pleiteiam indenizações por assédio processual. Escolhi, como amostra, somente breve trecho de um deles. A 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, julgando apelação n. 89150/2007, relator Des. Mariano Travassos, assim se pronunciou:

Configurado está o assédio processual quando a parte, abusando do seu direito de defesa, interpôs repetidas vezes medidas processuais destituídas de fundamento com o objetivo de tornar a marcha processual mais morosa, causando prejuízo moral à parte que não consegue ter adimplido o seu direito constitucional de receber a tutela jurisdicional de forma célere e precisa.

10. DE LEGE FERENDA

O resumo feito linhas acima do que existe a respeito dos estudos relacionados com o assédio processual deixa muito claro que seu reconhecimento pela doutrina e, sobretudo, pela jurisprudência ainda tem um longo caminho a percorrer até que se consolide na prática. Os livros de Direito, salvo raras exceções, são omissos quanto a essa nova modalidade de assédio. Como visto, já foram publicados diversos artigos em revistas especializadas, sendo que juízes e tribunais começam timidamente a enfrentar o assunto.

Tenho opinião firmada de que a vacilação, a dúvida e até mesmo a resistência em admitir o assédio processual como algo distinto da litigância de má-fé se deve ao fato de que *falta a sua definitiva consagração em lei*. Urge que juristas, bem como os demais estudiosos e operadores do Direito, se empenhem na luta por introduzir modificações no CPC atual nesse sentido, com o objetivo de regulamentar o mencionado instituto. Enquanto não constar em norma expressa, é natural que os julgadores não se sintam tão à vontade para acatá-lo. Acrescento que se torna preciso, também, autorizar o juiz, em lei, a punir o advogado, quando for o caso, nos próprios autos em que ele tenha cometido a conduta irregular, concedendo-lhe, é claro, o direito de defesa. Em consequência, teria de ser revogada parte do parágrafo único do art. 32 da Lei 8.906, a fim de excluir a exigência de que, no que concerne ao advogado, a reparação por danos morais tem de ser buscada em “*ação própria*”.

Uma reflexão sobre os efeitos do reconhecimento do direito de autonomia do intersex no âmbito das relações trabalhistas

Rodolfo Pamplona Filho*

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 A Intersexualidade e a Identidade de Gênero. 3. A Intersexualidade e as Relações de Trabalho. 3.1 A divisão sexual do trabalho como instrumento de promoção da dignidade do intersex. 3.2. Os direitos do intersex decorrentes das relações de trabalho: a aplicação do princípios da igualdade e da norma mais favorável como critério hermenêutico de interpretação. 3.2.1. Licenças relacionadas à parentalidade. 3.2.2. Licença-Adotante. 3.2.3. Vedação relacionadas à potenciais discriminações da mulher. 3.2.4. Utilização de Vestiários. 3.2.5. Remuneração. 3.2.6. Aposentadoria. 4. Conclusões. Referências

*Não é fácil assumir o que se é,
o que se pensa e o que se quer.
É preciso ter coragem*

*para saber a abordagem
a se fazer a cada momento.
Desnudar-se,

mostrar ao mundo
a sua efetiva proposta,
não escondendo sua resposta.
É muito mais do que um gosto,
um desejo ou uma opção:
é descobrir sua essência,
sua alma ou sua vocação.
Sair do armário
é mais que uma metáfora:
é tirar a sua máscara
e revelar qual a canção
que embala seu coração.*

(Saindo do Armário)

Rodolfo Pamplona Filho¹

1. INTRODUÇÃO

A intersexualidade envolve variações sexuais e/ou reprodutivas congênitas que violam as fronteiras de delimitação e simplificação do binarismo dos corpos masculinos femininos, não sendo possível eleger um único caractere que defina o sexo.

A situação de intersexo, em que a pessoa nasce fisicamente com configurações sexuais peculiares, agregando distintas condições corporais masculinas e femininas, é tema ainda não muito explorado no meio jurídico, notadamente trabalhista, na medida em que se evita abordar a sexualidade, na sociedade contemporânea, tão marcada pela incoerência e intolerância.

No entanto, os desafios enfrentados pelas pessoas intersex são muitos, sobretudo nas relações de trabalho, em que a discriminação e o preconceito por não se encaixar nas típicas noções de masculino e feminino podem eliminar a sua inserção ou permanência no emprego, instrumento básico de subsistência do ser humano. A indeterminação do sexo pode afetar, inclusive, a aposentadoria da pessoa, haja vista a dificuldade de enquadrá-la nas tabelas da Previdência Social. Resta a indagação: o intersex

(*) Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador — UNIFACS. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA — Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Coordenador do Curso de Pós-Graduação on-line em Direito Contratual e em Direito e Processo do Trabalho da Estácio, em parceria tecnológica com o CERS. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Máster en Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil* pela UCLM — Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho — ANDT). Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Site: www.rodolfopamplonafilho.com.br

(**) Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Brasil — Faculdade de Belo Horizonte. Professora de Direito da PUC MINAS, Faculdade de Belo Horizonte, Conselho Nacional de Justiça e Polícia Militar. Servidora Pública Federal do TRT MG — Assistente do Desembargador. Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação à distância pela PUC Minas. Especialista em Direito Público — Ciências Criminais pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Universidade FUMEC. Site: www.claudiamara.com.br

1. www.rodolfopamplonafilho.blogspot.com

se aposentaria como homem ou mulher? Aplicaria-se, nesse caso, a norma mais favorável?

Certo é que a invisibilidade e complexidade da situação do intersexo demanda um diálogo interdisciplinar, em busca da criação de novos saberes e práticas, que busquem promover a sua dignidade nas relações sociais e laborais.

Nesse propósito, a sociologia do direito do trabalho se revela importante, especialmente quando dá atenção ao estudo da divisão sexual do trabalho, forma como as relações sociais de sexo estão estabelecidas nas relações de produção/reprodução da vida material. Sob o impulso dos debates feministas, emergiu-se o questionamento se as relações de trabalho reforçariam a dominação de sexo ou se a divisão sexual do trabalho produziriam novas configurações de precariedade e exploração do ser humano.

Diante de tal contexto, pretende-se analisar as consequências da divisão sexual do trabalho e seus reflexos em relação à pessoa que não tem o sexo enquadrado no binarismo homem e mulher, apresentando a alteridade como forma de afastar o preconceito e discriminação do preconceito, bem como a aplicação de princípios jurídicos que enfrentem as desigualdades sexuais do trabalho e suas consequências.

2. A INTERSEXUALIDADE E A IDENTIDADE DE GÊNERO

O pensamento humanista, ao longo do tempo, vem propondo diferentes formas de enxergar o indivíduo. Em busca da promoção da dignidade humana, a essência das pessoas passou a ser muito mais valorizada, e, nesse contexto, as vertentes relacionadas a sexo, gênero e orientação sexual atraíram novo olhar da sociedade e do direito.

A lógica ocidental tradicional, ignorando outras variações, dividiu binariamente o gênero em masculino e feminino ou homem e mulher, tendo o sexo, em primeira análise, sido definido biologicamente com base na combinação de cromossomos de sua genitália. Analisando sob essa perspectiva, o ser humano nasceria dotado de características biológicas que o enquadraria como indivíduo do sexo masculino ou feminino, de modo que ninguém ficasse à margem das reconhecidas categorias “homem” e “mulher”.

Apesar de tal enquadramento não ser estanque, a maioria das sociedades ainda toma o diferente como deformação, desconsiderando, em prol da dita padronização social, a multiplicidade de variações insita à complexidade do ser humano.

Entretanto, conquanto a definição de “homem” ou “mulher” tenha surgido a partir de uma análise biológica, a experiência humana evidencia que o indivíduo pode ter outras identidades que refletem diferentes representações de gênero, as quais não se encaixam nas categorias padrões. É o caso dos transexuais, transgêneros, os intersex.

Guacira Lopes Louro classifica gênero como categoria de análise social, sendo concebida, assim como a sexualidade, como produção da cultura (LOURO, 2013b). A identidade de gênero se traduziria, portanto, na convicção de ser masculino ou feminina, considerando os comportamentos e atributos convencionalmente reconhecidos para machos e fêmeas.

Com efeito, reconhece-se que a designação “identidade de gênero” foi concebida e utilizada pela primeira vez, em 1964, pelo pesquisador americano Robert Stoller, referindo-se ao gênero ao qual a pessoa se identifica, ou seja, às sensações internas de pertencer ao gênero masculino ou feminino (COSTA, 1994, p. 11)

A propósito, Simone de Beauvoir, precursora da denominada “Segunda Onda” do feminismo (SCHOLZ, 2010), teorizando o papel da mulher na sociedade, discutiu sobre o caráter indefinido para o conceito de gênero, chamando a atenção para as inúmeras construções sociais acerca de ser homem, e, especialmente, de ser mulher.

Beauvoir questiona “o que é uma mulher?” e refuta a noção de que “ser mulher” se resumiria na circunstância de possuir um útero, chegando à conclusão de que “todo ser humano do sexo feminino não é, portanto, necessariamente mulher; cumpre-lhe participar dessa realidade misteriosa e ameaçada que é a feminilidade” (BEAUVOIR, 2009, p. 13).

Gênero, nessa perspectiva, envolveria aspectos sócio-culturais e históricos, que afetariam diretamente o indivíduo, não sendo decorrência natural de suas características corporais. Segundo Beauvoir, gênero compreenderia os comportamentos, as preferências, os interesses, as formas de se vestir, andar, falar e agir, relacionadas a “ser homem” e “ser mulher”. Tais aspectos se somariam a um corpo que, por estar preso à “natureza humana”, seria imutável, fixo e bipolar, separando o masculino do feminino (BEAUVOIR, 2009).

Ter-se-ia, assim, a dicotomia entre sexo (o corpo e a natureza) e gênero (a cultura e as atitudes), devendo ser levado em conta, essencialmente, como os indivíduos lidam com seu sexo e gênero. Daí, a afirmativa de Beauvoir de que a mulher não nasce

mulher, mas se torna mulher, havendo uma série de significados inscritos sobre o corpo sexuado (BEAUVOIR, 2009)

Judith Butler, por sua vez, ao analisar a assertiva de que sexo e gênero seriam categorias distintas, considera que determinado gênero não decorre de determinado sexo, defendendo a ideia de que "ser de um dado sexo" não é necessariamente "tornar-se de um gênero", ou ainda, "mulher" não é precisamente uma categoria que expressa a construção cultural do corpo feminino, bem como a categoria "homem" não expressa a construção cultural do corpo masculino (BUTLER, 2003).

A autora critica a formulação radical da distinção sexo/gênero e "sugere que os corpos sexuais podem dar ensejo a uma variedade de gêneros diferentes, e que, além disso, o gênero em si não está necessariamente restrito aos dois usuais" (BUTLER, 2003, p. 163).

Não obstante existam diferenças conceituais entre Butler e Beauvoir, o sexo é apresentado como um fato natural, enquanto o gênero um caractere adquirido, uma construção sociocultural variável do sexo, pela qual ninguém nasceria com um gênero.

Butler defende a noção de que o gênero é performativo, em função de decorrer de modos de agir identificáveis como padrões masculinos e femininos. Nessa senda, sugere a ideia de subverter uma "ordem compulsória" existente em nossa sociedade, a qual exigiria a coerência total entre sexo, gênero e desejo, obrigatoriamente, heterossexuais, situação denominada por ela de heteronormatividade (BUTLER, 2003).

Com efeito, não seria a heteronormatividade uma forma de viver a sexualidade, mas sim um atestado público do enquadramento em padrões comportamentais que aludem à heterossexualidade, ou seja, ser reconhecido socialmente por homem ou mulher seria uma condição alcançada pela manifestação pública de comportamentos associados à masculinidade e à feminilidade (BUTLER, 2003).

A reflexão de Butler, nesse aspecto, perpassa pelo desmonte da falsa noção de estabilidade do gênero, em que a matriz heterossexual estaria assegurada por dois sexos fixos e coerentes: macho x fêmea, homem x mulher, masculino x feminino, pênis x vagina etc.

Detalha a mencionada filósofa que:

Quando o *status* construído do gênero, é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna

um artifício flutuante, com a consequência de que *homem* e *masculino* podem, com igual facilidade significar tanto um corpo feminino como um masculino, e *mulher* e *feminino*, tanto um corpo masculino como feminino (BUTLER, 2003, p. 24-25).

Os conceitos de gênero e sexo em Butler, portanto, consolidam a desconstrução do sujeito e apresentam possibilidades de subversão cogitadas pela noção de instabilidade e indeterminação de todas as identidades sexuadas.

A identidade, sobretudo a de gênero, seria construída pelos atos daquele que executa uma sequência de atos sem atores preexistentes, aberta a certas formas de ressignificação contínuas, porquanto prática discursiva.

Assim, sendo o sexo e o gênero categorias tão distintas e descontínuas, não haveria justificativa para que os gêneros permaneçam em número de dois, uma vez que o corpo sexuado abriria a possibilidade significativa de interpretação, logo, para além do masculino/feminino.

A lógica de Butler, destarte, é pertinente aos intersex, pessoas cujas características sexuais primárias ou secundárias não preenchem os requisitos médicos e sociais, impossibilitando, em tese, a sua inserção em um desses dois grupos. Cuida-se da situação de indeterminação do sexo biológico, a qual desmistifica o binarismo de gênero homem/mulher e convida à reflexão sobre o terceiro gênero.

Nos casos de intersexualidade, pode ocorrer de, no ato do nascimento, o sexo genital suscitar dúvidas, pelo fato de o órgão erétil ser demasiadamente grande para um clitóris "normal" ou muito pequeno se comparado a um pênis "normal"; a genitália pode ser anatomicamente do sexo feminino, contudo, os lábios vaginais podem envolver os testículos; dentre outras variações.

Vale dizer que não é só no ato do nascimento que se identificam as situações de intersex. O que, inicialmente parecia ser "normal", pode se revelar discrepante, posteriormente, sobrevivendo características sexuais secundárias, que evidenciam o intersexualismo. Segundo Maciel Guerra:

A intersexualidade humana constitui um fenômeno orgânico, oriundo de um desequilíbrio entre os fatores e eventos responsáveis pela determinação e diferenciação sexuais, que se configura quando o indivíduo apresenta ambiguidades, anomalias ou incongruências no componente biológico da sua identidade sexual, ou seja, no seu sexo cromossômico, endócrino e/ou

morfológico (MACIEL-GUERRA; GUERRA 2010, p. 89)

Nessas circunstâncias, a intersexualidade, também denominada de "Desordens do Desenvolvimento sexual" – DDS, tem apresentado controvérsia no tocante aos aspectos médicos e do direito, especialmente, considerando que a medicina tem se servido do modelo patriarcal das religiões monoteístas para impor o binarismo sexual, homem e mulher, independente da vontade do intersexual.

A reflexão se relaciona aos protocolos médicos – Resolução CFM nº 1.664/2003², que indicam a cirurgia de normalização, na maioria das vezes, centrada na dimensão genital da criança ou na escolha dos pais. Nesses casos, a decisão de outorgar-lhe um dos sexos estabelece a identidade jurídica da criança, alterando, muitas vezes, o nome e gênero, mudanças que podem não condizer com a personalidade do indivíduo no futuro.

O procedimento não é consenso, em casos em que não há perigo vital para a criança, sobretudo, por desrespeitar frontalmente os direitos da personalidade, da autodeterminação, da liberdade e dignidade da criança, que pode passar a ter o gênero biológico discordante do psicossocial, ou seja, a emenda sai pior que o soneto, já que, na maioria das vezes, não há reversibilidade.

Nessa senda, a criança intersexual compelida a realizar a cirurgia corretiva, apenas para satisfazer as expectativas sociais, não é respeitada pela medicina, pelos pais – que tomam decisão de modo de viver por ele – e muito menos pela sociedade em geral. A retirada de seu poder de autodeterminação em relação ao seu gênero não se justifica apenas em face da manutenção relações sociais discursivas de poder.

Conforme defende Butler, a liberdade de escolha individual no que concerne ao gênero e ao sexo é de fato limitada, mas existe. E existindo não deve ser desprezada. Nessa linha de inteligência, o intersex tem direito à escolha aos gêneros masculino, feminino e até mesmo de permanecer "inter"³ para todo o sempre, como meio instrumental para o pleno

desenvolvimento de sua personalidade, se é isto que a sua autonomia da vontade deseja.

A identidade, na sociedade pós-contemporânea, tornou-se instrumental para a promoção da dignidade da pessoa humana, servindo, inclusive, como importante esteio para reivindicação por legitimidade e respeito nas relações subjetivas sociais. As identidades, portanto, são históricas e culturalmente específicas, sendo as respostas políticas a determinadas conjunturas e compondo uma "estratégia das diferenças" (SIMÕES; FACCHINI, 2009).

No âmbito constitucional brasileiro, o direito à identidade encontra-se consubstanciado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (inciso III, art. 1º, CR/88), pelo qual o indivíduo tem o direito de possuir e expressar todos os atributos e características pessoais, singulares, intransmissíveis e irrenunciáveis, constituindo tais atos na promoção de sua identidade.

Nesse aspecto, pertinente a definição de Canguçu e Bastos:

Identidade de gênero é um conceito que se refere ao senso de pertencente a um gênero específico, isto envolve dimensões internas e externas do sujeito. Trata-se de produto da relação indivíduo-sociedade sendo, portanto, um processo em constante transformação (CANGUÇU-CAMPINHO; BASTOS; LIMA, 2014, p.3).

Conclui-se, então, que sendo o gênero o conjunto de atos repetidos no interior de uma sociedade, e a pessoa detentora do poder de auto-regulação de sua vida, a identidade do intersex pode e deve ser constituída pelas suas próprias expressões, podendo ele optar, com base na sua autonomia da vontade, pela condição de homem, mulher ou intersex ou qualquer modalidade possível e ainda não imaginada, desmontando, assim, a ideia de lei sobre o corpo apenas para atender anseios sociais.

Afinal, por que o corpo precisa de enquadramento?

Não há como negar que a autonomia da vontade plena passa por uma livre escolha do indivíduo em relação ao seu próprio corpo, sem pressões e interferência externas de qualquer tipo – médicas ou familiares, salvo em casos admitidos no ordenamento jurídico como é o risco iminente de morte.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*), respeitando o direito de personalidade de identidade ao gênero, em 08 de novembro de 2017, prolatou decisão nos

2. A Resolução nº 1664/2003 do Conselho Federal de Medicina, utilizada como referência por médicos de todo país no tratamento e acompanhamento dos intersexuais, determina que o tratamento dado à ambiguidade genital de "urgência biológica e social" é cirúrgico, a denominada cirurgia corretiva ou de normalização, muitas vezes, visando fins meramente estéticos (BRASIL, 2003).
3. Os autores chamam de "inter", o indivíduo intersex que opta por não realizar qualquer procedimento cirúrgico dito normalizador pelos médicos.

autos do processo 1 BvR 2019/16⁴, determinando que "pessoas podem ser registradas como intersexuais ou ter a definição de gênero omitida em suas certidões de nascimento" (FRITZ, 2017, p. 01).

A corte em Karlsruhe entendeu que o direito geral de proteção à personalidade, positivado na Constituição Alemã, abarca a proteção ao terceiro gênero (*drittes Geschlecht-Entscheidung*) e, por sete votos a um, os Magistrados estabeleceram que uma nova legislação deveria ser criada até o final de 2018, de modo a permitir "designações positivas de gênero" como "intersexual" ou "diverso" (FRITZ, 2017, p. 01-02).

Consta, na decisão, que "a definição de gênero é de suma importância para a identidade individual, tendo papel fundamental na imagem própria de uma pessoa e na forma como essa pessoa é vista pelos outros". Assim, "a identidade de gênero das pessoas que não são masculinas nem femininas está protegida" (FRITZ, 2017, p. 01-02).

A livre opção ao gênero é, na realidade, a materialização de um projeto de vida que respeita a história cultural do intersex, no sentido de traçar a vida sob seus próprios termos. Toda escolha tem consequências existenciais e, muitas vezes, patrimoniais, no entanto, o melhor é decidir por si mesmo e suportar os efeitos dos próprios atos, seria a máxima "liberdade com responsabilidade".

Contextualizada a possibilidade de o intersex permanecer nessa condição, sem qualquer cirurgia corretiva, passa-se a analisar as consequências jurídicas de tal opção, nas relações de trabalho.

3. A INTERSEXUALIDADE E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

A sexualidade, não obstante intrínseca a todo ser humano, sempre foi tema delicado, sobretudo, considerando o contexto em que inclui o indivíduo que foge aos padrões ditos normais pela sociedade.

Nessa realidade se enquadra o intersex, pessoa que não se enquadra no binômio masculino/feminino, circunstância pessoal que podem levá-lo a enfrentar, além do preconceito e discriminação, dificuldades de subsunção de sua trajetória laboral às

normas trabalhistas, ficando no limbo jurídico em face das lacunas da lei no tocante à indeterminação de sexo.

Visando a diagnosticar o papel do gênero nas relações de trabalho, propõe-se uma abordagem interdisciplinar, recorrendo à sociologia do trabalho, para demonstrar a necessidade de repensar a divisão sexual do trabalho, como forma de promoção da dignidade da mulher e do intersex.

3.1. A divisão sexual do trabalho como instrumento de promoção da dignidade do intersex

A divisão sexual do trabalho, temática diretamente ligada à sociologia do trabalho, é a forma como as relações sociais de sexo estão estabelecidas no âmbito das relações de produção e reprodução da vida material, ou seja, a divisão de atribuições, tarefas e lugares sociais para mulheres e homens, que repercute fortemente no cenário trabalhista hodierno.

Com o impulso dos debates feministas, no início dos anos 1970, o tema passou a ser discutido com ênfase, no contexto francês, sob duas acepções: analisava-se a distribuição diferencial de homens e mulheres no mercado de trabalho, nos ofícios e nas profissões, bem como nas variações no tempo e no espaço dessa distribuição. De outro lado, avaliava-se a divisão desigual do trabalho doméstico entre os sexos. (HIRATA; ZARIFIAN, 2000).

De tais premissas, emergiram questionamentos se as relações de trabalho reforçariam a dominação de sexo, ou se a existência de postos diferenciados e desiguais, circunstância associada a outras formas de divisão sexual do trabalho produziriam novas configurações de precariedade e exploração do trabalho, sobretudo, considerando a dinâmica do capitalismo instalado na sociedade contemporânea (HIRATA & KERGOAT, 2007).

Hirata e Kergoat respondem tal indagação argumentando que a divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social, decorrente das relações sociais do patriarcado. Em outras palavras, historicamente, designou-se ao homem a esfera produtiva e de direção da sociedade e, por conseguinte, os cargos de maior prestígio social (políticos, militares, religiosos), ao passo que, à esfera feminina, restringia-se o mundo doméstico privado, da reprodução da espécie e o cuidado com os mais vulneráveis (crianças, idosos, incapazes) (HIRATA & KERGOAT, 2007).

4. No caso, Vanja nasceu em 1989 e foi registrada pelos pais como pertencente ao gênero feminino, contudo, se considera intersexual, porque não possui características definidas nem como masculinas, nem como femininas. Por isso, entrou com ação pedindo a averbação de seu registro de nascimento a fim de mudar seu gênero para a categoria "intersexual" ou "diverso" (FRITZ, 2017, p. 02).

Seguindo essa linha de intelecção, dois princípios informariam a divisão sexual do trabalho, a saber, o da separação do trabalho, pelo qual existiriam trabalhos específicos para homens e, para mulheres, o princípio hierárquico, no qual o trabalho do homem valeria mais que o trabalho da mulher. Hirata e Kergoat afirmam que os dois princípios são válidos para todas as sociedades conhecidas, no tempo e no espaço (HIRATA & KERGOAT, 2007).

Observa-se, pois, que o patriarcalismo não se restringiu ao controle da sexualidade da mulher na família, mas também se prestou à segregação ocupacional, excluindo as mulheres de importantes papéis econômicos e políticos da sociedade.

Moreira destaca que a lógica patriarcal atinge o controle da sexualidade feminina, a sua capacidade reprodutiva, desaguando na capacidade econômica e impondo reflexos na discriminação salarial.

Nessa linha, complementa:

[...] o patriarcado não se constitui apenas como ideologia capaz de perpetuar sistema de opressão e exploração de um sexo sobre o outro, reproduzindo nas classes sociais. O patriarcado se define como um sistema sexual de poder, no qual o homem possui superioridade e privilégio econômico, social e político (MOREIRA, 2006, p. 146).

Do ponto de vista da disparidade salarial entre homens e mulheres, Tânia Cruz, Doutora em Sociologia do Trabalho, destaca alguns fatores podem ser ressaltados, em relação às mulheres:

[...] o fato de terem ingressado no mercado formal de trabalho nas três últimas décadas – o que as colocou no olho do furacão da reestruturação produtiva do capital, alocando-as em relações de trabalho precarizadas –; de representarem 38% das chefias familiares; de almejarem melhorar a cesta e a receita familiar, garantir o estudo dos filhos e tomar a abertura social promovida pelos movimentos populares e pelas lutas feministas faz com que elas aceitem trabalhar por salários mais baixos (CRUZ, 2006, p. 317).

Assim, considerando o dado histórico de que a forma de participação entre os sexos no mercado de trabalho não foi homogênea, resta patente que os direitos conquistados pelas mulheres ao longo do tempo, tais como a emancipação, a igualdade, o aumento da escolaridade e a crescente qualificação profissional, não foram suficientes para sustentar uma trajetória ocupacional que pudesse dar cabo às desigualdades sociais entre o papel feminino e masculino.

Nesse sentido, Hildete Pereira de Melo e Alberto di Sabbato descrevem a relativa invisibilidade do trabalho feminino, em pleno século XX:

No mercado de trabalho, apesar da diminuição da desigualdade de gênero acontecida nas últimas décadas, não foram superados os obstáculos de acesso a cargos de direção e chefia, bem como permanecem ainda diferenciais de rendimentos entre os dois sexos. Há uma nítida relação entre a divisão sexual do trabalho e a pobreza das mulheres; a inserção feminina aconteceu em paralelo com o crescimento das atividades informais, das atividades sem remuneração e aumento das taxas de desemprego. Assim, as mulheres continuam ainda concentradas nos segmentos menos organizados da atividade econômica, são mais submetidas a contratos informais, têm menor presença sindical e encontram-se mais expostas ao desemprego (MELO; SABBATO, 2011, p. 54).

Não se olvida, porém, que mesmo reconhecendo a inserção crescente das mulheres no trabalho e nos espaços de poder, o seu acesso ao trabalho remunerado permanece condicionado à domesticidade de suas relações pessoais, ou seja, a conciliação entre as responsabilidades familiares, de filiação e profissionais, ao passo que, para os homens, o acesso continua natural, considerando suas trajetórias, possibilidades de ganhos e realização da vida pessoal dentro do mundo do trabalho.

É de se ressaltar que, lamentavelmente, não obstante as mulheres terem se tornado objeto de políticas públicas brasileiras e mundiais, ainda persiste a desigualdade laboral entre os gêneros, sendo o desemprego maior entre as mulheres, bem como permanecem as diferenças entre os rendimentos em relação aos homens, as mulheres chegam a receber cerca de 3/4 a menos que os homens (IBGE, 2018).

São os dados constantes da pesquisa "Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil, realizada pelo IBGE, divulgada em junho 2018, pela qual se evidenciou que "mulheres trabalham, em média, três horas por semana a mais do que os homens, combinando trabalhos remunerados, afazeres domésticos e cuidados de pessoas", mesmo "contando com um nível educacional mais alto, ganham, em média, 76,5% do rendimento dos homens" (IBGE, 2018).

Analizando a nota explicativa do IBGE, mostram-se visíveis as desigualdades persistentes entre homens e mulheres em suas distintas dimensões de análise, notadamente no exercício de direitos à equalização de oportunidades. Outro exemplo

bastante claro é a questão da carga horária, uma vez que mulheres se ocupam em tempo parcial em número muito mais elevado do que os homens, percebendo, naturalmente, de forma proporcional menos pela redução da carga horária.

A diferença de inserção ocupacional entre homens e mulheres determinada pela divisão sexual do trabalho se evidencia no trecho da nota técnica do IBGE, que merece ser transcrita:

A questão da carga horária parece ser um fator fundamental no diferencial de inserção ocupacional entre homens e mulheres determinado pela divisão sexual do trabalho. Mulheres que necessitam conciliar trabalho remunerado com os afazeres domésticos e cuidados, em muitos casos acabam por trabalhar em ocupações com carga horária reduzida. O indicador proporção de ocupados em trabalho por tempo parcial, por sexo (CMIG 14), mostra um percentual mais elevado de mulheres que trabalha em período parcial, de até 30 horas, quando comparado com os homens. Na desagregação espacial conclui-se mais uma vez que as desigualdades regionais são marcantes, concentrando um maior número de mulheres que trabalham em tempo parcial nas Regiões Norte e Nordeste. Outro agravante da desigualdade de gênero fica evidente com a desagregação do indicador por cor ou raça. Neste recorte, os dados de 2016 evidenciam que são as mulheres pretas ou pardas as que mais exerceram ocupação por tempo parcial, alcançando 31,3% do total, enquanto 25,0% das mulheres brancas se ocuparam desta forma, em 2016. Para os homens, somente 11,9% dos brancos se ocuparam por tempo parcial, ao passo que a proporção de pretos ou pardos alcançou 16,0%.

Em relação aos rendimentos médios do trabalho (CMIG 13), as mulheres seguem recebendo cerca de $\frac{3}{4}$ do que os homens recebem. Contribui para a explicação deste resultado a própria natureza dos postos de trabalho ocupados pelas mulheres, em que se destaca a maior proporção dedicada ao trabalho em tempo parcial (IBGE, 2018)

Em cenário de desigualdades, a boa notícia fica por conta da educação, uma vez que a pesquisa demonstra a elevação contínua dos níveis de escolaridade das mulheres nas últimas três décadas. Diversos indicadores confirmam essa tendência geral de aumento da escolaridade das mulheres em relação aos homens, não obstante a estrutura ocupacional de homens e mulheres permaneçam bastante desigual (IBGE, 2018).

Como se observa, as representações das relações sociais entre os sexos têm um papel relevante nas organizações, devendo a precarização sexuada do trabalho ser percebida, de forma específica, a partir da análise do conjunto de processos produtivos em determinado nicho empresarial.

Como forma de minimizar as desigualdades entre homens e mulheres, no âmbito das relações de trabalho, Hildete Pereira de Melo e Alberto di Sabbato, em seu texto "Divisão sexual do trabalho e pobreza", além da inserção de políticas públicas que incluam a mulher no mercado de trabalho, apresentam o exercício da sororidade⁵ como forma de valorização da mulher, sugerindo que mulheres em situação profissional de destaque concedam espaço a outras mulheres, inserindo-as no mercado de trabalho, mas não de forma igualitária.

Observe-se a proposta:

A solução encontrada é que as mulheres bem sucedidas no mercado de trabalho podem contratar outras mulheres para substituí-las nos afazeres e cuidados domésticos. Assim, as mulheres podem ir para o mercado de trabalho desde que a conciliação seja feita pela delegação destas tarefas para outras mulheres. Nos locais de trabalho, as atividades metamorfoseiam a divisão sexual do trabalho pela feminilização de várias ocupações, antes reduto do sexo masculino ou vice-versa (MELO; SABBATO, 2011, p. 57).

Na visão dos autores, o fato de mulheres contratarem mulheres não resolveria totalmente o problema da invisibilidade profissional feminina, mas já seria um bom começo.

A precarização sexuada do trabalho, em detrimento da mulher, é pano de fundo para a reflexão em relação aos problemas enfrentados pelo intersex, dentro do contexto da luta de sexos ainda existente no mercado de trabalho.

Por não se encaixar nas típicas noções de masculino e feminino, o intersex pode ser discriminado em relação a sua inserção ou permanência no emprego e a indeterminação do gênero pode levá-lo à segregação ocupacional, sobretudo, pela ausência de conhecimento do empregador em relação a sua condição pessoal.

Observa-se da literatura, que o intersex no ambiente de trabalho, na maioria das vezes, é

5. A sororidade, pela definição, é uma experiência subjetiva pela qual as mulheres devem passar com a finalidade de eliminarem todas as formas de opressão entre elas. É, além disso, conscientizar as mulheres sobre a misoginia. É

introspectivo, convivendo com a sua indeterminação de sexo de forma velada e individual, muitas vezes por não encontrar no meio laboral a receptividade para sua condição. Tal situação pode impedir a sua individualização nas relações de trabalho e, por outro lado, ao revelar a sua intersexualidade, pode o intersex ser objeto de odioso preconceito e discriminação profissional.

A abordagem da situação de desigualdade em que se encontra a mulher remete a repensar a divisão sexual do trabalho, posta com base no paradigma patriarcal de dominação do homem sobre a mulher, sugerindo a sua alteração para uma divisão igualitária, em que homens, mulheres e intersex sejam cooperativos entre si, cada qual realizando funções e cargos compatíveis com sua qualificação intelectual e física, sem qualquer discriminação de gênero.

Criar novo modelo de divisão de trabalho se faz necessário, sobretudo, baseando-se na noção de corresponsabilidade social pelas atividades profissionais, pela qual deve haver respeito e igualdade de gênero em todas as suas variações.

Nesse ponto, importante citar a diretriz da OIT, pela qual a igualdade de gênero é questão de justiça social e se funda no enfoque baseado nos direitos e na eficiência econômica. Para a OIT, o trabalho decente é aquele produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, sem qualquer forma de discriminação, sendo, ainda, capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que dele sobrevivem.

Trabalho digno e sem preconceitos de gênero é o que se pretende por meio da análise diagnóstica da sociologia do trabalho. Afinal, descortinar o problema é o primeiro passo para resolvê-lo.

Analisa-se, em seguida, a aplicação dos princípios da igualdade e da norma mais favorável a alguns direitos do intersex decorrentes das relações de trabalho.

3.2. Os direitos do intersex decorrentes das relações de trabalho: a aplicação do princípios da igualdade e da norma mais favorável como critério hermenêutico de interpretação

Os trabalhadores brasileiros adquiriram valiosos direitos assegurados por lei, em busca da promoção de um meio ambiente de trabalho digno.

No entanto, muitos desses direitos são exclusivos ao gênero feminino, tendentes a promover a inserção da mulher no mercado de trabalho, protegendo-a de discriminação ou, ainda, conferindo-lhe condições especiais considerando suas próprias características.

Diante de tal contexto, surge a problemática a ser enfrentada: sendo indeterminado o gênero do trabalhador intersex, qual seriam os seus direitos trabalhistas, sobretudo, considerando a divisão sexual do trabalho? Por possuírem características genéticas de ambos os sexos, sem ter se submetido a cirurgia corretiva, a situação jurídica trabalhista do intersex se subsume às normas aplicáveis às mulheres, quando mais favoráveis?

Para tratar do tema, necessário se faz elencar alguns direitos exclusivamente femininos, que, em um primeiro sentir, poderiam perfeitamente ser aplicados ao intersex, tendo como pano de fundo o princípio hermenêutico da igualdade, segundo o qual os desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade, bem como o da norma mais favorável ao trabalhador, em casos de conflito entre duas ou mais normas relacionadas ao caso concreto.

Pois bem.

Vejamos em seções autônomas algumas destas questões.

3.2.1. Licenças relacionadas à parentalidade

A Consolidação das Leis do Trabalho contempla, desde sua promulgação, capítulo próprio visando a proteção do trabalho da mulher, direitos que, por impossibilidade lógica, não se esgotam nesse estudo.

Seguindo essa perspectiva, a licença maternidade de 120 dias, sem prejuízo do emprego e salário, prevista no art. 392 da CLT⁶, é um direito restrito a

um “esforço pessoal e coletivo de destruir a mentalidade e a cultura misógina, enquanto transforma as relações de solidariedade entre as mulheres” (GARCIA; SOUSA, 2015, p. 1003).

6. Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário (BRASIL 1943).

todas as mulheres gestantes que trabalham no país e que contribuem para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O auxílio engloba as empregadas em geral, as detentoras cargos do serviço público e temporários, terceirizados, autônomos e domésticos. Assegura-se também o direito às mulheres que sofrem abortos espontâneos, dão à luz a bebês natimortos, adotam ou obtêm a guarda judicial de uma criança.⁷

A título de curiosidade, cita-se que foi aprovado, no dia 04 de abril de 2018, o Projeto de Lei nº 72/2017⁸, de autoria da Senadora Rose de Freitas (MDB/ES), que amplia a licença-maternidade de 120 para 180 dias, dando maior efetividade ao que veio de forma facultativa com a Lei 11.770/08 (Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal).

Por outro lado, o texto constitucional traz previsão específica de licença diferenciada, para o caso de paternidade.

Considerando a premissa legal e sendo o intersex portador de anatomia interna, predominantemente, feminina, dúvidas não há de que, em caso de gravidez, será lhe assegurado o direito à licença maternidade, nos termos estabelecidos em lei. A circunstância fática é suficiente para subsumir a gravidez ao direito à licença maternidade.

É lógico, porém, que a premissa aqui é que é equivocada.

Fazer uma distinção entre licença-maternidade e licença-paternidade é, sem dúvida, uma opção política do legislador. Mas o problema nem sequer existiria se, em vez de ter licenças distintas, haver uma única “licença-parentalidade”, em que os pais, conjuntamente, poderiam alternar-se nos cuidados com a criança.

3.2.2. Licença-adotante

Em relação a licença-adotante, a solução parece mais fácil na observação do atual sistema.

Com efeito, depois de diversas modificações legislativas, a atual redação dos arts. 392-A, 392-B e 392-C da Consolidação das Leis do Trabalho é a seguinte:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

(...)

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

Destaque-se do texto legal o § 5º do art. 392-A e o caput do art. 392-C.

Deles, pode se extrair a diretriz adequada.

Havendo adoção conjunta, a licença adotante é somente de um dos adotantes.

E é impossível se aplicar, no que couber, a licença a adotantes do sexo masculino.

Assim, parece-nos evidente que havendo a adoção por um intersex, será necessário verificar se é adoção individual ou conjunta.

Sendo individual, terá direito à licença-adotante na integralidade.

Sendo conjunta, os adotantes deverão decidir conjuntamente quem será contemplado com a licença.

7. Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017) (BRASIL, 1943).

8. Art. 1º O art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 180 (cento e oitenta) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. [...] § 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 180 (cento e oitenta) dias previstos neste artigo. (BRASIL, 2017)

Simples assim...

Como deveria ser a vida...

Mas que, infelizmente, não é...

3.2.3. Vedação relacionadas à potenciais discriminações da mulher

Outra garantia legal que se aplica ao intersex, por analogia, está disposta no art. 373-A da CLT.

O legislador, objetivando corrigir distorções que afetam o acesso ao mercado de trabalho, em função do gênero, proibiu, dentre outros aspectos, qualquer forma de recusa do empregador em contratar, ou de conceder promoção, ou também de destinar remuneração inferior às mulheres; afastou a possibilidade de exigência de atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; e, ainda, impediu a adoção critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez.

O impedimento da revista íntima é outro direito de negação da mulher, previsto no mesmo artigo e reforçado pela Lei 13.271/2016, que, inclusive, prevê o pagamento de multa pelo empregador, revertidos aos órgãos de proteção dos direitos de intimidade, liberdade e dignidade da mulher, em caso de violação⁹.

Sendo o referido dispositivo, teleologicamente, destinado à repressão de qualquer discriminação de gênero, há de ser aplicado também a situações relacionadas ao intersex, que pode e deve denunciar o empregador se sentir-se lesado em quaisquer dos aspectos elencados.

Observe-se que não se trata de uma analogia *in malam partem* em aspecto criminal, o que não se admite ordinariamente, mas, sim, de uma interpretação extensiva do dispositivo, fundamentada em sua *ratio*.

9. LEI nº 13.271/2016 – Art. 1º As empresas privadas, os órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, ficam proibidos de adotar qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino. Art. 2º Pelo não cumprimento do art. 1º, ficam os infratores sujeitos a:
I – multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao empregador, revertidos aos órgãos de proteção dos direitos da mulher;
II – multa em dobro do valor estipulado no inciso I, em caso

3.2.4. Utilização de vestiários

Outra situação interessante diz respeito à obrigação do empregador, prevista no art. 389, III, da CLT, de fornecer vestiários femininos exclusivos, quando for necessária a troca de roupa para o exercício das atividades laborais.

Nessa hipótese, o fato de as empresas serem obrigadas a fornecer vestiários femininos separados dos masculinos pode não atender a intimidade do intersex e daqueles que com ele convivem. Vale abordar, por analogia, o caso peculiar submetido à Justiça do Trabalho do interior do Estado do Mato Grosso, em que o trabalhador transgênero que fazia uso de vestiário feminino levou uma colega a sentir-se violada em sua privacidade e pedir indenização por dano moral.

A Magistrada, *in casu*, proferiu a sentença fundamentando que, conquanto a norma preveja a separação de vestiários apenas por sexo, "a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade humana de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso". Prosseguiu argumentando que não seria razoável que um trabalhador transgênero, com sentimentos e aparência femininos, fosse compelido a utilizar vestiário masculino. Ressaltou, ainda, que obrigá-lo a utilizar vestiário particular, específico, seria também reafirmar o preconceito e a discriminação (BRASIL, 2014).

No entanto, a Juíza, com fulcro nos princípios de Yogyakarta¹⁰, nos princípios gerais do Direito, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, especificamente, nas Resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre orientação sexual e identidade de gênero, entendeu pela correção da solução adotada pela empresa que, além de facultar a utilização de vestiário particular, permitiu que o transsexual fizesse uso do vestiário feminino (BRASIL, 2014).

de reincidência, independentemente da indenização por danos morais e materiais e sanções de ordem penal (BRASIL, 2016).

10. Princípios de Yogyakarta são "princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero", oriundos da legislação internacional de Direitos Humanos, aprovados pela ONU. Leva esse nome em função desse documento ter sido redigido por um grupo de experts reunidos em novembro de 2006 na cidade de Yogyakarta, na Indonésia, por iniciativa do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos (ONU, 2006).

Não menos polêmica será a situação do intersex no que toca a utilização de vestiários e banheiros, tendo optado por um sexo ou outro, ser-lhe-ia facultado a utilização do vestiário masculino ou feminino, respeitando a sua identidade de gênero, conforme determina o art. 6º da Resolução 12¹¹, de 16 de janeiro de 2015, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, da Secretaria de Direitos Humanos.

Outra vertente se dá quando o intersex permanece como "inter", identificando-se como terceiro gênero. Qual a solução para o caso?

Parece-nos que a diretriz adotada no caso aqui relatado é, no atual estágio da doutrina, legislação e jurisprudência brasileiras, a melhor a ser recomendada.

De fato, imaginar a criação de vestiários exclusivos para cada tipo de identidade de gênero é algo inviável do ponto de vista prático.

Assim, mantém-se a faculdade de utilização do vestiário do gênero que o intersex se sinta mais confortável, sem prejuízo da possibilidade de uso de um vestiário particular, considerando as peculiaridades do caso.

Atende-se, desta forma, a norma legal – que visa a facilitar a troca de uniforme e a higiene pessoal em grandes empresas – bem como se respeita a dignidade e autonomia de cada um, seja do gênero masculino, feminino, intersex ou qualquer outro que venha a ser reconhecido.

3.2.5. Remuneração

No tocante à remuneração, o art. 7º, inciso XXX, da Constituição da República de 1988, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, vigorando, nesse aspecto, o princípio da igualdade, quer nas relações do trabalho em curso, quanto nos períodos pré-contratuais.

Tal mandamento tem ramificação infraconstitucional no art. 377 da CLT, que veda a discriminação de salário por motivo de sexo e de trabalho insalubre às mulheres, que gozam ainda de proteção à maternidade e à aposentadoria.

11. Art. 6º – Deve ser garantido o uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, quando houver, de acordo com a identidade de gênero de cada sujeito (BRASIL, 2015).

Em suma, protege-se a discriminação de salário em razão do sexo, circunstância que pode afetar a mulher e também o intersex, sendo possível, com base neste dispositivo legal, a exigência de afastamento de qualquer caráter salarial discriminatório ou constrangedor entre a sua atividade e a do homem.

3.2.6. Aposentadoria

Outra situação não menos importante que decorre das relações de trabalho é o direito à aposentadoria com regras diferenciadas para a mulher.

Tais condições, por serem mais favoráveis ao segurado, poderiam ser aplicadas ao intersex?

A Lei nº 8.213/1991¹², que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, determina tempo de contribuição e idade mínima da mulher para obter aposentadoria inferior ao do homem. A aposentadoria por idade é um benefício devido ao trabalhador que comprovar o mínimo de 180 meses de trabalho, além da idade mínima de 65 anos, se homem, ou 60 anos, se mulher (BRASIL, 1991).

Além disso, a aposentadoria por tempo de serviço será devida ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do sexo masculino, sendo que a renda para mulher segue a regra de 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, enquanto que para o homem devem ser considerados 25 anos e 30 anos de serviço, respectivamente¹³.

É lógico que, se fosse o caso de intersexualidade (ou mesmo de transexualidade), com "cirurgia

12. Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher (BRASIL, 1991)

13. Art. 53. A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de:
I – para a mulher: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço;
II – para o homem: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço (BRASIL, 1993).

corretiva ou de normalização”, a questão seria facilmente resolvida.

Não é o caso.

Trata-se de um intersex que quer continuar sendo intersex, pelo respeito ao exercício de sua autonomia e liberdade.

Assim, a pergunta que não quer calar é: reconhecendo o direito à autonomia e liberdade do intersex, que não está obrigado à mencionada “cirurgia corretiva ou de normalização”, como ele poderia se aposentar no atual sistema previdenciário brasileiro, que ainda faz distinção de sexos?

É claro que a questão da premissa não pode ser esquecida.

Talvez continuar havendo uma distinção de aposentadoria por sexos seja algo que deva ser repensado...

Mas, persistindo ela, como resolver a questão do intersex?

Nesse caso, para operacionalizar a aposentadoria do intersex, em que pese não se poder esquecer da importância do princípio da legalidade para o direito público (notadamente no campo previdenciário, em que se discute a questão), sugere-se a aplicação, em primeiro plano, da norma mais favorável ao segurado, ou seja, às pessoas que geneticamente não possuem um alinhamento de todas as características sexuais de um só gênero, não sendo totalmente masculinas, nem femininas, portadoras de caracteres masculinos e femininos, reconhecendo-se como ambíguas, ser-lhes-ia concedida a aposentadoria seguindo as regras do gênero feminino, porquanto mais favoráveis.

No Direito da Seguridade Social, é possível a aplicação da interpretação mais favorável ao segurado, situação, muitas vezes, prevista pela própria lei. Na legislação ordinária, principalmente, quanto aos benefícios, costuma-se encontrar a expressão “o que for mais vantajoso” para o beneficiário.

No caso concreto, mesmo não existindo tal expressão para a aposentadoria, talvez seja o caminho natural para se resolver a questão, enquanto o legislador não se pronuncia...

4. CONCLUSÕES

O intersex, ao longo da história da humanidade, ocupou lugares distintos. Ainda, os significados conferidos a tais corporeidades sempre convergiram para a discriminação, marginalização e

desvalorização da diferença.

Na tentativa atender as expectativas da sociedade em relação a binariedade de corpos femininos e masculinos, em todo o mundo, bebês, crianças e adolescentes intersex têm sido submetidos a cirurgias corretivas, tratamentos hormonais e outros procedimentos médicos, que lhes outorga um dos sexos, com a finalidade de estabelecer uma identidade jurídica, que nem sempre condiz com a personalidade do indivíduo no futuro.

No entanto, compelir a criança intersexual a realizar a cirurgia corretiva, sem o seu consentimento pleno, afronta indubitavelmente seus direitos da personalidade, autodeterminação, liberdade e dignidade da criança, que pode passar a ter o gênero biológico discordante do psicossocial, causando-lhe mais sofrimentos ao longo da vida.

Nessa perspectiva, pessoas que geneticamente não possuem um alinhamento de todas as características sexuais por um só gênero, não sendo totalmente masculinas, nem femininas, têm direito à escolha aos gêneros masculino, feminino ou até mesmo de permanecer “inter” para todo e sempre, como meio instrumental para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Conclui-se, nesse aspecto, que o corpo não necessita de enquadramento, sendo a livre opção ao gênero a simples materialização de um projeto de vida que respeita a história cultural do intersex, no sentido de traçar a vida sob seus próprios termos.

A partir de um diálogo interdisciplinar com a Sociologia do Trabalho, é evidente a necessidade de repensar a divisão sexual do trabalho, tão marcada pelo paradigma patriarcal de dominação do homem sobre a mulher, sugerindo a criação de novo modelo de divisão igualitária de trabalho, pelo qual homens, mulheres e intersex sejam cooperativos entre si, cada qual realizando funções e cargos compatíveis com sua qualificação intelectual e física, sem qualquer discriminação de gênero.

No âmbito das relações trabalhistas, é preciso repensar a *ratio* da divisão da disciplina jurídica de determinados benefícios laborais e previdenciários com base no sexo, para readequar ao reconhecimento do direito à autonomia e liberdade do intersex.

Há profundas questões práticas sobre o tema, como, por exemplo, no que diz respeito às licenças relacionadas à parentalidade, às vedações relacionadas à potenciais discriminações da mulher e à utilização de vestiários, que aqui apresentamos propostas de equacionamento.

Quanto à licença-adotante e à remuneração, a atual legislação parece já atender aos anseios mais urgentes.

Por fim, quanto à aposentadoria, evidenciou-se a possibilidade de subsunção da situação jurídica do intersex às normas de proteção à mulher, pela aplicação dos princípios da igualdade e da norma mais favorável.

É certo que as controvérsias sobre o tema não se estancam nas situações elencadas. Contudo, o estudo evidencia que o intérprete do direito deve estar atento aos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito (arts. 1º e 3º da CR/88), de modo a reconhecer que o respeito à individualidade, à orientação sexual e à identidade gênero são essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana, não devendo ser motivo de discriminação ou abuso.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Vivian M. dos S. *Divisão sexual do trabalho: complementaridade ou conflito?*. Revista Urutágua. Maringá, n. 13, ago./nov. 2007. Disponível em: acessado em 03/08/09.
- ALEMÂNHA. *Justiça alemã aprova registro de pessoas do terceiro gênero*. Disponível em < <https://www.dw.com/pt-br/justi%C3%A7a-alem%C3%A3-aprova-registro-de-pessoas-do-terceiro-g%C3%A3Ane-ro/a-41295562>>. Acesso em 18 jul 2018.
- ARAÚJO, Clara; SCALON, Maria Celi. *Gênero, família e trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2005.
- BAUER, N. 2001. *Simone de Beauvoir, philosophy & feminism*. New York: Columbia University Press.
- BEAUVOIR, Simone de. Pyrrhus et Cinéas. Paris: Gallimard. 1944.
- _____. *Ethics of ambiguity*. New York: Kensington Publishing. 1976
- _____. *O segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2 v. 1980
- _____. *A força das coisas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2009
- BOURDIEU, Pierre. La domination masculine. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, Paris, n. 84, p. 2-31, 1990.
- BRUXEL, Charles da Costa. O princípio da primazia da norma mais favorável à pessoa humana no direito brasileiro: análise dos principais precedentes do STF sobre o tema. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22. n. 4955. 24 jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55116>>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero. Feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CANGUÇÚ-CAMPINHO, A.K. *Aspectos da construção da maternidade em mulheres com filhos intersexuais*. 2008.130f. Dissertação (Mestrado Saúde Comunitária)–Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, Salvador.
- CANGUÇÚ-CAMPINHO, A.K.; LIMA, I.M.S.O. *Dignidade da criança em situação de intersexo: orientações para família*. Salvador, UFBA/UCSAL, 2014.56p.
- CRUZ, T. "Ocupação no mundo do trabalho e o enfoque de gênero: qual o perfil do sujeito trabalhador que constrói a economia solidária no Brasil?" *Sociedade e Cultura*, Goiânia, v. 9, n. 2, 2006, p. 311-325.
- FRITZ, Karina Nunes. Tribunal Constitucional Alemão admite a existência de um terceiro gênero (comentário e tradução). *Civilistica.com*. n. 2. 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Fritz-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>>. Acesso em 18 jul 2018.
- GARCIA, Dantielli Assumpção Garcia; SOUSA, Lucília Maria Abrahão e. A sororidade no ciberespaço: laços feministas em militância. In: *Estudos Linguísticos*. São Paulo, 44 (3): p. 991-1008, set.-dez. 2015.
- HIRATA, Helena. *A precarização e a divisão internacional e sexual do trabalho*. In: Sociologias, Porto Alegre, ano 11, nº 21, jan./jun. 2009, p. 24-41.
- HIRATA, Helena.; KERGOAT, Danièle. *Novas configurações da divisão sexual do trabalho*. In: Cadernos de Pesquisa. V. 37. N. 132. P. 595-609. Set./dez. 2007.
- HIRATA, Helena. *Nova divisão sexual do trabalho?*. São Paulo: Boitempo, 2002.
- _____. Globalização e divisão sexual do trabalho. In: Cadernos Pagu. (17/18) 2001/02: pp. 139-156.
- HIRATA, H.; ZARIFIAN, Ph. Travail (le concept de). In: HIRATA, H. et al. (coords.)
- Dictionnaire critique du féminisme*. Paris: PUF, 2000. p.230-235.
- HOLZMANN, Lorena. *Divisão sexual do trabalho*. In: CATTANI, Antonio David; HOLZMANN, Lorena. (Org.). Dicionário de trabalho e tecnologia. Porto Alegre: Editora Zouk, 2011.
- IBGE. *Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica n.3*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Acesso em 17 jul 2018.
- KORSCH, Karl. *Marxismo e Filosofia*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.
- LOURO, Guacira Lopes. *Pedagogias da sexualidade*. In: LOURO, Guacira Lopes (org.) O corpo educado – pedagogias da sexualidade, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 3a edição, 2013, p. 7-34.
- LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer*, Belo Horizonte: Autêntica, 2013, 92p.
- LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista*, Petrópolis: Editora Vozes, 16a edição, 2014, 183p.

- MACIEL-GUERRA Andréa Trevas, GUERRA Junior Gil . Classificação. In: Maciel-Guerra AT, Guerra Junior G. *Menino ou Menina?* Distúrbios da Diferenciação do Sexo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rubio; 2010.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. São Paulo, 1998.
- MELO, Hildete Pereira de Melo; SABBATO, Alberto Di. Divisão sexual do trabalho e pobreza. In: *Autonomia Econômica e Empoderamento da Mulher*. Textos acadêmicos. Ministério das Relações Exteriores. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão. 2011.
- MATO GROSSO. *Trabalhador transgênero tem direito de usar vestiário feminino*. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Disponível em: < <https://portal.trt23.jus.br/portal/noticias/trabalhador-transg%C3%AAnero-tem-direito-de-usar-vesti%C3%A1rio-feminino>>. Acesso em 18 jul 2018.
- SIMÕES, Júlio & FACHINNI, Regina. Paradoxos da Identidade, In: *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*, 2009.

A representação dos empregados na empresa: um novo instituto do direito coletivo brasileiro

The worker representation in the company: a new institut of brasilian collective labour law

Rodolfo Pamplona Filho*

Guilherme Levien Grillo**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breves notas sobre o núcleo do direito de representação dos trabalhadores no ordenamento português, espanhol, francês e alemão. 3. O conteúdo jurídico da representação dos trabalhadores na Constituição Federal de 1988. 4. Exame da representação dos trabalhadores na reforma da CLT. 4.1. Atribuições da comissão dos representantes dos empregados. 4.2. O processo eleitoral. 4.3. Garantias dos representantes dos trabalhadores. 5. Conclusão. Referências.

RESUMO: O artigo examina o regime jurídico da representação dos trabalhadores na empresa, recentemente aprovado no âmbito da reforma trabalhista de 2017. Com apoio na experiência comparada e na Constituição Federal de 1988, evidencia o seu conceito e os aspectos que compõem o seu conteúdo jurídico, especialmente os direitos de participação e informação dos trabalhadores. Em seguida, examina o regime jurídico recentemente aprovado, especialmente as atribuições da comissão dos trabalhadores, processo eleitoral e garantias

aos trabalhadores, analisando a sua correspondência constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: representação dos trabalhadores; direito de informação e participação; negociação coletiva.

ABSTRACT: The article examines the legal regime of employee representation in the company, recently approved under the 2017 labor reform. With support in comparative experience and in the Federal Constitution of 1988, it shows its concept and the aspects that make up its legal content, especially the rights of participation and information of workers. It then examines the recently approved legal regime, especially the duties of the workers' commission, the electoral process and guarantees to workers, analyzing their constitutional correspondence.

KEYWORDS: worker representation; rights of participation and information; collective bargaining.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou, no art. 11 do catálogo dos direitos e garantias fundamentais, o direito à representação dos trabalhadores na empresa. Embora o constituinte não tenha atribuído qualquer limite eficaz à norma, a sua regulamentação adveio tão somente com a reforma trabalhista de 2017, que alterou substancialmente a Consolidação das Leis do Trabalho e trouxe ao ordenamento pátrio a disciplina desse instituto tradicional do direito coletivo do trabalho estrangeiro.

Decorrente do natural espírito associativo inerente às relações laborais, a concepção de um núcleo organizado dos interesses dos empregados na empresa surge no início do século XX¹, inicialmente como organismo sindical. Ganha nova roupagem no estado corporativo italiano, alemão e português, sendo concebida não mais como parte da luta proletária, mas núcleo idealizado da aliança entre o capital e o trabalho. Ao fim do estado corporativo, as

(*) Juiz do Trabalho na Bahia, Professor Titular do Curso de Direito e do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS e Professor Associado I da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito desde 2013. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação On Line em Direito e Processo do Trabalho e em Direito Contratual da Estácio, em parceria tecnológica com o CERS, desde 2016. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1994), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Mestrado em Direito Social pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha (2012) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do Instituto Baiano de Direito do Trabalho (atualmente, exercendo a sua Presidência), Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam).

(**) Advogado e professor dos cursos de especialização da UNIFACS e UCSAL. Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor de Direito do Trabalho. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro da Comunidad para la investigación y el estudio laboral y ocupacional – CIELO.

1. Comissões internas italianas (1906); conselhos obreiros alemães (1920) e delegados de pessoal franceses (1936).

comissões de trabalhadores assumem maior feição interventiva na vida da empresa, especialmente na França e Alemanha.

Atualmente, a Comunidade Europeia tem empreendido esforços para o aprimoramento jurídico da figura, especialmente no que diz respeito aos grupos transnacionais, no qual a representação sindical não consegue ainda conferir proteção jurídica adequada, sem embargo da necessidade de contornar as perdas sociais sofridas pelos trabalhadores nas últimas décadas. Desse modo, Diretivas têm sido aprovadas pelo Conselho e implementadas pelos países membros, no espírito de responsabilidade social das empresas, com destaque para a Diretiva 94/45/CE, sobre a constituição de um comitê de empresa europeu ou de um procedimento de informação e consulta dos trabalhadores nas empresas e grupos de empresas de dimensão comunitária, e para a Diretiva 2002/14/CE, que será linhas à frente examinada.

Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho promulgou em 1971 a Convenção n. 135 acerca da representação dos trabalhadores na empresa, cuja ambiência política brasileira apenas propiciou a sua ratificação em 1991 (Decreto n. 122/91), cuja disciplina será examinada a seguir.

O Brasil, embora tardiamente, trouxe a previsão do instituto na Carta Constitucional, igualmente imbuído no espírito de participação democrática nas relações trabalhistas, a fim de promover o “*entendimento direto com os empregadores*”, como alternativa/complementariedade à representação sindical. Tal entendimento tem se mostrado, na prática, complexo e desafiador, tendo em vista a resistência sindical, embora no continente europeu os sindicatos já estejam, desde a década de 70, empenhados no desenvolvimento efetivo da participação dos trabalhadores na gestão da empresa².

Além disso, persiste a dificuldade de associação coletiva permanente e organizada dos trabalhadores no seio das médias e pequenas empresas, atualmente descentralizadas e fragmentadas pelo fenômeno da exteriorização, bem como pela resistência natural dos acionistas das empresas no sentido de acomodação da representação e da participação nos órgãos de gestão, muitas vezes justificada na confidencialidade gerencial.

Nada obstante as dificuldades práticas, trata-se de um instituto em desenvolvimento e ascensão, cujas bases jurídicas de regulamentação constitucional na ordem brasileira são agora disciplinadas na CLT. O presente artigo, nesse sentido, objetiva traçar em linhas gerais o núcleo essencial do direito fundamental de representação, a partir de exemplos muito breves do direito comparado, para, no último tópico, analisar a adequação da nova legislação ao texto constitucional.

2. BREVES NOTAS SOBRE O NÚCLEO DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS, ESPANHOL, FRANCÊS E ALEMÃO

O legislador português disciplinou, no artigo 54 da Carta de 1976, o direito **fundamental** de criação das comissões dos trabalhadores como instância de representação, defesa dos seus interesses e intervenção democrática na vida da empresa, divididos em:

- a) **direitos de informação:** *receber todas as informações necessárias ao exercício da sua actividade;*
- b) **de gestão:** *exercer o controlo de gestão nas empresas;*
- c) **participação:** *participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a acções de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho;*
- d) *participar na elaboração da legislação do trabalho e dos planos económico-sociais que contemplem o respectivo sector;*
- e) *gerir ou participar na gestão das obras sociais da empresa, a partir de um rol meramente exemplificativo*³.

São direitos, portanto, elementares e “*constitucionalmente configuradas como instrumentos de intervenção democrática (dos trabalhadores) na vida da empresa*”⁴, a partir de um trinômio que garante o seu **conteúdo essencial**, a começar pelo direito instrumental de informação, objeto da Diretiva nº. 2002/14/CE, de 11 de Março de 2002, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta

2. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 18.ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010. p. 368.

3. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho*. Parte III – Situações laborais colectivas. Coimbra, Almedina, 2015. p. 104.

4. MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 527.

dos trabalhadores na Comunidade Europeia e compreende:

- a) a informação sobre a evolução recente e a evolução provável das atividades da empresa ou do estabelecimento e a sua situação econômica;
- b) a informação e a consulta sobre a situação, a estrutura e a evolução provável do emprego na empresa ou no estabelecimento e sobre as eventuais medidas de antecipação previstas, nomeadamente em caso de ameaça para o emprego; e
- c) a informação e a consulta sobre as decisões susceptíveis de desencadear mudanças substanciais no nível da organização do trabalho ou dos contratos de trabalho.

Em seguida, o legislador confere às comissões o direito de gestão e participação, sendo esses, indubitavelmente, os mais importantes no âmbito da intervenção dos trabalhadores⁵. Não se confundem os direitos de gestão e participação com autogestão da empresa, perspectiva existente em outros momentos históricos⁶, mas a um processo de índole democrático-conciliatória dos sujeitos envolvidos, que no caso português é acolhido inclusive pelo Código das Sociedades Comerciais (art. 64º⁷), segundo o qual incumbirá à administração atender “aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus **trabalhadores**, **clientes** e **credores**”.

O *Estatuto de Los Trabajadores* da Espanha não confere expressamente o poder de gestão ao representante dos trabalhadores, embora a proceduralização do poder de consulta permita a participação efetiva dos trabalhadores na tomada da decisão empresarial que afete os seus interesses, devendo ser inclusive informado previamente do conteúdo da decisão⁸.

Os comitês de empresa (*comités d'entreprise*) franceses possuem poderes mais alargados quanto à informação e participação por meio da consulta e assento nos órgãos de administração da empresa (art. L-2323-2 ss.)⁹, assegurando aos membros a tomada permanente de contas dos seus interesses nas decisões relativas à gestão e ao desenvolvimento econômico e financeiro da empresa, organização do trabalho, formação profissional e técnicas de produção (L- L2323-1).

É, contudo, o caso alemão que melhor atinge a finalidade da representação dos trabalhadores, uma vez que, por uma luta do sindicalismo da década de 70¹⁰, assegurara o poder de cogestão entre socios e empregados nas sociedades anônimas, por meio do órgão denominado Conselho de Vigilância, o qual tem a tarefa de controlar a atividade da S.A. com mais de quinhentos empregados, cujo quadro pode ser composto por até cinquenta por cento de trabalhadores.

Além do Conselho de Vigilância, o comitê de empresa (leia-se, de empregados) possui os típicos direitos de informação e consulta. Ressalte-se, nesse particular, que a lei orgânica do estabelecimento alemã (*Betriebsverfassungsgesetz*) biparte o comitê de empresa por empresa e estabelecimentos, sendo a primeira relacionada aos assuntos econômicos (conselho econômico de empresa), e nos *Betriebsrat* (conselho de estabelecimento), os assuntos de cunho social¹¹. Em linhas gerais, nos conselhos de estabelecimento são garantidos os direitos à informação, consulta, participação e co-decisão, podendo inclusive celebrar acordos por estabelecimento.

Nos comitês de natureza econômica, que se dão no âmbito da empresa, convém destacar o direito

5. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho*. Parte III – Situações laborais colectivas. Coimbra, Almedina, 2015. p. 126.
6. CANOTILHO, J.J. GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 722.
7. Art. 64º 1 – Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.
8. Art. 64, 6. La consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y

representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones.

9. PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain, JEAMMAUD, Antoine. *Droit du travail*. Paris, Dalloz, 2006. p. 817.
10. KOCHER, Eva. *La repercusión de las formas de participación financiera en el gobierno de las empresas: el caso alemán*. In *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*. (LANDA ZAPIRAN, Juan Pablo – org.). Albacete, Editorial Bomarzo, 2002. p. 96.
11. Art.s 56.º e seguintes da BVG (*Betriebsverfassungsgesetz*).

à informação, previsto no art. 69, nº. 3 da *Betriebsverfassungsgesetz*, segundo o qual o empresário deverá, pelo menos uma vez em cada trimestre, dar conhecimento ao pessoal da situação e evolução da empresa. Esse direito, um dos mais relevantes do conjunto normativo alemão, tem um nitidamente o propósito de conferir efetividade ao direito geral de informação, a fim de se evitar uma fórmula vazia de conteúdo¹².

Em suma, sem a pretensão de aprofundar os direitos de consulta, participação e gestão no presente estudo, mas cumprindo a tarefa de introduzir e noticiar o conteúdo típico do poder de representação a partir dos exemplos de Portugal, Espanha, França e Alemanha, verifica-se a presença de um núcleo essencial do direito fundamental à representação associado ao trinômio, repita-se, informação, consulta e participação na gestão empresarial, todos eles radicados na ideia de intervenção democrática na empresa, cuja finalidade está longe de simples envolvimento dos trabalhadores nos objetivos empresariais ou mesmo de mero canal de interlocução dos fins da empresa junto aos empregados. Pelo contrário, evidencia um mecanismo relevante de ação coletiva dos trabalhadores, complementar ao sindicato externo, para a *“promoción y defensa de los intereses propios de esa colectividad frente a los intereses de la parte empresarial, que son en buena medida divergentes”*¹³.

3. O CONTEÚDO JURÍDICO DA REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O legislador constituinte brasileiro inseriu, como acima já transcrito, o direito à eleição de um representante nas empresas que possuam mais de duzentos empregados, com a finalidade *exclusiva* de promover o entendimento direto com os empregadores. Tal direito deve ser complementado pelas previsões contidas na Convenção n. 135 da OIT, ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 122/91, com eficácia jurídica supralegal no Direito pátrio, de modo a conferir aos representantes eficazmente a proteção jurídica contra todas as medidas que lhes possam

causar prejuízo, incluindo o despedimento (art. 1º¹⁴) bem como as condições que permitam o desempenho das suas atividades (art. 2º, 1º¹⁵).

Tal bloco de normatividade inaugura, no direito positivo brasileiro, a representação dos trabalhadores no seio da empresa, cujo conteúdo jurídico constitucional não permite ir além da participação democrática na empresa, assegurado o direito de associação, reunião, informação, deliberação dos interesses dos trabalhadores e negociação com o empregador.

É esse o núcleo jusfundamental essencial, que não permite redução, sob pena de contrariar a dignidade e razão de ser da norma constitucional. A relação entre empregado e empregador tende a ser naturalmente conflituosa e não pode ser reduzida, por qualquer mecanismo fictício, a uma relação de colaboração harmônica de interesses. É por essa razão, prevendo a natural conflituosidade, que a representação dos trabalhadores foi inserida no capítulo dos direitos e garantias fundamentais e a Organização Internacional do Trabalho impõe à empresa o dever de garantir as condições do seu exercício, no que se inclui a proteção do empregado representante.

É com vistas à prevenção/resolução dos conflitos naturalmente existentes na relação *capital-trabalho* que a norma existe e deve ser perseguida pelo legislador infraconstitucional, o que não elimina o veio associativo e a sua inerente combatividade deliberativa e negocial, desde que em harmonia com a lealdade, a boa-fé e o compromisso do entendimento recíproco. Não é outra a opinião doutrinária a esse respeito: “a finalidade da norma em comento reside na promoção do entendimento direito entre empregados e empregadores, no âmbito de trabalho (...). A concórdia e a prevenção de conflitos encontram-se na mira do normativo inovador da Constituição de 1988”¹⁶.

12. PINTO, Mário; AZEVEDO, Amândio. A participação dos trabalhadores na empresa: a legislação alemã de co-decisão. Revista Diálogo Social, vol. VIII, n.os 30-31, 1970, p. 477.

13. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo; MURCIA, Joaquín García; VALVERDE, Antonio Martín. *Derecho del Trabajo*. Vigésima Edición. Madrid, Tecnos, p. 297.

14. Os representantes dos trabalhadores na empresa devem beneficiar de uma protecção eficaz contra todas as medidas que lhes possam causar prejuízo, incluindo o despedimento, e que sejam motivadas pela sua condição de representantes dos trabalhadores ou pelas actividades dela decorrentes, pela sua filiação sindical ou pela sua participação em actividades sindicais, na medida em que actuem em conformidade com as leis, convenções colectivas ou outras disposições convencionais em vigor.

15. Na empresa devem ser estabelecidas facilidades aos representantes dos trabalhadores, de forma a permitir-lhes desempenharem rápida e eficazmente as suas funções.

16. MALLET, Estêvão; FAVA, Marcos. Comentário ao art. 11 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 647.

Outro aspecto que deve ser enfrentado ao se examinar o conteúdo jurídico da representação dos trabalhadores do artigo 11 da Constituição Federal diz respeito à existência de limite do número de representantes imposto pelo legislador constituinte e, sucessivamente, à possibilidade de instituição de comissão de trabalhadores no âmbito da empresa.

Quanto ao primeiro aspecto, tem-se que a redação da norma tem como objetivo a criação de uma instância de representação para empresas de um determinado porte econômico, não se extraindo uma vedação à eleição de mais de um representante, atendendo ao princípio da proporcionalidade, o que pode ser perseguido tanto pelo legislador ordinário quanto pelas normas coletivas da categoria, sem prejuízo de uma pactuação entre as partes no âmbito do regulamento empresarial. Nesse sentido, igualmente, tem apontado a doutrina¹⁷.

No que diz respeito à criação de comissão de trabalhadores, verifica-se que perante tal assunto o legislador constituinte não se ocupou, não havendo qualquer vedação à constituição de uma comissão de trabalhadores, até mesmo por força do princípio da liberdade de associação, desde que o representante com assento na deliberação direta com o empregador seja o representante eleito, não a comissão.

Pode-se argumentar, inclusive, que a comissão está implícita no instituto da representação, uma vez que o representante não age solitariamente e nem é esse o objetivo da norma, que busca por meio de um sujeito autorizado a representação do coletivo, que por uma procedimentalização que assegure a democracia interna, se organize por meio de uma comissão, a qual se encontra ainda mais justificada em caso de eleição de mais de um representante na empresa.

Por fim, saliente-se que o bloco de normatividade da representação dos trabalhadores contempla ainda os vetores essenciais da Constituição do Trabalho, quais sejam, a valorização do trabalho humano (art. 1º, IV; 170), fundamento da República e da ordem econômica, assim como a promoção da melhoria da condição dos trabalhadores (art. 7º, *caput*), bem como da dignidade da pessoa humana.

4. EXAME DA REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NA REFORMA DA CLT

A redação do art. 510 dispõe sobre a finalidade e a composição das comissões de trabalhadores, nos seguintes termos: “Nas empresas com mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.

Um ponto digno de nota inicial diz respeito à criação de um título próprio às comissões de representantes na empresa, independentemente da atividade sindical, com a nítida finalidade de demarcar a posição política de autonomia em relação aos sindicatos. Nada obsta, contudo, inclusive por força da sua liberdade de atuação, que a comissão dialogue com o sindicato representativo da categoria, o que é natural em função das atribuições conferidas pelos itens VII e VIII do art. 510 – B, da CLT.

O *caput* do art. 510-A evolui em relação à proposta original, após os substitutivos apresentados, ao dispor sobre a criação da comissão dos trabalhadores, não apenas de um representante dos trabalhadores conforme o projeto original, nas empresas com mais de duzentos empregados, reafirmando o texto constitucional no sentido de promover o “entendimento direto com os empregadores”.

O texto normativo, no que diz respeito à composição das comissões, obedeceu a uma proporcionalidade estrita, não prevendo representante para empresas com menos de duzentos empregados ou mesmo de uma maior composição nas empresas de grande porte ou com mais de um estabelecimento. Aliás, o texto não cuidou dos estabelecimentos, que são as unidades de produção de uma empresa, do que se depreende que o quantitativo não é suficiente se a empresa possuir múltiplos estabelecimentos. É suficiente se considerada uma comissão unitária, mas se houver necessidade de manter representação ao nível dos estabelecimentos, o número pode se revelar insatisfatório. Diante da lacuna, e baseado no princípio da autonomia organizacional, nada impede que a comissão crie meios de diálogo com os estabelecimentos, seja por meio de assembleias periódicas ou mesmo de subcomissões.

Além disso, ao não observar critérios menos estritos de proporcionalidade, a redação atrairá a mesma discussão existente em relação ao art. 522 da CLT, que fixa em sete o número máximo de dirigentes sindicais, sob o argumento de uma interferência

17. *Ibidem*. p. 647.

estatal na sua autonomia organizativa. Vale lembrar que o TST já flexibilizou tal limite, ao permitir uma maior composição, embora dispondo que não gozará das garantias previstas no art. 543, § 3º (Súmula nº 369, II, TST).

4.1. Atribuições da comissão dos representantes dos empregados

O dispositivo nuclear do título relativo à representação dos trabalhadores é o art. 510 – B, que fixa as atribuições da comissão dos trabalhadores. A primeira atribuição, prevista no inciso I, é a de “*representar os empregados perante a administração da empresa*”. Por representação, entende-se atuação por conta de outrem, o que significa dizer que incumbe à comissão a atuação no interesse dos representados na empresa. Por “empresa” deve-se entender os seus “órgãos de gestão empresarial”, cuja instância máxima é a assembleia geral, onde por imperativo lógico a representação dos trabalhadores se dará.

O dispositivo, portanto, ao assegurar a representação dos trabalhadores perante a empresa ou seus órgãos, resguarda o direito à informação e consulta, bem como a instrumentalização desses direitos, como emissão de pareceres a respeito dos interesses dos trabalhadores a serem tutelados e/ou negociados. Com efeito, o texto normativo se aproxima ao direito francês, que não assegura o modelo da cogestão, como o faz o direito alemão, mas possibilita os mecanismos democráticos de participação na vida empresarial.

Vale ressaltar que estão naturalmente abrangidos como “empregados” todos aqueles que trabalham em favor do empregador complexo, ou seja, não apenas os empregados diretos, mas também os terceirizados, da mesma forma que estão naturalmente abrangidos os trabalhadores intermitentes, horistas, teletrabalhadores, a domicílio ou qualquer outra forma atípica de regime de prestação de trabalho, devendo-se assegurar a sua participação nas instâncias de deliberação e decisão, a serem facilitadas, v.g., por meio eletrônico. Não estarão abrangidos os exercentes de órgãos de direção que, em função da sua autonomia, não são qualificados como empregados ou se encontram com o contrato suspenso.

Nos incisos seguintes, traz o bloco da conciliação no âmbito da empresa, em conformidade à matriz negocial da reforma trabalhista, quais sejam, “aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base na boa-fé e do respeito

mútuo” (inciso II), “promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos” (inciso III) e “buscar soluções para os conflitos decorrentes das relações de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais” (inciso IV).

O bloco de conciliação elege a comissão como um órgão privilegiado no âmbito do entendimento recíproco, o que supõe a sua instrumentalização, com direito de informação e consulta relativa às matérias de interesse dos empregados, direito de petição aos órgãos de gestão, reunião periódica e deliberação das pautas internas, instância privilegiada de representação dos empregados face aos poderes do empregador e da atividade normativa da empresa. Há, portanto, um amplo aspecto de ordenações que se davam de forma unilateral ao conjunto dos trabalhadores, que passam a ser, depois de instaurada a comissão, por ela mediada.

O inciso V confere uma atribuição que, a princípio, não deveria ser das comissões, uma vez que “assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical” é dever do empregador já garantido na constituição e na legislação infraconstitucional, daí porque desnecessária a regra. Por outro lado, deve a comissão fiscalizar o direito à não discriminação, por se tratar de um direito que se desenvolve no plano da realidade de uma forma peculiarmente específica, muito dos quais de forma indireta, ou seja, a partir de regulamentos genéricos e em tese lícitos, mas que atingem especialmente os sujeitos diferentes. Por ser a inclusão um tema sensível e particularizado, é conveniente às comissões o dever de cooperar para a não discriminação nas relações de emprego.

Encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação (inciso VI) visa a assegurar às comissões um papel procedimental, de instaurar no seio empresarial mecanismos processuais internos que garantam ao empregado o direito de reclamação, especialmente no que diz respeito ao *jus resistentiae* face aos poderes do empregador, notadamente o *jus puniendi*.

O inciso VII atribui às comissões o dever de “acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho”, ou seja, uma atividade fiscalizatória típica das comissões internas de empresa, que deve dialogar com outras comissões, especialmente a CIPA.

Por fim, demarcando a autonomia e apartamento do sindicato, o legislador impõe às comissões no inciso VIII a tarefa de “acompanhar as negociações para a celebração de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho, sem prejuízo da atribuição constitucional dos sindicatos”. Ou seja, sua atividade nem prejudica a atuação dos sindicatos nas empresas e ao mesmo tempo em que a sua participação não vincula o ente sindical, típico agente da negociação coletiva.

O parágrafo primeiro assegura às comissões que as decisões serão sempre colegiadas, observada a maioria simples. Já no parágrafo segundo assegura o direito de organização e atuação independente, o que inclusive corrobora com a ideia de serem os dispositivos acima enumerados exemplificativos, na medida em que a comissão poderá, de forma independente, atuar para além das atribuições mínimas a ela conferidas, sem sofrer a intervenção da empresa em suas atividades.

Por certo que a atuação independente é não apenas um direito da comissão como um dever que recai sobre o empregador, de forma negativa, no sentido de não obstar tal atuação, e positivo, no sentido de conferir meios para a atuação independente, tal como local apropriado para a sua instalação, direito de reunião, sem prejuízo do salário dos trabalhadores, direito a utilizar os espaços físicos da empresa para a sua atuação e informação, até mesmo porque o meio ambiente da empresa é difuso, pertence a uma coletividade (art. 200, VIII, CF).

4.2. O processo eleitoral

Quanto ao processo eleitoral, a disciplina fica a cargo do art. 510 – C, segundo o qual prevê convocação com antecedência mínima de trinta dias do término do mandato anterior, “por meio de edital que deverá ser fixado na empresa, com ampla publicidade, para inscrição de candidatura”. Embora não fique claro, em uma primeira leitura do parágrafo primeiro, quem deverá convocar é a Comissão Eleitoral, já formada por cinco empregados não candidatos. Isto, porque o dispositivo em tela veda qualquer interferência da empresa e do sindicato da categoria no processo, do que se infere que convocação não deve ser feita pela empresa, mas pela Comissão.

Poderão se candidatar, na forma do parágrafo segundo, qualquer candidato, salvo aqueles com contrato de trabalho por prazo determinado, contrato suspenso ou que estejam em período de aviso prévio, ainda que indenizado, sendo eleitos os

candidatos mais votados, em escrutínio secreto, vedado o voto por representação, que tomarão posse no primeiro dia útil seguinte à eleição ou ao término do mandato anterior.

A eleição será realizada e a comissão empossada, ainda que com o número de candidatos insuficientes ao quantitativo mínimo previsto no parágrafo primeiro do art. 510 – A. Tal previsão normativa torna, a nosso entender, fragilizada a comissão de representantes empossada. No caso, a melhor alternativa normativa seria uma segunda convocação, complementar à primeira, por mais trinta dias, abrindo-se mais inscrições de candidatos. Em caso de manutenção do quadro insuficiente realiza-se a eleição.

Por fim, no que diz respeito ao processo eleitoral, outro dispositivo que não condiz com a dignidade constitucional das comissões de serviços. Dispõe o parágrafo sexto que não havendo nenhum registro de candidatura será lavrada ata e convocada nova eleição no prazo de um ano. O prazo é demasiado elástico e não promove a sensibilização dos trabalhadores para a candidatura. A melhor alternativa, nesse caso, seria uma nova convocação, de trinta dias. Não foi, contudo, a opção do legislador, o que não legitima, por outro lado, a regulamentação infraconstitucional.

4.3. Garantias dos representantes dos trabalhadores

Previstas no art. 510 – D, asseguram o mandato de um ano, sendo vedada a recondução, que constava do projeto aprovado na Câmara dos Deputados. A duração de um ano de mandato mostra-se insatisfatória, até porque, não raro, os processos negociais perduram por mais de um ano na prática empresarial, o que acaba por tornar bastante insuficiente o prazo do mandato conferido ao representante da comissão dos trabalhadores. Ao que parece, o legislador buscou equiparar o mandato ao representante da CIPA, que é também de um ano. Ocorre que as atividades do cipeiro, embora de importância fundamental, revelam-se menos abrangentes às da comissão de trabalhadores, que deve cuidar de assuntos muito diversificados, inclusive aqueles correlacionados à gestão da empresa.

Acrescenta o parágrafo primeiro a não elegibilidade do membro que houver exercido a função de representante dos empregados por dois períodos subsequentes. A redação melhora o projeto original que tornava inelegível o candidato que houvesse

cumprido o mandato com recondução. Tal limitação apenas se justificava no caso de mandatos consecutivos, o que é saudável à oxigenação do quadro da comissão dos trabalhadores. O impedimento, por outro lado, da candidatura não consecutiva do empregado que tenha sido eleito em dois mandatos fragilizava ainda mais a comissão, especialmente pela curta duração do mandato.

Mantendo-se a possibilidade de candidatura de representantes que já tenham gozado de mandato, embora com uma “quarentena” de dois mandatos, ao tempo em que oxigena o quadro impossibilita que a comissão seja composta eternamente por “cristãos novos”, sem a experiência que o difícil mister o exige.

O mandato de membro de comissão de representante dos empregados não implica suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, devendo o empregado permanecer no exercício de suas funções (§ 2º, art. 510). A redação é novamente lacunosa quanto à interrupção, uma vez que haverá períodos temporais em que o empregado estará na plenitude das suas atividades de representação, que podem durar dias, inclusive. Nesse caso, depõe a razoabilidade em favor da interrupção do contrato. O que o legislador pretende vedar é uma interrupção prévia pelo exercício do mandato, o que é diferente da interrupção para a atividade.

Naturalmente que o representante tem assegurada a garantia contra a dispensa, nos moldes da proteção sindical, isto é, da candidatura até um ano após o mandato. Silencia, contudo, a respeito da proteção contra a transferência do local do serviço e demais atos discriminatórios pelo exercício da função. Quanto à discriminação, o silêncio não importa prejuízo, uma vez que o princípio geral da proteção contra a discriminação abrange, evidentemente, o representante da empresa, inclusive por força da norma internacional. Por outro lado, é grave a não extensão da proteção contra a transferência dos empregados eleitos representantes, por se tratar de atividade que colide com os interesses empresariais e, na prática, a forma mais imediata de obstaculizar o exercício da função é a transferência do local da prestação do serviço.

Nesse caso, deve prevalecer o entendimento vazado no princípio da não interferência da empresa na atividade sindical, o que representaria um ato de anti-representação por parte da empresa, uma tentado contra a democracia interna e a finalidade constitucional da comissão de representação dos trabalhadores.

5. CONCLUSÃO

Feitas as considerações a respeito das linhas gerais do quadro normativo da representação no direito comparado, aliado às considerações de ordem constitucional, o cotejo à regulamentação brasileira aponta para restrições do núcleo essencial do direito de representação, que é a participação dos trabalhadores na empresa, notadamente pelo teor instrumental aos interesses do empregador reservado à representação dos trabalhadores.

Por outro lado, convém assinalar que se trata da primeira regulamentação da representação dos empregados no ordenamento jurídico brasileiro, a qual, pela ausência de tradição da figura, serve de pavimento aos desenvolvimentos vindouros, inclusive porque a representação alcança um *status* diferenciado na contemporaneidade, com um conteúdo alargado de atribuições, especialmente no âmbito de negociações atípicas, o que é assunto para outro diálogo.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, J.J. GOMES/MOREIRA, VITAL. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Almedina, 2007.
- GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo; MURCIA, Joaquín García; VALVERDE, Antonio Martín. *Derecho del Trabajo*. Vigésima Edición. Madrid, Tecnos, 2011.
- KOCHER, Eva. *La repercusión de las formas de participación financeira en el gobierno de las empresas: el caso alemán*. In Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa. (LANDA ZAPIRAN, Juan Pablo – org.). Albacete, Editorial Bo-marzo, 2002.
- MALLET, Estêvão; FAVA, Marcos. Comentário ao art. 11 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 18.ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.
- PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain, JEAMMAUD, Antoine. *Droit du travail*. Paris, Dalloz, 2006.
- PINTO, Mário; AZEVEDO, Amândio. *A participação dos trabalhadores na empresa: a legislação alemã de co-decisão*. Revista Diálogo Social, vol. VIII, n.os 30-31, 1970, pp. 466-512.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho*. Parte III – Situações laborais colectivas. Coimbra: Almedina, 2015.

O novo depósito recursal no processo do trabalho: entre isenções e garantias

Tercio Roberto Peixoto Souza*

1. DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO E DA COMPREENSÃO CORRENTE ACERCA DO DEPÓSITO RECURSAL NO PROCESSO DO TRABALHO

É natural do ser humano a irresignação e o erro. Não por outras razões, o sistema jurídico brasileiro fora pensado sob um critério de pesos e contrapesos, tudo a justificar um controle do poder pelo próprio poder. De outro lado, em um contexto de intensa velocidade da comunicação e a cultura do *'fast'*, que envolve avassaladoramente as relações sociais (não à toa temos o *'fast food'*, e mesmo o *'fast sleep'* [conceito que envolve o descanso em aeroportos]), certa é a maior exigência quanto à celeridade dos processos judiciais o que enseja, portanto, que quanto menos sejam os recursos, em tese, cabíveis, mais rápido será o processo.

O choque entre a celeridade e a segurança irá se reafirmar com muito maior intensidade no âmbito das relações laborais, em que de regra, em um dos lados da relação jurídico-processual há aquele que possui como seu único meio de subsistência a sua força de trabalho, e que por isso mesmo, não tem disponibilidade de tempo para esperar... as suas necessidades e da sua família não esperam.

Visando equacionar tais visões (velocidade e segurança), boa parte da doutrina entende ter sido consagrado, no ordenamento jurídico, o princípio da revisibilidade das decisões (ou do duplo grau de jurisdição), mas também o da razoável duração do processo (art. 5.º, LV e LXXVIII, da CF/1988, entre outros). Identifica-se o princípio da revisibilidade

das decisões como aquele que determinaria como direito da parte o de subordinar uma determinada decisão judicial ao controle por parte do próprio Poder Judiciário. O art. 5.º, LV, da CF/1988, ao definir que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, teria assegurado tal princípio. Ou seja, a partir daquele dispositivo não seria possível aferir a positivação do princípio. No entanto, é possível vislumbrá-lo a partir de todo o arcabouço normativo vigente, que define uma estrutura recursal formada por diversos tribunais, em uma sistemática eminentemente piramidal, no qual os Tribunais Superiores encontram-se no cume enquanto os demais, na base da pirâmide.

Como já dito, é possível fazer o contraponto ao aludido preceito porque já se fala em um direito fundamental a um processo sem dilações indevidas, ou seja, o direito da parte à prestação jurisdicional em um tempo razoável. Pode-se dizer que a partir da Emenda Constitucional nº. 45/2004 e com a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5.º da CF/1988 – através do qual fora assegurado a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação –, foi consagrado o direito à razoável duração do processo.

No âmbito do processo laboral não é propriamente recente a noção de que se deve otimizar o manejo do expediente recursal. Nesse contexto, o legislador apresentou algumas condicionantes para o exercício legítimo do direito de recorrer, ou seja, de ver a decisão proferida em um determinado processo ser revista por outro órgão judicial. Para a interposição de cada um dos recursos previstos no ordenamento deve o recorrente observar que são diversos os pressupostos recursais objetivos, também denominados extrínsecos, a serem cumpridos para o conhecimento do recurso, tais quais a adequação, tempestividade e a representação processual que lhe são inerentes. Dentre tais exigências, exige-se para a interposição recursal justamente a realização de um depósito, denominado depósito recursal.

(*) Advogado. Procurador do Município do Salvador. Presidente do Instituto Bahiano de Direito do Trabalho – IBDT e membro do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB. Associado da Associação Baiana dos Advogados Trabalhistas – ABAT. Pós-Graduado em grau de Especialista em Direito Público pela Universidade Salvador – UNIFACS. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professor do Curso de Pós Graduação da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor do Curso de Pós Graduação da Faculdade Baiana de Direito – FBD. Professor convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/BA – ESA. Professor convidado da Escola Judicial do TRT da 5ª Região – EMATRA5.

A redação do art. 899 da CLT, de há muito, determina que no processo laboral apenas será admitido o recurso, inclusive o extraordinário, mediante depósito prévio da quantia da condenação, até um valor máximo. Como leciona Wagner Giglio

[...] essa imposição visa coibir os recursos protelatórios, a par de assegurar a satisfação do julgado, pelo menos parcialmente, pois o levantamento do depósito em favor do vencedor será ordenado de imediato, por simples despacho do juiz, após a ciência do trânsito em julgado da decisão (GLIO, 2007, p.486).

O depósito recursal, portanto, possui um dupla finalidade: a de garantia recursal, impondo-se ao condenado o ônus de dispor de algum valor para que possa insistir na discussão da matéria; mas também a de garantia do juízo. Neste sentido já se pronunciou o TST categoricamente no sentido de que o depósito recursal teria natureza de “garantia do juízo recursal, [o] que pressupõe decisão condenatória ou executória de obrigação de pagamento em pecúnia, com valor líquido ou arbitrado”, como se depreende da redação do item I, da Instrução Normativa nº 3, daquele Tribunal.

Não se nega a controvérsia quanto à constitucionalidade desse expediente, dado que inegavelmente cria-se um óbice ao direito de recorrer. O STF já se pronunciou sobre a inconstitucionalidade da exigência do depósito prévio para a interposição recursal no âmbito administrativo, consoante se identifica:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Ausência de violação ao art. 97 da CF/1988. Recurso administrativo. Necessidade de depósito prévio. Inconstitucionalidade da exigência. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. – 1. Não ofende a cláusula de reserva de plenário a decisão do relator que se limita a aplicar entendimento anteriormente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade de norma. 2. O Plenário desta Corte, na Questão de Ordem no AgIn 698.626-SP, rel. Ministra Ellen Gracie, concluiu pela existência da repercussão geral da matéria versada nos presentes autos, ratificando, na ocasião, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de recurso administrativo. 3. Agravo regimental não provido.” (AgIn 639805, AgRg, rel. Min. Dias Toffoli, 1.^a Turma, j. 31.08.2010, DJe-223, divulg. 19.11.2010, public. 22.11.2010, Ementário vol-02435-02, p. 316)

Todavia, em relação à exigência do depósito recursal no âmbito judicial, tem o mesmo STF entendido que a matéria seria meramente infraconstitucional, o que não ensejaria análise por parte da Suprema Corte:

Trabalhista. Depósito recursal. Lei 8.177/1991. Alegada contrariedade ao art. 5.^o, II, da Constituição. A discussão em torno do depósito recursal na justiça do trabalho e da ocorrência da deserção cinge-se ao âmbito da legislação ordinária, sendo inadequada a apreciação pelo supremo tribunal federal. Agravo regimental improvido.” – (AgIn 153269 AgRg, rel. Min. Ilmar Galvão, 1.^a Turma, j. 07.06.1994, DJ 10.02.1995, p. 1.876, Ementário vol. 01774-04, p. 777)

Direito do trabalho e direito processual civil. Agravo regimental em recurso extraordinário. Matéria trabalhista. Pressuposto de admissibilidade. Depósito recursal. Ofensa reflexa. Interpretação de norma processual. – 1. O debate acerca do recolhimento de custas ou de depósito recursal não autoriza a interposição de recurso extraordinário ante a exigência de interpretação de norma processual infraconstitucional. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.” (RE 585379, AgRg, rel. Ministra Ellen Gracie, 2.^a Turma, j. 16.12.2008, DJe-038, divulg. 26.02.2009, public. 27.02.2009, Ementário vol. 2350-05, p. 866)

Na doutrina e jurisprudência o que se tem entendido é que tal exigência adéqua-se à sistemática de um processo célere e eficaz, portanto, constitucional, sendo necessária a compreensão do seu delineamento. Vejamos.

2. DOS VALORES E FORMALIDADES PARA A VALIDADE DO DEPÓSITO RECURSAL

O dispositivo legal mais relevante para a compreensão e delimitação do depósito recursal no âmbito do processo laboral é justamente o art. 899 da CLT, o qual fora importantemente alterado a pela Lei 13.467/2017, e está atualmente assim vazado:

Art. 899 – Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

§ 1.^o. Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vezes o salário-mínimo regional, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva

importância. Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância de depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz.

§ 2º. Tratando-se de condenação de valor indeterminado, o depósito corresponderá ao que fôr arbitrado, para efeito de custas, pela Junta ou Juízo de Direito, até o limite de 10 (dez) vezes o salário-mínimo da região.

§ 4º. O depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança.

§ 5º (Revogado).

§ 6º. Quando o valor da condenação, ou o arbitrado para fins de custas, exceder o limite de 10 (dez) vezes o salário-mínimo da região, o depósito para fins de recursos será limitado a este valor.

§ 7º. No ato de interposição do agravo de instrumento, o depósito recursal corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor do depósito do recurso ao qual se pretende destrancar.

§ 8º. Quando o agravo de instrumento tem a finalidade de destrancar recurso de revista que se insurge contra decisão que contraria a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nas suas súmulas ou em orientação jurisprudencial, não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito referido no § 7º deste artigo.

§ 9º. O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial.

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

Como já dito, para a interposição do recurso, deve ser cumprido pelo recorrente o pressuposto do denominado depósito recursal. E a leitura do §1º do art. 899 da CLT permite a conclusão de alguns delineamentos relevantes sobre o tema.

O primeiro deles leva em consideração que o aludido depósito deve ser feito *'previamente'* à interposição do recurso. A disposição legal deve ser compreendida, todavia, no sentido de que o depósito recursal deve ser realizado e comprovado no prazo do

respectivo recurso, de modo que a interposição recursal no primeiro dia do prazo, com a realização do depósito em momento posterior, mas ainda dentro do prazo recursal, não implica na deserção daquele. É o que se depreende da Súmula nº 245 do TST: "DEPÓSITO RECURSAL. PRAZO. O depósito recursal deve ser feito e comprovado no prazo alusivo ao recurso. A interposição antecipada deste não prejudica a dilação legal."

Veja-se que tal compreensão deve ser a mesma para as hipóteses em que a parte deseje substituir o depósito recursal por fiança bancária ou seguro garantia judicial, consoante facultado doravante, a partir da redação conferida ao art. 899, §11, da CLT. Nesse caso, a parte também deverá comprovar a garantia do juízo, por meio da fiança ou do seguro, no prazo recursal. É o que fora consagrado, inclusive, através do Enunciado nº 216 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho – FPPT, como se depreende:

[...] (art. 899, §11, da CLT) A parte recorrente deverá apresentar os documentos representativos da fiança bancária ou do seguro-garantia previstos no art. 899, §11, da CLT, no prazo recursal.

No tocante ao prazo, ainda, com a alteração do artigo 10 da IN 39/2016 do TST, que regulamentou a aplicabilidade do art. 932, parágrafo único, e 938, §1º a 4º e 1.007, todos do CPC ao processo laboral, permite-se que, diante da insuficiência do depósito recursal, tal diferença seja complementada. A insuficiência do depósito, não mais impõe, assim, a deserção do recurso. Nesse sentido, a SDI 1 do TST cristalizou o seu entendimento através da OJ 140 daquela Corte:

DEPÓSITO RECURSAL E CUSTAS PROCESSUAIS. RECOLHIMENTO INSUFICIENTE. DESERÇÃO. (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Em caso de recolhimento insuficiente das custas processuais ou do depósito recursal, somente haverá deserção do recurso se, concedido o prazo de 5 (cinco) dias previsto no § 2º do art. 1.007 do CPC de 2015, o recorrente não complementar e comprovar o valor devido.

Mas o mesmo §1º do art. 899 da CLT ainda expõe outro delineamento igualmente relevante, qual seja, o de que somente é devida a garantia pelo recorrente em havendo condenação em pecúnia. Tal compreensão fora reafirmada, inclusive, através da Súmula 161 do TST:

Depósito. Condenação a pagamento em pecúnia. – Se não há condenação a pagamento em pecúnia, descabe o depósito de que tratam os §§ 1.º e 2.º do art. 899 da CLT.

Nesse sentido, ainda, cumpre mencionar que segundo o entendimento assentado até o momento, de regra a parcela é devida apenas pelo empregador sucumbente. Assim, indevida a exigência da parcela àquele contra quem não houve condenação ao pagamento de valores, na hipótese do trabalhador recorrente. Nesse sentido o TST:

Exigência de depósito recursal por parte do reclamante. Impossibilidade – O depósito recursal não tem natureza jurídica de taxa de recurso, mas de garantia do juízo recursal (Instrução Normativa n.º 03/93 do TST), ou seja, objetiva garantir o cumprimento da condenação. A medida é voltada exclusivamente para atender o interesse do trabalhador que, embora tendo de aguardar o julgamento do recurso interposto, terá a certeza de que ao menos parte do valor da condenação imposta encontra-se reservado para a execução da sentença. Além disso, embora o caput do art. 899 da CLT não declare expressamente que o depósito recursal é exigido apenas do recorrente empregador, tal conclusão é facilmente extraída dos §§ 4.º e 5.º do mencionado dispositivo legal, quando estabelecem que o depósito far-se-á na conta vinculada do trabalhador, que deverá ser aberta em seu nome, se ainda não a tiver. Recurso de revista conhecido e provido.” (634654-82.2000.5.10.5555, rel. Rider de Brito, j. 17.12.2003, 5.ª Turma, DJ 26.03.2004)

O mesmo §1º do art. 899 da CLT permite identificar, ainda, que os depósitos recursais estão sujeitos a limites. De fato, deve-se notar, também, que o aludido depósito possui um valor máximo, qual seja, justamente o valor da condenação.

Desse modo, se alcançado o valor correspondente ao total da condenação, nada mais é devido a título de garantia da instância. E naquelas hipóteses em que o valor da condenação for indeterminado, o valor arbitrado pelo Juízo servirá como mesmo limite (§2º, art. 899, CLT).

O valor máximo (teto) do depósito recursal será o montante da condenação. Todavia, visando permitir o acesso à instância superior, estabeleceu o legislador não apenas um teto (correspondente ao valor total da condenação), mas um limitador, aquilo o que pode ser denominado como um subteto, através do qual limita-se os valores do depósito recursal a cada uma das espécies recursais, consoante previsto no §6º do art. 899 da CLT.

Através da Lei nº. 8.542/92, especialmente no seu art. 40, o legislador estabeleceu limites ao depósito recursal no caso de interposição do recurso ordinário, de recurso de revista, embargos

infringentes e recursos extraordinários, sendo devido um novo depósito a cada novo recurso interposto, no decorrer do processo. Assim, enquanto não alcançado o valor integral da condenação, cada depósito recursal deve ser realizado, respeitando-se os limites fixados, todavia.

Tal compreensão fora cristalizada pelo E. TST, consoante se depreende do teor da Súmula nº 128 do Tribunal:

DEPÓSITO RECURSAL

I – É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso.

II – Garantido o juízo, na fase executória, a exigência de depósito para recorrer de qualquer decisão viola os incisos II e LV do art. 5º da CF/1988. Havendo, porém, elevação do valor do débito, exige-se a complementação da garantia do juízo.

III – Havendo condenação solidária de duas ou mais empresas, o depósito recursal efetuado por uma delas aproveita as demais, quando a empresa que efetuou o depósito não pleiteia sua exclusão da lide.

O citado enunciado da Súmula do E. TST traz à lume, ainda, duas questões importantes. A primeira delas, prevista no inciso II da Súmula, indica que realizada a garantia integral do Juízo, em sede de execução, torna-se inexigível o depósito recursal, na hipótese de manejo de recurso na mesma fase, justamente por estar a instância totalmente assegurada. Apenas na hipótese de incrementado o valor da execução, ter-se-ia como possível tal exigência.

A segunda questão relevante consignada no verbete é que havendo condenação solidária, será possível que apenas um dos condenados realize o depósito, desde que nenhum dos recorrentes pretenda a sua exclusão da lide. Nesta última hipótese, ambos recorrentes devem garantir o juízo.

Ao determinar que o depósito recursal seja feito em conta vinculada ao juízo, o §4º do art. 899 trouxe importante modificação na sua dinâmica. A redação contida no mesmo dispositivo indicava a necessidade de o aludido depósito fosse realizado em conta vinculada do empregado, a que se refere o art. 2º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, a Lei que regia o FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Diante da especificação da natureza da conta em que seria realizado o depósito, tal disposição

fazia crer ser necessária a utilização das guias correspondentes, na conta do empregado no FGTS, a denominada guia GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social, para a sua formalização. Nesse sentido, a compreensão corrente era no sentido de que o recolhimento do depósito em guia diversa, que não a GFIP (na conta vinculada do FGTS) impunha o não conhecimento recursal.

Ou seja, mesmo realizado o depósito, mesmo garantida a instância, dado que os valores não estavam alocados em conta vinculada do FGTS, entendia-se como não atendido o requisito. Nesse sentido a S. 426 do TST:

DEPÓSITO RECURSAL. UTILIZAÇÃO DA GUIA GFIP. OBRIGATORIEDADE. 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.

Cumprido deduzir que o entendimento sumular *está superado* por força da redação conferida pela Lei 13.467/2017 ao §4º do art. 899. Doravante será possível a realização do depósito recursal em conta à disposição do juízo, independente da sua natureza. Sempre nos pareceu injustificável o formalismo, no particular, em inadmitir o recolhimento recursal em outra modalidade, que não fosse o depósito na conta vinculada do FGTS, quando qualquer depósito colocado à disposição do juízo, independente da natureza da conta, não apenas asseguraria a instância como, por certo, remuneraria de forma mais efetiva o capital colocado à disposição do Juízo, fato positivo para o Devedor, que ao final seria onerado de forma menos gravosa no cumprimento da decisão judicial; para o Credor, porque teria posto à sua disposição de forma mais efetiva o crédito que pretende no processo; e para a própria administração judiciária, dado que conseguiria cumprir a sua decisão, integralmente, da forma mais célere, economizando inclusive recursos públicos para a mesma prestação jurisdicional.

Não é demais dizer que o saldo da conta vinculada do FGTS é remunerado à razão de míseros três por cento ao ano (art. 13 da Lei 8.036/1990). Alíás, o FGTS é corrigido pela TR – Taxa Referencial, acrescido de 3% (três por cento) de juros ao ano, enquanto a poupança, o investimento tido por todos como o mais conservador de mercado, é igualmente

corrigido pela TR, mas remunerado à razão de 6,17% (seis inteiros e dezessete décimos), no mesmo período. Ao menos nos últimos vinte anos, segundo a imprensa especializada, o rendimento do FGTS perde para a poupança e não cobre nem a inflação¹.

De todo modo, em face da alteração da redação do §4º do art. 899 da CLT, permite-se concluir que doravante seja possível a realização do depósito recursal em qualquer conta bancária, desde que à disposição do juízo, condicionando-se apenas que o seu saldo seja corrigido segundo os mesmos índices da poupança.

Parece certo concluir, então, que não há mais qualquer imposição quanto à natureza da conta bancária a ser utilizada para a realização do depósito, desde que obviamente a mesma esteja à disposição da autoridade judicial e remunere os recursos àquela razão.

Mas deve ser destacado ainda que, apesar de a redação legal indicar ser imperioso que o depósito seja “corrigido com os mesmos índices da poupança”, não parece haver qualquer razão para se afastar os depósitos realizados em contas com índices superiores aos da poupança. Com efeito, diante das mudanças do mercado financeiro, é muito possível que existam contas remuneradas em índices superiores aos da caderneta de poupança, cujos recursos sejam igualmente passíveis de serem colocados à disposição do Juízo. Dada tal realidade, não parece existir óbice à sua implementação dado que, isso mesmo, otimizaria a própria prestação jurisdicional, à guisa do denominado princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

Por fim, cumpre mencionar ainda que uma vez realizado o depósito recursal, tais valores, segundo a previsão do §1º do art. 899 da CLT, ficam à disposição do juízo e estarão sujeitos a levantamento imediato, em favor da parte vencedora, por simples despacho da autoridade judicial. Tal determinação impõe que uma vez colocados os valores à disposição do Juízo, transitada em julgado a decisão recorrida, caberá ao mesmo a definição quanto ao destino daqueles recursos. Tal fato se mostra relevante porquanto reafirma que os valores utilizados no depósito recursal sujeitam-se doravante à gestão judicial, fato que impacta importantemente nas novidades trazidas no §11º do art. 899 da CLT, quanto ao seguro garantia e à fiança bancária.

1. <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/02/01/em-20-anos-rendimento-do-fgts-perde-para-poupanca-e-nao-cobre-nem-inflacao.htm>

Sem dúvidas, a fim de que os aludidos valores permaneçam à disposição da autoridade judicial é certo que incumbe à parte a regularidade e manutenção daquelas garantias até a extinção do processo ou a sua substituição. Essa foram as conclusões encartadas no Enunciado 217 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho – FPPT:

[...] (art. 899, §11, da CLT e art. 835, caput, do CPC) É ônus da parte recorrente manter atualizada a fiança bancária ou seguro garantia desde a data da interposição do recurso até a extinção do processo ou a substituição por outro meio hábil a garantir à execução, respeitada a ordem de preferência do art. 835, caput, do CPC.

Neste ponto, parece relevante deduzir, todavia, que tal ônus não pode ser confundido com decisões surpresa, ou eventuais incertezas, no curso do feito. Em cumprimento ao art. 10 do NCPC, acaso constate o Juízo ou qualquer dos litigantes ter havido o vencimento do prazo das garantias referidas, ou qualquer outra irregularidade, deve-se conferir à parte razoável prazo para que tenha a oportunidade para regularizar a situação processual, seja renovando as garantias originalmente postas, seja substituindo-as. Mesmo porque, a eventual cessação da garantia nos chamados ‘tempos mortos’ do processo, ou seja, enquanto aguarda-se um pronunciamento ou mesmo o cumprimento de determinação jurisdicional, usualmente não tem o condão de implicar em qualquer prejuízo. Apenas decorrido o prazo fixado pelo Juízo, sem a regularização da situação, parece certa a cominação dos ônus processuais decorrentes da inércia da parte. Com efeito, se ainda que feito o depósito recursal em montante inferior ao devido não há que ser determinada *incontinenti* a extinção do feito, com muito mais razão não se deve fazê-lo a quem promoveu a diligência, mas em razão do próprio decurso do tempo, teve a eficácia da sua atuação limitada.

3. DAS EXCEÇÕES AO REGIME GERAL DO DEPÓSITO RECURSAL

Apresentado o regime geral do depósito recursal, cumpre agora expor algumas das suas exceções, muitas delas trazidas pela Lei 13.467/2017.

A primeira exceção trazida ao regime geral do depósito recursal é justamente aquela prevista no §7º do art. 899 da CLT, que determina a redução do valor do depósito recursal para a hipótese do recurso de agravo de instrumento. Antes mesmo de tratar do aludido recurso, desde já é preciso alertar ao leitor para que não confunda o recurso de agravo de

instrumento previsto no CPC com aquele de mesma denominação, mas absolutamente diverso, existente no âmbito do processo do trabalho. Com efeito, é próprio do direito processual do trabalho a incorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Todavia, a lógica que permeia o CPC é no sentido oposto, havendo previsão expressa, nos arts. 1.015 e seguintes, do recurso de agravo de instrumento como sendo o meio processual apto a atacar as decisões interlocutórias especificadas em lei, proferidas nos processos diretamente submetidos àquele diploma legal.

A hipótese do processo do trabalho, dada a própria dinâmica recursal em que os recursos, em regra, são apresentados perante o juízo prolator da decisão, a fim de que se apreciem os pressupostos da irresignação, será possível ao Juízo de piso a negativa de seguimento ao próprio recurso, quando não respeitados os pressupostos recursais mínimos. Acontece que diante de tal negativa, faz-se necessário garantir às partes um meio impugnatório contra o despacho que nega seguimento ao recurso. Daí porque o art. 897, ‘b’, da CLT prevê o cabimento do agravo de instrumento, a ser manejado contra os despachos que denegarem a interposição de recursos pelos respectivos juízos de piso.

Historicamente não havia qualquer obrigatoriedade da garantia da instância no manejo do agravo de instrumento. Todavia, a partir da Lei 12.275/2010, passou a ser obrigatório, também em sede do recurso de agravo de instrumento, a realização do depósito recursal, todavia, limitado à 50% (cinquenta por cento) do valor do depósito recursal do recurso a que se pretendida destrancar. Tal imposição legislativa decorreu da atuação do TST, que visando limitar o número de agravos de instrumento em curso naquela Corte, pretendeu acrescer mais essa obrigação ao recorrente. Embora, efetivamente tenha se notado alguma redução do número de recursos dessa natureza na Corte máxima juristrabalhista, em verdade pensamos que a eficácia dessa nova obrigação é menor, quando se nota, a partir de resultados estatísticos do CNJ, que os maiores litigantes no âmbito da corte superior ou são entes públicos, ou grandes conglomerados financeiros, portanto, não sujeitos a limitações de ordem orçamentária para fins recursais.

Quando do advento da Lei 13.015/2014, fora inserido no art. 899 da CLT o parágrafo 8º, através do qual passou-se a prever uma verdadeira exceção à regra geral contida no §7º do mesmo dispositivo. Explico. Prevê aquele dispositivo que quando o agravo de instrumento tem a finalidade de des-

trancar recurso de revista que se insurge contra decisão que contraria a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nas suas súmulas ou em orientação jurisprudencial, não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito referido no § 7º. Ou seja, enquanto seja regra a realização do depósito recursal também em sede do recurso de agravo de instrumento, quando o objeto do agravo de instrumento se tratar de recurso de revista fundado na jurisprudência uniforme do TST, ter-se-ia a dispensa da realização do aludido depósito recursal. Ou seja, firmado o entendimento por meio de Súmula ou OJ, o recorrente não se vê obrigado a realizar tal depósito. Tal medida fora instaurada no sentido de prestigiar o cumprimento do entendimento manifestado pelo TST, ou seja, de obedecer à suas Súmulas e OJ's.

Mas é importante mencionar que se em um mesmo recurso há mais de uma matéria recursal, sendo uma delas abrangidas pela exceção e outra não, o Recorrente deverá fazer o aporte financeiro mencionado, sob pena de não conhecimento do recurso, ao menos naquela parte não prevista no §8º do art. 899.

Os parágrafos §9 e 10§ do art. 899 da CLT, por sua vez, trouxeram exceções igualmente relevantes à dinâmica do depósito recursal, por igualmente excepcionarem o regime geral da exigência daquela parcela. Diante da sua relevância, permita-me e reprodução, mais uma vez, dos dispositivos:

§ 9º O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial.

A redação do §9º trouxe hipótese de redução dos valores do depósito recursal. Mas seria melhor que o legislador tivesse seguido a técnica redacional prevista do §7º do mesmo art. 899. Afinal, ao estabelecer que o depósito recursal será reduzido “pela metade” sem estabelecer qual seria o todo, pode permanecer alguma dúvida de qual seria a parte exigida. Assim, à guisa de integração do dispositivo, deve-se interpretá-lo no sentido de que o valor do depósito recursal, daqueles entes que o legislador especifica no §9º, será reduzido pela metade, do valor do depósito do respectivo recurso.

Feitas tais considerações deve-se considerar que o legislador determinou hipóteses de redução

do depósito em favor de alguns. Os primeiros destinatários da redução são as denominadas entidades sem fins lucrativos. Embora pareça elementar a definição, a demonstração de que a parte seja efetivamente uma ‘entidade sem fins lucrativos’ não é tão simples. Com efeito, embora não seja propriamente adequado ao legislador a conceituação, a redação contida na Lei n. 9.532/1997, visa delimitar as entidades sem fins lucrativos, nos seguintes termos:

§ 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Note-se que a definição normativa acima indicada pressupõe ou a não existência de resultado positivo (superávit) ou a não distribuição de lucros. Assim, é importante identificar que mesmo entidades que executem atividades comerciais (aqui no sentido da intermediação de bens e serviços) necessariamente não irão perder a característica de entidades sem fins lucrativos, sendo necessária a apuração caso a caso. Tal premissa é relevante pois existem diversas associações, instituições, clubes de futebol, que mesmo fazendo a gestão de ativos economicamente relevantes, e estejam a desenvolver atividades no comércio (de intermediação), não perderão o enquadramento enquanto entidades sem fins lucrativos. Assim, ainda que executem atividades superavitárias economicamente, tais entidades estariam, albergadas pelo benefício legal da redução.

O mesmo benefício da redução do depósito recursal deve ser implementado em relação aos empregadores doméstico, segundo a delimitação constante da Lei Complementar nº. 150/2015, aos microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, previstos na Lei Complementar nº. 123/2006.

Ladeado ao aludido benefício da redução do depósito recursal, a Lei 13.467/2017 trouxe ainda, no §10º do art. 899, a previsão de isenção do depósito recursal em favor dos beneficiários da justiça gratuita, das entidades filantrópicas e das empresas em recuperação judicial.

A isenção do depósito recursal conferida em favor dos beneficiários da justiça gratuita, prevista no §10º do art. 899, de algum modo, tornou incontroversa a aplicação do art. 98, VIII do CPC, ao processo laboral. A previsão do CPC de há muito indicava ser a gratuidade de justiça suficiente a exonerar o beneficiário da realização de depósitos previstos em

lei para interposição de recurso. Tal expediente veio para sepultar a celeuma quanto à possibilidade de dispensa do depósito recursal, notadamente quando o reclamado gozar dos benefícios da justiça gratuita. Havia quem pretendesse, por força do tratamento conferido pela LC 132/2009 e a Lei 1.060/1950, além da previsão do art. 899, § 1.º, da CLT, a inexistência da parcela. Todavia, essa não era a posição majoritária dos Tribunais, notadamente do TST, que entendia ser devido o depósito, mesmo ao beneficiário da gratuidade, como se depreende:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 . SOCIEDADE PRIVADA SEM FINS LUCRATIVOS. DESERÇÃO DO RECURSO DE REVISTA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO DEPÓSITO RECURSAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. NÃO ABRANGÊNCIA DO DEPÓSITO RECURSAL. NÃO APLICAÇÃO DO TEOR DO ART. 3º, INCISO VII, DA LEI Nº 1.060/50, COM ALTERAÇÃO DA LC Nº 132/2009, NO PROCESSO DO TRABALHO. Na hipótese, conforme consignado pelo Juízo de admissibilidade regional, não se pode admitir o recurso de revista da reclamada por deserção, ante a ausência de comprovação de recolhimento do depósito recursal. A concessão de assistência judiciária gratuita, no âmbito do processo do trabalho, não implica a dispensa de que seja efetuado o depósito recursal, dada a sua natureza de garantia do juízo da execução. Nesse sentido é o entendimento prevalecente desta Corte. Esclarece-se, por oportuno, que não se aplica o disposto no inciso VII do art. 3º da Lei nº 1.060/50, com a alteração dada pela Lei Complementar nº 132/2009, no processo trabalhista. O preceptivo assim dispõe: "Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções (...) VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório". A alteração implementada no art. 3º da Lei nº 1.060/50, que conferiu nova redação ao seu inciso VII como citado, decorreu da lei complementar nº 132, de 2009, cujo principal objetivo foi alterar os dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que se refere, essencialmente, à organização da Defensoria Pública. Tem-se que os preceitos constantes da referida Lei nº 1.060/50, incluindo-se a redação do inciso VII do seu art. 3º conferida mediante lei complementar, ainda que de hierarquia superior, somente têm aplicação no processo do trabalho quando houver omissão na legislação trabalhista e, ainda assim, apenas naquilo em que com ele for compatível.

Esse é o princípio norteador da incidência ou não dos preceitos constantes de diplomas legais inseridos no ordenamento jurídico civil de forma subsidiária à sistemática trabalhista, nos exatos termos do art. 769 da CLT. E é exatamente sob essa ótica que se impõe concluir pela impossibilidade de aplicação do teor do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 1.060/50, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 132 de 2009, no processo do trabalho relativamente ao depósito recursal, visto que, nesta esfera, tal depósito constitui garantia do juízo da execução, que, ao final de demanda, poderá ser levantado de imediato pelo autor da ação caso vencedor, não se identificando, portanto, com aqueles "depósitos previstos em lei para interposição de recurso" de que trata a lei (precedentes desta Corte) . Agravo de instrumento desprovido. (TST – AIRR: 217304320145040001, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 30/08/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/09/2017).

A alteração do §10 do art. 899, assim, *torna superado* o entendimento consolidado pelo E. TST sobre o tema, em que se compreendia a assistência judiciária gratuita não abranger o depósito recursal, como exemplifica o julgado acima transcrito.

A isenção dos beneficiários da justiça gratuita é justificável por si só, dada a inviabilidade daquele em suportar as despesas processuais, sem prejuízo seu ou de sua família, reconhecido pelo próprio Poder Judiciário. Parece que a previsão legal veio conferir alguma coerência sistêmica ao instituto da gratuidade de justiça, no âmbito do processo laboral, eximindo aquele reconhecidamente pobre do desembolso de valores antes da sua condenação.

No tocante às entidades filantrópicas, estas por igual foram beneficiadas com tratamento diferenciado. Trata-se de benefício a ser operado mediante a comprovação da condição do requerente, e que visa conferir condição diferenciada às entidades que assim se enquadrem pelo papel social que desempenham. Visando explicitar algum delineamento para a comprovação da condição de filantrópica à recorrente, através do Enunciado nº 215, o Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho – FPPT indica ser necessário que a entidade comprove o preenchimento dos requisitos previstos em lei, especialmente nas Leis 8.742/93 e 8.212/91, para o gozo do benefício:

[...] (art. 899, § 10 da CLT; Lei 8.742/93 e 8.212/91) Para obter a isenção de depósito judicial prevista no § 10 do art. 899 da CLT, é necessário que a entidade comprove o preenchimento dos requisitos previstos

nas Leis nº 8.742/93 e nº 8.212/91, anexoando o Certificado emitido pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS ou Conselho Nacional de Saúde – CNS, atualizado, ou prova de requerimento de renovação ainda pendente de apreciação.

No tocante às empresas em recuperação judicial, deixa-se de exigir a garantia do juízo na medida em que todos os ativos da empresa, durante o expediente da recuperação, estão à disposição do Juízo, e direcionados à manutenção da própria atividade empresarial. Também a matéria foi solucionada pela Lei 13.467/2017, superando-se, por igual, o entendimento no sentido de que a previsão da Lei 11.101/2005 não previa a isenção das empresas em recuperação judicial do recolhimento do depósito recursal.

Por fim, dada a inexigibilidade de garantia por parte da Fazenda Pública, não há que se falar em depósito recursal para a Administração Pública ou o Ministério Público do Trabalho.

Ademais, ainda se há que falar da exigência do depósito recursal em face da ampliação das competências da Justiça do Trabalho. Com efeito, se aplica a exigência mesmo nas relações de trabalho ou que não evolva parcela trabalhista *stricto sensu*.

Presume-se, no processo executivo, que a instância esteja garantida integralmente, já que esse é pressuposto para a apresentação dos embargos à execução. Desse modo, na execução, se o juízo já estiver garantido, não há necessidade do depósito recursal. Tais conclusões foram consolidadas na jurisprudência do E. TST, consoante prevê a Súmula 128:

Depósito recursal. – I. É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso.

II. Garantido o juízo, na fase executória, a exigência de depósito para recorrer de qualquer decisão viola os incisos II e LV do art. 5.º da CF/1988. Havendo, porém, elevação do valor do débito, exige-se a complementação da garantia do juízo.

III. Havendo condenação solidária de duas ou mais empresas, o depósito recursal efetuado por uma delas aproveita as demais, quando a empresa que efetuou o depósito não pleiteia sua exclusão da lide.

Na hipótese de recurso ordinário em ação rescisória, a parcela somente é devida se julgada procedente a rescisão, impondo-se a condenação em pecúnia, na forma da Súmula 99 do TST:

Ação rescisória. Deserção. Prazo. – Havendo recurso ordinário em sede de rescisória, o depósito recursal só é exigível quando for julgado procedente o pedido e imposta condenação em pecúnia, devendo este ser efetuado no prazo recursal, no limite e nos termos da legislação vigente, sob pena de deserção.

Por fim, dado que o depósito recursal possui natureza de garantia do Juízo, através do § 11 do art. 899 da CLT, prevê-se que o mesmo poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial. De rigor, a hipótese da substituição da penhora por fiança bancária não é propriamente nova, muito menos no âmbito do processo laboral. Com efeito, desde há muito prevê a Lei de Execução Fiscal, a Lei 6.830/80, aplicável subsidiariamente ao processo executivo, em seu art. 15, ser possível a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária, e cuja aplicabilidade fora reconhecida pelo Judiciário Trabalhista, consoante explicitado na redação anterior da OJ nº 59 da SDI II.

A novidade trazida pela Lei 13.467/2017, fica por conta da ampliação objetiva quanto aos meios de garantia admitidos (fiança e seguro garantia), em sede do depósito recursal. Note-se que mesmo com a ampliação das hipóteses, as inovações previstas no aludido dispositivo não ensejaram em alteração quanto à natureza do aludido depósito, mesmo quando substituído por fiança ou seguro garantia, tendo sido essas as conclusões consolidadas através do Enunciado nº 214 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho – FPPT:

[...] (art. 899, § 11 da CLT) A substituição do depósito recursal por fiança ou seguro não retira a sua natureza de garantia da execução e deve ser colocado à disposição do juízo para que este possa liberá-lo em favor da parte quando assim cabível.

Alguma dúvida tem remanescido, todavia, quanto às condições e ao importe da aludida garantia, quando substituir o depósito recursal. Com efeito, muitos estão a sustentar que a garantia seja apresentada em valor não inferior ao do débito do recurso, acrescido de trinta por cento, por aplicação do art. 835, §2 do CPC, no particular. Ouso discordar.

Temos que a previsão do art. 835, §2º do CPC cuida de hipótese específica, qual seja, aquela em que a garantia (o seguro ou a fiança) visam substituir a penhora. Sucede que o depósito recursal, a prima facie, não deixa de garantir o juízo, mas serve primordialmente enquanto requisito para que a parte possa acessar à instância superior. Assim sendo, nos parece ser exigido, na melhor das hipóteses,

o acréscimo de trinta por cento apenas e tão somente na hipótese de ser utilizada a aludida garantia na fase executiva, especificamente para fins de penhora, portanto.

O próprio art. 882 da CLT, com a redação inserida também a partir da Lei 13.467/2017, que autoriza a utilização do seguro-garantia na fase executiva, explicita que aquela condição deve ser observada segundo a ordem preferencial prevista no art. 835 do CPC, dispositivo que cuida justamente da penhora.

Assim, na melhor das hipóteses tem-se como possível o incremento dos 30% sobre o valor do débito, apenas perante o processo executivo, e a partir do CPC/2016, compreensão esta firmada, inclusive, pelo E. TST, consoante se depreende do conteúdo da nova redação da OJ nº 59 da SDI II, daquela Corte:

59. MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA. CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA. SEGURO GARANTIA JUDICIAL. 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 graduação dos bens penhoráveis, estabelecida no art. 835 do CPC de 2015 (art. 655 do CPC de 1973).

Ademais, há quem mencione, na doutrina, ser a previsão do art. 835, §2º do CPC, atinente ao acréscimo de 30% (trinta por cento) destinada

[...] a cobrir a atualização monetária do débito (constante da inicial até o momento da substituição da penhora) e a inclusão dos encargos da mora (v.g. juros), das despesas processuais e dos honorários advocatícios. (REDONDO, 2016. P. 2.019).

Ou seja, o aludido acréscimo tem por finalidade permitir apenas que os valores postos à disposição do Juízo cível, mantenham o seu valor, considerando que as despesas processuais e honorários de advogado já integram a execução. Sucede que, como já dito, a redação do §4º do mesmo art. 899 da CLT indicou precisamente qual o critério fixado pelo legislador para a atualização dos valores postos à disposição do Juízo em sede recursal, qual seja, que o crédito que assegure a instância seja corrigido segundo os mesmos índices da poupança.

Assim, parece que o único critério que se deve exigir da garantia, quando utilizado à guisa do §11 do art. 899, é que respeite ao menos os mesmos critérios de correção fixados em favor do depósito em dinheiro, ou seja, que o seu saldo, ou montante segurado, como queira, sejam corrigidos seguindo os mesmos índices da poupança.

Deste modo, está-se a dar cumprimento não apenas ao §4º do art. 899 da CLT, que exige critério mínimo de remuneração do saldo colocado à disposição do juízo, mas também o §11 do mesmo artigo, dado ter sido o seguro garantia e/ou fiança bancária equiparados a dinheiro.

Por fim, cumpre mencionar que na hipótese de utilizada a fiança ou seguro garantia a título de depósito recursal, transitada em julgado a decisão, ter-se-á como possível ao juízo a determinação da sua liberação imediata, consoante previsto no §1º do art. 899 da CLT, como já deduzido, determinando-se ao devedor que pague imediatamente os valores, sob pena de pagamento pela seguradora.

Na hipótese de o Juízo entender ser necessária a discussão quanto à extensão do crédito exequendo, portanto, de se instaurar o processo executivo, uma vez convolado o depósito recursal em penhora, deve-se determinar ao executado ou o reforço do depósito recursal (à razão dos aludidos 30% previstos no art. 835 do CPC), ou o reforço da penhora, no correspondente ao valor executado, acrescido dos 30%, caso pretenda assegurar o juízo através de fiança bancária ou seguro garantia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ausência de sistematicidade decorrente das modificações legislativas impostas pela Lei 13.467/2017 nos impõe algum vagar na compreensão do instituto jurídico do depósito recursal, no âmbito do processo laboral, mormente a fim de que se dê a efetividade esperada ao processo, consoante os seus princípios.

Todavia, tal vagueza não deve ser tornar óbice para a coerente e adequada aplicação do instituto, mormente a fim de que sejam preservadas não apenas a sistematicidade do processo laboral, mas primordialmente para que se permita às partes alguma segurança quanto aos ônus que devem suportar, no exercício do seus direitos.

As modificações quanto à natureza da conta bancária a ser utilizada para a realização do depósito, desde que obviamente a mesma esteja à disposição da autoridade judicial, não tem o condão de alterar a natureza do instituto, pura e simplesmente. De outro lado, se é certo que incumbe à parte a regularidade e manutenção daquelas garantias até a extinção do processo ou a sua substituição, não se pode impor àquele que se vale das previsões legais ônus desproporcionais ou supreendentes, ao

longo do feito, mormente em se considerando que o sistema processual atribuiu ao seguro garantia e/ou à fiança bancária o status equivalente ao de dinheiro.

Dúvidas existem e existirão. Ainda há muito a ser feito. Mas apenas o trabalho diuturno será capaz de tornar o que deve ser naquilo o que verdadeiramente é.

5. REFERÊNCIAS

- GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 16. Ed. rev., ampl., e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REDONDO, Bruno Garcia. In WANBIER, Teresa Arruda Alvin (et al) (coord.) 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. atual e ampl., São Paulo: LTr, 2008.

A Reforma Trabalhista e os honorários advocatícios: algumas considerações

Téssio Rauff de Carvalho Moura*

RESUMO: O presente trabalho tem o propósito de examinar os honorários sucumbenciais no âmbito da Justiça do Trabalho, buscando enxergando-os a partir de sua fisionomia jurídica, em cotejo com as regras que o introduziram no sistema trabalhista e com os pronunciamentos das Cortes Superiores. Intentou-se ainda contribuir reflexivamente para a adequada compreensão dos pressupostos de concessão e seus padrões legais e constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Honorários advocatícios. Sucumbência. Reforma trabalhista.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As espécies de Honorários Advocatícios e seus Escopos. 3. O Art. 791-A e Os Princípios Regentes da Condenação em Honorários na Seara Trabalhista. 4. A Disciplina dos Honorários de Sucumbência na Consolidação das Leis do Trabalho. 5. O Tribunal Superior do Trabalho e os Honorários Sucumbenciais. 6. Considerações Finais. Referências

1. INTRODUÇÃO

Abordar a temática dos honorários advocatícios na seara trabalhista significa tocar um dos aspectos processuais mais impactantes da Reforma operada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Em um cenário que até então era regido com suficiência pela antiga e menos complexa redação da Súmula 219, cujas premissas repousavam no art 14, Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970¹, sobreveio o art. 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho, que aproximou em muito a disciplina dos honorários no processo do trabalho à do processo civil.

Até a Reforma Trabalhista de 2017, a Súmula nº 219, reputada constitucional pela Súmula nº 329, ambas do Tribunal Superior do Trabalho, estabelecia unicamente dois requisitos cumulativos para a percepção da verba honorária em casos de condenação, quais sejam:

- 1) ter o reclamante sido assistido pelo sindicato da categoria; e
- 2) ser beneficiário da justiça gratuita.

Há aí coerência com a lógica processual do *jus postulandi*, porquanto, tornada imperativa a participação do sindicato na representação processual, dada a fragilidade econômica do obreiro, os honorários assistenciais, assim nominados especificamente quando devidos à entidade sindical, seriam uma forma de recompor os custos desta por ocasião de tal representação. Nos demais casos, porquanto inexistente a obrigatoriedade de participação de advogados, impossível falar em condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais.

É que, conquanto seja a advocacia função essencial à atividade da justiça (art. 133, da CF/88), a impositividade da presença de advogado é, historicamente, deveras menor na Justiça do Trabalho, dada a singular aplicação do princípio do *jus postulandi*, cuja constitucionalidade fora inclusive reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 1127-8/DF. Sendo, pois, dispensável a presença de advogado na Justiça do Trabalho, justificado estaria o afastamento da lógica da fixação de honorários praticada no processo civil.

Numa palavra, historicamente as premissas sobre as quais construída a legislação processual trabalhista tinham como exceção a condenação ao pagamento de honorários assistenciais e condicionado este ao atendimento dos aludidos pressupostos. Com a Reforma Trabalhista de 2017, é possível dizer que a aproximação da disciplina da verba honorária nas lides trabalhistas com a do processo civil evidencia que seu pagamento constituirá regra nas condenações.

Sem a pretensão de esgotar a discussão sobre o tema, buscaremos então tratar sobre aspectos cotidianos dos honorários de sucumbência, temática esta em que, como sói ocorrer em inovações legislativas, luzes são lançadas sobre vários caminhos, o que redobra a necessidade de reflexão sobre qual deles trilhar.

(*) Procurador do Estado da Bahia com atuação na primeira e segunda instância do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Especialista em direito Constitucional (Damásio Educacional)

1. “Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.”

2. AS ESPÉCIES DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E SEUS ESCOPOS

Delimitados estes breves contornos, há de se diferenciar as espécies do gênero advocatícios, a fim de situá-las conforme seu escopo e o momento de sua gênese.

Há duas espécies de honorários a serem pagos doravante na Justiça do Trabalho, tal qual já ocorria no processo civil, quais sejam: 1) honorários contratuais; e 2) honorários de sucumbência.

Contratuais são os honorários que derivam unicamente do acerto entre cliente e advogado, vinculando a prestação de serviços do causídico à postulação em juízo em favor da(s) pretensão(ões) contratualmente fixadas pelo constituinte. Já os honorários de sucumbência restarão fixados por ocasião da derrota processual de uma das partes, a qual deverá pagá-los ao advogado da parte vencedora; é possível enxergar nestes um escopo de desestímulo às postulações aventureiras, bem como um prêmio ao causídico que logrou êxito no feito; sua disciplina na seara trabalhista hoje está no art. 791-A, da CLT².

Discorrendo sobre o tema, assim leciona Vólia Bonfim Cassar em didático excerto:

Os honorários advocatícios sucumbenciais não se confundem com os honorários contratuais. Antes a lei trabalhista não aceitava os honorários sucumbenciais em virtude do *jus postulandi* que, antes, vigorava como regra, e agora vigora como exceção. Com o advento do Pje, a contratação de advogado é quase indispensável, daí a necessidade de mudança da regra³.

Tais considerações demonstram que a novidade de fato aqui é, unicamente, a introdução dos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, porquanto os contratuais já eram praticados desde sempre.

3. O ART. 791-A E OS PRINCÍPIOS REGENTES DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS NA SEARA TRABALHISTA

Cumprido de já perceber que os honorários sucumbenciais derivam da derrota processual enquanto fator objetivo. Vencida a parte, caber-lhe-á o pagamento da verba em foco, como bem elucida Leonardo Carneiro da Cunha:

A responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios não depende da comprovação de dolo ou culpa da parte vencida. A condenação nos ônus da sucumbência ocorre, apenas, quando se julga a causa. A resolução de um incidente não gera a condenação nos honorários de sucumbência.

(...)

Na maioria das vezes, a parte vencida é quem deve arcar com os honorários sucumbenciais. E isso porque foi o vencido quem deu causa ao ajuizamento da demanda⁴.

Embora a redação do art. 85 do atual Código de Processo Civil⁵ tenha disposto de maneira mais sistemática e abrangente sobre tal tema do que o novel art. 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho, é de se perceber que o processo do trabalho acompanhou as diretrizes daquele. E isto tanto por força do referido dispositivo acrescido quanto mesmo por causa do art. 15 do Código de Processo Civil, que reclama expressamente a aplicação supletiva e subsidiária desta Codificação quando ausentes normas do processo do trabalho⁶.

Conclui-se, pois, que referidos encargos sucumbenciais derivam da conjugação da sucumbência com o princípio da causalidade. A sucumbência é tanto mais simples de ser interpretada, significando, como visto, o insucesso processual. Exegese pouco maior exige a causalidade, eis que demanda aprofundamento sobre quem fora o efetivo causador da lide processual, imputando-lhe o sobredito ônus.

2. 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.

3. CASSAR, Vólia Bonfim; DIAS, Leonardo Dias. *Comentários à Reforma Trabalhista*, 2ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 140.

4. CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *A Fazenda Pública em Juízo* / – 15. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 120

5. Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

6. Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Assim, em uma reclamação trabalhista deflagrada, por exemplo, com três pedidos: horas extras, intervalo intrajornada e repouso semanal remunerado, cujo trânsito em julgado apenas reconheceu a procedência dos dois primeiros pedidos, é de se perceber primeiramente que houve sucumbência recíproca. Aplicando os sobreditos princípios, emerge o empregador como causador dos primeiros pleitos, porquanto reconhecido que o empregado a eles fazia jus, sem que tais verbas fossem adimplidas espontaneamente e o empregado despontará como causador da lide referente ao terceiro pedido, eis que derrotado e evidenciado, de conseguinte, que direto não lhe acudia, pelo que não deveria ter dado causa a tal ação no particular.

4. A DISCIPLINA DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Cumprido já ressaltar que, mesmo que se tenha tentado a aproximação com o processo civil, alguns pontos foram inexplicavelmente regulamentados de forma assimétrica.

Perceba-se que os valores a serem pagos a título de verba sucumbencial na Justiça do Trabalho serão fixados entre 5% e 15% sobre, sucessivamente, o montante derivado da liquidação da sentença, o proveito econômico obtido com a causa e, por último, sobre o valor atualizado da causa quando os demais critérios não puderem ser atingidos (art. 791-A da CLT).

Diz o CPC, em seu art. 85, § 2º, que a verba honorária será arbitrada entre 10% e 20%, tendo como parâmetros, também sucessivamente aplicáveis, o valor da condenação, o proveito econômico obtido e, em último caso, o valor atualizado da causa. Assim, forçoso constatar que só será quantificada a verba honorária na Justiça do Trabalho após o procedimento de liquidação de sentença.

Tal diferença terminológica entre os dois primeiros critérios dos processos civil e do trabalho, todavia, na prática, é de somenos importância, sobretudo à vista de que corriqueiramente as demandas trabalhistas relativas a obrigação de pagar de fato carecem de liquidação para sua satisfação. Ademais e com maior razão, é justamente o escopo da liquidação traduzir em números exatos o que firmado na norma do caso concreto emoldurada na condenação. Um e outro termo, a nosso ver, redundarão em idênticos efeitos práticos.

Ainda a respeito da quantificação dos honorários advocatícios, válido trazer à colação posição de Vólia Bonfim Cassar:

Em boa hora o legislador garantiu aos advogados trabalhistas o direito aos honorários advocatícios. Entrementes, o valor fixado pelo art. 791-A da CLT é inferior ao previsto no art. 85, § 2º, do CPC, discriminando o profissional da área⁷.

Enfim, poder-se-ia até cogitar que tal cominação a menor na seara do trabalho seria uma forma de onerar minimamente o obreiro. Tal ilação, contudo, não se justifica, porquanto tal regramento reverterá em prejuízo do patrono do obreiro sempre que for este vencedor da demanda. Não há, pois, como compreender ou justificar tal distinção.

Há ainda outra assimetria digna de nota: uma vez que o novo CPC passou a prever expressamente o cabimento de honorários advocatícios na fase recursal, no cumprimento de sentença e nas execuções em seu art. 85, § 1º⁸, silente o novel art. 791-A da CLT sobre o tema, seriam estes cabíveis na Justiça do Trabalho? Cremos que sim.

Dado que os honorários sucumbenciais, como sua nomenclatura antecipa, derivam da derrota processual, um dos efeitos anexos do respectivo provimento judicial será a gênese do direito ao seu recebimento. Explica-se. Entendido o direito constitucional de ação (art. 5º, XXXV, da CF/88) como o direito jurisdicional à tutela jurisdicional efetiva, traz-se, a reboque, a ideia de que todas as técnicas processuais disponíveis e constitucionalmente compatíveis serão empregadas para melhor tutelar o direito de ambas as partes.

Daí ser incogitável que os honorários de sucumbência saiam de cena quando se falar de tutela recursal ou executiva (lato sensu) na seara trabalhista, eis que há aí relevante múnus a ser exercido e cuja valoração deve ser feita para fins de eventual majoração, tendo em conta os pressupostos do art. 791-A, § 2º, da CLT⁹.

No que toca à ação como direito fundamental e às diversas luzes lançadas sobre a ordem processual

7. CASSAR, Vólia Bonfim; DIAS, Leonardo Dias. *Comentários à Reforma Trabalhista*, 2ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 140.

8. Art. 85. (...) § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

9. Art. 791-A § 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.

a partir disto, eis o seguinte escólio da obra de Marini, Arenhardt e Mitidiero:

O exercício da ação não se exaure coma a apresentação da petição inicial. A ação é exercida mediante técnicas processuais idôneas até que o seu objetivo seja encontrado. Isso não quer dizer, como é óbvio, que a ação dependa da existência do direito material, mas que a ação é exercida para a tutela do direito material e, para tanto, são imprescindíveis técnicas processuais idôneas, inclusive posteriormente ao trânsito em julgado da sentença que resolveu o litígio¹⁰.

Outro argumento pela compreensão da tutela recursal e executiva nos honorários sucumbenciais é, uma vez mais, o próprio Código de Processo Civil, que, por força de seu art. 15, tem aplicação subsidiária e supletiva ao processo trabalho. Sob pena de negar vigência ao art. 15 do CPC, atraída está aplicação do regramento processual civil a casos tais, posto que indubitosa a omissão no particular da CLT, seja para deferir, seja para negar o cabimento dos mencionados ônus sucumbenciais em casos tais.

Ambas as razões, quais sejam a compreensão do direito de ação como emanção do estado democrático de direito, albergando em sua amplitude a totalidade das formas de tutela disponíveis e mesmo o art. 15, do Código de Processo Civil, somam-se ainda para reforçar a aplicação de outras tantas balizas deste ao processo do trabalho.

Sendo o regramento do Código de Processo Civil tecnicamente mais sistemático e abrangente, as razões ora expostas reclamam também a aplicação de sua disciplina, com a consequente cominação em honorários sucumbenciais nas seguintes hipóteses, todas elas de indubitosa omissão na nova redação da CLT: 1) improcedência, ainda que sem resolução de mérito (art. 85, § 6º, do CPC); 2) reconhecimento da procedência do pedido ou desistência, ainda que parciais, caso em que poderá até em tese haver sucumbência e honorários ambos recíprocos (art. 90, do CPC); e 3) realização de acordo entre as partes, com a extinção do feito (art. 90, § 2º, do CPC).

5. O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Novidadeira que fora a Reforma Trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa nº 41, de 21 de junho de 2018, buscou estabelecer balizas interpretativas para diversos institutos, dentre os quais os honorários de sucumbência, que restaram assim tratados:

Art. 6º Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nºs 219 e 329 do TST.

Resta ainda mais bem evidenciada a posição da Corte Superior do Trabalho no seguinte julgado:

RECURSO DE REVISTA. QUESTÃO PRELIMINAR.. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA IN 40 DO TST. [...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL.

A Corte Regional deferiu o pedido de pagamento de honorários advocatícios sem que o reclamante estivesse assistido por sindicato da categoria. Até a edição da Lei 13.467/2017, o deferimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho estava condicionado ao preenchimento cumulativo dos requisitos previstos no art. 14 da Lei 5.584/70 e sintetizados na Súmula nº 219, I, desta Corte (sucumbência do empregador, comprovação do estado de miserabilidade jurídica do empregado e assistência do trabalhador pelo sindicato da categoria).

A Lei 13.467/2017 possui aplicação imediata no que concerne às regras de natureza processual, contudo, a alteração em relação ao princípio da sucumbência só tem aplicabilidade aos processos novos, uma vez que não é possível sua aplicação aos processos que foram decididos nas instâncias ordinárias sob o pálio da legislação anterior e sob a qual se analisa a existência de violação literal de dispositivo de lei federal.

Verificada contrariedade ao entendimento consagrado na Súmula n.º 219, I, do TST. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (A C Ó R D ã O 6ª Turma – Desembargadora Convocada Cílene Ferreira Amaro Santos – PROCESSO Nº TST-RR-20192-83.2013.5.04.0026 – Plublicado no DJE: 15/12/2017)

10. MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhardt, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil* – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p 124.

Ocorre que aludida Reforma teve sua eficácia iniciada em 11 de novembro de 2017, *mutatis mutandis*, entendeu o e. Tribunal Superior do Trabalho que o marco temporal para o exsurgimento do direito à verba honorária seria a propositura da reclamação após tal data.

Pensamos, todavia e *maxima venia* ao e. Colegiado Superior, que em se tratando de valores cujo fundamento repousa na sucumbência, é a data da sentença que haverá de balizar a aplicação da novel legislação ou não. E isto por que é ela – a sentença – que espelha, pela primeira vez nos autos, a derrota processual de uma ou de ambas as partes, devendo desde sua prolação ser fixado percentual da liquidação que reflita, até aquele momento, a conjunção dos pressupostos do art. 791-A, § 2º, da CLT e sem prejuízo de eventual inversão de tais ônus sucumbenciais ou mesmo de sua modulação para maior, dado eventual acréscimo laboral nas fases recursal e executiva (*lato sensu*).

O que se vem de defender é que, mesmo se cuidando os honorários sucumbenciais de direito de clara natureza bifronte, posto que irradiador de efeitos materiais e processuais, não há como situar sua gênese em momento diverso daquele em que há a sucumbência. Nasce ele e existe por força da sucumbência processual, de molde que, havendo esta, a simples propositura da reclamação não define *de per se* o destino da lide: é a sucumbência que o faz.

O Superior Tribunal de Justiça corriqueiramente tem perfilhado o entendimento ora exposto, conforme se aduz do didático excerto infra:

RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3. PROCESSUAL CIVIL. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO INTERTEMPORAL: ART. 20 DO CPC/1973 VS. ART. 85 DO CPC/2015. DEFINIÇÃO DA LEI APLICÁVEL.

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem farta jurisprudência no sentido de que, indiferente a data do ajuizamento da ação e a data do julgamento dos recursos correspondentes, a lei aplicável para a fixação inicial da verba honorária é aquela vigente na data da sentença/acórdão que a impõe. Precedentes: REsp. n. 542.056/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19.02.2004; REsp. n. 816.848/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13 de março de 2009; REsp 981.196/BA, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 02 de dezembro de 2008; AgRg no REsp 910.710/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 16.09.2008; AgInt nos EDcl no

REsp. n. 1.357.561/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 04.04.2017, DJe 19.04.2017; REsp. n. 1.465.535/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21.06.2016.

2. A essa jurisprudência há que se adicionar o entendimento desta Corte em relação à vigência do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) que estabeleceu como novidade os honorários sucumbenciais recursais. Sendo assim, para os recursos interpostos de decisões/acórdãos publicados já na vigência do CPC/2015 (em 18.03.2016) é cabível a fixação de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015: Enunciado Administrativo n. 7/STJ – "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC". REsp 1649720 / RS. RECURSO ESPECIAL. Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. DJe 30/10/2017).

Com efeito, para o Superior Tribunal de Justiça, valendo-se de moldura hermenêutica idêntica, no particular, à do processo do trabalho, é pacífico que os honorários de sucumbência emergem da derrota processual, seja ela em que fase for e serão regidas pela lei aplicável quando do pronunciamento judicial (*tempus regit actum*).

Em razão disso, ainda é possível vislumbrar amparo normativo para a aplicação dos honorários sucumbenciais em sede laboral, desde a sobredita data de início da eficácia da Reforma, para as eventuais fases recursais, de cumprimento de sentença ou mesmo de execução direta. Havendo tais fases após a instituição dos honorários sucumbenciais no âmbito laboral, presentes também estarão os pressupostos de aplicação.

A defesa desta posição em nada ofende a ir- retroatividade das normas, constitucionalmente consagrada no art. 5º, inciso XXXVI ou mesmo o desenvolvimento de tal princípio constitucional consagrado no art. 14, do CPC, que assim versa: "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".

Pelas mesmas razões, emanada sentença ou outro provimento judicial antes de 11 de novembro de 2017, resulta incogitável aplicar honorários de sucumbência nestas situações, ainda que parcelares, posto que era ainda ineficaz a norma que cristaliza o direito à sobredita verba. Emanados provimentos

judiciais sem amparo normativo a que eventual sucumbência configurasse condenação em honorários, por certo já se incorporara ao patrimônio dos envolvidos na lide tal posição sob o signo da imutabilidade. Constitui assim verdadeiro direito adquirido de não mais sofrerem as partes aludida condenação em honorários tendo em conta pronunciamentos judiciais pretéritos (art. 6º, caput e § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Situação diversa é aquela em que a derrota processual for posterior à data inicial de eficácia da Reforma Trabalhista, hipótese em que este fato jurídico, de conseguinte, não se perfectibilizou sob o manto da norma anterior, mas sim sob os auspícios da norma recente, já instituidora da multireferida verba.

Sabe-se ainda que a *teoria do isolamento dos atos processuais* é amplamente chancelada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme diretriz emanada do próprio art. 14, do CPC, alhures referidos.

Quer isto dizer que interpretação mais afinada com a segurança jurídica plasmada proteção ao direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI) e com o princípio do isolamento dos atos processuais veiculado no art. 14 do CPC, compeliria o e. Tribunal Superior do Trabalho a, acolhendo a derrota processual/causalidade como fundamento para a delimitação de honorários advocatícios. Assim, importa rever-se o posicionamento da Corte Superior do Trabalho, consagrando a data da sentença – e não a data do protocolo da reclamação trabalhista – como sua baliza mestra para a concessão de honorários, fixando-os ainda para as demais etapas de acordo com a citada necessidade (ou não) de majoração.

Diga-se ainda que já existem no Supremo Tribunal Federal precedentes em abono à tese que se vem de defender, dadas as implicações constitucionais alhures alinhadas. *Ipsi literis*:

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

1. A parte vencedora pede a fixação de honorários advocatícios na causa com base em direito superveniente – a lei 13.467/2017, que promoveu a cognominada “Reforma Trabalhista”.

2. O direito aos honorários advocatícios sucumbenciais surge no instante da prolação da sentença. Se tal crédito não era previsto no ordenamento jurídico nesse momento

processual, não cabe sua estipulação com base em lei posterior, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(STF, 1ª Turma, ARE 1014675 AGR / MG, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23.03.2018, negaram provimento, v.u.)

Pode-se entrever aí que as questões ora discutidas não podem ser ainda dadas como definitivas, sobretudo ante a divergência hermenêutica havida ainda na cúpula do Poder Judiciário, o que nos conclama à atenção aos rumos a serem dados à jurisprudência a ser consolidada sobre o tema.

6. CONSIDERAÇÃO FINAIS

É certo que a Lei da Reforma Trabalhista trouxe contornos mais complexos ao processo do trabalho, alterando institutos já vigentes e inserindo outros tantos, como o foi no que toca à verba honorária.

As reflexões sobre cada tema se multiplicam e sinalizam para direções nem sempre conciliáveis. Assim o é no que toca às divergências alhures apontadas entre as mais altas Cortes da República.

O certo é que se espera maior depuramento na deflagração de demandas trabalhistas, sem que isto signifique, todavia, qualquer óbice ao acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88), devendo antes ser encaradas como mais um degrau alcançado para o aperfeiçoamento do processo do trabalho.

As assimetrias normativas vigentes entre os honorários sucumbenciais do processo do trabalho e os do processo civil remetem também a reflexões que refogem ao Direito e rumam para a ciência política, tarefa que refoge ao escopo do presente trabalho.

Igualmente verdadeiro que mudanças ainda poderão advir na presente temática, o que é próprio das temáticas que inovam e dos sentimentos vários e não raro tão opostos que despertam.

Espera-se que, gradativamente, possamos todos, protagonistas que somos do presente, construir para a constante oxigenação do processo do trabalho, tornando-o mais efetivo, racional, igualitário e efetivamente instrumental aos propósitos de jurisdição a que serve.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2015.

- CASSAR, Vólia Bonfim; DIAS, Leonardo Dias. Comentários à Reforma Trabalhista, 2ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *A fazenda pública em juízo* / – 15. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhardt, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- CASSAR, Vólia Bonfim; DIAS, Leonardo Dias. Comentários à Reforma Trabalhista, 2ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 140.

Diagramação eletrônica e produção gráfica:

Couto Coelho / Editora Paginæ

E-mails: coutovsk@yahoo.com.br / editorapaginae@gmail.com

Tels.: (71)3494-4384 / 99915-5969

