
**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA
ASSOCIAÇÃO DOS
MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

ANO 6 • Nº 11

ISSN 2358-0038

1º SEMESTRE • 2018



HOMENAGEM A ISABEL CRISTINA QUADROS ROMEO

Coordenação: Diretor Cultural da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani
Diretor Cultural Adjunto 1 da AMATRA-2, Juiz José Carlos Soares Castello Branco
Diretor Cultural Adjunto 2 da AMATRA-2, Juiz Eduardo Rockenbach Pires

Colaboração: Presidente da AMATRA-2, Juiz Farley Roberto Rodrigues de Carvalho Ferreira
Vice-Presidente da AMATRA-2, Juiz Leonardo Grizagoridis da Silva
Associado Juiz Marcelo Azevedo Chamone

Ficha catalográfica:

Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região/ Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região). - Ano 6, -- n.11 - (1. sem. 2018) - . -- São Paulo, 2018-.

v. : 26cm

Semestral ISSN: 2358-0038

1. Direito do Trabalho - Periódico 2. Direito Processual Do Trabalho.
I. Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região)
CDU 34:331(05)

CARO(A) ASSOCIADO(A),

Com muita satisfação, a AMATRA-2 lança e entrega para cada um dos Associados da Entidade, a 11ª (décima primeira) edição da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região.

Destacamos a merecida homenagem à nossa querida Associada Isabel Cristina Quadros Romeo, que sempre exerceu a Magistratura visando à construção de uma sociedade justa e democrática.

Continuamos a cumprir o nosso importante papel de estimular à busca do aperfeiçoamento e atualização jurídica, funções institucionais de suma relevância de nossa Associação, engajada e protagonista na construção de um futuro em que todo cidadão tenha vida e trabalho digno.

Os excelentes artigos abordam com profundidade temas atuais e relevantes, que em muito contribuirão para uma melhor prestação jurisdicional. Esperamos que a leitura desta edição inspire uma participação ainda maior dos colegas para os próximos números.

Desejamos uma boa leitura a todos.

Abraços

FARLEY ROBERTO RODRIGUES DE CARVALHO FERREIRA

Presidente da AMATRA-2



AMATRA-2

Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da Segunda Região

Conselho Editorial:

Farley Roberto Rodrigues de Carvalho Ferreira Presidente

Leonardo Grizagoridis da Silva Vice-Presidente

Fábio Moterani Diretor Cultural

José Carlos Soares Castello Branco Diretor Cultural

Eduardo Rockenbach Pires Diretor Cultural

EXPEDIENTE

Diretoria Executiva:

Presidente **Farley Roberto Rodrigues de Carvalho Ferreira**

Vice-Presidente **Leonardo Grizagoridis da Silva**

Diretora Secretária

Raquel Marcos Simões

Diretoria Financeira e de Patrimônio

Cristina Ottoni Valero

Valéria Nicolau Sanchez

Diretoria Cultural

Fábio Moterani

José Carlos Soares Castello Branco

Eduardo Rockenbach Pires

Diretoria Social

Tatiana Agda Julia Elenice Helena Beloti Maranesi

Vanessa Anitablian Baltazar

Diretoria de Benefícios

Jefferson do Amaral Genta

Juliana Herek Valério

Diretoria de Esportes e Lazer

Frederico Monacci Cerutti

Alex Alberto Horschutz de Resende

Diretoria de Aposentados

Maria Cristina Fisch

Amador Paes de Almeida

Maria Alexandra Kowalski Motta

Maria Luiza Freitas

Diretoria de Direitos Humanos

Marcos Scalércio

Laura Rodrigues Benda

Comissão Disciplinar e de Prerrogativas

Desembargadores

Manoel Antônio Ariano – Titular

Rosana de Almeida Buono – Suplente

Juízes Titulares

Patrícia Almeida Ramos – Titular

Adriana Prado Lima – Suplente

Juízes Substitutos

Marcelo Azevedo Chamone – Titular

Juliana Dejavitte dos Santos – Suplente

Diretoria de Assuntos Legislativos e Institucionais

Fábio Ribeiro da Rocha

Juliana Jamtchek Grosso

Conselho Fiscal

Titulares

Magda Cristina Muniz

Katiussia Paiva Machado

Juliana Eymi Nagase

Daniel Rocha Mendes

Bruno José Perusso

Suplentes

Renata Simões Loureiro Ferreira

Carlos Francisco Berardo

Comissão de Magistrados de 1º e 2º graus

Ademar Silva Rosa

Ana Maria Contrucci Brito Silva

Diego Reis Massi

Juliana Ferreira de Moraes

Lávia Lacerda Menendez

Leonardo Aliaga Betti

Matheus Barreto Campelo Bione

Mauricio Marchetti

Roberto Vieira de Almeida Rezende

Silvana Abramo Margherito Ariano

Representante do Foro Regional da Zona Leste

Aparecida Maria de Santana

Representante do Foro Regional da Zona Sul

André Eduardo Dorster Araújo

Representante da Circunscrição de Guarulhos

Flávio Antônio Camargo de Laet

Representante da Circunscrição de São Bernardo do Campo

Claudia Flora Scupino

Representante da Circunscrição de Osasco

Daiana Monteiro Santos

Representante da Circunscrição da Baixada Santista

Xerxes Gusmão

SUMÁRIO

HOMENAGEM A ISABEL CRISTINA QUADROS ROMEO – Patricia Almeida Ramos 6

DOCTRINA 8

O ESTATUTO SOCIAL DO PINTOR NO BARROCO HOLANDÊS – Claudinei Cássio de Rezende 8

PESADELO – Leonardo Aliaga Betti 12

**TRADIÇÃO E RUPTURA: VORAZES DILEMAS DO DIREITO INTERTEMPORAL NO PROCESSO
TRABALHISTA – Homero Batista Mateus da Silva 15**

**A AUTONOMIA DA VONTADE NA LEI 13.467/2017 E A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO PROTETOR
– Heloisa Menegaz Loyola 26**

A CULPA NA RESPONSABILIDADE JURÍDICA – Marcelo Azevedo Chamone 33

**A LINGUAGEM JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA – Helcio Luiz Adorno Júnior
e José Luiz Pereira da Silva 38**

**LEI 13.467/2017 E OS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DAS NOVAS FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE
EMPREGO – Fábio Ribeiro Da Rocha 44**

**A SUCUMBÊNCIA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INTRODUIDOS PELA
LEI N.º 13.467/2017 – Leonardo Aliaga Betti 48**

**TEORIA DA MARCAÇÃO REVERSÍVEL DOS EFEITOS DA REVELIA NO PROCESSO
DO TRABALHO – Lorena de Mello Rezende Colnago 52**

**A DUVIDOSA CONSTITUCIONALIDADE DO “FIM” DA EXECUÇÃO DE OFÍCIO DO CRÉDITO
TRABALHISTA – Ítalo Menezes de Castro 59**

ACÓRDÃOS 67

JURISPRUDÊNCIA 77

AMATRA-2

Av. Marquês de São Vicente, 235 - Bl. B - 10º Andar

Barra Funda - São Paulo - SP - CEP 01139-001

Telefone: (11) 3392 4996 - (11) 3392 4997 - Fax: (11) 3392 4727

Arte:

Ariana Assumpção

ariana.assump@gmail.com

PATRICIA ALMEIDA RAMOS

Juíza Titular da 69ª Vara do Trabalho de São Paulo
Mestre em Ciências Jurídico-Laborais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Diretora de Prerrogativas da AMATRA-2

ISABEL CRISTINA QUADROS ROMEO

*“Alegria agora!
Agora e amanhã!
Alegria agora e depois e depois e depois de amanhã!”*

Seu nome é Isabel Cristina Quadros Romeo, mas bem que poderia se chamar Alegria!

O olhar penetrante e a voz sincera podem até confundir os desavisados. Afinal, como autêntica guerreira, ela já passou por tanta coisa na vida que sabe exatamente para onde vai e o que quer! Mas quando ela abre aquele sorriso farto, a sensação de acolhimento para aqueles que estão a sua volta surge na hora!

Com ela não tem tempo ruim. Topa tudo! Nem que seja deixar de lado sua vida pessoal e profissional por 06 anos para se dedicar de corpo e alma a uma causa, um ideal!

Todas as transformações viscerais pelas quais a AMATRA-2 passou nos últimos anos tiveram o “dedo” da Isabel!

Presente nas mais variadas reuniões desde a época em que o nosso grupo de gestão iniciou os seus trabalhos, participou ativamente dos encaminhamentos e decisões que mudaram o rumo da nossa associação.

Comemorou efusivamente as vitórias e chorou compulsivamente as derrotas. Afinal, intensidade é também uma de suas características mais destacadas.

Em alguns feitos, deixou sua marca pessoal. Participou ativamente da expansão e da decoração das Salas de Lanche da AMATRA-2. Além da reforma da sede, na Barra Funda, as Salas “Amauri Mascaro do Nascimento” no Fórum Regional da Zona Leste; “Cláudio Henrique Correa”, em São Bernardo do Campo; “Vilma Mazzei Capatto” em Guarulhos; “Maria Inês Moura dos Santos Alves da Cunha”, no Fórum da Zona Sul e “Dora Vaz Treviño”, em Santos, têm sua assinatura.

Nas ocasiões em que representou nossa entidade, sempre exteriorizou a importância do movimento associativo, notadamente no cenário atual, bem como sua preocupação com relação à terceirização irrestrita e irresponsável e desmonte do Direito do Trabalho.

Quanta estória sobre a atuação coletiva da Isabel, nos seis anos em que compôs a diretoria da AMATRA-2... Mas se eu discorrer apenas sobre esse lado dela, não estaria sendo justa com suas outras faces, sobre as quais também contarei um pouco.

A Isabel profissional apaixonou-se desde cedo pelo Direito e a ele se dedica até os dias de hoje.

Formada pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie em 1976, especializou-se em Direito Urbanístico na Universidad Complutense de Madrid e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

Advogou por dez anos quando sentiu que seu coração também pendia para a carreira pública. Assim, foi servidora do TRT-2 por 5 anos.

Ingressou na Magistratura do Trabalho na 11ª. Região em 1987. Retornou à 2ª. Região em 20.05.1992, onde desenvolveu profícua e respeitada carreira até sua aposentadoria em 12.09.2003. Como não consegue ficar parada, retornou à advocacia até ser cooptada pela paixão associativa. Ai não teve jeito...

Mas não é só.

Tenho que mencionar a Isabel filha do saudoso Desembargador Bento Pupo Pesce, que esteve ao seu lado até o último momento de sua passagem neste plano.

Tem também a Isabel mãe do Gustavo e da Marcela que, não obstante já serem “gente grande” – a propósito, totalmente “do bem”, graças à educação impecável que ela lhes deu – serão sempre seus bebês, com toda a atenção e amor que estes merecem.

O que dizer da Isabel amiga? Sempre disposta a dar o ombro, conselhos e broncas quando necessário, mas sempre, absolutamente sempre, companheira. Enfim, eu poderia escrever páginas e páginas sobre a querida Isabel.

Mas sei que toda e qualquer homenagem seria ínfima perto da grandiosidade do seu trabalho e dedicação ao coletivo.

Contento-me, por ora, com esse pequeno espaço para declarar minha profunda admiração e respeito a ela.

E este sentimento, aliás, não é só meu... com certeza, comungo-o com todos da AMATRA-2 que tiveram a honra e a felicidade de com ela conviver e trabalhar.

Para aquela que transcendeu o pessoal e se tornou nosso patrimônio histórico e afetivo, registro aqui a nossa mais profunda Gratidão!

Querida Isabel Cristina Quadros Romeo!
Muito obrigada! Por tudo ... Você foi, é e sempre será muito importante para nós!

CLAUDINEI CÁSSIO DE REZENDE

Doutor, mestre, licenciado e bacharel em Ciências Sociais; licenciado, especialista e pós-doutorado em História. Professor de História Social da Arte no Museu da Imagem e do Som (Secretaria da Cultura de São Paulo) e professor de História da Arte na PUC-SP (Cogeae)

O ESTATUTO SOCIAL DO PINTOR NO BARROCO HOLANDÊS

O que pode ser mais terrível do ponto de vista artístico do que um artista destruir a sua própria pintura? A cena dramática¹ em que Rembrandt (1606-1669) corta em várias partes a sua pintura *A conspiração de Claudius Civilis*², encomendada para o Palácio no Paço Municipal de Amsterdã, em 1662, é o sintoma de uma nova fase da vida artística holandesa que tem a sua causa com o desenvolvimento das relações produtivas do capital³ e o fim da mediação entre pintor e comitente⁴. Mas Rembrandt não era um artista descontando sua raiva em sua pintura: nem disso se tratava, porque ele pretendia vender os pedaços despojados no mercado de arte. Sua pintura fora rejeitada porque a intenção do comitente era a de que Rembrandt pintasse um motivo épico heroico, ao estilo do classicismo acadêmico que estava a surgir com a pintura da Academia de Luís XIV⁵, ao estilo, quiçá, de Charles Le Brun

(1619-1690) com *O reino da Pérsia aos pés de Alexandre*⁶. Em vez de um estilo classicista ou de uma tentativa de composição épica, Rembrandt apresenta a conspiração batava como uma verdadeira luta clandestina, uma revolta contra Roma como teria acontecido: estropiados de guerra, bocas rasgadas, olhos destruídos. Rembrandt, então, corta as laterais de sua obra, e hoje só conhecemos o fragmento central. Apesar da fama de pródigo, a situação miserável de Rembrandt não era uma peculiaridade deste retratista, mas um efeito da subsunção do pintor ao mercado das belas artes. E isto deve ser observado do ponto de vista histórico em relação ao desenvolvimento do capital na Holanda e, por via de consequência, ao aparecimento da figura do marchand.

Sabemos que o primeiro marchand que se tem notícia na historiografia aparece entre o *cinquecento* e o maneirismo italiano. Trata-se do florentino Giovanni Battista della Palla (1489-1532), que começa a adquirir objetos de arte comprando de proprietários particulares, e não diretamente do artista⁷. Mas esta seria uma exceção numa sociedade em que a regra seria a encomenda direta ao artista ou à guilda de pintores. Ao fim deste século já se tem a verdadeira figura do marchand quando se inicia a encomenda de quadros com o propósito exclusivamente especulativo⁸.

Sem perceber que o marchand cria uma mediação inédita entre aquele que produz o objeto artístico e aquele que o adquire, isto é, entre o pintor e o comitente, não entenderemos o crepúsculo do estatuto social do artista, como se nota quando Meindert Hobbema (1638-1709), o mais célebre paisagista holandês, teve de abandonar a pintura nos melhores anos de sua vida e se empregar como cobrador de impostos

de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 465. Na Holanda, este momento também coloca na marginalidade das grandes pinturas o retrato civil de grupo, comum até então. A partir do surgimento da academia, só a academia tem autorização para manifestar opiniões públicas sobre arte e também para instrução técnica de pintura (Hauser, 1994, p. 471).

6. Charles Le Brun. Les reines de Perse aux pieds d'Alexandre dit aussi la tente de Darius. 1664, óleo sobre tela. 298 cm x 453. 1669. Palácio de Versailles.

7. Cf. Hauser, 1994, p. 312. Observar o primeiro registro historiográfico de Giovanni Battista della Palla na primeira edição das *Vite* de Giorgio Vasari (1511-1574) de 1550, particularmente na biografia narrada do pintor florentino Andrea del Sarto. VASARI, G. *Vidas dos artistas*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 566-90.

8. WACKERNAGEL, Martin. *Der Lebensraum des Künstlers in der Florent. Renaissance*, 1938, p. 289-90.

em Amsterdã⁹; ou como percebemos na vida miserável de Judith Leyster (1609-1660), segunda mulher a se registrar na Guilda de São Lucas do Haarlem, que desaparece da historiografia até o final do século XIX, mesmo atingindo virtuosismo próximo ao de Frans Hals (1580-1666); este, insuperável em seu tempo e que também jamais conheceu a riqueza, tendo pintado no asilo, onde passou os últimos anos de sua vida, uma de suas obras mais impressionantes, o *Retrato de grupo das Regentes do Asilo dos Idosos do Haarlem*¹⁰; Jan Steen (1626-1679) era empregado de seu sogro numa hospedaria, e, fracassando financeiramente, monta uma cervejaria; Jan van Goyen (1596-1656), mestre de Steen, filho de sapateiro, dedicou-se à floricultura¹¹; Vermeer (1632-1675), o terceiro mais importante pintor holandês do barroco, talvez inventor da câmara escura como recurso técnico de pintura em perspectiva, tem apenas cerca de 30 obras conhecidas e era marchand como primeira profissão – vale notar que Vermeer se torna conhecido mundialmente no século 20 devido ao escândalo da falsificação de Han van Meegeren (1889-1947), que negocia uma pintura supostamente de Vermeer para o nazista Herman Göring¹²; isto para citar os mais importantes pintores do barroco holandês, sem deixar de mencionar o fato mais impactante desta história: o próprio Rembrandt (1606-1669), que conheceu fortuna até 1642, entrando em colapso financeiro a partir deste momento por ocasião de dois fatores traumáticos: a morte de sua esposa Saskia van Uylenburg, filha do marchand Rombertus, prefeito de Amsterdã; e o fracasso de *Ronda Noturna*¹³, obra que fez o pintor holandês apelar ao Tribunal de Arbitragem para poder receber os menos de 100 florins de cada um dos dezoito retratados na pintura de grupo da Ordem dos Arcabuzeiros, já que a rejeição da obra tinha como motivo o suposto fato de que Rembrandt não teria respeitado a hierarquia de grupo típica do retratismo holandês¹⁴. Apesar disso, vale notar a sua fama ulterior: em setembro 2015, o banqueiro Éric de Rothschild vende um retrato de par, *Maerten Soolmans e Oopjen Coppit* ao Rijksmuseum e ao Louvre, numa compra conjunta, por 160 milhões de euros, à época isso significou um dos maiores valores já pagos numa obra de arte de uma coleção particular¹⁵.

9. Hauser, 1994, p. 489.

10. Frans Hals. De regentessen van het oudemannenhuis. 1664, óleo sobre tela, 170,5 cm x 249,5 cm. Frans Hals Museum, Haarlem.

11. Hauser, 1994, p. 489.

12. WYNNE, Frank. *Eu fui Vermeer*. A lenda do falsário que enganou os nazistas. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

13. Rembrandt. A Companhia do Capitão Frans Banning Cocq e do tenente Willem van Ruytenburch a Preparar-se para Avançar (mais conhecido como Ronda Noturna), 1642, 380 cm x 454 cm Rijksmuseum, Amsterdã.

14. BOCKEMÜHL, Michael. *Rembrandt*. Colônia: Taschen, 2009. Cf. Hauser, 1994, p. 492.

15. Cf. www.christies.com/features/The-Private-Sale-of-Rembrandt-Van-Rijn-Portrait-of-Oopjen-Coppit-and-Maerten-Soolmans-7044-1.aspx Rembrandt. Retrato de Maerten Soolmans und Oopjen Coppit. 1634, óleo sobre tela, 208 cm x 132 cm, pintura de par, Rijksmuseum e Louvre.

A situação da dependência do marchand para o pintor holandês tem algumas razões históricas daquilo que viria a ser a primeira efetiva revolução burguesa da história¹⁶. As perseguições religiosas de Carlos V explodiu nas ações de Filipe II a partir de 1578, fazendo com que toda a burguesia mercantil e calvinista a se instalasse em Amsterdã e arredores. Some a isso a situação marítima altamente favorável, que de antemão deu à Holanda um papel predominante na organização do comércio entre a Europa setentrional e a meridional – o que forçou a Espanha a comprar mercadorias dos seus inimigos históricos durante a Guerra dos 80 Anos, transformando a cidade de Amsterdã no centro do mercado monetário europeu¹⁷, como se observa com a formação da Companhia Holandesa das Índias Orientais, em 1602, e do Banco de Amsterdã, em 1609, que lhe dava base comercial.

Cardeal Belarmino teve grande responsabilidade a partir de 1602 em transformar a linha política da Igreja em efetivamente jesuíta na contrarreforma, criando um barroco de propaganda, uma arma ideológica muito forte no movimento artístico. Isso não significa que a Igreja tenha se transformado em jesuíta, mas que os jesuítas encamparam a Igreja Católica e promoveram o extermínio daqueles proto-cientistas italianos que ameaçavam a ordem social católica, o que resultou numa espécie de refeudalização italiana e no relativo atraso do desenvolvimento do capital na Itália nos dois séculos seguintes. Na Espanha, terra da Inquisição, em 1599, a pior peste da época dizimou a população da península¹⁸. Ao mesmo tempo, as tensões religiosas formaram um bloco combatente realmente devastador na primeira grande guerra com arma de fogo pan-europeia nos anos seguintes, a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), finalizada com a Paz de Westfália, que resulta no enfraquecimento da Casa de Habsburgo e a independência holandesa ao final da Guerra dos Oitenta Anos. Se até o final do século XVI, Carlos V e Filipe II haviam se beneficiado da fragilidade interna do Estado francês, a partir do Absolutismo ao fim da Guerra, soldados franceses lutavam na Catalunha contra rebeldes anti-Habsburgo, o que enfraquecera ainda mais a Casa Habsburgo e causava danos materiais aos estados setentrionais sem atingir diretamente a região da Holanda. Tudo isso influencia ainda mais a independência totalmente peculiar da burguesia da corte protestante e o desenvolvimento do capital na Holanda.

Enquanto, de um lado, tivemos um barroco católico como o primeiro grande movimento artístico de propaganda na contrarreforma; de outro, o barroco da burguesia protestante atingia duas formas completamente inéditas: primeiro, um barroco secular; segundo, um barroco livre de mecenato de Estado. Incompatível com a chegada do capital, as guildas continuam a existir, porém, sem que tivessem função orgânica na atividade dos artistas holandeses. Os artistas também não eram mais obrigados a se vincularem às guildas para a mediação entre a produção das pinturas e o comitente. O retratismo secular, incluindo o retrato de grupo, se torna a forma

16. Anderson, 2016, p. 80.

17. Hauser, 1994, p. 481.

18. Anderson, 2016, p. 81.

artística por excelência – nesta forma social, burgueses são os grandes retratados, o que durará todo o começo do século XVII até a década de 1660 – modificando tanto o gosto como a própria forma estética da pintura. Nesta estrutura típica, as pinturas palacianas não têm vez, dando espaço à pintura íntima de cavalete. Podemos observar no tamanho das telas, que diminuam radicalmente em relação a uma pintura palaciana. O artista agora não depende financeiramente das guildas e passa a ser completamente dependente de uma nova figura na vida artística, que ditará o mercado de artes e a lógica das encomendas: o marchand. Essa intermediação do comércio das pinturas entre a produção e o consumo pelos marchands leva também ao distanciamento do artista em relação ao seu público (outra característica peculiar do barroco holandês) e os compradores se habitam a comprar o que encontravam em estoque na galera do marchand, considerando a arte como mais uma mercadoria impessoal como qualquer outra – um fato importante de ser notado é que em Amsterdã desta altura raramente poderia se encontrar alguma casa sem quadros adornando suas paredes.

Hauser¹⁹ menciona como o mercado de arte passa a desvalorizar muito a pintura de retrato, de modo que se era possível encomendar um retrato por dois ou três florins, e um bom retrato custava algo em torno de 60 florins²⁰. No auge, Rembrandt recebeu não mais do que 1.600 florins por *Ronda Noturna* e somente depois de apelar ao Tribunal de Arbitragem, bem diferente dos preços da vizinha Antuérpia, de Rubens, que, com mecenato de Habsburgo e tendo um rendimento médio de 100 florins por dia, recebeu 14 mil francos por seu *Acteon*, o preço mais alto pago até então por uma tela. O depauperamento das guildas e o fato de que a produção artística deixou de ser regulamentada por uma corte ou pelo Estado levam a um crescimento no mercado de arte degenerando a vida artística numa feroz concorrência, da qual são vítimas os talentos mais originais. O caso de Isaak van Ostade, no Haarlem, é emblemático: forneceu a um *marchand* 13 telas pela soma de 27 florins. O relativo pouco respeito dispensado a artistas significava que na Holanda a profissão do pintor era ocupada quase exclusivamente por membros inferiores da classe média.

O comércio das belas-artes ditam uma lógica de funcionamento do gosto. Sem a guilda e com os pintores subsumidos pelo marchand, este informa aos pintores a respeito do gosto e cria uma demanda popular. Imediatamente a isto, o mercado é inundado por cópias e falsificações de obras de arte que passam sem contratos ou sem a possibilidade de identificação fidedigna de autoria. Portanto, o mercado não só é inundado com uma porção enorme de pinturas, como também é inundado de pinturas falsificadas e não-identificáveis. Sabemos que já no século 16, a produção era muito grande na Antuérpia, por exemplo. Em 1560 tínhamos cerca de 300 mestres dedicados à pintura, mas apenas 169 padeiros e 78 açougueiros²¹.

19. Hauser, 1994, p. 492.

20. A título de conversão monetária, à época, um boi custava 90 florins.

21. Hauser, 1994, 488.

No mencionado caso de Rembrandt, seu declínio é lento entre 1642 e 1654, onde não se percebe uma redução de suas encomendas. Mas a partir disso, seu fracasso é iminente, e o vanguardismo de suas pinturas com pinceladas mais rápidas e grossas, de verve proto-impressionista como em *Banho de Hendrickje Stoffels*²², uma tela que faz para si próprio retratando em tom sensual a sua segunda esposa, é rejeitado totalmente pelo decoro e pelo novo gosto. Ao se comparar com aclamado retrato do vendedor de peles *Nicolas Ruts*²³, o desenvolvimento estilístico de Rembrandt se torna vanguardista.

O fracasso de Rembrandt, além de todas as questões econômicas típicas de separação entre comitente e pintor, também simboliza o desvio do interesse público em direção ao classicismo. O gosto da média e pequena burguesias que formava a maior parte do público interessado em arte não era muito desenvolvido e dificilmente reconheceria algum critério de virtuosismo técnico. Por isso mesmo não se deve pensar que estas pessoas adquiriam quadros de acordo com seu próprio gosto: o mais usual eram se guiar pelo que circulava de tendências na alta esfera social – e o fato de que há uma guinada completa pelo classicismo na alta esfera social como movimento conservador de base ideológica do absolutismo, especialmente após 1661, deve ser fortemente considerado. Ademais, muita gente na Holanda do século XVII adquire obras de arte com a intenção de ter um bem que pode ser vendido posteriormente, e isso rearticula a negociação de um mercado de arte. O comprador comum de uma tela o faz apenas para adquirir um bem, sem considerar qualquer o valor estético ou artístico em geral. O estatuto social do pintor é rebaixado na mesma medida em que o estatuto social do consumidor de arte se eleva ao expor em sua parede, digamos, um Frans Hals. John Evelyn, mecenas e memorialista, descreve que no comércio de artes de 1641 de Rotterdam os principais compradores eram pequenos burgueses e camponeses, e que havia uma quantidade enorme de telas, sendo a maioria muito barata. A maior parte das telas era composta de revenda de material. Ademais, a superprodução gerou uma crise muito grave ao artista, diminuindo os preços dos retratos e das encomendas – quando se tinha encomenda. Rembrandt, o mais emblemático caso, pagou o preço de sua originalidade típica e autonomia artística com sua ruína financeira. Arnold Hauser²⁴ afirma que este é o momento crucial da guinada do estatuto social artístico, resultado da anarquia econômica no mercado de belas artes, onde também se encontram os primórdios do desarraigamento social do pintor e da incerteza de sua existência. Nos antigos sistemas de guildas de pintores, há menor liberdade criativa mas há uma enorme segurança financeira; nas academias reais, toda a instrução artística e todas as encomendas partem diretamente da própria ordenação estatal nas artes, inclusive determinando os motivos e temas das pinturas, mas estava garantida a sobrevivência

22. Rembrandt. A Woman bathing in a Stream (Hendrickje Stoffels?), 1654, 61,8 cm x 47 cm, National Gallery, Londres.

23. Rembrandt. Nicolas Ruts, 1631, óleo sobre mogno, 116,8 cm x 87,3 cm. Frick Collection, New York.

24. Hauser, 1994, p. 489-95.

financeira plena dos pintores. A rejeição de *Claudius Civilis* é a gênese da crise moderna artística da qual Rembrandt foi a primeira grande vítima. Numa cultura palaciana, uma vez atingindo o reconhecimento do mecenato, jamais estaria em penúria. A era de ouro do barroco holandês, de todo modo, fora o momento idiossincrático dentro do barroco secular europeu, ao mesmo tempo que inaugurou a liberdade artística e o modo de vida do capital, jogando o pintor no mercado à sua própria sorte.

LEONARDO ALIAGA BETTI

Juiz do Trabalho do TRT da 2ª Região, Mestrando em Direito do Trabalho no Largo de São Francisco (USP), Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (USP) e Professor convidado da Escola Paulista de Direito e Escola Superior de Advocacia.

PESADELO

*Acorda amor
Que o bicho é brabo e não sossega
Se você corre o bicho pega
Se fica não sei não*
(Chico Buarque, *Acorda Amor*)

Quando sonhamos, não temos limites. Inimagináveis realizações concretizam-se involuntariamente, desejos transformam-se em realidade. Mas, ao cabo de algum tempo (horas ou minutos), acordamos. E, então, percebemos que *tudo não passou de um sonho*. É natural, então, termos o *desejo* de continuar dormindo, pois aquela sensação boa poderia continuar ao menos por mais alguns minutos...

Quando temos um pesadelo, a situação muda um pouco. O *desejo* é fugir daquela inconsciente tragédia em que nos colocamos, daquela situação periclitante. Mas a sensação é a de que, quanto mais tentamos nos desvencilhar do problema em que nosso inconsciente nos colocou, mais fundo mergulhamos naquele drama. E quando acordamos, observamos que, *ainda bem*, estávamos só dormindo...

Enfim, o que parece distinguir uma e outra situação é o grau de liberdade de que dispomos. Mas, no fundo, ele é nenhum nos dois casos. Afinal, ao acordarmos, tanto numa como noutra situação, a realidade se impõe: voltamos a ser senhores de nossas ações, partícipes de um mundo em que, para que as coisas aconteçam, precisamos agir.

O Direito é mais ou menos isso. Quando dormimos, permanecemos inertes. Porém, como o *Direito não socorre aos que dormem*¹, somos compelidos a *acordar*, a agir quando sofremos algum tipo de lesão. Do contrário, esse mesmo Direito, conservador por natureza – e até mesmo por imposição de um sistema que tutela a propriedade como bem sagrado –, impõe-nos um aprisionamento eterno naquela nossa agonia, como se estivéssemos em um pesadelo, do qual não é mais possível nos desvencilharmos. Trata-se da prescrição: por ela, se o direito que nos foi violado é de cunho patrimonial, o que se tem é a manutenção daquele *estado de coisas*, conferindo-se àquele que praticou a lesão a tranquilidade de não poder ser *incomodado* por quem quer que seja. Na visão jurídica, é “seguro” que assim ocorra. Ao lesado resta voltar a dormir, como se isso fosse um remédio para esquecer aquela agrura. Essa é a solução que se nos propõe.

Quando tratamos de direitos fundamentais, a percepção, mesmo jurídica, deve ser um pouco diferente. A passagem do tempo não pode ter o condão de perpetuar injustiça tamanha ao ponto de a própria personalidade do indivíduo ser colocada em segundo plano, subordinada a mero critério

de “segurança” (jurídica). Afinal, o Direito existe para servir ao ser humano, o que quer dizer que, se a própria condição humana está em jogo, não deve ser o Direito o responsável por mantê-la em plano inferior apenas pelo simples passar do tempo. Daí a noção de imprescritibilidade que cerca os direitos fundamentais, que são, ao mesmo tempo, inalienáveis e irrenunciáveis.

No Direito do Trabalho, essa noção deve ser ainda mais clara. Tratamos, afinal, de direitos ligados à própria condição humana do trabalhador, direitos de personalidade mesmo, pois as noções de existência, de sobrevivência e de dignidade são intrinsecamente ligadas à relação de emprego. Afinal, dela devem ser extraídas as possibilidades materiais para o ser humano trabalhador realizar seus projetos de vida. Nesse caso, é razoável supor que, lesado algum direito no curso de uma relação de emprego, tenha o trabalhador a certeza de que o Poder Judiciário será seu porto seguro, sua esperança de exercício de cidadania, a fim de que sua própria existência, sobrevivência e dignidade não sejam, por assim dizer, *esquecidas*.

Mas não. Não no sistema capitalista. Afinal, a redução à lógica da troca de mercadorias que dá sua tônica impõe que até mesmo direitos fundamentais sejam relativizados em nome da tão propalada segurança jurídica. E o que se tem é a impressão de que o Direito, esse suposto instrumento de realização de Justiça, pode claramente ser o instrumento da perpetuação de injustiças, figurando, na essência desses dois institutos (capitalismo e Direito), a premissa de que, enquanto a propriedade conserva-se *ad aeternum*, a dignidade humana pode deixar de existir com o tempo...

O Brasil leva essa lógica às últimas consequências.

A “Constituição Cidadã” é a primeira – e única – de nossa história a prever prazo prescricional (extintivo) para direitos dos trabalhadores, e, portanto, fundamentais. E, é de ficarmos perplexos, ela parte do pressuposto de que a prescrição consiste em *um direito* de trabalhadoras e trabalhadores urbanos e rurais, como se fosse o desejo delas e deles que, com o passar do tempo, lesões a aspectos ligados à sua sobrevivência (e, portanto, à sua dignidade e personalidade) dessem lugar à conservação de certo estado de coisas que apenas ao ofensor de tais necessidades interesse.

Assim, o que se tem desde 1988 no artigo 7º, XXIX da Constituição é a previsão de que a perda do direito de agir após o curto tempo de cinco anos é uma *conquista* da classe trabalhadora. A lógica, como já observado, é a de que o *Direito não deve socorrer aos que dormem*. O problema é que enquanto a lei complementar prevista no artigo 7º, I da Constituição Federal não for editada, é um verdadeiro contrassenso reconhecer a prescrição de direitos no curso da relação de emprego. Afinal, se trabalhadoras e trabalhadores não têm

qualquer garantia de emprego, afigura-se claro que não acionará o Poder Judiciário durante a existência do contrato de trabalho, com temor da perda de seu posto.

Sem garantia alguma de que manterão seu emprego caso acionem seu empregador, é como se trabalhadoras e trabalhadores vivessem em um pesadelo: sofrem lesões aos mais variados direitos, mas, por viverem em uma sociedade em que o desemprego estrutural é pilar da própria manutenção do sistema econômico reinante, calam-se, como se estivessem vivendo um pesadelo tenso, trágico, do qual não têm como desvencilhar-se. Ao passar dos dias, dos meses, mantêm-se naquele estado de subserviência, pois uma necessidade maior, a de sobrevivência, fala mais alto. E, quando menos esperam, passados meros cinco anos, aqueles direitos básicos, fundamentais, *deixam de ser tuteláveis*, desaparecendo como mágica².

É de se esperar, portanto, que guardiões existam no Direito do Trabalho para salvarem essas trabalhadoras e trabalhadores. Como dizer, afinal, que *dormiram*, se aquele pesadelo não tinha fim? Como afirmar que, em um sistema em que impera a ineficácia estrutural de direitos fundamentais básicos (saúde, alimentação, moradia, segurança, proteção aos marginalizados, etc), mais esse direito fundamental, em nome de interesses puramente privados, possa ser relativizado, reduzido à lógica de troca de mercadorias do sistema capitalista?

O problema é que esses “guardiões” – membros do Poder Judiciário Trabalhista –, em geral, pensam diferentemente. Adotam a mesma racionalidade perversa que privilegia a segurança jurídica do *proprietário* em detrimento da condição humana daqueles que *o servem*. E são muitos os exemplos.

O primeiro é o pressuposto de que acidente de trabalho constitui um mero “crédito trabalhista” – estando, portanto, sujeito à prescrição disposta no inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal –, não que, em verdade, esteja fundado no dano à personalidade, decorrente de violação grave à integridade física e psíquica do trabalhador, que de fato é o que acontece. A reparação de tal dano não deveria constituir, portanto, simples hipótese de reparação civil, mas verdadeira tentativa de reconstrução da personalidade do indivíduo.

Lamentavelmente, a despeito da real possibilidade de se interpretar os direitos ligados a acidentes de trabalho como imprescritíveis (ou, quando muito, sujeitos à prescrição decenal de que cuida o artigo 205 do Código Civil, já que não há um prazo prescricional previsto na legislação para afronta a direitos da personalidade), o Judiciário Trabalhista, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, faz uma interpretação

2. “Quando parei para escrever este artigo, e recomecei a pensar no velho fantasma da prescrição trabalhista, foi esta a primeira cena que me veio à cabeça. O legislador - pensei - é como aquele mágico. Quando quer, faz o direito sumir na cartola, ou o transforma num inofensivo coelho. Mistura e confunde realidade e fantasia, trocando a essência pela aparência.” (VIANA, Márcio Túlio. *Os paradoxos da prescrição: Quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos*. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/74085/2008_viana_marcio_paradoxos_prescricao.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Consulta efetuada em 30.03.2018.

restritiva, como se fosse possível restringir ainda mais esse “direito” a reparação. Como o reducionismo não tem limites, há até quem diga tratar-se de hipótese de aplicação da prescrição trienal prevista no artigo 206, §3º, V, como se um dano oriundo do próprio pacto social pudesse ser reduzido à condenação baseada na simples ideia de responsabilidade civil³.

Alheios à distinção evidente que deve existir entre a lesão pelo não pagamento de um esporádico prêmio no curso do contrato e a decorrente da *eterna perda* de uma parte do corpo, juízes, no alto de sua sabedoria, avaliam que prêmios eventuais e braços possam ser colocados em um mesmo balaio, impondo um mesmo prazo de exigibilidade de reparação das lesões correspondentes. Ainda que, em seu íntimo, mesmo que inconscientemente, saibam que, até o último dia de sua vida, a trabalhadora ou o trabalhador lesado sentirá os reflexos, físicos e emocionais, inerentes à perda de uma parte de seu corpo.

Outro bom exemplo dessa visão limitada é a aplicação da lógica civilista naquilo que *serve ao capital*, e de uma lógica *nonsense* ao que não serve. Comparemos.

Quando se trata de discutir pretensão que envolva “prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total”, como afirma o TST, em sua Súmula 294. Ou seja: violado determinado direito em uma relação de emprego, mesmo que se reconheça que ele deva ser satisfeito mensalmente, retroage-se, de acordo com o entendimento sumulado, ao momento em que ele deixou de ser observado na origem.

Nesse caso, pela visão dominante, se cinco anos se passarem entre a primeira lesão e o ajuizamento da ação, não há mais possibilidade de reivindicação daquele direito, ainda que toda a doutrina civilista (assim também o STJ) seja unânime em afirmar que, em se tratando de **prestações de trato sucessivo, a prescrição se afere individualmente, a partir de cada parcela vencida não cumprida**. Ou seja: se a cesta básica de um trabalhador deixou de ser fornecida há mais de cinco anos, ele não mais poderá reivindicá-la. Mas se os aluguéis de determinado proprietário de imóvel deixaram de ser pagos há mais de cinco anos, ele poderá ajuizar ação e reivindicar os últimos cinco anos não pagos (Código Civil, artigo 206, §5º, I). Prestigia-se, como se vê, a propriedade do

3. “A reparação deste bem não é uma reparação civil, pois seu fundamento é constitucional (art. 5º). Basta avaliar as hipóteses mencionadas no §3º, do art. 206 do CC, para verificar que não se autoriza vincular os danos ali mencionados ao dano decorrente do acidente de trabalho, cuja reparação está na própria origem do Estado Social e dos direitos humanos. (...) A reparação do dano pessoal, decorrente de agressão a direito da personalidade, é, portanto, imprescritível. E, não se querendo ver isto, a prescrição, na pior das hipóteses, é vintenária, para os casos anteriores à edição do Código Civil ou decenária, para as ações posteriores.” MAIOR, Jorge Luiz Souto. Artigo “*Em defesa da ampliação da competência da Justiça do Trabalho*”. Revista de Direito do Trabalho, 2005. Disponível em https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/em_defesa_da_amplia%C3%87%C3%83o_da_compet%C3%8Ancia_da_justi%C3%87a_do_trabalho.pdf. Consulta em 30.03.2018.

1. Do brocardo latim *dormientibus non succurrit jus*, clássico ensinamento ligado ao instituto da prescrição.

HOMERO BATISTA MATEUS DA SILVA

Juiz do trabalho e professor universitário

locador, mas não a própria sobrevivência do indivíduo que deixou de receber suas cestas básicas.

Já quando a hipótese é de aplicação de causas suspensivas no curso do contrato de trabalho, a jurisprudência (quanta prudência!) é enfática: “A suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal” (TST, Orientação Jurisprudencial 375 da SBDI-1). Ou seja: não é porque o contrato está suspenso que o trabalhador possa, por assim dizer, *dormir*. Que ele divida as agruras de uma doença, de uma lesão grave (independentemente de sua origem), com as dificuldades de um processo judicial, mesmo que o contrato, suspenso, não esteja produzindo quaisquer efeitos. Mesmo sabendo que, por não contar com qualquer garantia no emprego, sofrerá o sério risco de dispensa tão logo retorne ao trabalho. Ao mesmo tempo, é regra batida no Código Civil a de que “não corre a prescrição pendendo condição suspensiva” (Código Civil, artigo 199, I). Aqui, a lógica, portanto, é essa: o credor civilista poderá *dormir pelo tempo em que seu contrato não estiver produzindo efeitos* – mesmo que seja livre para desfazer tal contrato no momento que lhe parecer mais conveniente.

Como se vê, enquanto no caso dos acidentes de trabalho prepondera a lógica civilista (com o nítido intuito de reduzir as perspectivas da classe trabalhadora), para as outras duas hipóteses (prestação de trato sucessivo e suspensão da prescrição) o direito civil não serve. Afinal, aqui ele representaria uma visão mais favorável aos interesses do trabalhador, o que, porém, é desfavorável aos interesses da classe dominante.

Porém, sempre há como piorar. É possível que direitos cujo interesse não seja exclusivamente da trabalhadora ou do trabalhador individualmente considerados, mas de toda a coletividade, também sejam relativizados pela mesma ideia de sobreposição da propriedade individual a *tudo e a todos*. E, nessa linha, é destacada a atuação do Supremo Tribunal Federal, a quem se reserva a posição de guardião-mor da “Constituição Cidadã”. É que, de acordo com sua mais recente interpretação, a regra contida no artigo 23, §5º da Lei n.º 8.036/1990, no sentido de que a prescrição de pretensão de depósitos principais do FGTS⁴ é **trintenária**, é “inconstitucional”, pois desrespeita a máxima estampada no inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal, que limita a prescrição a cinco anos⁵.

Seria muito simples (e tecnicamente mais correto) ao Supremo reconhecer que o artigo 7º da Constituição trata de um rol **mínimo** de direitos dos trabalhadores, tanto que em seu *caput* se prevê a possibilidade de surgimento de “outros (direitos) que visem à melhoria de sua condição social”, e, por isso, teria sido acertada a posição do legislador infraconstitucional, que, **depois** da edição da Constituição, previu a inscrição de prescrição trintenária para o FGTS. Mas não. Na lógica que norteia a atuação jurisdicional atualmente, não se pondera a partir da progressividade de direitos em prol da classe

dominada, mas da conservação de institutos que prestigiam, única e exclusivamente, os interesses da classe dominante. Ainda que isso signifique subverter a ordem constitucional e, ao mesmo tempo, exterminar a inclusão social.

Enfim, os exemplos são muitos. Eles mostram o quão evidente é a premissa de que o conservadorismo reinante impregna não só a legislação como os aplicadores da lei. Que, a despeito do vasto conhecimento jurídico, parecem não reconhecer a premissa inafastável de que nenhum princípio, por mais relevante que seja (aí incluídos o direito à propriedade e à segurança jurídica) sobrepõe-se à dignidade da classe trabalhadora (e de todos os indivíduos), que tem espectro natural e é ínsito a qualquer ser humano.

Parece mesmo que a classe trabalhadora vive um pesadelo. Seu inconsciente desejo, certamente, é fugir dessa tragédia em que ela está colocada. Até porque, aos olhos dessas trabalhadoras e desses trabalhadores tão massacrados em seus direitos mais básicos (e em suas parcas possibilidades de reparação das respectivas lesões), quanto mais a sociedade “evolui”, mais funda é sua agonia. E quanto mais tenta se desvencilhar disso, mais fundo mergulha nesse drama.

É hora de acordar.

TRADIÇÃO E RUPTURA: VORAZES DILEMAS DO DIREITO INTERTEMPORAL NO PROCESSO TRABALHISTA

“O tempo vinga-se das coisas que se fazem sem sua colaboração.”¹

Resumo: a regra geral ensina que a lei processual nova é autoaplicável, com efeitos imediatos. Apanha os processos na fase em que se encontram. Não há direito adquirido a prazos, procedimentos ou despesas processuais. Considerando que o processo é, em sua essência, a soma de vasto complexo de atos e procedimentos em cadeia, a melhor solução é isolar os atos já praticados, mantendo-os fora do alcance da lei nova, e liberar os atos não praticados para o reinado da alteração legislativa. Assim fazendo, o processo consegue aliar um mínimo de previsibilidade com o máximo de eficiência da legislação. No entanto, devemos analisar com cautela se uma dada lei nova terá sido tão ambiciosa e de tão grande envergadura, que tenha sido capaz de produzir um novo rito processual ou até mesmo um novo processo. Índícios desse alcance expressivo podem ser mensurados de diversas formas, sendo a mais eloquente delas a averiguação de mudanças principiológicas, impostas ou sugeridas pelo legislador (por exemplo, lei que busca mitigar o princípio do impulso de ofício em processos que tutelam relações assimétricas ou uma lei que subverte o princípio da facilitação do acesso ao Judiciário ou da gratuidade da justiça). Esse dilema não ocorre numa galáxia muito distante: é a tormenta concreta que a desafiadora Lei 13.467/2017 nos apresenta e nos obriga a refletir. Se possível, com sobriedade.

Palavras-chave: processo do trabalho – direito intertemporal – princípios do processo do trabalho – petição inicial – execução trabalhista – recursos trabalhistas – honorários de advogado – justiça gratuita.

Plano de trabalho: 1. **Autoaplicabilidade das normas processuais, ontem e hoje.** 2. **Em busca da densidade das normas processuais.** 3. **Leis processuais de baixa densidade.** 4. **Leis processuais de média densidade.** 5. **Leis processuais de alta densidade.** 6. **Reflexões sobre a carga processual contida na Lei 13.467/2017 e a ruptura de paradigmas.** 7. **Bibliografia consultada.**

1. AUTOAPLICABILIDADE DAS NORMAS PROCESSUAIS, ONTEM E HOJE

1. COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1979.

No estudo do direito intertemporal², as leis processuais são normalmente autoaplicáveis, inclusive no silêncio do legislador³. A autoaplicabilidade, irradiadora de efeitos imediatos, é a regra; inaplicabilidade aos fatos presentes e a retroatividade para fatos pretéritos, de outro lado, são ambas situações excepcionais, a serem justificadas pelo legislador e, ainda assim, sob certos critérios.

Como regra geral, a lei nova é a que regravará os atos processuais a serem praticados, mas, se constituído algum direito processual na vigência da lei anterior, poderá a parte exercitá-lo, ainda que sob a lei nova.

Trata-se de aplicação, no direito processual, do consagrado princípio⁴ segundo o qual a lei nova não pode atingir direito adquirido⁵ nem os atos consumados no processo em curso⁶.

Posta a questão por outro ângulo, “a lei que se aplica em questões processuais é a que vigora no momento da prática do ato formal, e não a do tempo em que o ato material se deu”⁷.

Ao longo do século XX, diversos autores digladiaram em torno dessa premissa⁸, muitos reivindicando a paternidade de

2. Para os limites deste artigo, adotaremos o entendimento de que direito intertemporal é o estudo de eficácia das leis no tempo, com relação a fatos anteriores ou posteriores a sua entrada em vigor; ao passo que direito transitório se dedica às regras criadas para a transição da lei revogada. A Lei 13.467/2017, a toda evidência, desafia muito mais o direito intertemporal e quase nada nos ofereceu em matéria de regras de transição. A respeito dessa dicotomia, ver, por todos, PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. *Elementos para uma teoria de direito intertemporal no processo civil*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2004. p. 20-21.

3. “A regra, no silêncio da lei, é a irretroatividade (...). A lei dispõe para o futuro; ela não prejudicará o direito adquirido”. FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 295.

4. “O tema do (...) direito adquirido (...) está inserido no âmbito do direito intertemporal, e remonta à Era Clássica (séculos V e IV a.C.), com as leis de Sólon e Drácon. Somente no século XIX, com os juristas Carlo Francesco Gabba (*Teoria della retroattività delle leggi*), Paul Roubier (*Le conflit des lois dans le temps*) e, entre nós, no início do século XX, com Reynaldo Porchat (*Da irretroatividade das leis civis*), fixam-se seus conceitos fundamentais”, ensinava GARCIA, Sebastião Carlos. Direito adquirido e eficácia da lei no tempo. *Revista dos Tribunais*, v. 924, p. 217-256, out. 2012.

5. LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio [de Janeiro], Forense, [1974]. p. 15.

6. FAZZALARI, Elio. Efficacia della legge processuale nel tempo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 43, n. 4, p. 889-897

7. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 1, p. 22.

8. Sobre a célebre controvérsia entre Gabba e Roubier, ver resumo sin-

4. O FGTS tem um caráter social, pois serve ao custeio do Sistema Financeiro de Habitação.

5. Recurso Extraordinário n.º 709.212. Rel. Ministro Gilmar Mendes.

sua elaboração e outros criticando as fórmulas rebuscadas, de uns ou de outros, para que todos chegassem a conclusões parecidas⁹.

Um dos maiores gargalos sempre foi afastar a confusão entre autoplacabilidade e retroatividade: a primeira palavra representa a aplicação imediata do império da nova legislação, apanhando as relações em curso, enquanto a segunda palavra, bem mais ambiciosa, representa a possibilidade de uma lei voltar no tempo e desfazer as relações processuais já consumadas¹⁰.

Aos poucos, a dicotomia foi se aclarando e a separação adquiriu sabor de lugar-comum em textos, palestras e julgados.

Não raro, quando alguém precisa justificar a aplicação imediata de uma nova regra processual, acresce em seu raciocínio algum pensamento como “dê-se por satisfeito que a lei não retroagiu no tempo a ponto de mandar você devolver o dinheiro levantado”.

Por vezes, encontramos o uso de outras expressões para representar o princípio da irretroatividade da lei processual nova, como princípio da sobrevivência da lei antiga, sendo comum a definição de que o efeito imediato objetiva a aplicação da lei ao presente, ao passo que o efeito retroativo almejava a aplicação da lei processual ao passado, aos fatos já realizados, e não apenas aos fatos em vias de realização¹¹.

tético de BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado. Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro, v. 31, p. 143-70, jan./abr. 2005. p. 151. 9. Sobre as disputas entre os juristas e sobre o caráter não absoluto da regra da autoaplicabilidade, ver o panorama histórico em MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. 431 p.

10. Embora a retroação explícita tenha se tornado mais rara, temos um exemplo flagrante na CF 88, representado pelo art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”. Por se tratar de norma constitucional e por haver manifestação expressa do constituinte (e não mera ilação), o dispositivo parece ter produzido os efeitos retroativos desejados. Embora se possa acusar o art. 17 do ADCT de 1988 de ousadia, nada se compara ao teor do art. 96, § único, da CF 37, que admitia a desconsideração da coisa julgada por parte dos Congressistas, que poderiam afastar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, preferindo a norma constitucional ao acórdão passado em julgado: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. Retroação máxima, também chamada de restitutória.

11. Assim se consagrou a distinção proposta por PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, a. 100, v. comemorativo, p. 177-192. O autor cunhou a frase muitas vezes repetida sem lhe dar o crédito, de que “a lei que rege a causa (fato jurídico) rege também seus efeitos”, o que justifica, por exem-

Mas esse está longe de ser o drama contemporâneo das leis processuais em constante mutação – leis processuais regentes das relações civis, das relações de trabalho, das relações de consumo, do âmbito administrativo, eleitoral, penal e o mais.

O drama maior parece ser o exato momento em que a autoaplicabilidade deve ser declarada, ou seja, se um ato processual já iniciado deve ser concluído sob o manto protetor da lei antiga ou se o próprio desenrolar do ato se sujeita ao novo comando.

Várias teorias se propõem a explicar o fenômeno e a isolar os atos ou fases, como se fossem mini processos, de modo a proteger uns e desguarnecer outros.

Antes de enfrentarmos esse esforço de isolamento de atos, cabe, porém, uma breve digressão sobre as razões da excessiva importância que o direito intertemporal processual assume no ordenamento brasileiro.

Ainda está por ser feito o estudo das razões pelas quais nós nos tornamos a pátria das reformas sem fim: basta notar que qualquer um que lê este artigo já teve de se inteirar sobre as regras processuais várias vezes, durante e depois da faculdade, porque códigos inteiros são jogados fora e algumas leis, sob o pretexto de adequação dos textos, reescrevem totalmente a obra recém-reformada.

Embora este estudo seja dedicado a questões verificadas no âmbito do processo do trabalho, não custa refletir que o Código de Processo Civil de 1973, antes de ser oficialmente abolido em março de 2016, havia passado por tantas e tão complexas reformas que, a rigor, nem deveria mais ter sido conhecido pelo ano de origem.

Das dezenas de reformas, aquelas de 1994 (calcadas na reestruturação das tutelas de urgência) e de 2006 (com ênfase no chamado sincretismo processual – ou seja, ambas ideias germinadas originalmente na seara trabalhista) foram particularmente dramáticas do ponto de vista das premissas e de seu acervo conceitual.

O leitor deve se lembrar quantas vezes nós chegávamos a dizer “extinção sem julgamento de mérito”, até que algum olhar de reprovação nos fazia lembrar que o correto passara a ser “extinção sem resolução de mérito” – e assim sucessivamente, para ficarmos apenas num exemplo.

No campo dos atos de expropriação, os conceitos exatos de remição, adjudicação e arrematação foram embaralhados várias vezes. Até hoje há quem os confunda ou quem discuta se a revogação de dispositivos de lei necessariamente corresponda à eliminação do instituto ou se, ao revés, este pode manter sua existência fora da órbita do direito posto, com ajuda dos livros e dos julgados.

pl, a razão de incidência da lei velha durante toda a tramitação e julgamento de recurso interposto à época de sua vigência, ainda que durante seu percurso uma lei nova tenha entrado em vigor. Parafraseando o professor carioca, a lei que rege o recurso há de reger, também, os seus efeitos. Voltaremos ao tema ao final deste artigo, por considerarmos que as leis processuais alteradoras de sistema recursal se enquadram, em nossa catalogação, no conceito de lei de média densidade.

Até mesmo conceitos que deveriam ser simples e de fácil localização no campo processual, como partes e procuradores, despesas processuais e coisa julgada, sofrem abalos reiterados e minam os esforços para o desenvolvimento da ciência processual.

Virtudes da modernização constante, dirão alguns; ajustes às exigências da sociedade do consumo e do capitalismo periférico, lembrarão outros.

Pode até ser.

Mas custa a crer que essas mudanças incessantes sejam capazes de promover melhorias no funcionamento do processo judicial, na entrega da prestação jurisdicional e, sobretudo, na pacificação social e na estabilidade das relações jurídicas, que, ao fim e ao cabo, são a razão de ser do processo.

De certa forma, justifica-se algum sentimento de inveja quando se estudam as relações processuais no direito romano ou em certos ordenamentos orientais e se recebe a notícia de que as regras do processo duravam décadas e séculos, sem o afogamento das reformas incessantes.

A sociedade talvez fosse mais homogênea e os padrões se alteravam com menor frequência, decerto, mas ainda assim a comparação impressiona.

É duvidosa a afirmação de que nossas reformas legislativas estejam em busca de ajustes proporcionais às alterações dos costumes ou das relações civis. Na verdade, não há base científica nessa máxima, mas apenas uma vaga impressão de que leis velhas devem ser substituídas por leis contemporâneas, mais afetas às questões de nosso tempo e de nossos valores.

Talvez se fossem bem escritas e trabalhassem com tipos mais abertos poderiam aguentar com dignidade a marcha inexorável do tempo, deixando-se de lado os casuísmos e a insensatez, como usar valores em moeda de curso forçado para estabelecer rol de despesas processuais (R\$ 11,06 a diligência do oficial de justiça na zona urbana, R\$ 0,28 o valor da fotocópia – art. 789-A, II, e art. 789-B, II, ambos da CLT, na redação dada pela sofrível Lei 10.537/2002, cujo redator, evidentemente, não teve preocupação com a marcha do tempo).

Talvez se não fossem costuradas aos retalhos teriam mais facilidade de compreensão e melhor visão do todo, evitando-se as constantes colisões de dispositivos e de intenções. Às vezes, as colisões ocorrem lado a lado, como assistiremos, doravante, entre os arts. 876, § único, e 878, caput, da CLT, gerando tensões sobre o impulso de ofício no processo do trabalho – impulso de ofício para o acessório (contribuição previdenciária), mas não para o principal (crédito trabalhista). Numerosas teses serão postas à mesa para tentar encontrar o equilíbrio desses dois dispositivos: em poucos dias de vigência da nova redação (dada pela Lei 13.467/2017) dos dois artigos legais retalhados, colhem-se múltiplas vertentes que procuram explicar sua irreconciliabilidade.

Conforme já se afirmou, as frequentes modificações legislativas são

decorrência de o Brasil ter arraigado em sua cultura política o afã de resolver todos os problemas via lei (origem casuística da lei), como se esta fosse uma sanatória para

todos os fatores contingentes sócio-econômicos por que passa o país, esquecendo-se, por vezes, o legislador, de que a lei tem limites e possibilidades¹².

Isso tudo força a jurisprudência ao limite de sua capacidade, obrigando formação de consensos apertados e insatisfatórios.

E, obviamente, volúveis.

Por ora, somos forçados a concluir que o legislador é soberano na seleção dos temas e preceitos que pretende disciplinar ou ajustar e, feita essa escolha, ele também é soberano para fazer os ajustes de maneira fragmentada e vaporosa.

A nós resta apenas tentar decifrar os vapores¹³.

Encerramos aqui nossa inquietação sobre o país das reformas sem fim e voltamos a pensar no que poderia ser a melhor solução para a autoaplicabilidade da lei processual nova.

A autoaplicabilidade das leis que regem as relações processuais foi a solução consensual para conciliar a longa duração de muitos processos, de um lado, e a necessidade de máxima eficácia possível da norma jurídica.

Se assim não fosse, conviveríamos com pelo menos dois grandes nós jurídicos: a postergação a perder de vista da entrada em vigor de quase todas as leis e, ainda, a existência de tantos ritos processuais quantos fossem os processos, pois a cada alteração legislativa todas as relações anteriores seriam poupadas e somente as relações novas seriam afetadas.

Tomando-se por base uma média de 100 leis que alteraram a parte processual da CLT em seus 70 e poucos anos, teríamos hoje 100 processos do trabalho – e o caos.

Os tribunais trabalhistas passaram por profundas reformulações nesses anos, com a criação de vários órgãos fracionários; houve alteração expressiva no sistema recursal e algumas mudanças no sistema das despesas processuais; benefícios da Fazenda Pública pulularam aqui e acolá; a ação rescisória foi repaginada; um rito inteiramente novo foi criado para causas consideradas pelo legislador de menor complexidade; competências judiciais foram alteradas; e assim por diante.

A previsibilidade do fluxo processual, já bastante nebulosa, seria aniquilada, portanto.

Mas, a esta altura, já se antevê uma outra ansiedade que o processualista terá de enfrentar: seriam todas as leis processuais de igual impacto? Seria razoável pensarmos em leis processuais simples, médias e complexas, ou, em termos conceituais, leis processuais de densidade baixa, moderada ou alta?

12. DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito processual intertemporal. *Revista da Procuradoria Geral do Inss*. Brasília, v. 6, n. 4, p. 48-75, jan./mar. 2000. p. 48.

13. Ou, na linguagem sempre precisa de Estêvão Mallet, “resta-nos pouco mais do que o casuísmo, no qual cai com frequência a doutrina, levando consigo a jurisprudência, que se vê obrigada, a cada passo, a desconsiderar critérios anteriormente consagrados”. MALLETT, Estêvão. Conflito de leis trabalhistas no tempo. *Trabalho & Doutrina*: processo, jurisprudência. São Paulo, n. 17, p. 71-81, jun. 1998. p. 74.

2. EM BUSCA DA DENSIDADE DAS NORMAS PROCESSUAIS

Se adotarmos a premissa de que as leis processuais podem ser catalogadas de acordo com seu impacto ou densidade, talvez possamos lidar melhor com regras de calibragem para a autoaplicabilidade da lei nova.

A tentativa de catalogar as leis processuais de acordo com sua densidade não é nova.

A dificuldade reside sempre nos exatos contornos dessa delimitação.

Houve quem propusesse que as leis processuais fossem aferidas de acordo com o grau de “retroatividade temperada” para representar o esforço de se fazerem “blocos indivisíveis” ao longo do processo, de modo a tornar mais claro o alcance de autoaplicabilidade¹⁴: se nós conseguíssemos ter clareza nesses blocos, ficaria mais fácil saber a partir de onde se deflagra o império da nova lei e dali para trás se preservam os efeitos da lei velha.

O drama será encontrar consenso nesses “blocos”.

“Seja qual for a doutrina que se aceite, o que não sofre dúvidas é não haverem os juristas, até hoje, encontrado uma fórmula única e geral, aplicável a todos os aspectos do conflito das leis no tempo”, lecionava Vicente Ráo¹⁵.

A nosso ver, a catalogação deve ser feita sobre o conteúdo ou densidade da lei processual e não propriamente sobre seus efeitos. Vale dizer, teremos mais facilidade de lidar com os desdobramentos da situação se enfocarmos a essência das normas processuais, ao invés de nos atermos à casuística¹⁶.

Outro ponto a ser destacado, antes de alinharmos a catalogação proposta por este artigo, é dizer que a separação das normas processuais por sua densidade guarda consonância com a lição clássica da doutrina processual a respeito dos sistemas de incidência da lei nova em processos em curso.

Como se sabe, a doutrina se esmera em separar as teorias em três modalidades: (a) teoria da unicidade processual, (b), teoria das fases processuais e (c) teoria do isolamento dos atos processuais.

Pela chamada *teoria da unidade processual* o que vale é a lei em vigor na data do ajuizamento da ação; dado que o processo é um conjunto de atos indissociáveis, somente poderia ser regulado por uma única lei. Embora essa teoria seja hoje minoritária e por vezes considerada “radical”, é ela que resolveu as dúvidas trazidas pelo rito sumaríssimo em março de 2000 (L 9957/2000 – Orientação Jurisprudencial 260, I, da SDI 1 do TST).

14. PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, a. 100, v. comemorativo, p. 177-192.

15. RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. v. 1, p. 356.

16. Encontramos essa catalogação com outros nomes e semelhantes propostas. O Ministro Barroso, por exemplo, utiliza as expressões “retroatividade máxima, moderada e mínima (ou mitigada)” e apresenta vários exemplos do direito romano, do Código Napoleônico e das Constituições brasileiras. BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado. Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro, v. 31, p. 143-70, jan./abr. 2005.

É por causa da teoria da unidade processual, também, que ainda seguem vigentes as disposições do DL 7661/1945 para todos os processos falimentares ajuizados até junho de 2005, quando entrou em vigor a nova lei de falência, que não foi aplicada, portanto, a nenhum processo em curso, dada a quebra de paradigmas que ela carregava, como o fim dos regimes de concordatas e a ampliação dos poderes dos credores para a definição dos rumos da massa falida: “Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945”, assevera o art. 192 da Lei 11.101/2005.

Também a lei de locação, ao estabelecer novos princípios e novas diretrizes, foi enfática ao afirmar que “não se aplicam as disposições desta lei aos processos em curso” (art. 45, L 8245/1991). E, ainda, foi excepcionado o sistema de juizado especial criminal para os processos cuja instrução já houvessem começado (art 90 da L 9099/1995), por se considerar que “não era um procedimento novo, mas um novo sistema processual”.¹⁷

Qual seria um ponto comum entre o rito sumaríssimo no processo do trabalho, o processo falimentar e a ação de despejo?

Seria importante refletir a respeito para saber se, ao fim e ao cabo, a L 13.467/2017 não poderia ser, também ela, classificada como uma lei alteradora da unidade processual, como uma lei alteradora de cânones, princípios, diretrizes, enfim, do delicado edifício sobre o qual se assenta o processo do trabalho.

Aqui se faz realmente uma pausa para reflexão: quanto mais o leitor se convencer de que a Lei 13467/2017 quebrou paradigmas do processo do trabalho, tanto mais ele terá de considerar sua inaplicabilidade total para os feitos pendentes.

Em segundo lugar, pela chamada *teoria das fases processuais*, a lei nova incide sobre a fase a se iniciar, entendendo-se por fase a classificação global consagrada pela doutrina: postulatória, instrutória, decisória e recursal.

Assim, a lei nova que entrar em vigor durante a fase instrutória não prejudica as provas testemunhais ou documentais em curso ou já requeridas, apanhando apenas quem esteja ainda na fase postulatória; em contrapartida, se ela altera premissas da sentença e do sistema recursal, as pessoas que estavam na etapa da coleta das provas já sofrerão seus efeitos nos meses seguintes, pois não havia direito adquirido ao recurso antes de se prolatar a sentença, e assim sucessivamente.

Esta teoria tem a virtude de abrandar um pouco a rigidez da unidade processual, mas gera muitas dúvidas sobre o momento exato do término de uma fase e o começo da outra e ainda contém duas agravantes: a questão de alta indagação sobre a natureza jurídica do processo de execução (se seria ele uma quinta fase ou se teríamos de contar as quatro fases novamente, separando-se conhecimento de execução) e a questão de sua transposição para o processo do trabalho, marcado pela simplificação das formas e pela alta dimensão dada à oralidade e concentração dos atos em audiência.

A rigor, a audiência trabalhista, tão conhecida da população

17. DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito processual intertemporal. *Revista da Procuradoria Geral do Inss*. Brasília, v. 6, n. 4, p. 48-75, jan./mar. 2000. p.59.

brasileira, pode enfeixar ao mesmo tempo a postulação, a instrução e a decisão, embora as audiências unas, em sua pureza ideológica, tenham desaparecido. Talvez essas sejam as razões do esmaecimento da teoria das fases processuais na doutrina e na jurisprudência.

Em terceiro lugar, pela chamada *teoria do isolamento dos atos processuais*, a lei processual está livre para apanhar o processo da forma como ele se encontra, sem se preocupar com o todo (unidade processual) nem com a parte (fase processual).

Respeitam-se apenas os procedimentos com vistas à conclusão do ato. Por exemplo, se a perícia estiver em curso, ela será concluída com os prazos e as impugnações previstas à época de sua deflagração. Neste caso, a perícia é um ato, embora a fase seja a probatória.

Lecionou certa vez Francisco Morato:

O próprio Merlin, em cuja esteira têm deslizado tantos e tão conspícuos tratadistas, salientou com grande sabedoria que os processos têm uma natureza “sucessiva” e que, em consequência desta sucessividade, os atos que os compõem, se estão consumados, pertencem ao passado e não são atingidos pela lei nova; se ainda não foram praticados, pertencem ao futuro e são por ela alcançados¹⁸.

O uso da expressão “desde logo” pelo art. 1211 do CPC de 1973 e art. 1046 do CPC de 2015 levou a doutrina, de forma uníssona, a concluir pela vitória da terceira tese no ordenamento brasileiro e a clara adoção pelo legislador pátrio do isolamento dos atos – quiçá para maximizar os efeitos da lei nova.

Eventuais alterações dessa regra, como citamos na lei de locação e na lei de falência, devem ser expressadas de maneira clara pela lei nova, preferencialmente em caso de ritos especiais e procedimentos extravagantes, a fim de não se permitir o conflito com a regra geral do processo civil.

Hodiernamente o pensamento levantado por Francisco Morato possui o nome de “direito processual adquirido da parte” ou teoria do isolamento dos atos processuais. Neste sentido, com base no art. 5.º, XXXVI, da CF/1988, a partir do momento que um ato processual tem a sua publicidade na vigência de uma lei, com base nessa sistemática é que as consequências do ato serão analisadas¹⁹.

Vista a questão por estes ângulos e dada a notória omissão do processo do trabalho, também as leis processuais trabalhistas parecem seguir o postulado do isolamento dos atos.

18. MORATO, Francisco. Da retroatividade das leis em matéria de impugnabilidade de sentença, jurisdição e competência. *Revista dos Tribunais*, v. 920, p. 27-40, jun. 2012.

19. MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Direito intertemporal. Comentários ao texto de Francisco Morato sobre a retroatividade das leis para fins de impugnabilidade e satisfação da sentença. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 101, n. 920, p. 31-40, jun. 2012.

Justifica-se a aplicação subsidiária ao processo do trabalho do art. 1046 do CPC de 2015 e assim foi feito ao longo dos anos, com as mudanças pontuais da legislação processual de custas e emolumentos (L 10.537/2002), sistema recursal (L 11.496/2007, sobre os embargos de divergência, L 13.105/2014, sobre o recurso de revista, e tantas outras), simplificação de autenticação de documentos (L 11.925/2009), multa em caso de não pagamento das verbas rescisórias em audiência (L 10.272/2001), momento da juntada da defesa (L 9022/1995), depósito da ação rescisória (L 11.495/2007) e o regime de cobrança de ofício das contribuições sociais (L 10.035/2000).

Não me lembro de alguém ter sustentado, nestes anos, que essas alterações fragmentadas fossem inoponíveis aos processos em curso, exceção feita ao rito sumaríssimo, que será um exemplo inquietante ao longo deste artigo pois ele pode, sim, guardar semelhanças com o impacto da Lei 13.467/2017 – embora a comparação entre essas duas normas esteja mais para um encontro de Davi com Golias.

Antes, porém, retomemos o raciocínio da busca da densidade das normas: entendemos que não é o jurista quem escolhe uma das três teorias acima, mas é a lei em si que determina seu destino.

Explica-se.

Se bem entendidas, as três teses clássicas acima descritas – unidade processual, isolamento de fases e isolamento de atos – desempenham cada qual seu papel e comportam suas exceções. Sozinha, nenhuma delas explica todos os fenômenos processuais ou permite uma resposta única para todos os dilemas do processo civil.

Na verdade, o que determinou a prevalência da teoria da unidade processual para a lei de falência e para a lei de locação não foram as boas intenções do legislador ou a visão global da jurisprudência, mas o teor da lei nova, que, carregando alto impacto, mudou completamente a feição desses procedimentos, introduzindo novas diretrizes e até mesmo novos princípios aos processos falimentar e às ações de despejo no direito brasileiro.

Pretendo chegar à seguinte conclusão: mesmo que as leis não contivessem artigos dizendo que elas não era autoaplicáveis, ainda assim elas somente poderiam reger processos e procedimentos nascidos após sua vigência, dada a complexidade das mudanças propostas.

Seria mesmo irreconciliável que uma empresa, digamos, em concordata suspensiva tivesse de aprovar às pressas um plano com assembleia de credores para validar retroativamente o cronograma de pagamentos, bem como seria inexecutable que o locador apresentasse a denúncia vazia retroativa a uma época em que ela era vedada pelo ordenamento.

A dúvida que permeia este artigo é saber se a reforma trabalhista se insere no campo das alterações pontuais ou se, ao revés, introduz um novo processo do trabalho e, portanto, deve poupar as relações processuais em curso.

Parece estranho para nós a expressão novo processo do trabalho, mas não sabemos como seremos julgados pela história.

3. LEIS PROCESSUAIS DE BAIXA DENSIDADE

Como as reformas processuais são feitas no Brasil de modo quase cotidiano e com alta fragmentação, não é surpresa que a maioria das leis processuais sejam enquadradas como de baixa densidade.

Assim, ficam livres para apanhar o processo na forma como se encontram, sem respeitar a unidade processual (data do ajuizamento da ação) nem a fase processual.

Há apenas a necessidade de esperar terminar o ato que começou, mas sem rigor científico nem mesmo para os atos considerados complexos. Assim, uma lei nova pode esperar terminar a perícia que está em curso, mas pode ao mesmo tempo influenciar na decisão do juiz em sentença, envolvendo essa mesma perícia, como nos casos de despesas processuais.

O presente rol, sem nenhuma pretensão de ser taxativo, demonstra algumas normas de baixa densidade que historicamente, sem alarde, foram enquadradas na teoria do isolamento dos atos processuais e, como tal, ganharam o efeito imediato ou autoaplicabilidade.

LEIS PROCESSUAIS TRALHISTAS DE BAIXA DENSIDADE	
Custas	DL 229/1967
Prazo para diligência de oficial de justiça	L 5442/1968
Prerrogativas da fazenda pública	DL 779/1969
Impugnação ao valor da causa	L 5584/1970
Perícia/alçada/honorários	L 5584/1970
Liminar para obstar transferências	L 6203/1975
Perícia, substituição processual	L 6514/1977
Especialização de turmas	L 7701/1988
Procedimentos da ação de cumprimento	L 7701/1988
Intimação pessoal da união	L 9028/1995
Liminar para dirigente sindical	L 9270/1996
Execução de contribuição social	L 10035/2000
Emolumentos, custas	L 10537/2002
Ação rescisória	L 11495/2007
Autenticação de documentos	L 11925/2009

Não houve controvérsia quanto aos efeitos imediatos dessas leis processuais, porque o desejo é que os processos fluam com maior rapidez e melhor qualidade. Ou, na síntese feliz de renomado processualista penal:

O processo é um caminhar para a frente (*pro cedere*); é uma seqüência ordenada de atos que se encadeiam numa sucessão lógica e com um fim: o de possibilitar, ao juiz, o julgamento. Deturpações. Qualquer ato que signifique um retardamento é um *noncesso*, uma paralisia; tudo quanto obrigue a voltar atrás acarreta um *retrocesso* (p ex: os vícios que forcem à repetição de atos já praticados); a balbúrdia, movimento desordenado, é o tumulto. O processo deve ser meio de chegar a uma decisão justa. Qualquer for-

malidade que possa levar a uma solução errada, quer por falta de garantia, quer pelo uso do formalismo como fim e não como meio, é o contraproceto (num hibridismo mais enfático: é o antiproceto)²⁰.

4. LEIS PROCESSUAIS DE MÉDIA DENSIDADE

Algumas leis processuais, no entanto, não podem apanhar o ato nem mesmo depois de sua efetivação, porque atingem atos antecessores e sucessores, sendo o exemplo mais citado aquele das leis que alteram o sistema recursal.

O caso dos recursos é mesmo muito especial porque os remédios jurídicos envolvem, por si sós, uma ampla gama de freios e contrapesos, ataques e contra-ataques, despesas processuais e estratégias.

Basta pensar no périplo que representa a decisão de um cliente de levar o processo do Tribunal Regional do Trabalho para as instâncias extraordinárias. Numa conta rápida, o advogado terá de fazer as seguintes etapas, no mínimo: a) embargos de declaração; b) possível contraminuta aos embargos de declaração da parte contrária; c) razões do recurso de revista; d) depósito recursal e custas; e) contrarrazões ao eventual recurso de revista da parte contrária; f) sustentação oral nas turmas do TST; g) embargos de declaração no TST.

Dado que uma tramitação como essa não se faz em menos de 6 ou 12 meses, não será nada surpreendente que o legislador brasileiro com vocação para a reforma mude algum dos procedimentos, ou, no mínimo, haja alteração do valor do depósito recursal.

Pode-se argumentar que esse item da catalogação – normas de dimensão média – nada mais seja do que uma variação sutil do item anterior – normas de baixa dimensão. Com efeito, também a teoria do isolamento dos atos muito se aproxima, aqui, da teoria das fases processuais: se a gente imaginar que a fase recursal inteira seja um ato, então as duas teses – e as duas catalogações – se aproximam.

Mas há uma razão de ser na estipulação desse item adicional na catalogação: a fase recursal é complexa demais para ser considerada um só ato. Um ato seria, digamos, a sustentação oral ou o recolhimento do depósito recursal. O que se pretende com a inserção desse item – norma de dimensão média – é o mesmo propósito visado pela teoria das fases processuais: se o recurso começou sob a égide de uma norma, sob ela deve terminar.

A mudança de procedimento na tramitação do recurso representaria não apenas um contrassenso mas a inutilização de todas as minúcias e planejamento traçado pela parte.

Tome-se por exemplo uma lei que muda um recurso (a Lei 13.015/2014 alterou completamente o recurso de revista): não há direito adquirido à lei do recurso de revista na data do ajuizamento da ação (quando eu nem ao menos sei se o processo chegará àquela etapa e tampouco sei se serei sucumbente no recurso ordinário) nem será possível retroagir a lei para mandar as partes refazerem o recurso de revista que,

20. TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 1.

já aviado, aguarda tramitação e julgamento pelas Turmas do TST, o que pode ser feito meses ou anos depois, mas ainda com a lei velha.

Diz-se, então, que a lei processual vale para quem estiver “passando” por aquela fase, a partir daquele momento.

Para ser mais exato, neste exemplo, a nova lei do recurso de revista apanhou os processos cujos acórdãos foram proferidos já com a vigência da lei nova. Quem foi intimado antes, preparava seu recurso de revista sob a legislação antiga e não pode ser alcançado pela nova.

A frase de Francisco Morato é de clareza solar: “A impugnabilidade da sentença ou admissibilidade de recurso contra ela, é uma verdadeira qualidade inerente à mesma, regulada pela lei vigente ao tempo em que foi proferida²¹”.

Embora não seja o escopo deste artigo, convém frisar que a doutrina por vezes distingue, no sistema recursal, o cabimento e o processamento:

No que tange aos recursos, entretanto, é preciso particularizar-se essa regra: a lei vigente no dia em que foi proferido o julgamento é a que determina o cabimento do recurso; e a vigente no dia em que foi efetivamente interposto o recurso é a que regula o seu procedimento. Fale-se, portanto, não em retroatividade quanto ao recurso que já fora efetivamente interposto sob o regime da lei antiga, mas em ultratividade ou sobrevigência da lei anterior²².

LEIS PROCESSUAIS TRABALHISTAS DE MÉDIA DENSIDADE	
Recursos em geral	Art. 915 Da CLT
Recurso de embargos em junta de conciliação	DL 229/1967 E L 5442/1968
Dissídio de alçada	L 5584/1970
Agravo de petição	L 8432/1992
Recurso de revista	L 9756/1998
Agravo de petição sobre contribuição social	L 10035/2000
Recurso de embargos	L 11496/2007
Recurso de revista	L 13015/2014

5. LEIS PROCESSUAIS DE ALTA DENSIDADE

Assim como os exemplos de leis processuais de média densidade se concentram em normas recursais, também no caso das leis processuais de alta densidade teremos como ponto comum as normas que alteram ritos inteiros, tornando essas normas de difícil aplicação no curso desses processos.

21. MORATO, Francisco. Da retroatividade das leis em matéria de impugnabilidade de sentença, jurisdição e competência. *Revista dos Tribunais*, a. 101, v. 920, p. 27-40, jun. 2012.

22. NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 426-427.

Para poder lidar com elas, só mesmo a teoria da unidade processual.

Os três exemplos mencionados no início deste artigo – lei de locação, lei de falência e lei do juizado especial criminal – alteraram os ritos e os procedimentos de ponta a ponta, de modo que seria mesmo irreconciliável que houvessem apanhado os processos em curso.

No âmbito trabalhista, como já dito, a Lei 9957/2000, que inseriu os arts. 852-A a 852-H no texto da CLT e dispôs sobre o rito sumaríssimo, é considerada o exemplo mais acabado de lei processual de alta densidade e, como tal, somente pode ser aplicada aos processos ajuizados depois de sua vigência, aos 13 de março de 2000. Assim também o entendimento da OJ 260, I, da SDI do TST.

As alterações do sumaríssimo abrangiam:

LEI PROCESSUAL TRABALHISTA DE ALTA DENSIDADE	
Lei 9957/2000: atos e fases atingidos	
Forma de redação da petição inicial	Alteração da forma de convite à testemunha
Valor da causa limitado	Simplificação da perícia
Exclusão da fazenda pública	Realce no uso da equidade em fase decisória
Restrição ao uso da citação por edital	Simplificação na estrutura da sentença e do acórdão
Expectativa de julgamento em 15 dias	Simplificação do sistema recursal ordinário
Redução do número de testemunhas	Alta restrição ao sistema recursal extraordinário

Deixando de lado o sumaríssimo, cumpre frisar que um tema instigante para estudo, que foge ao alcance deste artigo, diz respeito ao enquadramento como leis de alta densidade aquelas que alteram o processo de execução – ainda que este seja considerado a uma fase ou etapa complementar do processo de conhecimento.

Embora o processo do trabalho não tenha vivenciado grandes mudanças no sistema de execução, o processo civil teve frisantes exemplos ao longo das últimas décadas, especialmente através da L 8952/1994 e L 11.382/2006.

Vozes expressivas da doutrina mantêm firme o entendimento de que os processos de execução já iniciados devem permanecer sob a regência das normas processuais anteriores. Tal posicionamento surge em Athos Gusmão Carneiro²³, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁴ e Nelson Nery Jr.²⁵,

23. CARNEIRO, Athos Gusmão. As novas leis de reforma da execução – Algumas questões polêmicas. *Revista Dialética de Direito Processual* 52/46.

24. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 292.

25. NERY JR., Nelson. *Tempus regit processum*: apontamentos sobre direito transitório processual. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jú-*

que sustentam a aplicação das regras vigentes à época da deflagração da execução.

Neste sentido, causou grande celeuma a decisão do STJ de admitir o cancelamento das penhoras sobre imóveis que, no curso do processo, passaram a ser considerados bem de família pela L 8009/1990 – bem de família legal. Numerosos autores afirmavam que deveriam ser mantidas as penhoras já concretizadas, mas a Súmula 205 do STJ entendeu a norma autoaplicável com retroatividade máxima, liberando as penhoras consumadas²⁶.

Deixando-se de lado o caso da Súmula 205 do STJ, o fato é que somente a teoria da unidade processual foi capaz de lidar com os casos das leis processuais de alta densidade – e, como tal, somente processos ajuizados após a vigência dessas leis foram por elas apanhados.

6. REFLEXÕES SOBRE A CARGA PROCESSUAL CONTIDA NA LEI 13.467/2017 E A RUPTURA DE PARADIGMAS

Devemos, então, enquadrar a L 13.467/2017 em baixa, média ou alta densidade?

Para seu equacionamento, precisaremos evocar a teoria da unidade processual, das fases processuais ou simples isolamento dos atos processuais?

Trata-se de norma que já nasce desafiadora e assim permanecerá por longo prazo. Cinco anos serão insuficientes para se conhecer o panorama exato de seu entendimento e de seu conteúdo – para ficarmos estritamente no tema deste artigo, que é processual e não material.

Apesar da sensação de afogamento que a norma nos traz, a resposta não é tão simples e, ainda, há um detalhe importante a ser salientado: no caso da adoção da primeira tese (unidade processual), todas as demais portas se fecham, é verdade, porque a lei somente teria aplicação para processos aforados a partir de 11 de novembro de 2017 – prefiro pensar em 13 de novembro de 2017, porque recai numa segunda-feira, mas esse não é o ponto central de nossa discussão.

Todavia, caso se opte pela teoria do isolamento dos atos processuais, não é incompatível que a lei seja fragmentada e que alguns de seus dispositivos precisem do amparo da teoria das fases processuais. Explica-se. Dada a grande dimensão da L 13.467/2017, é tranquilamente possível que ela carregue dispositivos de baixa densidade, como aqueles ligados às custas processuais ou à representação do empregador em audiência, com outros de média densidade, como aqueles adstritos ao sistema recursal.

Logo, são compatíveis as duas opções simultaneamente sobre a mesma lei, quando esta é de grande envergadura e afeta vários tópicos de uma mesma relação processual.

nior. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 899-907.

26. A ruptura conceitual provocada pela Súmula 205 do STJ não passou despercebida pela doutrina e foi objeto de críticas pela contradição com o que normalmente se dedica sobre a não retroação das normas em processo de execução, como explica DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito processual intertemporal. *Revista da Procuradoria Geral do Inss*. Brasília, v. 6, n. 4, p. 48-75, jan./mar. 2000. p. 72.

Assim, aliás, funcionam as soluções de equilíbrio quando entram em vigor os novos códigos no âmbito do processo civil.

Vejamos, numa passada de olhos, o que foi atingido pela L 13467/2017:

ALTERAÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO ESTABELECIDAS PELA L 13467/2017	
ATO OU FASE PROCESSUAL	DISPOSITIVO DA CLT
1. Requisitos da petição inicial	840
2. Corresponsabilidade de grupo econômico	2º
3. Sucessor	448-A
4. Sócio retirante;	10-A
5. Procedimentos de elaboração de súmulas;	702
6. Forma de contagem de prazo;	775
7. Maior dificuldade para a desistência da ação	841
8. Restrições à declaração da revelia	843
9. Ampliação dos casos de jurisdição voluntária	885-B
10. Reconhecimento do acordo extrajudicial	885-B e segs.
11. Exceção de incompetência territorial	800
12. Distribuição do ônus da prova	818
13. Figura do preposto	843
14. Regime das despesas processuais	789 e segs.
15. Requisitos para a justiça gratuita	790
16. Requisitos para recolhimento ou isenção de honorários periciais, mesmo na prova obrigatória	790-A
17. Inserção dos honorários de sucumbência	791-A
18. Pdv coletivo com eficácia liberatória geral	477-B
19. Prestação de contas anual com eficácia liberatória	507-B
20. Arbitragem com eficácia liberatória	507-A
21. Competência funcional das varas do trabalho	652
22. Paralisia do impulso de ofício pelo magistrado	878
23. Expansão do contraditório na fase de liquidação	879
24. Retomada do debate sobre uso de correção monetária reduzida	879
25. Incidente de descon sideração da pessoa jurídica	855-A

26. Formas alternativas de garantia do juízo (seguro-garantia)	882
27. Restrição ao uso de meios alternativos de coerção do devedor	883-A
28. Flexibilização do depósito recursal	899
29. Alteração do procedimento de realização do depósito recursal	899
30. Cobrança de custas	844
31. Limite para as custas	789
32. Criação de regime inédito de indenização por danos processuais	793-A e segs.
33. Alteração do regime de punição para testemunha a quem se imputa a mentira	793-D
34. Ampliação dos pressupostos intrínsecos do recurso de revista	896, § 1-A
35. Concretização do pressuposto da transcendência para o recurso de revista	896-A
36. Criação de novo recurso no processo do trabalho (agravo interno)	896-A, § 2º
37. Criação de modalidade atípica de sustentação oral de 5min	896-A, § 3º
38. Criação de decisão irrecurável	896-A, § 5º
39. Prescrição intercorrente	11-A
40. Prescrição do ato único do empregador	11, § 2º

Em resumo, a reforma trabalhista

- alterou pelo menos 40 atos ou fases do processo do trabalho;
 - mitigou pelo menos 4 grandes princípios norteadores do processo do trabalho, a saber:
 - a gratuidade ou facilitação do acesso à justiça (arts. 790-A, 791-A e 844);
 - o impulso de ofício pelo magistrado (art. 878);
 - a irrecorribilidade das decisões interlocutórias (por exemplo, art. 855-A, § 1º);
 - o sistema do contraditório diferido (art. 879, § 2º).
- atingiu, em suas mudanças, indistintamente todas as fases processuais e todas as instâncias – incluindo-se, nesta conta, a própria petição inicial, a nevrálgica fase da colheita da prova, todo o sistema das despesas processuais desencadeadas pela sentença, mais o sistema recursal e os atos de execução;

- criou figuras inéditas para o processo civil brasileiro, como um todo, e para o processo do trabalho em particular, nomeadamente a figura do dano processual (art. 793-A a 793-D);

- mimetizou o processo civil, invertendo movimento reconhecido desde os anos 1990, em que aquele absorvia as experiências de celeridade e simplificação da forma extraídas do processo do trabalho;

- mandou aplicar para as relações assimétricas os mesmos cânones utilizados nas relações civis e comerciais não assimétricas, ou seja, estendeu o incidente de descon sideração da pessoa jurídica e o regime das despesas processuais para empregados e empregadores tal como é feito entre partes em condições de menor desigualdade;

- introduziu o sistema da sucumbência recíproca, até então dito incompatível com o processo do trabalho, que lidava com o regime de sucumbência total.

Agora se apresenta o dilema: se aplicarmos a sensibilidade de Cândido Rangel Dinamarco, teríamos motivos de sobra para rejeitar a aplicação da Lei 13.467/2017 aos processos em curso²⁷.

O renomado propulsor da teoria geral do processo em nosso país, ao se manifestar sobre a autoaplicabilidade da lei processual nova, abre algumas exceções. Reitera o jurista que as leis processuais têm vocação para a eficácia imediata, mas salienta que algumas hipóteses a repelem e exigem que seus efeitos seja diferidos, atraindo a aplicação da teoria da unidade processual. Para Dinamarco, não se aplica de imediato a lei processual nova que:

1. altera competências ou meios de prova;
2. altera a distribuição do ônus da prova;
3. “torna particularmente difícil a tutela anteriormente prometida”;
4. fixa novas condições da ação;
5. “promove redução da ampla defesa”;
6. exclui penhorabilidades.

É certo que a lei 13.467 não alterou competências materiais (embora tenha ampliado a competência funcional para a homologação dos acordos extrajudiciais), não fixou condições da ação nem excluiu penhorabilidades (embora tenha desonerado alguns réus de oferecer bens à penhora para garantia do juízo e, também, oficializou o uso do seguro-garantia, liberando-os da penhora), mas é flagrante que tocou nos três outros assuntos indicados pelo processualista, a saber:

refere alteração na distribuição do ônus da prova pela mudança na redação do art. 818 e parágrafos;

cria barreiras pecuniárias para a obtenção da tutela prometida, pela forma como engendrou o sistema de honorários sucumbenciais, honorários de perito e custas processuais, inclusive no caso específico da ausência em audiência, o que atinge, de maneira geral, o exercício da ampla defesa²⁸.

27. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.1, p.115-122.

28. A respeito das tensões entre a regra (autoaplicabilidade) e as exceções (projeção para efeitos futuros e não para o passado) das leis

A tradição recomenda que a L 13467 seja autoaplicável, produzindo efeitos imediatos, conforme acima circunstanciamos: há grande possibilidade de ela ser enquadrada na teoria do isolamento dos atos processuais para a maioria de seus dispositivos, reservando-se apenas um lugar especial para os dispositivos que alteraram o sistema recursal trabalhista, aos quais se dedica a teoria das fases processuais.

Assim ocorreu, por exemplo, com os Códigos de Processo Civil de 1973, de 2015 e com a ampla rede de reformas pelas quais passaram. A ênfase do legislador processual era tamanha que até mesmo uma expressão não jurídica foi cunhada para se referir à teoria do isolamento dos fatos: “desde logo”.

Ocorre que nenhuma analogia satisfaz, nenhum exemplo é perfeito o bastante para fazer frente à voracidade da L 13467/2017 – uma lei processual nova que introduz os elementos do processo simétrico para regular a entrega da prestação jurisdicional às relações assimétricas típicas encontradas na seara trabalhista.

Mal comparando, o dilema seria o mesmo se o legislador de 2017 houvesse simplesmente revogado o Código de Defesa do Consumidor e determinado que, doravante, o regime processual civil clássico voltasse a ser aplicado às relações de consumo, eliminando a facilitação do acesso à justiça, a teoria da aptidão para a prova e outros instrumentos processuais que tentam subverter a assimetria e reequilibrar a relação de desigualdade.

Mesmo quando se evoca a entrada em vigor do CPC – exemplo mais próximo que podemos encontrar, se pensarmos na parte processual da CLT como um pequeno CPT, ou código de processo do trabalho – permanecemos com um modelo bastante imperfeito: o código pode ter passado por mudança de mais de 40 atos e mais de 5 ou 10 novidades recursais, mas ele não atingiu tão diretamente seu acervo principiológico quanto foi feito pela reforma de 2017 no campo trabalhista.

Os grandes postulados do processo civil, como o princípio dispositivo, a congruência ou adstrição à petição inicial, a fixação da legitimidade de parte com base na asserção, o respeito à forma e a concatenação dos atos não sofreram mudanças expressivas a ponto de se poder afirmar a demolição do edifício anterior e o surgimento de uma nova ciência processual civil.

Acreditamos que nem mesmo os esforços do legislador processual civil em prol da coletivização das demandas, através do microsistema do processo coletivo brasileiro, ou os esforços em torno das tutelas de urgência, que campeiam desde as grandes reformas de 1994, têm ou tiveram impacto tão fulminante no processo civil quanto a reforma de 2017 aponta para o processo do trabalho.

Daí a urgência de pensarmos se, assim como a L 13467 parece carregar a semente da ruptura do processo do trabalho e a quebra de paradigmas seguros em seus princípios e diretrizes, também nós, que de algum forma orbitamos em tor-

processuais novas, ver DELFINO, Lúcio. Anotações sobre o direito intertemporal processual. *Revista Jurídica Notadez*. Porto Alegre, a. 55, n. 356, p. 77-90, jun. 2007.

no do mundo processual trabalhista – como juristas, julgadores, doutrinadores, partes ou procuradores –, não deveríamos partir para a ruptura das teorias de resolução dos conflitos da lei no tempo.

Em outras palavras, convém refletir se podemos usar os meios consagrados pela tradição para interpretar uma norma que não a respeitou.

Pode ser que a gente descubra que, no campo do processo do trabalho, ser tradicional é romper com os paradigmas, declarar que a reforma teve alta densidade e que somente a teoria da unidade processual seria capaz de lidar com toda sua potencialidade.

Sinceramente, acho difícil que estejamos preparados para esse mister, exercendo-o com a responsabilidade que o momento reclama.

E tampouco sabemos como a história nos julgará, quando souberem que, olhando pela janela, tomamos por um camundongo o elefante que passava.

Dilemas vorazes como este exigem do jurista toda sua sensibilidade e, se possível, seu conhecimento do direito.

7. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado. Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro, v. 31, p. 143-70, jan./abr. 2005.

_____. A Constituição e o conflito de normas no tempo. Direito Constitucional intertemporal. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n. 3, p. 191-228, 1995.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CARNEIRO, Athos Gusmão. As novas leis de reforma da execução – Algumas questões polêmicas. *Revista Dialética de Direito Processual* 52/46.

CARNELUTTI, Francesco. Mutamento della legge in tema di prescrizione. *Rivista di Diritto Processuale*, 1952 apud CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 43-44.

DELFINO, Lúcio. Anotações sobre o direito intertemporal processual. *Revista Jurídica Notadez*. Porto Alegre, a. 55, n. 356, p. 77-90, jun. 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.1, p.115-120.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito processual intertemporal. *Revista da Procuradoria Geral do Inss*. Brasília, v. 6, n. 4, p. 48-75, jan./mar. 2000.

FAZZALARI, Elio. Efficacia della legge processuale nel tempo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 43, n. 4, p. 889-897.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 360 p.

GARCIA, Sebastião Carlos. Direito adquirido e eficácia da lei no tempo. *Revista dos Tribunais*, v. 924, p. 217-256, out. 2012.

LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio [de Janeiro], Forense, [1974].

MALLET, Estêvão. Conflito de leis trabalhistas no tempo. *Trabalho & Doutrina: processo, jurisprudência*. São Paulo, n. 17, p. 71-81, jun. 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Direito intertemporal. Comentários ao texto de Francisco Morato sobre a retroatividade das leis para fins de impugnabilidade e satisfação da sentença. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 101, n. 920, p. 31-40, jun. 2012.

MORATO, Francisco. Da retroatividade das leis em matéria de impugnabilidade de sentença, jurisdição e competência. *Revista dos Tribunais*, a. 101, v. 920, p. 27-40, jun. 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 426-427.

_____. *Tempus regit processum*: apontamentos sobre direito transitório processual. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 899-907.

NORONHA, Fernando. Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de direito intertemporal. *Revista dos Tribunais*, v. 837, p. 55-78, jul. 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, a. 100, v. comemorativo, p. 177-192.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. Paris: Dalloz et Sirey, 1960. p. 177 e segs.

SANTIAGO Y CALDO, Diego. As reformas no processo de execução, sob a égide do art. 1.211 do CPC: uma visão jurisprudencial sobre o direito transitório. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 36, n. 196, p. 419-430, jun. 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. *Curso de direito do trabalho aplicado – Volume 9, Processo do trabalho*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre o direito intertemporal e as mais recentes alterações do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 32, n. 150, p. 262-69, ago. 2007.

HELOISA MENEGAZ LOYOLA

Heloisa Menegaz Loyola, Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Mestranda em Direito do Trabalho pela PUC/SP

A AUTONOMIA DA VONTADE NA LEI 13.467/2017 E A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO PROTETOR

Resumo: O presente estudo visa a analisar as profundas mudanças trazidas pela Lei 13.467/2017 e seus impactos no próprio conceito de Direito do Trabalho e no seu fundamental alicerce, o Princípio Protetivo, considerando os efeitos imediatos aos direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para isso, procuraremos estudar a abrangência do conceito de autonomia da vontade, ainda que sem a profundidade necessária, no âmbito das relações laborais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Lei 13.467/2017. Reforma Trabalhista. Princípio da proteção. Autonomia da vontade. Autonomia privada. Direito do Trabalho.

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípios. 3. Funções dos princípios. 4. Princípio da Proteção. 5. Autonomia da vontade. 6. Mitigação ao Princípio Protetor na Lei 13.467/2017. 7. E quanto aos limites da autonomia da vontade? 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

A Lei 13.467/2017 entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho em diversos artigos. Diante da efetiva mudança legislativa, tanto nos aspectos materiais, como nos aspectos processuais, é imperioso o enfrentamento das questões trazidas pelo novo paradigma para além da mera aplicação na nova ordem normativa.

Tornaram-se necessárias várias reflexões acerca de alguns pontos cruciais de toda a nova lei que tutela, atualmente, o Direito do Trabalho. Isso porque, a par das inúmeras discussões sobre seu processo legislativo, e principalmente sobre os escopos econômicos e políticos envolvidos, fato é que os operadores do Direito estão diante de um constante desafio.

O Princípio Protetivo é a base de todo ramo juslaboral e a razão de sua especialidade, como braço do Direito Comum.

Compreender a aplicação e, sobretudo, a interpretação sistemática da Lei 13.467/2017 com a base principiológica do Direito do Trabalho é o propósito deste artigo, a fim de contribuir com as necessárias reflexões acerca do tema.

Inegável reconhecer que as profundas mudanças trazidas pela Lei 13.467/2017 trouxeram também alterações intrínsecas no próprio conceito de Direito do Trabalho e no seu fundamental alicerce, o Princípio da Proteção, como analisaremos a seguir.

2. PRINCÍPIOS

Princípios são proposições gerais inferidas da cultura jurídica e do ordenamento que conformam a criação, a revelação, a interpretação e a aplicação do Direito.

O ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios, que espelham a ideologia ou as qualificações essenciais da ordem jurídica que institui o ramo do Direito.

A atividade de interpretação do sistema jurídico, a começar pelas normas constitucionais, deve se iniciar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, desde a proposição mais genérica à mais específica, até chegar a regra concreta que regerá o caso concreto.

Miguel Reale aduz que:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis¹

Importante lembrar que a distinção antes feita entre norma e princípio resta superada. Modernamente, o entendimento majoritário é no sentido de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: normas-princípio e normas-disposição.

Mesmo para aqueles que não as diferenciam, na conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico²

Assim é, de sorte que as normas devem seguir o espírito e os critérios definidos pelos princípios, não só na fase embrionária, de confecção do texto da lei, como na função de interpretação e aplicação da norma.

3. FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Os princípios integram o Direito, nele exercendo, desse modo, as seguintes principais funções, conforme a melhor

1. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37

2. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos do direito administrativo*, 1986, p. 230

doutrina, e para os fins buscados neste estudo: função interpretativa (também chamada descritiva ou informativa), função normativa subsidiária (ou supletiva), e função normativa própria (ou função normativa concorrente).

Aprendemos que os princípios atuam simultaneamente nos diversos estágios da norma jurídica e não somente na interpretação do dispositivo supostamente lacunoso.

Desde a fase embrionária, na criação do texto legal, os princípios já concorrem, ou deveriam concorrer, na orientação do legislador, na sua faceta informadora do Direito.

Podem as funções dos princípios serem classificadas em duas fases principais ao fenômeno jurídico, quais sejam, a fase de sua construção e, posteriormente, a fase de sua realização social.

A fase de construção da regra fase pré-jurídica, de natureza essencialmente política, corresponde ao estágio histórico de elaboração das regras de Direito. Os princípios já existentes no próprio universo jurídico agem, ou deveriam agir, por influência ideológica, no processo de construção das novas regras.

Já a fase jurídica típica, de aplicação e interpretação da norma, corresponde ao momento histórico em que ela irá reger as condutas sociais. Certamente será nesta fase que os princípios cumprirão seu papel mais relevante.

A função interpretativa é a mais comum e recorrente dessas funções, também chamada de função informativa, atada ao processo de revelação e de compreensão da regra jurídica construída.

Assim, a função interpretativa, ligada à hermenêutica, diz respeito ao trabalho de se conciliar os diversos comandos legais a fim de nortear a aplicação da norma já existente no caso concreto.

Além dela, a função interpretativa ou informadora atua, por outro lado, exatamente no momento de criação das normas, inspirando o legislador na confecção da lei, o que foi solenemente ignorado por ocasião da confecção da Lei 13.467/2017.

Podem os princípios, assim, também cumprir o papel de fontes formais supletivas do Direito (função normativa subsidiária ou supletória). Neste passo, atuam como fontes normativas subsidiárias, à falta de outras regras jurídicas utilizáveis pelo intérprete e aplicador do Direito em face de um específico caso concreto.

A proposição ideal consubstanciada no princípio incide sobre a hipótese da realidade, como se fosse norma jurídica própria. É o que se passa em situações de recurso necessário à integração jurídica, em decorrência de falta de regras jurídicas no conjunto das fontes normativas principais existentes.

Denominam-se princípios normativos supletivos na medida em que atuam como normas jurídicas em face de casos concretos não regidos por fonte normativa principal da ordem jurídica. A função normativa supletiva dos princípios, ocorrida em situações de lacuna nas regras legais do Direito, é mais rara do que sua função interpretativa.

A função fundamentadora dos princípios (ou função normativa própria) passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua natureza de norma jurídica efetiva, e não simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes

dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estaria também presente nos princípios jurídicos.

Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma natureza normativa.

Em suma, todo o Direito seria composto, simultaneamente de princípios jurídicos e de regras jurídicas, os quais se enquadram no conceito mais largo de norma jurídica.

Tal concepção afirmou-se na doutrina jurídica ocidental imediatamente após o término da Segunda Guerra Mundial, capitaneada por cientistas e filósofos do Direito da Europa Ocidental, embora já ostentando certos antecedentes e manifestações pioneiras desde a década de 1930 em determinados autores europeus.

Dispõe o artigo 8º da CLT sobre as funções interpretativa e integrativa, quanto à existência de lacunas de determinado tema do direito do trabalho.³

Referido artigo, que trata fundamentalmente do suprimento de lacunas, indica a utilização dos princípios como fonte subsidiária, sendo a principal e preferencial delas, os princípios específicos do direito do trabalho.

Interessante, entretanto, notar a supressão da expressão, com o advento da Lei 13.467/2017, no parágrafo primeiro, “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”, de sua redação original.

Dessa forma, não mais se exige a compatibilidade das normas de direito comum aos princípios trabalhistas. Por conseguinte, ampliou-se sobremaneira a aplicação do direito comum como fonte subsidiária, de modo que o intérprete, no caso concreto, terá maior opção de regras a tutelar o caso concreto.

4. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O que embasa o princípio protetor é a subordinação do empregado, de acordo com a definição de Maurício Godinho Delgado.⁴

3. Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. (Parágrafo renumerado e alterado pela Lei nº 13.467/2017 - DOU 14/07/2017)

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. (Parágrafo incluído pela Lei nº 13.467/2017 - DOU 14/07/2017)

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (Parágrafo incluído pela Lei nº 13.467/2017 - DOU 14/07/2017)

4. DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*,

O Direito do Trabalho teve grande parte de sua emancipação em face do direito comum ao conjunto de princípios que se conseguiu visualizar, como identificadores de um novo ramo, que surgiu das lutas sindicais e dos conflitos oriundos da Revolução Industrial, mostrando-se o Direito Civil já incapaz de fazer frente a todas as suas demandas e necessidades.

O princípio da proteção é o amplo princípio que abarca todos os demais princípios que informam o Direito do Trabalho. Também denominado princípio tutelar, tuitivo ou protetivo pela doutrina especializada.

Decorrem do princípio da proteção, essencialmente, o princípio da norma mais favorável, o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas (conhecido ainda como princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas), o princípio da condição mais benéfica (ou da cláusula mais benéfica), o princípio da inalterabilidade contratual lesiva (mais conhecido como princípio da inalterabilidade contratual), o princípio da intangibilidade salarial (chamado ainda de integralidade salarial, tendo como correlato o princípio da irredutibilidade salarial), o princípio da primazia da realidade sobre a forma e o princípio da continuidade da relação de emprego.

Percebe-se, portanto, que o princípio tuitivo abarca inúmeros outros princípios, cada um em sua vertente, o que demonstra a abrangência do princípio da proteção em todos os aspectos do ramo juslaboral.

Por isso, inclusive, a dificuldade de se uniformizar uma única classificação e a existência de diversos critérios seguidos por vários autores.

Precisa é a compreensão do jurista uruguaio Américo Plá Rodríguez⁵, que considera manifestar-se o princípio protetivo em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

Inegável que, no Direito do Trabalho, há um núcleo basilar que deve ser destacado e que dá a marca essencial do ramo justalboralista especializado, de modo que sem sua presença não se pode falar, de maneira consistente, na própria existência do Direito do Trabalho.

Concede o princípio da proteção ao Direito do Trabalho uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia - o obreiro - visando retificar ou atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

De fato, a estrutura conceitual e normativa do Direito do Trabalho, e acentuadamente do Direito Individual do Trabalho, constrói-se a partir da constatação fática da diferenciação socioeconômica e de poder substantivas entre os dois sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico - empregador e empregado.

É que nesse vínculo especial (a relação de emprego) o sujeito empregador age naturalmente como um ser coletivo, isto é, um agente socioeconômico cujas ações tem a natural apti-

ção de produzir impacto na comunidade mais ampla, seja um pequeno negócio ou uma grande indústria.

O empregador detém os meios de produção, sofre os riscos do negócio, os lucros e perdas e a sua atividade empresarial cria impactos, diretos ou indiretos, em toda a sociedade.

Em contrapartida, no outro pólo da relação está um ser individual, identificado no trabalhador que, enquanto sujeito desse vínculo sociojurídico, não é capaz, isoladamente, de produzir, como regra, ações de impacto comunitário, tal qual o empregador. Isso porque, o trabalhador não detém nada além da sua força de trabalho e depende do salário para seu sustento, o que está diretamente relacionado com sua dignidade.

Essa evidente diferenciação fática de posições fez surgir, por pura necessidade, um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego.

É a partir do fato da diferenciação sócio econômica desses dois sujeitos que se constrói a ideia do ramo especializado com regras específicas.

Sem a ideia ficta de proteção, o Direito do Trabalho não se justificaria. Não haveria a demanda de regras específicas para a relação jurídica especial.

A enorme maioria importante da doutrina aponta este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado.

Esse fenômeno tem acentuado o caráter informador do princípio da proteção, em detrimento de seu caráter especificamente normativo. Efetivamente, quando se realiza o cotejo entre duas interpretações consistentes sobre mesma regra jurídica, utiliza-se o critério fornecido pelo princípio da norma mais favorável, não se necessitando recorrer especificamente ao princípio tutelar.

Quando se examina uma alteração do contrato de trabalho, exemplificativamente, utiliza-se a interpretação de cláusulas que são mais vantajosas ao trabalhador, mais benéficas, recorrendo-se, portanto, à diretriz mais ampla da proteção.

Entretanto, o princípio protetor, possuindo abrangência ampliada ao conjunto desse ramo do Direito, não se confronta inconciliavelmente com princípios jurídicos gerais da Teoria Geral do Direito.

Ou seja, o princípio protetor, em determinadas relações, situações ou circunstâncias, terá afastada sua incidência em respeito a princípios externos ao Direito do Trabalho que circunstancialmente tenham eventual preponderância.

É o que repetidas vezes tem feito a jurisprudência quanto ao contraponto entre o princípio tutelar e o princípio geral do não enriquecimento sem causa ou o princípio constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade.

O princípio tuitivo, desse modo, explica o Direito do Trabalho, conta sua história, sua estrutura e funcionamento geral. Busca protegê-lo de modificações legislativas drásticas que descaracterizem sua natureza, função e objetivos teleológicos.

A chamada Reforma Trabalhista, como batizada a Lei 13.467/2017, na maioria dos seus dispositivos, adiciona o pressuposto da autonomia da vontade do trabalhador para

negociar cláusulas e condições contratuais em vários institutos laborais.

No Direito do Trabalho, como vimos, o pressuposto fundamental da relação jurídica é a desigualdade legislativa, diante da desigualdade fática, a fim de encontrar a igualdade jurídica.

Pela lógica e pela construção normativa do ramo especializado, a presunção de plena autonomia da vontade, agora predominante na legislação, deve seguir a mesma toada.

Contudo, questiona-se a manutenção da função informativa do princípio da proteção com a mesma importância, considerando a exigência legal quanto à observância da autonomia da vontade do empregado para negociação de forma simétrica com o empregador.

5. AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade é, historicamente, um dos pilares do direito privado.

A par da discussão se o Direito do Trabalho pertence ao ramo do Direito Público ou do Direito Privado, hodiernamente, a doutrina majoritária é no sentido de ser um ramo essencialmente de Direito Privado, já que o contrato de trabalho consubstancia-se em um contrato privado, apesar da ampla tutela estatal das relações sociais pós Constituição Federal de 1988.

Com a alteração legislativa trazida pela Reforma Trabalhista, essa questão resta superada, de forma que o contrato de trabalho é, indubitavelmente, de caráter privado.

Sobre o vocábulo “vontade”, Érico de Pina Cabral expõe que o termo tem origem latina – voluntas-, significando um desejo, o ato de querer. “Vontade é a faculdade que tem o ser humano de querer, escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar determinados atos”⁶.

A partir disto, o autor traça seu conceito:

Autonomia significa o poder de se autogovernar. É a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha. Direito de tomar decisões livremente, com liberdade, independência moral ou intelectual. É o contrário de heteronomia, que significa a sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem, com ausência de autonomia.

Maria Helena Diniz conceitua o princípio da autonomia da vontade como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.”⁷

O Código Civil Brasileiro de 1916, influenciado por ideias do iluminismo e da Revolução Francesa, tinha como bases a autonomia da vontade e a iniciativa privada.

6. CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19(5)83-129, jul/set 2004

7. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

No entanto, a adoção de valores relacionados à apropriação de bens sobre o indivíduo, impedia a efetiva valoração da dignidade humana, a igualdade e a justiça.

Neste cenário, a autonomia da vontade centralizava e conduzia o enfoque do contrato para o âmbito criador da relação jurídica e de seu conteúdo, sem maiores preocupações com a sua real eficácia e impacto social.

No Novo Código Civil, com entrada em vigor em janeiro de 2003, o conceito de autonomia de vontade deve ser interpretado de acordo com os princípios da eticidade, da sociabilidade e da operabilidade, respeitando inclusive a função social do contrato.

No exercício de sua autonomia privada e, portanto, na realização de negócios jurídicos, os indivíduos possuem o poder de modificar, criar e extinguir condições e situações jurídicas, no âmbito e na forma previstas pelo ordenamento.

Ao regulamentar, de forma direta e individual, seus próprios interesses pessoais, o sujeito faz coincidir sua autonomia privada com os interesses que o ordenamento escolhe proteger.

O pressuposto da autonomia privada é a liberdade como valor jurídico. Além disso, o pilar da autonomia privada é a ideia de que o indivíduo é o embasamento da construção social e de que sua escolha, espontânea, é instrumento de efetuação do direito.

Portanto, o negócio jurídico torna-se fonte principal de obrigações.

No Direito do Trabalho, a autonomia privada da vontade do trabalhador em escolher as condições de seu contrato é, necessariamente, reduzida em vista do pilar principal do ramo especializado, o Princípio da Proteção.

Ao se criar a diferenciação jurídica a fim de retificar a situação fática de hipossuficiência, o Estado assume a condição de proteção, especialmente após a promulgação da Constituição Cidadã, que trouxe diversas garantias mínimas ao empregado, sobretudo em seu artigo 7º.

Antes disso, as leis compiladas, a partir do início do século XX, já traziam a necessidade de proteção legislativa, cuja demanda o Direito Comum já não era capaz de atender.

Paralelamente às limitações da autonomia de vontade no Direito do Trabalho, a autonomia privada encontra fronteiras mesmo no ramo do Direito Civil, em normas legais e na ordem pública.

Conforme nos ensina a jurista Maria Helena Diniz: “É preciso não olvidar que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo”⁸.

Constata-se que, na esfera do direito civil, o princípio da autonomia privada é restringido pelo dirigismo contratual, que regula as medidas restritivas do Estado visando à supremacia dos interesses coletivos sobre os interesses individuais dos contratantes, com o propósito de administrar o equilíbrio contratual, prevenindo abusos, e de proteger os economicamente mais fracos, conciliando sempre os interesses da sociedade.

8. *op.cit.*, p. 42

2.ed., São Paulo: LTr, 1999

5. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 2015

Saímos de um modelo baseado da autonomia da vontade, patrimonialista, pautado na ideia de igualdade formal entre os sujeitos, para ingressarmos no conceito de variedade dos grupos sociais e na necessidade de avaliar cada relação a depender do caso concreto, reconstruindo esse mesmo modelo, com vistas à desigualdade intersubjetiva.

Supera-se o individualismo e passa-se a ter no sujeito a titularidade de patrimônio, valorizando a pessoa como elemento humano.

De acordo com Nelson Nery Junior, é necessário um sistema que não seja fechado, que não seja aberto, mas que seja móvel e que permita aperfeiçoamentos por intermédio do exercício, da aplicação e da interpretação das cláusulas gerais.⁹

Também no ramo privado, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais, sobretudo da dignidade da pessoa humana e os outros princípios dele oriundos, servem de rede de proteção em que a autonomia privada da vontade não se sobrepõe e não é absoluta.

6. MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO PROTETOR NA LEI 13.467/2017

O conceito de hipossuficiência do empregado justifica o princípio protetivo, com a observância de regras especiais, pois o ser humano que trabalha deve ser protegido na sua integralidade.

O desenvolvimento econômico, de um lado, e a proteção ao trabalhador, do outro, são duas engrenagens inseparáveis que diferenciam o Direito do Trabalho dos outros ramos jurídicos.

A Reforma Trabalhista alterou diversos artigos privilegiando a autonomia da vontade e igualando os sujeitos da relação jurídica no que tange à capacidade de negociação e de criação de cláusulas contratuais.

Não obstante, majorar a importância da autonomia da vontade, ou criá-la no ramo em que antes era praticamente inexistente, implica em reduzir ou flexibilizar o Princípio da Proteção, na medida em que a presunção de dependência do trabalhador é mitigada no texto da Lei 13.467/2017.

Aliás, os critérios para conceituar o que seria dependência são acrescidos no texto da nova lei e pressupõe uma dependência essencialmente econômica.

Os artigos 444 e 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho, alterados pela mencionada Lei, trazem a figura do empregado chamado hiperssuficiente, assim compreendido como o trabalhador, devidamente subordinado ao patrão, que possui curso superior e recebe mais que o valor de dois tetos da Previdência, conforme o parâmetro escolhido pelo legislador.

As cláusulas do contrato desse empregado poderão valer como convenção coletiva e ainda poderão prevalecer sobre a lei.

Há, porém, uma distorção conceitual na nova redação, uma vez que a dependência a ser considerada nas relações trabalhistas é a dependência ou subordinação jurídica, e não a meramente econômica ou intelectual.

Expusemos anteriormente sobre a desigualdade fática da

relação e a necessidade de retificação normativa para que se tenha igualdade jurídica.

Na relação contratual, em que se supõe a negociação recíproca, a única moeda de troca do trabalhador é a sua força de trabalho, ao passo que o empregador, detentor não só do capital, mas do poder diretivo, tem maior influência da negociação.

Partindo-se de uma desigualdade natural, não há outra conclusão possível além do que presumir que a vontade externada pela parte mais fraca esteja contaminada por essa condição. Mesmo que o trabalhador aufera salário acima do limite legal e tenha curso superior, haja vista que dependência jurídica nada tem a ver com o valor de sua remuneração nem com a instrução técnica do obreiro.

Nesse ponto, o trabalhador hiperssuficiente estaria imune ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, decorrente do Princípio da Proteção, e exercitaria plenamente o princípio da autonomia de sua vontade, estabelecendo livremente as cláusulas de seu contrato de trabalho.

Não se olvide que, com a alteração legislativa, e a supressão da expressão “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste” no parágrafo primeiro do artigo 8º da CLT, referido fenômeno não só está mais evidente, como foi expressa a intenção do legislador em equiparar o princípio da proteção na mesma esfera de importância dos demais princípios do Direito.

Daí porque se afirmar que o princípio protetivo está relativizado diante do texto da Reforma Trabalhista.

Relativizado, pois entendemos que não se elimina princípios e institutos do Direito do Trabalho por alteração legislativa, embora referido princípio continue existindo de uma forma mitigada.

A partir do momento em que se aumenta a autonomia da vontade pela via legislativa, e a ideia de que o “negociado” prevalece sobre o “legislado”, a contrapartida é justamente a diminuição da incidência do Princípio Protetor, na mesma medida.

7. E QUANTO AOS LIMITES DA AUTONOMIA DA VONTADE?

O Código Napoleônico, como uma das primeiras sistematizações civis codificadas, traz a autonomia da vontade como forma de lei entre as partes contratantes, ao afirmar em seu artigo 1.134: “(...) as convenções legalmente formadas têm o valor das leis para aqueles que a fizeram”.

Posteriormente, como sabemos, reconheceu-se o exagero do poder absoluto do pacto e buscaram-se algumas limitações, como as normas imperativas. Deste modo, o próprio princípio da autonomia da vontade não é absoluto, assim como nenhum outro princípio.

O Código Civil de 2002 abandonou, em parte, a concepção individualista que marcava os primórdios do direito e a prevalência dos interesses privados.

Uma das regras mais sintomáticas dessa mudança de posicionamento social do contrato, pela qual o ajuste privado deve levar em consideração, são os interesses da coletividade.

Modernamente, a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421). Portanto, a liberdade de contratar é apenas relativa, sofrendo

várias ingerências normativas, em razão de situações de vulnerabilidade de uma das partes contratantes.

Como exemplo, as situações especiais como no Direito do Consumidor, Direito de Família e Direito das Sucessões, em que o consumidor, a mulher ou o menor apresentam-se como a parte menos favorecida juridicamente.

Se assim é no Direito Comum, com mais razão essas limitações devem existir no Direito do Trabalho.

A dinâmica das relações interpessoais funciona como fator que na prática obriga os indivíduos a contratarem de acordo com o caso concreto. E, no Direito do Trabalho, a relação entre os sujeitos empregado e empregador, como vimos, sofre influência direta do Princípio Protetivo na gênese do contrato ou antes mesmo de sua existência.

O mesmo raciocínio aplica-se ao denominado empregado hiperssuficiente, uma vez que a dependência, conforme analisado previamente, não é meramente econômica, mas jurídica.

A autonomia da vontade, em não sendo princípio absoluto, sofre ingerências das circunstâncias próprias de cada situação fática. Nem mesmo disposição legal, mas ainda quando contraria princípios constitucionais, tem o condão de conceder à autonomia privada caráter absoluto.

Mesmo na esfera do direito civil, o princípio da autonomia privada é restringido por medidas restritivas do Estado, com o propósito de administrar o equilíbrio contratual e de proteger os mais fracos, conciliando sempre os interesses da sociedade. No ramo especializado, com tanto mais razão.

A Lei 13.467/2017 trouxe como viga mestra da chamada Reforma Trabalhista a presunção de plena manifestação de vontade do empregado, relativizando o princípio protetivo.

Em sede de interpretação sistemática, o contrário também deve acontecer. Ou seja, o Princípio da Proteção, como guia do Direito do Trabalho, pode limitar a autonomia de vontade, em determinadas circunstâncias.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma sociedade democrática, tanto o capital quanto o trabalho devem alimentar-se reciprocamente para que consigamos viver em harmonia e prosperidade. Não se pode permitir que o desenvolvimento econômico seja privilegiado a ponto de desproteger o empregado. É preciso sabedoria para equilibrarmos a balança.

No que tange aos Direitos Sociais, e ao Direito do Trabalho eem especificamente, a revolução tecnológica, em sua metéorica ascensão, tem agravado a situação de desigualdade social. Os efeitos dos avanços tecnológicos são evidentes, assim como a substituição de mão de obra e o crescimento do desemprego. Incontestável que a tutela jurídica não está sendo capaz de acompanhá-las.

A Reforma Trabalhista, assim denominada a Lei 13.467/2017, trouxe a proposta de modernização das relações de trabalho diante da realidade inevitável em que um de seus pilares é a concessão da plena autonomia da vontade ao trabalhador, privilegiando cláusulas negociadas em detrimento da legislação dita excessivamente protetiva.

A autonomia da vontade traz a promessa ao indivíduo, no

caso, ao trabalhador, do exercício de sua dignidade, no sentido de sua liberdade, ao ser titular das decisões a serem tomadas, essencialmente, sobre cláusulas e condições no contrato de trabalho.

Mesmo na esfera do direito civil, o princípio da autonomia privada da vontade é restringido por medidas restritivas do Estado visando à supremacia dos interesses coletivos sobre os interesses individuais dos contratantes, com o propósito de administrar o equilíbrio contratual, prevenindo abusos e de proteger os economicamente mais fracos, conciliando sempre os interesses da sociedade.

No Direito do Trabalho, com ainda maior razão, existe a necessidade de restrição da autonomia da vontade amplificada consideravelmente com a Lei 13.467/2017. Referida restrição não apenas se faz necessária como é imposta diante da presença do Princípio da Proteção do ramo trabalhista.

Não existe igualdade natural entre empregado e empregador e é preciso a existência do direito especializado para que se alcance a igualdade jurídica, esse é o pilar embrionário do Direito do Trabalho.

O Princípio Protetivo é a base de todo ramo juslaboral e a razão de sua especialidade. Pretender que uma lei infraconstitucional tenha o condão de deletar toda a evolução histórica e social é retroceder séculos, além de modificar o próprio conceito de Direito do Trabalho.

Por esse motivo, não se pode negar a maior autonomia privada às relações trabalhistas, mesmo porque algumas peculiares situações demandavam tal mudança.

A Reforma trabalhista nos forçaria, assim, fazer outra leitura do Princípio da Proteção, de forma mitigada porém presente, considerando que a análise de qualquer relação de trabalho deve ter como alicerce o Princípio Protetivo.

Mudanças profundas na legislação trazem a necessidade e oportunidade de os operadores do Direito se voltarem ao estudo das origens do Direito do Trabalho, para o entendimento do contexto em que surgiu a especialidade jurídica, para que possamos aplicar a lei de forma a alcançar seus fins sociais.

Além disso, fundamentalmente entender qual o cenário jurídico nas relações futuras em que seus conflitos serão resolvidos em vista da mitigação, agora imposta, do princípio basilar do Direito do Trabalho.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo Ed. Malheiros 2008.

ALMEIDA, Renato Rua. *Direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores*. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/renato_ua_almeida/renatorua_direitos_inespecificos_trabalhadores.pdf. Acesso em 18.11.2017

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*, São Paulo: Ltr, 2007.

9. NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19(5)83-129, jul/set 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*, 2.ed., São Paulo: LTr, 1999

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANCIULLI NETO, Domingos. et al. *O Novo Código Civil, Homenagem ao Professor Miguel Reale*. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2006

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do Novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo. (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. fac-similada. São Paulo: LTr, 2015.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 2. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MARCELO AZEVEDO CHAMONE

Juiz do trabalho substituto no TRT da 2ª Região
Doutorando em direito pela PUC/SP

Membro da comissão de prerrogativas da Amatra2 (biênio 2018-2020)

A CULPA NA RESPONSABILIDADE JURÍDICA

1. A CULPA RELIGIOSA / MORAL

A culpa religiosa (moral) está ligada à idéia de *pecado*, que implica uma deficiência de perfeição ante a divindade, sem definição própria, portanto, mas apenas em contraposição àquilo que é considerado *bom*.

Em seu aspecto moral somente existe entre os seres inteligentes, e consiste na não conformidade com a reta razão e a lei divina; assim haverá pecado quando o ser inteligente, conhecedor das leis divinas, deliberadamente se recusar a obedecê-las, segundo a definição tomista (O’Neil, 1912).

A privação da ordem devida não é diretamente intencionada, mas é aceita na medida em que o desejo do pecador tende a um objeto em que este desejo de conformidade está envolvido, de modo que o pecado não é pura privação, mas um ato humano desprovido da devida retidão. A partir do defeito surge o mau do ato, e da voluntariedade, sua imputabilidade (O’Neil, 1912).

Para que o ato seja imputado ao pecador, não é necessário que o objeto que determina e especifica seu ato seja diretamente desejado como um fim ou meio; basta ser desejado indiretamente ou em sua causa. Assim, quando um único ato gera um efeito diretamente desejado e outro indiretamente, este é moralmente imputável ao pecador, desde que: preveja que os efeitos maus que seguirão da causa estabelecida; possa impedir a ocorrência da causa; esteja sob a obrigação de prever o efeito mau (cf. O’Neil, 1912).

O erro e a ignorância quanto ao objeto ou circunstâncias do ato a ser realizado, afetam o julgamento do intelecto, e, via de consequência, a moralidade e imputabilidade do ato. A ignorância invencível é excusa do pecado; a vencível, não, apesar de tornar o ato “menos livre”. As paixões afetam a vontade mais diretamente do que a capacidade de decisão. A paixão antecedente aumenta a intensidade do ato, de modo que o objeto é desejado mais intensamente, apesar de menos livremente, podendo levar, até mesmo, a tornar o livre arbítrio impossível. A paixão consequente, que surge de um comando de vontade, não reduz a liberdade, mas, pelo contrário, é sinal de intenso ato de volição. Medo, violência, hereditariedade, temperamento estados patológicos, na medida em que afetam o livre arbítrio, afetam a malícia e a imputabilidade do pecado. Para que haja um pecado, é necessário haver o conhecimento da lei e um ato voluntário, livre de coerção e necessidade (cf. O’Neil, 1912).

A marca permanece no pecador até que haja um *resgate*, acarretando, ainda, como efeito, a submissão a um sofrimento, que poderá ocorrer por meio de uma “punição medicinal” (doenças, calamidades, ...), ou pela justiça divina como uma punição vindicativa. As punições guardam uma relação de proporcionalidade com o pecado cometido. Assim, a compreensão do pecado, serve para unir a humanidade, mais proximamente à divindade, imprimindo um “medo salutar” de seus poderes; o pecado não é uma fase em uma luta ascen-

tende da criatura que sofreu uma queda, mas deliberada e consciente recusa em lutar (cf. O’Neil, 1912).

Quando o pecado é visto como uma condição necessária e inevitável da humanidade, e a inabilidade em se evitá-lo é concebida como necessária, advem, naturalmente, o desencorajamento. Por outro lado, onde a doutrina da criação do homem em um estado superior, sua queda por uma transgressão voluntária, cujos efeitos são transmitidos para a posteridade por decreto divino, destruindo a balança das faculdades humanas, e deixando o homem inclinado para o mal; onde os dogmas da redenção e graça na reparação do pecado são permanentemente lembrados, afirma O’Neil (1912), não haveria desencorajamento.

2. A CULPA PSICOLÓGICA (SENTIMENTO DE CULPA)

O *sentimento de culpa* é uma experiência cognitiva e emocional relativa a si mesmo e/ou ao grupo social (como a família) com base na percepção – justificada ou não – de que a pessoa tem responsabilidade pessoal sobre um evento negativo, violando um padrão moral – reflexão interna de não correspondência ao *eu* ideal (Strickland, 2001); manifesta-se, frequentemente, através de angústia, depressão ou luto (cf. Freud *apud* Strickland, 2001).

Em alemão uma única palavra (*Schuld*) significa tanto *débito* como *culpa*, levou Freud a aprofundar a análise deste elo, característico das civilizações judaico-cristãs, enquanto que as culturas grega e orientais são mais marcadas pela questão da vergonha, em uma problemática relacionado sobretudo ao grupo a que pertence aquele indivíduo.

Para Freud, a culpa inconsciente está sempre ligada, direta ou indiretamente, a uma situação edípica. Nietzsche, por sua vez, menciona os “criminosos por sentimento de culpa”, situação em que, sentindo-se culpado sem uma causa conhecida, o indivíduo comete um crime com o único fim de atribuir uma razão à sua culpa, numa situação paradoxal em que a culpa seria não o resultado mas a causa da ação. Freud, acrescenta, que a culpa inconsciente é indissociável do super ego, o severo juiz da pessoa – o indivíduo cometeu um erro, ainda que em sua fantasia; mesmo que não tenha havido um ato, mas apenas a *intensão* na fonte da reprimenda é real, e a culpa nada mais é do que o retorno da agressividade *sobre a pessoa*, que a leva a expiar indefinidamente essa culpa inconsciente.

Há situações, patológicas, em que o indivíduo é incapaz de sentir, ou capaz de bloquear, o sentimento de culpa, racionalizando seu comportamento, culpando outrem, ou simplesmente negando o ocorrido.

A culpa poderá, por vezes, ser remediada através de punição, perdão, reconciliação, remorso sincero, ou através da percepção de que o sentimento de culpa era ilógico ou irrelevante (cf. Strickland, 2001).

3. A CULPA JURÍDICA

Quando o art. 186 do Código Civil faz menção à culpa (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”), se refere à culpa *lato sensu*, que é a lesão de direito alheio imputável ao agente (cf. Chironi *apud* Aguiar Dias, t. I, p. 137), e abrange tanto a culpa *stricto sensu*, que consiste na negligência com que o devedor procede no desempenho da obrigação contraída (M. I. Carvalho de Mendonça, t. II, p. 11), como também o dolo, que é a vontade deliberada e consciente de praticar o ato e obter o resultado.

Washington de Barros (v. 5, p. 416), seguindo as definições dadas por Demogue e outros mestres da matéria, diz serem elementos essenciais da culpa, a previsibilidade e o comportamento do *homo medius*. Na mesma linha segue Alvino Lima ao definir a culpa como um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias (p. 69). Logo, só poderia haver culpa se o evento for previsível, e se o homem médio, colocado na mesma situação agisse de modo diferente, de modo a não praticar o ato antijurídico (Washington de Barros Monteiro, v. 5, p. 416).

Já Aguiar Dias discorda dessa idéia, ao dizer que ao homem prudente e diligente, ao *bonus paterfamilias*, admite-se que erre, por ser a falibilidade uma condição do ser humano. Aquilo que o homem prudente faria, se colocado nas condições do imputado, pode, muitas vezes, ser o ato que o coloca em culpa, mesmo que leve. Pelo princípio de que em termo de responsabilidade extracontratual até a culpa levíssima responsabiliza - *in lex Aquilia et levissima culpa venit* -, resulta que a indagação aos modelos de comportamento é sem objeto. A contradição é palpável entre a necessidade de tolerar certa margem de erro e a ausência absoluta, sem tolerância, na aplicação da doutrina da culpa (Aguiar Dias, t. 1, p. 143).

É importante ressaltar a importância da existência da imputabilidade do agente para que haja responsabilidade por ato próprio. Caso o agente seja incapaz ou relativamente incapaz, a responsabilidade recairá sobre o detentor do pátrio poder, da curatela ou tutela, conforme o caso.

O dolo pode ser direto, quando o agente procede com intenção de provocar o dano, ou indireto, se não tiver ânimo de prejudicar, mas o dano é consequência do resultado que foi desejado. O dolo poderá ainda ser eventual na hipótese de o agente ter consciência que o ato praticado poderá ocasionar o dano.

A culpa propriamente dita é definida como sendo a falta de diligência na observação da norma de conduta, isto é, o desprezo por parte do agente do esforço necessário para observá-la, com resultado não necessariamente objetivado mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua conduta (Aguiar Dias, t. I, p. 151-152).

Incluir na definição de culpa um caráter subjetivo, que seria a avaliação do comportamento do agente, a consciência da ilicitude de seu ato, eliminaria a possibilidade de reparação do dano em inúmeros casos, como, por exemplo, o ato danoso

praticado por uma pessoa que não tenha conhecimento da ilicitude de seu ato. Ao se negar a existência de culpa da pessoa cessa a possibilidade de haver reparação, pois esta é requisito básico para a caracterização da responsabilidade civil.

Parece ser mais lógico se analisar a existência ou não da culpa unicamente por critérios objetivos. Além do que, seria por demais árduo para o julgador analisar o critério subjetivo, a consciência do agente ao praticar o ato, deixando a vítima demasiadamente desprotegida.

A culpa pode ser classificada, por um critério subjetivo, como grave, que é a falta imprópria ao comum dos homens, leve, que é a que seria evitável com atenção ordinária, e a levíssima, que é a que somente seria evitada com atenção extraordinária (Carlos Roberto Gonçalves, p. 27).

A diferenciação entre a culpa *stricto sensu* e o dolo se dá na vontade da obtenção do resultado. Na primeira há apenas a vontade e consciência no ato praticado mas não existe intenção de se obter o resultado, assumindo-se, no entanto, o risco de obter o resultado indesejado. No dolo há a vontade consciente e deliberada tanto na ação como de se obter o resultado antijurídico.

3.1 FATO ILÍCITO

Segundo a definição legal – CC, art. 186 – ilícitos são os atos¹, comissivos ou omissivos², culposos que causam dano a terceiro. Assim, ilícito civil é o ato voluntário³ – “(...) só pode

1. “Acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível á vontade do homem. Sem *acto de vontade* não ha acção, não ha injusto, não ha crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não ha acção, não ha injusto, não ha crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um *resultado*. (...) Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior á vontade humana: 1º quando a mudança foi *causada* voluntariamente; 2º quando voluntariamente não foi *impedida*” (von Liszt, 2006, p. 193).

2. “Quando se trata de conduta negativa (= omissão), é necessário que haja, na abstenção, *descumprimento de dever absoluto* (= que cabe a todos, como sujeitos passivos totais) ou de *dever relativo* (negocial, ou resultante de ato jurídico *stricto sensu*, ou de outra relação jurídica de direito relativo, como as do direito de família); quer dizer: *haja omissão onde deveria haver ação*. A omissão daquele que não devia agir não constitui ilícito, porque a chamada culpa *in ommitendo* supõe, naturalmente, a violação de direito de terceiro correspectivo do *dever* descumprido pelo agente (Código Penal, arts. 13, §2º, 135 e 269)” (Marcos Bernardes de Mello, 2003, p. 240).

3. É dizer: o ato deve ser voluntário e livre de vícios da vontade: “A voluntariedade na comissão ou na omissão, não quer dizer livre arbitrio no sentido metaphysico, mas isenção de coacção mechanica ou psycho-physica. Não se dá acção por parte daquelle que, em um ataque de convulsão, damnifica objectos alheios ou que, em razão de uma syncope, não pôde cumprir o seu dever; não se dá acção por parte de quem é coagido pelo poder physico de outrem a fazer ou deixar de fazer alguma cousa” (von Liszt, 2006, p. 197). Sobre vícios da vontade, ver: José Abreu F.º, 2003, p. 253-349; Marcos Bernardes de Mello, 2004, p. 147-218; sobre erro: Jakobs, 2003, p. 14-20; Espínola *et al*, 1999, p. 77-95; Mário Moacir Porto, 1956, *passim*; Luiz Flávio Gomes, 2001, *passim*.

cumprir determinada ordem quem tem a vontade de acatar tal ordem, quem é capaz de reconhecer que essa ordem se dirige a ele e, ademais, de conhecer o que deve fazer para cumprir a ordem” (Jakobs, p. 14) –, i.e., ato querido pelo sujeito que o realiza, contrário a uma norma legal, produzindo dano a terceiro, de modo a imputar ao agente a obrigação de indenizar o dano (cf. Messineo *apud* Marcos Bernardes de Mello, 2003, p. 231).

Ocorre que ilícita é toda “conduta humana contrária ao dever jurídico ou prestação” (Machado Neto, 1975, p. 184-186), de modo que a referência do art. 186 é apenas a uma espécie de ilicitude, ou antijuridicidade: o ato ilícito *stricto sensu*, ou delito, ou ainda ilícito absoluto – entre ofendido e ofensor não há relação jurídica de direito relativo regulando o dever violado, ou a relação existente é de direito absoluto.

Destarte, não são apenas os chamados atos ilícitos *stricto sensu* que geram o dever de indenizar:

“(...) não é possível negar que (a) há hipóteses em que simples eventos da natureza (= fatos *stricto sensu*) e (b) fatos produzidos pelo homem que, em decorrência de seu resultado fático irremovível, a norma faz ablação da vontade em realizá-los (= atos reais), violam direito de alguém e causam dano injusto; (c) também não é possível desconhecer que os atos ilícitos não se limitam, apenas, aos delitos (ato ilícito *stricto sensu*), ou seja, às espécies definidas no art. 186 do Código Civil, a cujo conteúdo corresponde a fórmula de Messineo; há outros casos de atos que são contrários a direito e imputáveis a alguém, mas não constituem violação de deveres genéricos (= absolutos), nem causam danos que obriguem a indenizar, e são independentes de culpa do agente em sua realização: são os atos de descumprimento de deveres relativos, contratuais ou não, os atos que importam invalidade de negócio jurídico ou de ato jurídico *stricto sensu* e os atos não culposos de violação de direito” (Marcos Bernardes de Mello, 2003, p. 231-232).

Assim, os fatos que implicam violação de deveres específicos, relativos, tais como os resultantes de relações de direitos obrigacionais, e de família⁴, estão previstos em norma específica. Haverá, então, ato ilícito relativo na violação de direitos, pretensões e ações nascidas de negócio jurídico ou de ato jurídico *stricto sensu*, configurada no adimplemento parcial ou total da obrigação.

Para nos referirmos aos atos e fatos, que violam direitos relativos ou absolutos, gerando o dever de indenizar, é mais apropriado o uso do termo *fato ilícito*, como faz Marcos Bernardes de Mello (2003, *passim*).

4. “Em geral, relaciona-se o ilícito relativo à chamada culpa contratual, como se somente existisse violação de dever relativo como decorrência de contrato. Na verdade, há ilícitos que não implicam violação de deveres contratuais, mas decorrem de relações jurídicas que não são contratuais: relações de parentesco, de tutela, de curatela, resultante de gestão de negócio, e.g. Não se pode dizer que em tais relações exista contrato, por isso é imprópria a expressão ‘infrações contratuais’ empregada por von Tuhr” (Marcos Bernardes de Mello, 2003, p. 233).

Note-se que até mesmo fatos jurídicos *stricto sensu* podem ser qualificados de *ilícitos*, ou *antijurídicos*, gerando o dever de indenizar (no mesmo sentido: Noronha, 2003, p. 470), como nas hipóteses em que alguém responde pelo fortuito – p.ex., CC, arts. 399; 492, §1º; 575; 667, §1º; 862; 868⁵. Também na avulsão – CC, art. 1.251 – há responsabilidade por fato *stricto sensu* ilícito.

Também poderá haver ilícito em razão de ato-fato, “de fato produzido pelo homem do qual, no entanto, a norma jurídica abstrai a vontade em praticá-lo, para considerar, apenas, o seu resultado fático” (Marcos Bernardes de Mello, 2003, p. 236-237).⁶ Quando há responsabilidade dos incapazes por ato próprio, falamos em ato-fato ilícito, pois o sistema jurídico desconsidera a vontade desses agentes. No fato *stricto sensu* ilícito a vontade determinante da conduta é *inexistente*, enquanto que no ato-fato ilícito, ela é *irrelevante*.

Parcela da doutrina prefere se referir a essas situações, bem como à maioria das hipóteses em que a responsabilidade não decorre de ato ilícito *stricto sensu*, como situações de ‘responsabilidade por ato lícito’.⁷ Se a lei atribui a alguém a responsabilidade pelos danos causados por determinado ato, ou fato, temos por óbvio que tal fato não pode ser considerado *lícito*. Civilmente, nenhum ato ou fato é intrinsecamente ilícito – somente há ilicitude em razão da consequência danosa do fato *lato sensu*.

“(...) a juridicidade do fato (igualmente a ilicitude) decorre de sua vinculação a alguém, a quem são atribuídos efeitos no campo do relacionamento humano. O fato, em si, é indiferente às normas jurídicas, mas, se dele decorrem interferências na esfera jurídica de alguém, o direito o torna tal qual acontece e determina qual o comportamento que

5. “Embora essas situações estejam relacionadas à inadimplência de obrigações ou a condutas irregulares ou temerárias no cumprimento de obrigações, a contrariedade a direito não se deve a esses fatores voluntários, mas se caracteriza pela consequência danosa a terceiro resultante do evento natural, em relação ao qual a vontade humana não tem atuação” (Marcos Bernardes de Mello, 2003, p. 236).

6. “Quando alguém faz mau uso de sua propriedade e causa dano a terceiro, há um ato-fato ilícito; não importa a vontade de prejudicar, mas o simples fato do prejuízo (ou ameaça) à segurança, sossego e saúde dos vizinhos. O mesmo ocorre quando alguém toma posse de bem com violação da posse de outrem” (Marcos Bernardes de Mello, 2003, p. 237).

7. V. Maria Celina Bodin, 2003, p. 180-181. No campo administrativista, sobre o dever da Administração de indenizar o particular prejudicado pela revogação de ato: Lúcia Valle Figueiredo, 2006, p. 272; Celso Antônio, 2003, p. 418-149; Oswaldo Aranha, 2007, p. 642-643; Justen F.º, 2005, p. 796. Cavalieri F.º (2005, p. 43 e 550-552) cita a hipótese do art. 930, §ú, do CC, como de responsabilidade por ato lícito, visto haver permissão legal para o agente, quando em estado de necessidade, causar lesão ao patrimônio alheio, a fim de remover o perigo iminente; porém, uma leitura sistemática da norma nos permite concluir que tal autorização somente existe quando o proprietário do bem lesado foi o causador da situação de perigo: *é ilícito danificar bens de pessoa que não deu causa à situação de perigo*. Sobre esse mesmo tema, Noronha (2003, p. 471) diferencia a *licitude do ato* e a *antijuridicidade da consequência produzida*, i.e., do dano.

as pessoas por ele afetadas devem adotar. Assim, como o fato jurídico stricto sensu (lícito) atribui direitos às pessoas a ele vinculadas, o fato stricto sensu ilícito tem o efeito de criar obrigações a quem esteja a ele ligado como imputável” (Marcos Bernardes de Mello, 2003, p. 235-236).

Assim, é possível afirmar que é ato ilícito *lato sensu* toda ação ou omissão voluntária, culposa ou não, praticada por pessoa imputável que, implicando infração de dever absoluto ou relativo, viole direito ou cause prejuízo a outrem, conforme define Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 238-239), citando Pontes de Miranda, Aguiar Dias, Savatier, entre outros – no mesmo sentido: Mazeaud *et al*, 1931, p. 475.

A ilicitude do fato *lato sensu* “é dado de natureza objetiva: existe quando o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao ordenamento jurídico, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém” (Noronha, 2003, p. 470).

Note-se ainda que a ilicitude de determinado fato poderá levar a conseqüências diversas, de acordo com o caso. Em determinadas situações levará à sua invalidade (CC, art. 166, p.ex.), em outras gerará o dever de indenizar a lesão causada (CC, art. 927, p.ex.), ou mesmo levar à perda de direitos (CC, art. 1.638, p.ex.). Por vezes, de um mesmo ato surgirão mais de uma conseqüência, tal como o dever de indenizar e a desconstituição de negócio jurídico – CC, art. 251, p.ex.

Não obstante, não é sempre que a ofensa a direitos alheios será qualificada como atuação ilícita do agente: há situações em que a lei exclui o dever de reparar o dano, e, portanto, a própria ilicitude do ato. São os chamados *atos justificados*: legítima defesa, estado de necessidade, e exercício regular de direito (CC, art. 188; CP, art. 23)⁸. Assim é que Savatier afirma que “a lesão do direito de outrem, por ser inevitável, nem sempre conduz à responsabilidade; há um direito de lesar outrem” (*apud* Alvino Lima, 1956, p. 25). Porém, tais atos devem ser praticados nos limites objetivos da lei, observado ainda o necessário para se afastar a situação perigosa e em face do causador da situação – ultrapassados esses limites, tal como no ‘abuso de direito’, haverá ato ilícito (cf. Jossierand, de Page *apud* Alvino Lima, 1956, p. 25).

3.2 IMPUTAÇÃO SUBJETIVA E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

O *nexo de imputabilidade*, como chama Noronha (2003, p. 472) “é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em conseqüência de um determinado fato antijurídico”.

Em geral, a legislação ordinária atribui responsabilidade somente quando nesse nexo de imputação há uma atuação culposa do agente. A princípio, somente excepcionalmente haveria imputação pelo risco, i.e., haveria uma imputação objetiva, independente de culpa do agente. Quando há responsabilidade por fato *stricto sensu*, por óbvio, o nexo de imputação é objetivo (cf. Noronha, 2003, p. 470-472).

8. V. von Liszt, 2006, p. 227-243.

Assim é que se fala em *culpa lato sensu* quando não há uma observância dos deveres de conduta que, se observados, teriam evitado o dano.

“Dolo e culpa são os dois graus em que a culpa, *lato sensu*, pode apresentar-se (cf. art. 186), por isso os atos ilícitos podem ser meramente culposos (se devidos a negligência, imprudência ou imperícia) ou dolosos (quando resultarem de voluntária opção). Nestas hipóteses, em que a violação do direito é imputada ao agente a título de dolo ou culpa, diz-se que a responsabilidade é *subjetiva*, ou *culposa*” (Marcos Bernardes de Mello, 2003, p. 241).

Quando a conduta danosa é omissiva, para que se configure a culpa no caso, é preciso que o agente tivesse o dever de uma atuação positiva, não tendo agido por culpa *lato sensu*.

Apesar de numerosos, e de existir mais de uma regra geral de responsabilização objetiva (CC, art. 927, §1; CDC, arts. 12 e 14, p. ex.), a doutrina ainda ressalta que somente excepcionalmente haverá responsabilidade sem culpa (cf. Noronha, 2003, p. 473). Nesses casos, fundamenta-se o dever de reparar pelo risco: “quem exerce atividades que podem pôr em perigo pessoas e bens alheios, da mesma forma que auferem os benefícios daí resultantes, também deve suportar os prejuízos, independentemente de ter ou não procedido com culpa” (Noronha, 2003, p. 473).

Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 241) fala ainda de situações intermediárias, em que o nexo de imputação transcenderia “à pura subjetividade da culpa e não se compraz com a só objetividade do risco”. O nexo estaria estabelecido na contrariedade objetiva ao direito, citando como exemplos a responsabilidade por dano do animal (CC, art. 936), pela ruína de edifício (art. 937), e por objetos lançados (art. 938). Falar-se-ia aí em *transsubjetividade na responsabilidade civil*.⁹

Nos casos de imputação objetiva, haverá responsabilidade mesmo pelos atos omissivos e pelos fatos *stricto sensu*, “bastando para as primeiras que o responsável devesse ter agido, sem importarem as razões da não-atuação, e bastando para os segundos que tenham acontecido dentro da esfera jurídica sob controle do responsável” (Noronha, 2003, p. 473).

Nos casos de *mora a culpa* é irrelevante, pois se dá pelo só inadimplemento, em seu termo, de obrigação líquida (CC, art. 397), posto que não ocorra se não há fato ou omissão imputável ao devedor (CC, art. 396); note-se que nesta hipótese não se fala em *ausência de culpa do devedor*, mas em *inimputabilidade do fato ao devedor*, “relacionado a ato do credor ou a caso fortuito ou força maior” (Marcos Bernardes de Mello, 2003, p. 245).

9. “Afora os casos de transsubjetividade, há, como exemplo de ato ilícito sem culpa, as espécies de ilícito contra a posse, como no esbulho e na turbação. Se o que praticou o esbulho ou a turbação o fez sem saber que estava esbulhando ou turbando a posse de outrem (por exemplo: pensando que estava dentro dos limites de sua propriedade derrubou mata do vizinho) não importa, porque a culpa nessas espécies de ilícito é irrelevante” (Marcos Bernardes de Mello, 2003, p. 242).

4. CONCLUSÕES

A culpa moral não é requisito da responsabilidade jurídica (cf. Teixeira de Freitas, 1876, p. 511, art. 854 e nota 2; M. I. Carvalho de Mendonça, 1908, p. 660), ao contrário do que ocorria no direito reinícola (nas Ordenações Filipinas, p. ex.), onde o *pecado* era frequentemente referenciado, por influência do Direito Canônico expurgada pela Lei de 18.08.1769, §12, que ordenou se houvesse “por não escripta a suposição de pecado” como motivo das leis.

Pouco importa, assim, se a pessoa a quem foi imputada responsabilidade jurídica em decorrência de uma conduta culposa sinte-se, ou não culpada, ou mesmo que seja vista ou não como culpada de acordo com os padrões morais.

Não se pode negar que a moral coletiva, importante fator na construção do super ego, e, via de conseqüência, no sentimento de culpa, frequentemente é colocado como fator causal no surgimento de direitos e obrigações. Por outro lado, ao juridicizar-se torna irrelevante, para o Direito, o seu aspecto extrajurídico.

Não obstante, a responsabilização levada a cabo, ao expiar a culpa jurídica, traz consigo o potencial de trabalhar como fator na expiação da culpa psicológica que pode ter afligido o autor. Pagando-se o débito jurídico, seria também possível pagar o débito para com o super ego.

5. BIBLIOGRAFIA

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 9ª ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro, Editora Paulo de Azevedo, 1957.

CAVALIERI F.º, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960. 2v.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. VII*. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2003. 2v.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª ed. atual. por Humberto Theodoro Jr.. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 2ª tir. São Paulo, RT, 1998.

_____. Abuso de direito. In: *Revista forense*, n. 166. Rio de Janeiro: Forense, jul-ago/1956. p. 25-51.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2006.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Ed. fac-similar trad. por José Hygino Duarte Pereira, Brasília: Senado Federal, 2006. 2v.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Recueil Sirey, 1931. 3v.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática da obrigações*. 4ª ed. aum. e atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

NIETZSCHE, Friedrich W. *Genealogia da moral*. São Paulo: Cia. das letras, 2009.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

O’NEIL, Arthur Charles. “Sin.” The Catholic Encyclopedia. Vol. 14. New York: Robert Appleton Company, 1912.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Instituições de direito civil*, vol. III. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Instituições de direito civil*, vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Responsabilidade civil*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. *Curso de direito civil, vol. IV*. 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 1987.

_____. *Curso de direito civil, vol. IV*. 15ª ed. atual. São Paulo, Saraiva, 1997.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil*. 4ª ed., São Paulo: RT, 1999.

STRICKLAND, Bonnie R. *Encyclopedia of Psychology*. 2a. ed., [s.l.]: Gale Group, 2001.

HELICIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

Juiz Titular da 76ª. Vara do Trabalho de São Paulo
Mestre e Doutor em Direito Trabalho pela USP
Professor Universitário

JOSÉ LUIZ PEREIRA DA SILVA

Mestre em Linguística pela PUCCAMP
Professor Universitário

A LINGUAGEM JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA

RESUMO

A comunicação é importante instrumento de pacificação social. O Poder Judiciário, que tem por função distribuir a justiça para a solução dos conflitos, deve valer-se da linguagem jurídica para sua efetivação. Não atende a esses propósitos a linguagem rebuscada e de difícil compreensão. O grande desafio para o magistrado é dirigir-se aos jurisdicionados com clareza, mas sem deixar de utilizar termos técnicos próprios do direito. Desta forma, no presente estudo, pretende-se mostrar a importância da objetividade na comunicação, especialmente para a efetividade da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Direito; Justiça; Linguagem; Jurídica; Clareza.

INTRODUÇÃO

A atividade jurisdicional tem por função primordial a pacificação dos conflitos para a efetivação da justiça social. Nesse propósito, é relevante a correta comunicação entre os sujeitos da relação jurídica processual, para que a própria controvérsia de fundo, e não apenas o processo, seja resolvida eficazmente.

O relacionamento interpessoal passa necessariamente pela comunicação. Os diversos ramos do saber humano dependem da linguagem como ferramenta de trabalho. As ciências jurídicas, em particular, utilizam a comunicação formal como instrumento de aplicação de seus institutos.

A solução do conflito somente será obtida com sucesso se os sujeitos do processo souberem comunicar-se corretamente. A comunicação objetiva e ética gerará campo propício para a melhor das formas de se resolver as controvérsias, que é a conciliada. Caso não seja obtida a conciliação, que depende notadamente da disposição das partes de concederem reciprocamente seus direitos, mediante autêntica transação, a fluidez da linguagem utilizada no processo permitirá a imposição de solução mais justa e próxima da realidade.

O propósito do presente estudo é mostrar a importância de se conjugar os dois mencionados elementos do saber humano: a linguagem e o direito. Para a aplicação deste último, é necessário que o profissional tenha domínio da linguagem formal, que é tanto a escrita quanto a falada.

A linguagem técnica tem sua importância como diferencial da ciência jurídica, mas atenderá a seus propósitos se não se distanciar demasiadamente da comunicação natural e cotidiana dos cidadãos.

2. A IMPORTÂNCIA DA COMUNICAÇÃO

Os antigos romanos costumavam usar uma frase primorosa: *verba volant, scripta manent*, ressaltando a perenidade da escrita em oposição à volatilidade da fala.

Considera-se a escrita um conjunto de símbolos criados pelo homem, que permite a transmissão de conteúdos sem contato físico entre o emissor e o receptor em espaço e tempo praticamente ilimitados (MARCUSCHI, 2007).

A invenção da escrita permitiu ao homem coletar a experiência e o conhecimento de seus ancestrais, para se aprofundar nos bosques resplandecentes da sabedoria humana. Graças à escrita, as gerações que se sucederam puderam abeberar-se nas múltiplas áreas do conhecimento, inclusive o literário de tantos séculos. Assim, tiveram a grata oportunidade de extasiar-se com as impressionantes imagens de Dante, refletir sobre a fragilidade humana com as tragédias de Shakespeare, emocionar-se com o lirismo dos sonetos de Camões e chegar à modernidade com os ícones da literatura universal: Edgar Allan Poe, Chateaubriand, Goethe, Machado de Assis, Fernando Pessoa e outros.

Sob esse magnífico monumento literário universal, como seu alicerce perene, subjaz o propósito comum a todos os mortais: a comunicação interpessoal. Pode ser entendida como processo de transferência de informações e sentimentos, desejos e sonhos, que integra duas ou mais pessoas.

A comunicação humana apresenta duas grandes vertentes: a não-verbal e a verbal. A primeira é a que não utiliza palavras, pois abrange a chamada expressão corporal, por meio de gestos e postura física, sobretudo a facial. Engloba também cores e formas (sinais de trânsito e placas de sinalização, por exemplo), assim como sons (campanhas, sirenes e outros sinais sonoros). Todas as modalidades mencionadas têm intenção comunicativa (ABREU, 2004).

A comunicação verbal realiza-se pela interação entre os seres humanos por meio da palavra falada ou escrita. A comunicação oral é mais abrangente e ocupa a maior parte do tempo nos relacionamentos interpessoais. O indivíduo vive permanentemente submerso em universo sonoro, pois desde o despertar conversa com os familiares, ouve notícias ou músicas no rádio do carro, interage com os colegas de trabalho, atende clientes, chefes e subordinados. Ao fim do expediente, volta para casa e ouve os acontecimentos do dia por inter-

médio dos mesmos familiares. Mais tarde, senta-se em frente ao televisor ou ao computador e acompanha as notícias, as novelas e os filmes. Exausto e sonolento, arrasta seu pobre corpo para o quarto, repousa e sonha, fazendo-o também por meio de palavras. Esse ciclo repete-se até o fim dos dias.

Quando se sente impulso ou necessidade de comunicação, quase sempre se utiliza da fala, mais imediata e de resposta rápida. Em outras ocasiões, caracterizadas pelo formalismo, emprega-se a escrita, notadamente quando o indivíduo dirige-se a determinadas pessoas ou instituições. Normalmente, nesses casos, há nível de impessoalidade, pelas próprias características da mensagem, caso das relações empresariais ou no campo jurídico.

No desenvolvimento humano, a fala precede a escrita. A criança adquire a expressão oral em casa, inicialmente com os pais e outras pessoas da família e, mais tarde, no início da socialização, com os amigos e colegas da vizinhança.

Depois de já ter relativo domínio da linguagem oral, a criança é enviada à escola para aprender outro sistema comunicativo: a escrita. Podem ocorrer, nesse período, alguns choques entre o sistema sonoro e o sistema gráfico, mas o aprendiz supera as dificuldades aos poucos e, ao final de curto lapso de tempo, a criança está alfabetizada.

A evolução ocorre, na maioria dos casos, porque a motivação do pequeno ser humano é grande para o aprendizado da escrita e vários são os fatores, entre os quais a imitação dos irmãos mais velhos e a aprovação e elogio dos familiares, já que o domínio da escrita confere certo *status* social. Na sociedade ocidental, o sujeito que não tem domínio da escrita é desprezado pelos semelhantes e tem poucas chances de sucesso no mercado de trabalho. Ser chamado de analfabeto é considerado humilhante e carrega pesado estigma social.

Outra distinção marcante entre os dois sistemas comunicativos é que a fala sempre envolve um ou vários interlocutores, o que permite ao emissor maior controle do discurso, inclusive para proceder a repetições, correções e indagações ao ouvinte, que permitam o entendimento do texto falado. Questionamentos como ‘está claro?’ e ‘você entendeu?’ permitem ao emissor da fala, em caso de resposta negativa, reconstruir seu discurso e reformular conceitos, para que a mensagem seja claramente compreendida pelo interlocutor. Em suma, o emissor da mensagem falada tem controle imediato do discurso, podendo fazer as alterações necessárias ao perfeito entendimento pelo ouvinte (ABREU, 2004).

A comunicação escrita, na qual quase sempre o destinatário da mensagem está ausente, exige maior cuidado na elaboração. O escritor deve preocupar-se em não levar o leitor a erros ou ao mau entendimento da mensagem, pois não é possível reformular o texto e a incorreta compreensão da notícia pode gerar prejuízos para ambos. Se no âmbito empresarial, a incorreta compreensão da mensagem pode ocasionar perdas financeiras, no campo jurídico os transtornos podem ser ainda maiores, inclusive com perda de liberdade ou de bom conceito social de um cidadão inocente.

Os termos ‘texto’ e ‘discurso’ têm significados distintos, embora sejam usados muitas vezes como sinônimos. O vocábulo texto é proveniente do latim *textus*, vinculado ao verbo

texere, com o sentido de tecer, enlaçar, entrelaçar, lembrando o trabalho do tecelão que une os fios para obter um tecido único. Assim também o autor do texto tece as idéias, enlaça as palavras e constrói um enunciado (oral ou escrito) capaz de transmitir uma mensagem. Constitui-se um todo significativo com intenção comunicativa, colocando-se o emissor em contato com o receptor da mensagem.

Para muitos linguistas, a palavra discurso (do latim *discursus, us*, ação de correr para diversas partes, tomar várias direções, conversação) é sinônimo de fala e se refere à língua em ação, da forma como é realizada pelo falante. Segundo Aurélio (1999, p. 690), “discurso é qualquer manifestação concreta da língua”. Houaiss (1993, p. 279) registra como discurso “enunciado oral ou escrito que supõe, numa situação de comunicação, um emissor e um receptor”.

Pode-se observar a evolução da escrita literária pelos séculos, como reflexo do espírito de cada época. Tome-se, por exemplo, fragmento do Sermão da Sexagésima, de Padre Antonio Vieira (1965, p. 137), pregado na Capela Real, em Lisboa, no ano de 1655, que espelha bem as características do Barroco lusitano e brasileiro:

[...] Fazer pouco fruto a palavra de Deus no Mundo, pode proceder de um de três princípios: ou da parte do pregador, ou da parte do ouvinte, ou da parte de Deus. Para uma alma se converter por meio de um sermão, há de haver três concursos: há de concorrer o pregador com a doutrina, persuadindo; há de concorrer o ouvinte com o entendimento, percebendo; há de concorrer Deus com a graça, alumando. Para um homem se ver a si mesmo, são necessárias três coisas: olhos, espelho e luz. Se tem espelho e é cego, não se pode ver por falta de olhos; se tem espelho e olhos, e é de noite, não se pode ver por falta de luz. Logo, há mister espelho, há mister luz e há mister olhos. Que coisa é a conversão de uma alma, senão entrar um homem dentro em si e ver-se a si mesmo? Para esta vista são necessários olhos, é necessária luz e é necessário espelho. O pregador concorre com o espelho, que é a doutrina; Deus concorre com a luz, que é a graça; o homem concorre com os olhos, que é o conhecimento. Ora suposto que a conversão das almas por meio da pregação depende destes três concursos: de Deus, do pregador e do ouvinte, por qual deles devemos entender que falta? Por parte do ouvinte, ou por parte do pregador, ou por parte de Deus? [...]

O Sermão da Sexagésima discorre, em dez partes, sobre a arte de pregar. Vieira (1965) usa de metáfora, ao sustentar que pregar é como semear. Ao traçar paralelos com a parábola bíblica do semeador, Vieira (1965) critica o estilo de outros pregadores contemporâneos, considerando que pregavam mal, pois o faziam sobre vários assuntos ao mesmo tempo, de modo difuso, fragmentado e sem objetivo claro e definido, o gerava confusão aos ouvintes (AMORA, 2000).

Dois séculos mais tarde, no Romantismo, José de Alencar publicou romance de sucesso intitulado ‘Senhora’, especificamente em 1875. A linguagem já era outra, com extensas e elaboradas descrições, mas ao alcance dos leitores da época.

Segue o excerto de Alencar (1875, p. 13):

[...] Havia no aposento uma cômoda de cedro que também servia de toucador, um armário de vinhático, uma mesa de escrever, e finalmente a marquesa, de ferro, como o lavatório, e vestida de mosquiteiro verde. Tudo isso, se tinha o mesmo ar de velhice dos móveis da sala, era como aqueles cuidadosamente limpo e espanjado, respirando o mais escrupuloso asseio. Não se via uma teia de aranha na parede, nem sinal de poeira nos trastes. O soalho mostrava aqui e ali fendas na madeira, mas uma nódoa sequer não manchava as tábuas areadas. Outra singularidade apresentava essa parte da habitação: era o frisante contraste que faziam com a pobreza carrançã dos dois aposentos certos objetos, aí colocados, e de uso do morador. [...]

Trata-se de típico romance urbano cujo tema é o casamento burguês entre Aurélia Camargo e Fernando Seixas, baseado em interesses financeiros em detrimento do verdadeiro amor de dois jovens. O conflito amoroso nasce do choque entre sentimentos pessoais e interesses econômicos. A descrição minuciosa de pessoas e locais é um dos pontos fortes de Alencar (1875) e marca o estilo literário do período, como se observa pelo fragmento acima transcrito.

Tomando-se agora o texto literário contemporâneo, fica clara a evolução da linguagem e a adequação ao momento e ao leitor. Observe-se o trecho de 'O Cobrador', premiado conto de Rubem Fonseca (2005, p. 285), com cenas cruas e fortes, em linguagem nervosa e sem preocupações sintáticas:

[...] Hoje é dia 24 de dezembro, dia do Baile do Natal ou Primeiro Grito de Carnaval. Ana Palindrômica saiu de casa e está morando comigo. Meu ódio agora é diferente. Tenho uma missão. Sempre tive uma missão e não sabia. Agora sei. Ana me ajudou a ver. (...) Ana me ensinou a usar explosivos e acho que já estou preparado para essa mudança de escala. Matar um por um é coisa mística e disso eu me libertei. No Baile de Natal mataremos convencionalmente os que pudermos. Será meu último gesto romântico inconsequente. Escolhemos para iniciar a nova fase os compristas nojentos de um supermercado na Zona Sul. Serão mortos por uma bomba de alto poder explosivo. Adeus, popular (SOUZA meu facão, adeus, meu punhal, meu rifle, meu Colt Cobra, adeus, minha Magnum, hoje será o último dia em que vocês serão usados. [...])

Um dos temas recorrentes em Fonseca (2005) é a violência urbana no Rio de Janeiro, tão presente na atualidade. Seus personagens são perversos e frios, sejam eles originários das camadas superiores da sociedade ou do submundo da cidade grande. É capaz de escrever com realismo sobre marginais e executivos, ou seja, os que vivem à margem do sistema e os que compõem seu núcleo privilegiado. A trama ocorre no período dos governos militares e o personagem central, um psicopata, envolve-se com uma revolucionária que o doutrina, para que cobre da sociedade tudo o que imagina ter direito.

A linguagem realista e forte do autor consegue prender o leitor (MARTINEZ, 2004).

A síntese acima mostra que a linguagem literária evolui e se transforma no decorrer do tempo. Por que, ao contrário do que ocorre com a linguagem literária, a jurídica permanece imutável, cristalizada e, na maior parte dos casos, incompreensível aos leigos que recorrem ao Poder Judiciário? Qual é o motivo de se insistir em linguajar hermético, acessível somente aos iniciados em prolixa arte? Não é possível, e até mesmo necessário, torná-la inteligível para todos os interessados?

3. A NECESSIDADE DE CLAREZA NA LINGUAGEM JURÍDICA

Como importante ferramenta da comunicação, a linguagem deve ser clara e direta, para que o receptor entenda por completo a mensagem emitida. No campo jurídico, a linguagem assume importância crucial. Tanto sob a forma verbal como sob a forma escrita, é utilizada nos fóruns para a apresentação do pedido de tutela jurisdicional (petição inicial) e de sua contraposição (contestação), para a tomada de depoimentos e de testemunhos, para a prolação de sentenças, entre outros atos jurídicos.

O operador do direito muitas vezes é tentado a utilizar uma linguagem rebuscada, como forma de mostrar erudição. Neste particular, o uso exagerado do latim serve como exemplo, ocorrendo situações nas quais o emitente da mensagem não tem domínio daquela complexa língua, que tem diferentes declinações ou desinências (como nominativo, acusativo e ablativo, por exemplo), e a utiliza de forma equivocada. O efeito desta prática, no entanto, é exatamente oposto ao pretendido, pois o postulante não consegue mostrar o que pretende ou o julgador não se faz compreender pelo jurisdicionado, não resolvendo satisfatoriamente e de modo eficaz o litígio.

O direito, como outros ramos das ciências, tem linguajar próprio, com termos técnicos que são acessíveis apenas àqueles que têm formação jurídica. O emprego do latim, como já lembrado, não é incomum nas manifestações jurídicas, devido à intrínseca relação entre o direito brasileiro e o direito romano (tradição romano-germânica). Há até mesmo o uso corriqueiro de expressões latinas pelo legislador, como *habeas corpus* e *habeas data*, já arraigadas ao linguajar forense, como se verifica, entre outros preceitos de lei, no artigo 5º, LXVIII e LXIX, da Constituição Federal de 1988¹.

Não se quer sustentar o abandono completo destas ferramentas próprias do direito, mas sim que se tenha um cuidado especial ao utilizá-las, sob pena de se comprometer a exata compreensão da mensagem pelo destinatário, o jurisdicionado.

Notadamente no processo do trabalho, em que se permite

1. Artigo 5o. da Constituição de 1988: LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; LXXII - conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

que a própria parte postule sem a assistência de advogado, conforme artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, o uso de linguagem simplificada é essencial². O preceito ora mencionado ainda está em vigor, segundo as Súmulas 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho.

A apresentação de petição inicial prolixa, repleta de citações jurisprudenciais e doutrinárias que a tornem demasiadamente extensa, dificulta a elaboração da defesa, a instrução do feito com a colheita de provas e a entrega da prestação jurisdicional pelo julgador. Nessas situações, é recomendável que se determine ao litigante que emende a petição inicial, nos termos do artigo 321 do Código de Processo Civil, de supletiva aplicação ao processo do trabalho, com a expressa cominação de extinção sumária do feito³. O processo que começa defeituoso, com vícios graves na peça inicial, tende a não atingir satisfatoriamente os propósitos, gerando perda de tempo e de dinheiro para as partes e para o Poder Judiciário (Estado).

O artigo 840 da Consolidação das Leis do Trabalho prescreve, em seu parágrafo primeiro, que a petição inicial deve conter, entre outros elementos, breve menção dos fatos dos quais decorre a controvérsia⁴. Nada mais é que a causa de pedir do artigo 319 do Código de Processo Civil, mas ganha expressão por sua simplicidade. O pedido deve ser apresentado em conjunto com a narração direta e objetiva dos fatos e de suas consequências jurídicas, sendo desnecessária, contudo, a indicação do preceito de lei que embasa a pretensão (fundamentação legal).

Importa para o julgador conhecer os dados essenciais do contrato de trabalho, como datas de admissão e de dispensa, função, salário, horário de trabalho se o pedido for de horas extraordinárias, e nome do paradigma se o pleito é de equiparação salarial, exemplificativamente. Essas informações podem constar de três a cinco laudas da petição. Há caso, no entanto, de apresentação de petições iniciais excessivamente longas, que deixam de destacar, em meio a emaranhado de desnecessárias informações, os dados mais importantes para a solução do litígio.

O mesmo vale para a redação da contestação. Sua elaboração precisa respeitar o princípio da impugnação especificada dos fatos, pelo qual os fatos narrados na peça inicial devem receber direta impugnação, conforme artigo 341 do Código

2. Artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho: Os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

3. Artigo 321 do Código de Processo Civil: O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos artigos 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

4. Artigo 840 da Consolidação das Leis do Trabalho: A reclamação poderá ser escrita ou verbal. § 1º - Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

de Processo Civil, para que não sejam tidos por verdadeiros⁵. Também deve observar o princípio da eventualidade, segundo o qual as linhas de defesa precisam ser apresentadas em uma única assentada, sob pena de perda da oportunidade de levantá-las, com a chamada preclusão consumativa. Contestações gigantescas deixam de atribuir o devido destaque a aspectos importantes da defesa, quando não deixam até mesmo de suscitá-los.

Os litigantes devem primar pela objetividade e pela clareza em suas petições. O julgador igualmente precisa ser direto e cristalino na redação da sentença, para que os jurisdicionados consigam compreender o comando jurisdicional e não precisem opor embargos de declaração para sanar omissões, obscuridades ou contradições na decisão, o que é permitido pelo artigo 1035 do Código de Processo Civil⁶. É preciso, entre outros cuidados, evitar a "homonímia, a polissemia, a sinonímia, os usos inadequados dos termos e ou expressões, antinomia, estrangeirismos, a flexão de alguns verbos e o emprego do adjetivo no grau superlativo" (NASCIMENTO, 2007, p. 154).

As peças processuais não devem ter conteúdo e extensão de trabalhos acadêmicos (monografias de graduação, dissertações de mestrado ou teses de doutorado). Não são instrumentos para demonstração de cultura jurídica pelos advogados ou pelo magistrado. A vaidade deve ser evitada, para que se alcance o propósito principal do processo (relação jurídica processual e procedimento), que é a pacificação do conflito com justiça.

Nunca é demais lembrar que o respeito e a ética nas manifestações processuais são regras basilares. Precedem ao campo jurídico, pois devem permear a todas as relações humanas, e seria até mesmo desnecessário que a legislação destinasse regra específica de sanção se estas regras fossem observadas por todos, o que lamentavelmente deixa de ocorrer em algumas situações, que clamam pela aplicação do artigo 78 do Código de Processo Civil⁷.

5. Artigo 341 do Código de Processo Civil: Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considera da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

6. Artigo 1022 do Código de Processo Civil: Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no artigo 489, § 1º.

7. Artigo 78 do Código de Processo Civil: É vedado às partes, a seus procuradores, aos juizes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados. § 1º Quando

A clareza da comunicação jurídica tem relevância também no aspecto verbal. Os procedimentos caminham para a oralidade, sobretudo com o advento da digitalização dos processos (processo judicial eletrônico), demandando o uso de fala simples e acessível aos cidadãos. No processo do trabalho, a influência do princípio da oralidade já é tradicional e se faz ainda mais marcante, a ponto da legislação específica prever que a contestação deve ser apresentada oralmente em audiência, em vinte minutos, assim como as razões finais, estas em dez minutos para cada um dos litigantes (artigos 847 e 850 da Consolidação das Leis do Trabalho)⁸.

Ao interrogar as partes e as testemunhas, o juiz precisa ter o cuidado de se fazer entender e de determinar que se registre em termo de audiência a resposta que foi proferida com exatidão. Este é o motivo pelo qual o artigo 820 da Consolidação das Leis do Trabalho é regra peculiar do processo do trabalho, que dispõe que as perguntas dos advogados não serão formuladas diretamente aos interrogandos, exatamente para que o magistrado, além de verificar sua pertinência, traduza a linguagem jurídica para o leigo⁹. Cabe ao juiz indeferir as perguntas que busquem induzir o depoimento ou constranger a parte contrária ou a testemunha. Ilustrativa de oitiva de testemunhas é a transcrição a seguir, de passagem narrada por professor de direito da UFMG, ocorrida em júri popular (SOUZA, 2006, p. 83-84):

[...] Desejando que a testemunha informasse se o tiro foi dado durante a luta da vítima com o réu, o advogado perguntou assim: "O tiro foi antes, no meio ou depois da refrega?" A testemunha engolia em seco, mostrava-se inibida, ficou vermelha, mas não respondia. Indagada se entendera a pergunta, e instada (cuidado!) a responder, explicou: "Não foi antes nem depois; foi entre a refrega e o umbigo". Uma gargalhada geral ecoou no salão. O pior foi que a sessão teve de ser encerrada antes do julgamento. Porque, tudo já acalmado, quando menos se esperava, quando parecia que

expressões ou condutas ofensivas forem manifestadas oral ou presencialmente, o juiz advertirá o ofensor de que não as deve usar ou repetir, sob pena de lhe ser cassada a palavra. § 2º De ofício ou a requerimento do ofendido, o juiz determinará que as expressões ofensivas sejam riscadas e, a requerimento do ofendido, determinará a expedição de certidão com inteiro teor das expressões ofensivas e a colocará à disposição da parte interessada.

8. Artigo 847 da Consolidação das Leis do Trabalho: 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. Parágrafo único: A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência.

Artigo 850 da Consolidação das Leis do Trabalho: Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

9. Artigo 820 da Consolidação das Leis do Trabalho: As partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos juízes classistas, das partes, seus representantes ou advogados.

tudo corria normalmente, alguém iniciava uma risadinha, que acabava contagiando todo o auditório. [...]

Em outras palavras, falar ou escrever de forma rebuscada não demonstra erudição. Referido modo de trabalhar, em algumas circunstâncias, chega a ferir a ortografia, mediante a criação de termos que não existem na língua portuguesa e que acabam por se enraizar no vocabulário forense pelo uso repetido. As seguintes expressões: fáticas, instrutórias, improvido (com o sentido de desprovido), atermar (como sinônimo de tomar por termo e não de marcar prazo) e fundiário (para designar conta do fundo de garantia do tempo de serviço ao invés de agrário) são exemplos dessa assertiva.

O artigo 192 do Código de Processo Civil impõe o uso da língua portuguesa em todos os atos e termos processuais¹⁰. É a ferramenta básica para o trabalho do profissional do direito, assim como ocorre em outros ramos de atividade brasileiros. Conhecer a língua, além de escrevê-la corretamente e de forma simplificada, são requisitos essenciais para a atuação com êxito na área jurídica. Não basta conhecer a lei e a jurisprudência, mas é preciso dominar a língua nacional, para que se consiga reproduzir com fidelidade e presteza as pretensões do cliente na linguagem escrita, por meio de petições, e nas falas em audiências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De que vale a sentença rebuscada, excessivamente extensa e repleta de termos jurídicos de difícil compreensão para o leigo? Poderá ter força de título executivo judicial, mas não será tão clara, prática e eficaz quanto outra que utilize uma linguagem mais simplificada e acessível ao jurisdicionado na entrega da prestação jurisdicional.

A começar pelo tempo destinado para sua redação pelo magistrado. Sentenças muito extensas demandam mais gastos públicos, com maior tempo de digitação. Também desafiam com mais frequência a oposição de embargos de declaração pelas partes, porque ficam mais sujeitas a apresentar pontos obscuros ou contraditórios.

Costuma-se reputar a sentença sucinta de lacunosa. Não é necessariamente assim, pois uma sentença direta e objetiva consegue enfrentar mais facilmente os principais pontos do litígio com a motivação sintética dos posicionamentos adotados para sua solução, facilitando a compreensão de seus termos pelos advogados e por seus clientes.

Além de objetiva, a sentença deve ser eficaz. O destinatário do comando jurisdicional precisa compreender seu significado sem maiores dificuldades, para saber quais foram os motivos pelos quais venceu ou perdeu a causa. Essa compreensão é essencial para o cumprimento da decisão judicial ou

10. Artigo 192 do Código de Processo Civil: Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa. Parágrafo único: O documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado em versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado.

para o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, com a interposição de recurso para sua revisão pelo Tribunal.

A sentença é o meio de expressão pelo juiz da decisão dada ao dissídio. Somente conseguirá proferi-la com presteza, por outro lado, se as partes apresentarem claramente suas pretensões. Tanto o autor, com a petição inicial que contenha breve exposição dos fatos a serem apreciados pelo magistrado, como o demandado, com a apresentação de defesa específica e direta, contribuirão para a rápida prestação jurisdicional.

A comunicação aparece, neste cenário, como importante instrumento de distribuição de justiça. A clareza de propósitos, somada à disposição em resolver o conflito consensualmente, resultará na melhor das formas de solução dos dissídios: a negociada. Ainda que não se obtenha a conciliação, a clareza de propósitos permitirá a melhor compreensão pelo julgador das teses e dos argumentos apresentados pelas partes litigantes.

O direito não perderá sua importância ao se tornar mais acessível ao leigo. Assim como a linguagem literária, que evoluiu com a sociedade, a comunicação forense deve buscar a efetividade entre os jurisdicionados, pois, como o processo, é mero instrumento de distribuição da justiça na busca da pacificação social.

REFERÊNCIAS

ABREU, A. S. **Curso de redação**. 12a. ed. São Paulo: Ática, 2004.

ALENCAR, J. de. **Senhora**. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000011.pdf

AMORA, A. S. **Sermões**: problemas sociais e políticos do Brasil. São Paulo: Cultrix, 2000.

BATISTA, L. H. de O. Obscuridade na linguagem jurídica. **Direito em ação**. Brasília, V. 5, n. 1, p. 121-25, jun. 2004.

BITTAR, E. C. B. **Linguagem jurídica**. 4ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **CLT, CPC, Legislação Previdenciária e Constituição Federal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 4a. edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMILLO, C. E. N. Os vícios da linguagem jurídica. **FMU Direito**. São Paulo, n. 22, p. 199-217, 2000.

CAMPESTRINI, H. A linguagem jurídica e pós-modernidade. **Revista da Emeron**. Porto Velho, n. 2, p. 53-68, 1997.

FERREIRA, A. B. H. **Novo Aurélio século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, F. **Padre Antônio Vieira**: algumas questões sobre o Sermão da Sexagésima. Disponível em http://www.vidas-lusofonas.pt/padre_antonio_vieira.htm.

FONSECA, R. **64 contos**. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GARCEZ, R. da B. M. Lógica jurídica, linguagem jurídica e metodologia científica: instrumentos básicos da formação jurídica - fronteiras e conexões. **Revista do curso de direito da FACAMP**. Campo Limpo Paulista, v. 1, p. 93-104, 2003.

HENRIQUES, A. **Prática da linguagem jurídica**: solução de dificuldades, expressões latinas. 5ª. edição, São Paulo: Atlas, 2008. 226 p.

HOUAISS, A. **Houaiss**: enciclopédia e dicionário ilustrado. Rio de Janeiro: Delta, 1993.

MARCUSCHI, L. A. **Da fala para a escrita**. 5a. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

MARTINEZ, T. E. **A sinfonia do mal**: introdução a 64 contos de Rubem Fonseca. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

NASCIMENTO, M. G. Linguagem jurídica. **Labor e justitia - Revista do TRT da 17ª. Região**. Vitória, n. 4, p. 153-59, jan./dez. 2007.

PETRI, M. J. C. **Linguagem jurídica**. São Paulo: Plêiade, 1998.

SOUZA, J. B. de. **Linguagem jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, n. 16, p. 83-84, jan./jun. 2006.

VIEIRA, A. **Sermões escolhidos**. V. 2, São Paulo: Edameris, 1965.

FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA

Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região
 Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie
 Pós-Graduado em Direito Constitucional pela PUC/SP
 Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela FADISP
 Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP
 Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região - AMATRA-2, biênio 2016/2018
 Professor do Curso CETRAB (Centro de Ensino Trabalhista)

LEI 13.467/2017 E OS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DAS NOVAS FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

LAW 13.467 / 2017 AND THE CONTROVERSY ASPECTS OF THE NEW FORMS OF EXTINCTION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

AREA DO DIREITO: Constitucional e do Trabalho.

RESUMO: O presente artigo analisará as alterações promovidas pela Lei n.º 13.467/2017 atinentes às extinções do contrato de emprego, diversas alterações realizadas à forma e aos procedimentos para rescisão contratual, com observância aos princípios constitucionais e diretrizes estabelecidas na legislação celetista.

PALAVRAS CHAVES: Direito Constitucional - Legislação do Trabalho – Renúncia e Transação – Novas Modalidades de Extinção do Contrato de Emprego. Lei n.º 13.467/2017.

ABSTRACT: This article will analyze the changes promoted by Law no. 13467/2017 regarding terminations of the employment contract, various changes made to the form and procedures for contractual termination, observing the constitutional principles and guidelines established in the legislation.

KEYWORDS: Constitutional Law - Labor Legislation - Waiver and Transaction - New Modalities for Termination of the Employment Contract. Law n.º 13467/2017.

SÚMARIO: 1. Introdução – 2. Renúncia e Transação – 3. Artigo 477 da CLT. Homologação. Pagamento – 4. Programa de Demissão Voluntária (PDV) – 5. Arbitragem – 6. Quitação Anual – 7. Homologação de Acordo Extrajudicial – 8. Nova Modalidade de Justa Causa – 9. Extinção do Contrato de Emprego por Acordo entre as Partes - 10. Considerações finais – 11. Bibliografia.

1 - INTRODUÇÃO

A Justiça do Trabalho, especialmente em momento de crise, é o instrumento civilizatório que garante o equilíbrio das relações de trabalho.

Lembramos que, ao longo de sua existência, ocorreu o crescimento da industrialização e o conseqüente aumento dos conflitos decorrentes da relação capital x trabalho, passando, ainda, por várias crises sociais e econômicas. Apesar de todos esses acontecimentos, a Justiça do Trabalho

sempre teve a sua atuação inabalável na solução dos dissídios individuais e coletivos do trabalho.

Desse modo, a Lei n.º 13.467/2017 deve ser inserida no sistema jurídico trabalhista vigente observando-se as regras e princípios, bem como compatibilidade e constitucionalidade, do sistema como um todo, especialmente Constituição Federal e a própria Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que não admitem transgressão, respeitando o ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

A Lei n.º 13.467/2017 tramitou em tempo recorde. Iniciou-se com 11 (onze) artigos e se transformou em poucos meses para promover a alteração de mais de 200 (duzentas) disposições na CLT, ocasionando enormes modificações na estrutura do Direito e Processo do Trabalho, rompendo com a história e principiologia da legislação processual trabalhista e normas constitucionais.

Nenhuma norma deve ser interpretada de modo a diminuir o patamar civilizatório mínimo já garantido a todos os cidadãos no que tange aos direitos fundamentais e proteção da dignidade humana.

Por todos esses efeitos, o presente estudo visa apontar as principais mudanças trazidas pela Lei n.º 13.467/2017 atinentes às modalidades e procedimentos de extinção do contrato de emprego.

2 – RENÚNCIA E TRANSAÇÃO

Em razão dos Princípios da Irrenunciabilidade e da Indisponibilidade que vigoram no Direito do Trabalho, há restrição da autonomia da vontade, limitando a possibilidade de negociação de direitos entre empregado e empregador.

No entanto, a negociação coletiva (com participação do sindicato), permite ampla possibilidade de transação, inclusive redução de direitos dos trabalhadores.

Com efeito, **Renúncia** é o ato unilateral sobre direito certo e atual. Em regra, não é válido no Direito do Trabalho (artigo 9º, CLT). São raros os casos de renúncia. Exemplo: dirigente sindical que pede transferência para outra cidade, perdendo o direito à estabilidade (art. 543 da CLT). Por fim, a Jurisprudência prevê a possibilidade de o empregado renunciar ao aviso prévio, se comprovar já ter outro emprego (Súmula 276 do TST).

Via de regra, os direitos trabalhistas na vigência do contrato de trabalho, são irrenunciáveis, muito em função da subordinação do empregado, leia-se, subordinação jurídica, em face do empregador. Destarte, mesmo na hipótese de o ato ser bilateral (**transação** - comum acordo entre as partes), se houver prejuízo ao empregado, a nulidade deve imediatamente imperar, posto que o empregado não pode renunciar/transacionar aos direitos e vantagens assegurados em lei com efeitos prejudiciais, sob pena de nulidade.

Dessa forma, a transação – recai sobre direito duvidoso e requer um ato bilateral das partes, concessões recíprocas. Na transação há direitos disponíveis, cujos interesses são meramente particulares. A única possibilidade de transação individual (empregado X empregador) extrajudicial está prevista na CCP (Comissão de Conciliação Prévia - artigo 625-E, CLT). Com o advento da Lei n.º 13.467/2017 restou incluída a homologação extrajudicial e a Arbitragem.

Portanto, a limitação implantada pelo Princípio da Irrenunciabilidade ou Indisponibilidade dos direitos trabalhistas, limita a autonomia da vontade. Logo a disponibilidade desses direitos pelos trabalhadores durante o contrato de emprego sofre limitações, pois não seria congruente que o legislador garantisse ao empregado, direitos mínimos e posteriormente concedesse ao seu bom alvitre, ou mesmo à vontade do empregador.

3 – ARTIGO 477 DA CLT. HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO

Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá (i) proceder à anotação na CTPS, (ii) comunicar a dispensa aos órgãos competentes e (iii) realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo legal. O pagamento das verbas rescisórias será efetuado em dinheiro, depósito bancário ou cheque visado, conforme acordem as partes; ou em dinheiro ou depósito bancário quando o empregado for analfabeto.

Com a nova legislação o empregado desligado deverá receber os valores referentes a rescisão até o décimo dia após o término do contrato, retirando então o prazo de um dia útil após o término do contrato ou prazo de dez dias da data de notificação da demissão, em casos que não houver aviso prévio.

A anotação da extinção do contrato na CTPS é documento hábil para requerer o benefício do seguro desemprego e a movimentação da conta vinculada no FGTS, nas hipóteses legais, desde que a comunicação de comunicar aos órgãos competentes tenha sido realizada; porém, de nada adiantará esse comando se os órgãos públicos não ajustarem seus procedimentos operacionais.

O parágrafo § 1º do artigo 477 da legislação trabalhista fora alterado no sentido de desobrigar a homologação no sindicato da categoria ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social para os empregados que possuem mais de um ano de registro na empresa.

Existe a necessidade de especificação da natureza das parcelas e valores; compensação limitada ao valor de um salário do empregado; multa de um salário do empregado para ao atraso na quitação – pagamento e baixa na CTPS; não confundir compensação com dedução (ampliação dos descontos).

A Súmula 388 do TST afasta a multa dos artigos 477 e 467

da CLT para a massa falida (não recuperação judicial). A OJ 238 da SDI-I do TST prevê que a multa do artigo 477 da CLT é cabível para pessoa jurídica de direito público. A luz do artigo 19 da Lei complementar 150/2015, é possível defender o prazo de pagamento das verbas rescisórias, bem como a penalidade, ao empregado doméstico – aplicação subsidiária da CLT. A OJ 162 da SDI-I do TST, deixa certo que para a contagem do prazo de pagamento das verbas rescisórias, deve-se aplicar a regra do artigo 132 do Código Civil, excluindo o dia da notificação e incluindo o dia do vencimento; o dia do vencimento deve ser útil, podendo ocorrer a prorrogação.

4 – PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA (PDV)

Hipótese de transação individual ou coletiva de direitos trabalhistas. Tem por objetivo conceder uma vantagem pecuniária ao empregado que se desligar do trabalho voluntariamente, consoante os termos da negociação coletiva.

Enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição contrária estabelecida entre as partes – artigo 477-B da CLT e STF 590415.

As partes da negociação não são assimétricas, pois de um lado o empregador e de outra a entidade sindical. Sendo assim, a entidade sindical deve negociar vantagens ao empregado que aderir ao PDV.

5 – ARBITRAGEM

Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (R\$ 11.062,62) poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei n.º 9.307/96.

Embora a iniciativa da inserção da cláusula compromissória de arbitragem é do empregado, ninguém dúvida da vulnerabilidade a que ele está exposto durante a vigência do contrato de emprego. Processos trabalhistas com alegação de vício de consentimento (erro, dolo, coação e estado de necessidade) na fixação da cláusula não causarão espanto, especialmente por tratar-se de contrato de adesão.

O empregado não precisa ter diploma superior. O único requisito é a remuneração e a vontade idônea do empregado. Embora o artigo 1º da Lei n.º 9.307/96 é aplicada aos direitos disponíveis, a Lei n.º 13.467/17 apenas permite sua aplicação após a extinção do contrato de emprego, no momento que deixa de existir a relação assimétrica e o conceito de transação no Direito do Trabalho é relativizado.

O artigo 114, § 1º da CLT apenas autorizou a utilização do instrumento da Arbitragem nas negociações coletivas. No âmbito individual, a situação de hipossuficiência do empregado em face do empregador não autoriza a utilização da arbitragem, pois nítida a desigualdade entre as partes, ao contrário do que ocorre nos conflitos de natureza coletiva, quando o trabalhador, representado pelo sindicato profissional, está em pé de igualdade com o empregador.

Comprovando o autor o vício de consentimento, não será espantoso que a Justiça do Trabalho desvalorize a prestação de contas como elemento idôneo e muito menos como mecanismo de eficácia liberatória geral. E mais, o empregador deve arcar exclusivamente com os elevados custos desses procedimentos.

6 – QUITAÇÃO ANUAL

É facultado aos empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

Pode se extrair de que as partes (empregado e empregador) poderão, anualmente, por meio do citado termo, dar quitação das obrigações trabalhistas de uma parte com outra parte, com ciência e homologação por parte do sindicato da categoria.

Ainda a novel legislação estabelece que as partes darão, uma vez firmado o respectivo termo, a eficácia liberatória das parcelas:

O termo “*eficácia liberatória*” traz o conceito de dar quitação às obrigações que constam no termo firmado, nos moldes do que já dispõe a Súmula 330 do TST, quando faz menção à eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no TRCT, quando passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria.

Portanto, texto institui o termo de quitação anual, a ser assinado perante o Sindicato, com eficácia liberatória das parcelas especificadas. Outra inovação que há de ser debatida com bastante cuidado, já que posta de maneira a superar, por via oblíqua, o princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas. Explicamos. Passada a quitação anual com eficácia liberatória, caso não represente a realidade fática vivenciada, ou seja, caso não tenha recebido a parcela ali discriminada, o trabalhador terá grande empecilho para discutir judicialmente tal obrigação trabalhista, o que representaria o mesmo que renunciasse à parcela em questão.

Não se pode chegar ao extremo de dizer que a homologação sindical outorga os efeitos da coisa julgada material, pois esse manto é exclusivo de decisões do Poder Judiciário.

O empregado tem a faculdade de aceitar ou não o regime de prestação anual de contas, de modo que ele pode ser opor tanto ao comparecimento ao sindicato quanto à assinatura do termo, por divergir dos cálculos ou por não os ter entendido.

Trata-se de arma de elevada periculosidade, cujo desfecho poderá ser semelhante das Comissões de Conciliações Prévias.

7 – HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

Houve a previsão de processo de homologação de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho, cujo processamento se dará por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogados diversos.

Faculta-se ao trabalhador ser assistido por advogado do sindicato de sua categoria.

A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional (que volta a correr no dia útil seguinte em caso de decisão que negue a homologação), porém, não suspende ou prejudica o prazo para o pagamento das verbas rescisórias e respectiva multa em caso de atraso.

Alguns advogados mais habilidosos vão se lembrar de pedir a suspensão também do quinquênio prescricional.

A petição em questão deverá ser analisada pelo Juízo em 15 dias, podendo esse designar audiência se entender necessário. A homologação atribuiu o selo da coisa julgada material.

A Lei n.º 13.467/17 é claro em mencionar o termo decisão, ou seja sentença. Sentença envolve o juízo de valor, apreciação dos elementos dos autos e, sobretudo, exposição da livre convicção motivada do Magistrado.

O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do transitio em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

8 – NOVA MODALIDADE DE JUSTA CAUSA

A possibilidade de dispensa por justa causa ocorre quando o empregado comete falta grave a ponto de o empregador não ter condições de manter o vínculo de emprego, podendo também ser aplicada quando houver reiteradas condutas de menor gravidade, desde que ocorram gradações nas medidas disciplinares.

A legislação trabalhista permite, a partir de novembro de 2017 que, caso o empregado perca algum dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da sua profissão, em decorrência de uma conduta dolosa, a extinção do contrato de trabalho por justa causa. Como, por exemplo, um motorista profissional que perde a habilitação de dirigir, poderá ser desligado da empresa com a justa causa.

9 – EXTINÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO POR ACORDO ENTRE AS PARTES

Uma prática que sempre ocorreu informalmente em diversas empresas no Brasil e que agora vem regulado na nova legislação trabalhista é o “*acordo*” para demissão.

Mesmo sendo comum a sua utilização informal, o que variava era a forma pela qual era realizado, sendo praticado, na maioria das vezes, pela demissão do funcionário na modalidade sem justa causa, com a empresa pagando todas as verbas previstas em lei, entretanto, o empregado “devolvia” para a empresa parte destas verbas.

Na maioria dos casos relatados, o que mais ocorria era a devolução do aviso prévio e a multa de quarenta por cento dos depósitos fundiários do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Antes da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) não havia qualquer possibilidade legal do empregado e empregador fazer um acordo de desligamento que pudesse, ao mesmo tempo, atender a vontade do empregado em ser desligado da

empresa para poder sacar o FGTS e o seguro-desemprego, ou de atender a vontade do empregador em desligar o empregado sem ter que desembolsar os 40% da multa do saldo fundiário a que o empregado tem direito.

Com a inclusão do art. 484-A da CLT (Reforma Trabalhista), o acordo entre empregador e empregado para extinção do contrato de passou a ser válido (a contar de 11.11.2017), deixando de ser fraude, desde que obedecidos alguns critérios.

O novo artigo celetista estabeleceu que no caso de acordo no desligamento, serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

- a) Metade do aviso prévio (15 dias), se indenizado;
- b) Metade da multa rescisória sobre o saldo do FGTS (20%) prevista no § 1º do art. 18 da Lei 8.036/1990;
- c) Todas as demais verbas trabalhistas (saldo de salários, Férias vencidas e proporcionais indenizadas, 13º Salário e etc.) na integralidade;
- d) Saque de 80% do saldo do FGTS;
- e) O empregado não terá direito ao benefício do seguro-desemprego;

Vale ressaltar que qualquer acordo fora do previsto legalmente, bem como anotações na CTPS com o intuito de demonstrar um vínculo de emprego que não existiu ou de um desligamento que não ocorreu, para se valer do recebimento do FGTS ou do seguro-desemprego, ainda continua sendo fraude e configura crime de estelionato previsto no art. 171 do Código Penal.

10 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n.º 13.467/2017 não deve ser analisada e aplicada de forma isolada, mas observando-se a Constituição Federal, Convenções Internacional e a principiologia do Direito e Processo do Trabalho.

A Lei 13.467/2017 trouxe maior perspectiva de insegurança jurídica ao estabelecer elementos contrários aos princípios constitucionais e a história do Direito do Trabalho.

Concluímos que algumas disposições da Lei n.º 13.467/2017 afronta a Constituição Federal, especialmente princípio da isonomia e princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

11 – BIBLIOGRAFIA

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Editora Saraiva, 2018.

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

FELICIANO, Guilherme Guimarães, TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia e FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho, *Reforma Trabalhista – Visão, Compreensão e Crítica*, São Paulo, Editora LTR 2017.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas, *CLT Comentada*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MATEUS DA SILVA, Homero Batista, *Comentários à Reforma Trabalhista*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOLINA, André Araújo, *Os Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade. O Futuro do Direito e do Processo do Trabalho*. Rio de Janeiro, Lumun Júris, 2017.

ROCHA, Fábio Ribeiro, *Efetividade do Direito Fundamental ao Meio Ambiente de Trabalho Seguro e Adequado*, São Paulo, Editora LTR, 2016.

SCALERCIO, Marcos e MINTO, Tulio Martinez, *Jurisprudência Consolidada do TST e Enunciados das Jornadas*, São Paulo, Editora LTR, 3ª edição, 2017.

TRINDADE, Rodrigo, *Reforma Trabalhista – 10 (Novos) Princípios do Direito Empresarial do Trabalho*, Rio Grande do Sul, AMATRA IV, 2017.

LEONARDO ALIAGA BETTI

Juiz do Trabalho do TRT da 2ª Região
Mestrando em Direito do Trabalho no Largo de São Francisco (USP)
Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (USP)
Professor convidado da Escola Paulista de Direito e Escola Superior de Advocacia

**A SUCUMBÊNCIA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
INTRODUZIDOS PELA LEI N.º 13.467/2017**

1 – INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.467/2017 (intitulada “Lei da Reforma Trabalhista”) introduziu na CLT o artigo 791-A, prevendo que:

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

Não fosse pelos percentuais aplicáveis (entre 5% e 15%), seria possível dizer que o legislador “reformista” copiou do processo civil a regra em questão, pois, de acordo com o artigo 85, §2º do CPC, 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”.

Diante da distinção, são duas as indagações que saltam aos olhos. A primeira: se era para copiar a regra (o que se evidencia em todo o dispositivo), por que também não foram copiados os percentuais aplicáveis? E a segunda: por que razão os percentuais previstos no processo civil são, então, mais “vantajosos” que aqueles dispostos na “nova” CLT?

Tais questionamentos acabam conduzindo a um terceiro dilema: há como compatibilizar o novo instituto ao processo do trabalho? O presente ensaio, sem a menor pretensão de resolver definitivamente as questões suscitadas, tenta trazer algumas respostas, não sem alguma perplexidade em relação à realidade ora enfrentada por todos aqueles que militam no âmbito da Justiça do Trabalho.

2 – OS FENÔMENOS POLÍTICOS

Diversas podem ser as respostas às indagações formuladas. Nenhuma *tecnicamente construída*, porém, satisfaz. Afinal, se, em relação a diversas outras normas copiadas do processo civil pela “Lei da Reforma” não foi introduzida qualquer modificação (a exemplo, as disposições sobre ônus da prova, forma de contagem de prazos e efeitos da revelia, todas reproduzidas *ipsis litteris* na CLT), *qualquer distinção* mostra-se injustificada do ponto de vista científico, salvo se demonstrada, na situação específica, a necessidade de algum tipo de adaptação (o que, obviamente, não é o caso de um mero “percentual” de honorários de advogado).

Há quem defenda que a resposta ao dilema enfrentado é a que reconhece que a fixação de percentuais diferentes parte do pressuposto de que o processo do trabalho não é digno da mesma relevância que o processo civil, apresentando causas

de menor relevo, e que, por isso, devem ter menor custo para seus envolvidos. Esta é, porém, uma saída evidentemente insatisfatória. Em primeiro, porque é impossível reconhecer tecnicidade em tal construção, bastando confrontá-la com a realidade do advogado que atua tanto na esfera cível como na trabalhista (sabedor de que as dificuldades de um e de outro ramo são, para dizer o mínimo, rigorosamente idênticas). E em segundo porque é inconteste que o direito do trabalho é uma ciência imprescindível para a sociedade contemporânea – e, portanto, de relevância indiscutível –, talvez a forma mais eficaz de manutenção do próprio sistema capitalista, seja por representar freio à exploração dos economicamente desfavorecidos, seja porque captura a classe trabalhadora na exata medida de que necessita o capital¹.

O fato é que não há uma válida resposta científica, mas essencialmente *política*, fundada na premissa lógica de que o processo do trabalho regula simplesmente a mais conflituosa relação existente na sociedade capitalista, que é o próprio embate entre a classe empresarial e a classe trabalhadora. Ou seja: um conflito rigorosamente ideológico. E que justifica a constatação de que, sempre que for possível a uma dessas classes sobrepor-se à outra, tal sobreposição se valerá dos instrumentos à disposição, em especial a lei, que, ao mesmo tempo em que é política por excelência, encampa em si a aura de *impessoalidade, abstração e generalidade*, que, no fundo, não existe².

Nessa *queda de braço*, não é difícil entender as razões da distinção dos percentuais aplicáveis de honorários advocatícios (e, portanto, da redução da importância da Justiça do Trabalho e dos que nela militam): o poder político, que até pouco tempo atrás tinha viés ideológico favorável (ao menos aparentemente) à classe trabalhadora, hoje encarna o movimento contrário, de respaldo aos interesses empresariais. Assim, sendo notório que a maior parte das ações trabalhistas sempre foi ao menos parcialmente procedente, é simples entender o esforço do legislador “reformista” de 2017 em limitar os honorários do advogado que atua em favor dos trabalhadores, e, portanto, em posição antagônica aos interesses da classe empresarial.

Aliás, pela linha exposta, também fica fácil compreender os motivos pelos quais os dispositivos que punem o trabalhador que aciona seu empregador na Justiça foram copiados do

1. Nessa linha, EDELMAN, Bernard. A legalização da classe operária. Tradução de Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 2016. 192 p.

2. A “nova” Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942) que o diga: com as alterações promovidas pela Lei n.º 13.655/2018, deixou de ser norma genérica aplicável a todo o ordenamento, para passar a ser um “manual de boas práticas” para o juiz que tiver a *pretensão de condenar a Fazenda Pública*.

processo civil naquilo que interessa à classe empresarial, e outros, que poderiam trazer mais eficácia à tutela dos direitos dos trabalhadores não foram³. Também ficam mais claras as razões pelas quais o trabalhador passa, a partir da “reforma”, a sofrer uma série de restrições ao seu direito à justiça gratuita, como a imposição de honorários advocatícios e periciais também ao seu beneficiário (CLT, artigos 790-B e 791-A, §4º) e a necessidade de prova de motivo legalmente justificável para a ausência em audiência trabalhista (CLT, artigo 844, §2º).

Aliás, a respeito da constitucionalidade dessas três alterações, aguarda solução junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5766, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso (com pedido de vista pelo Ministro Luiz Fux após a prolação de dois votos, cada qual em um sentido). Embora, em seu voto, o Ministro Barroso tenha afirmado que “este não é o debate de esquerda e direita”, mas “sobre o que é melhor para os trabalhadores, sociedade e país”, é evidente que tem consciência de que, em essência, *toda lei trabalhista é um debate de esquerda e direita, justamente por ser o instrumento regulador por excelência da relação entre direita e esquerda*.

Voltando aos honorários de sucumbência, é importante observar que o Código de Processo Civil também dispõe que eles “são devidos (...) no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente” (CPC, Artigo 85, §1º). Cumprimento de sentença, execução e interposição de recursos são, na esmagadora maioria dos casos (especialmente no processo do trabalho), atos cuja sucumbência recai sobre o devedor. Que, no processo do trabalho, na esmagadora maioria dos casos, é a empresa. Não por acaso, a “reformada” CLT nada diz a respeito dessas espécies de sucumbência, em um silêncio evidentemente eloquente⁴.

Mas é preciso salientar que o legislador “reformista” não se contentou em copiar e desconsiderar apenas as “partes” que lhe interessavam no tópico atinente aos honorários advocatícios, tal como se demonstrou até aqui. Copiou, também, o cabimento em casos de sucumbência parcial, ou seja, situação que necessariamente favorece o empregador, já que, a despeito do comum descumprimento de inúmeros direitos no âmbito da relação empregatícia, é perfeitamente possível que parte deles não seja provada, até mesmo por uma questão de falta de aptidão para a prova⁵.

3. Os exemplos são muitos, todos eloquentes. Por amostragem: enquanto se copiou todo o regramento sobre dano processual, esqueceu-se das tutelas de urgência; e enquanto se transplantou o incidente de desconsideração da personalidade jurídica para o processo do trabalho, reduziram-se as perspectivas de garantia da condenação, com a introdução de mecanismos flexibilizadores a título de depósito recursal, como seguro-fiança ou a redução pela metade em diversos casos. E muitos outros.

4. Possivelmente para impedir que a lei se torne, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, apenas “um debate entre esquerda e direita”.

5. Aspecto muito bem analisado, aliás, pelo colega Farley Roberto Rodrigues de Carvalho Ferreira no texto “Gratuidade de justiça: excesso de demandas ou exclusão das minorias?”, publicado no O Estado de São Paulo de 29 de maio de 2018, disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/gratuidade-de-justica-excesso-de-demandas-ou-exclusao-das-minorias/>.

O aspecto da produção da prova, aliás, merece uma especial relevância. Afinal, é notória a dificuldade probatória enfrentada pelo trabalhador, que normalmente é obrigado a “contar” com ex-colegas que já tenham saído da empresa acionada⁶. Se eles forem poucos, portanto (o que se presume, considerando o exíguo lapso prescricional de dois anos para o ajuizamento da ação), a prova será praticamente inviabilizada (como sói acontecer), e o julgamento, como se sabe, concretizar-se-á em contrariedade a quem detinha o respectivo ônus probante. Os honorários de sucumbência, assim, incidirão em sua plenitude, impondo-se a quem *não conseguir provar* o pesado fardo de adimpli-los.

Trata-se, como se vê, de demonstração que evidencia que a “cópia” feita pela Lei n.º 13.467/2017 se deu, em essência, apenas com relação às regras que interessavam à classe empresarial, ainda que isso signifique, no fim das contas, uma verdadeira desconstrução do próprio direito do trabalho (e, por via reflexa, do direito processual do trabalho), tal como já se assentou a respeito das razões de sua própria existência.

3 – O CONTEÚDO LÓGICO-JURÍDICO

Não bastassem os aspectos já destacados, que atacaram a questão principalmente do ponto de vista político, há diversos argumentos de lógica e dogmática jurídica que demonstram a falta de razoabilidade na introdução dos honorários de sucumbência ao processo do trabalho, o que introduz no problema uma perspectiva também técnica. Vamos a eles.

O processo do trabalho, tal qual ocorre com os demais ramos do Direito brasileiro, é parte de um sistema jurídico que tem na Constituição Federal seu centro maior de influência, pois é ela a fonte normativa de que se irradiam todas as demais normas. Nesse sentido, qualquer dispositivo infraconstitucional que contrarie o corpo normativo disposto na Constituição deve ter seus efeitos afastados, o que, no sistema brasileiro, pode ser reconhecido pela via difusa ou abstrata⁷.

A questão é que são diversos os dispositivos constitucionais transgredidos no que toca às regras de sucumbência (momentaneamente a recíproca) no processo do trabalho.

[com.br/blogs/fausto-macedo/gratuidade-de-justica-excesso-de-demandas-ou-exclusao-das-minorias/](http://www.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/gratuidade-de-justica-excesso-de-demandas-ou-exclusao-das-minorias/).

6. Até porque, como se sabe, a testemunha ainda empregada tem certamente *um emprego a zelar*, em um país em que a inoperância do legislador está prestes a completar trinta anos, já que se mantém sem regulamentação a norma disposta no artigo 7º, I, da Constituição Federal, ao lado da (inconstitucional) denúncia à Convenção 158 da OIT.

7. Como se sabe, os dois sistemas típicos de controle de constitucionalidade são o estadunidense (reconhecido a partir do famoso caso *Marbury vs Madison*, de 1803, que encampa o controle pela via difusa) e o europeu (também conhecido por kelseniano ou austríaco, que consolidou o controle concentrado), ainda que se reconheça, por exemplo, que em alguns países europeus (como Portugal) exista um controle próximo ao modelo estadunidense. Regime este também adotado no Brasil e na maior parte da América Latina (México e Argentina, por exemplo), reconhecidas as influências de um regime em outro, como ocorre no Brasil, em que se adota um sistema híbrido.

O artigo 3º da Constituição Federal dispõe que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), assim também “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III).

Como é cediço, o processo do trabalho regula uma relação entre *desiguais*. Nesse caso, é impositivo que, no âmbito de tal sistema, ganhem conteúdo normativo destacado as ideias dispostas no artigo 3º da Constituição, pois solidariedade e redução da desigualdade (Art. 3º, I e III) presumem uma atuação concreta da sociedade na introdução de mecanismos que superem estas anomalias. Daí uma importante distinção para o processo civil, em que a lógica da sucumbência tem sentido, na medida em que regula um conflito entre *iguais* (ao menos presumivelmente).

Ao contrário, é evidente que uma regra que trata *igualmente desiguais* não concretiza os pressupostos mencionados. E, nesse sentido, não é preciso grande esforço para concluir que a introdução de honorários de sucumbência (especialmente a recíproca), por partir de um pressuposto de *igualdade* (ao impor que o *mais fraco*, tal qual o *mais forte*, seja compelido a arcar com honorários advocatícios na hipótese de sucumbir em sua pretensão), caminha justamente em sentido inverso ao da solidariedade e da redução da desigualdade.

A regra contida no artigo 6º da Constituição também merece uma digressão.

Uma breve análise a respeito da origem dos recursos para pagamento dos honorários advocatícios dá a verdadeira medida da desigualdade entre os litigantes no processo do trabalho: enquanto a empresa retira de seu lucro o valor para o pagamento dos honorários contratados (em regra, empresas mais robustas financeiramente têm até mesmo uma “contingência” para tal fim), o trabalhador subtrai a quantia respectiva de seu salário, e, portanto, dos valores que deveriam servir para seu próprio sustento. Não por acaso, é consagrada na advocacia a prática de se firmar contrato “de risco” no caso do ajuste entre advogado e trabalhador, enquanto que, em se tratando de contratação entre o advogado e a empresa, o pacto normalmente é atrelado a valor certo, independente do resultado.

Na verdade, a depender do resultado, o valor dos honorários cobrados pelo advogado da empresa pode aumentar, mas não se concebe a possibilidade de o advogado prestar assessoria sem cobrá-la – mesmo que a empresa seja vencida em todas as pretensões –, ao contrário do que ocorre com a representação do trabalhador, em que o insucesso da demanda traduz frustração também dos honorários de seu advogado, que, portanto, *acaba trabalhando de graça*.

Tudo isso decorre do fato de que, ao contrário do que se verifica com o empregador, presume-se que, para poder pagar os honorários advocatícios de sucumbência, o trabalhador tenha de deixar de alocar os respectivos recursos em outra necessidade ligada à sua própria existência. Nesse caso, fica evidente a desconsideração ao comando disposto no artigo 6º da Constituição, que reconhece como “direitos sociais” – e, portanto, exigíveis por todos os cidadãos – “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o

lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Algum desses direitos será relativizado na hipótese de o trabalhador sucumbente ser compelido a arcar com os honorários do advogado da parte contrária, o que, portanto, atinge direitos sociais fundamentais, e, em consequência, esvazia o conteúdo garantista consolidado na Constituição.

Não bastasse o exposto, também é necessário compreender que, ao estabelecer que “os débitos de natureza alimentícia (...) serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos”, o artigo 100, §1º da Constituição Federal estabelece um pressuposto totalmente incompatível com a intenção da Lei n.º 13.467/2017 de se subtrair parte do crédito de natureza alimentícia do trabalhador para pagamento dos honorários de sucumbência (nas hipóteses de sucumbência parcial). Afinal, o débito imposto ao trabalhador sucumbente não tem natureza salarial para o credor, especialmente quando se constata que o seu destinatário (o advogado que patrocina a empresa) já recebeu seus honorários contratuais, e, portanto, já obteve a satisfação daquela que constitui sua verdadeira prestação alimentar. Representariam os honorários de sucumbência, assim, apenas um *plus* em relação ao trabalho prestado pelo advogado da empresa, exigíveis de alguém para quem o causídico em questão não prestou qualquer serviço.

Portanto, também sob esse prisma, mostra-se inconstitucional a nova regra. Até porque, em função do obstáculo criado pelo artigo 100, §1º da Constituição Federal, passa a ser impossível que o salário que ainda não foi pago ao trabalhador (fruto da condenação) seja destinado ao pagamento dos honorários (não alimentares) do advogado contratado justamente por aquele que não pagou a verba alimentar daquele mesmo trabalhador. Existe, como se vê, uma contradição insolúvel, remediável apenas pela completa desconsideração das regras previstas na Lei n.º 13.467/2017 a respeito dos honorários advocatícios de sucumbência.

De outro turno, a ideia de compensação de verba de natureza alimentar (preconizada pelo §4º do artigo 791 da CLT reformada) é expressamente rejeitada pelo direito comum em função do direcionamento dado pelo artigo 1.707 do Código Civil, que dispõe que ao credor “é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessação, compensação ou penhora”. Sendo impositiva a aplicação do direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho (CLT, Artigo 8º, §1º), imperativa será, evidentemente, a aplicação de tal regra, até pela similitude de sua razão de ser com o crédito trabalhista.

Ao seu turno, o artigo 5º da Constituição Federal, que tutela os direitos e garantias fundamentais, estabelece em seu inciso LXXIV que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Tal regra, além de coerente com os objetivos fundamentais da República (já analisados), é a concretização do preceito democrático, no sentido de que não basta garantir o acesso a uma ordem jurídica, é preciso que ele seja integral e, principalmente, gratuito para aqueles que não tenham recursos para obtê-lo. Pensar o contrário é desfazer-se do pacto social, especialmente da premissa de que os ganhos (ou a falta deles) de determinado indivíduo jamais poderão ser

determinantes para que ele obtenha acesso à satisfação de seus direitos. Em outras palavras: o patrimônio de alguém não pode servir como parâmetro para que ele reivindique seus direitos, sob pena de se marginalizar do acesso ao Judiciário milhões de pessoas pobres. Premissa que norteou, vale frisar, o voto do Ministro do STF Luiz Edson Fachin na já mencionada ADI 5766:

É preciso reconhecer, também, a relação da gratuidade da Justiça e, conseqüentemente, do acesso à Justiça, com a isonomia. A desigualdade social gerada pelas dificuldades de acesso isonômico à educação, mercado de trabalho, saúde, dentre outros direitos de cunho econômico, social e cultural, impõe que seja reforçado o âmbito de proteção do direito que garante outros direitos, especialmente a isonomia. A restrição, no âmbito trabalhista, das situações em que o trabalhador terá acesso aos benefícios da gratuidade da justiça, pode conter em si a aniquilação do único caminho de que dispõem esses cidadãos para verem garantidos seus direitos sociais trabalhistas. A defesa em juízo de direitos fundamentais que não foram espontaneamente cumpridos ao longo da vigência dos respectivos contratos de trabalho, em muitas situações, depende da dispensa inicial e definitiva das custas do processo e despesas daí decorrentes, sob pena de não ser viável a defesa dos interesses legítimos dos trabalhadores. E, nesse contexto, a Lei 13.467/2017 atualizou, no âmbito da chamada reforma trabalhista, o modelo de gratuidade da Justiça Laboral, impondo condições restritivas ao exercício desse direito por parte dos litigantes trabalhadores. Ainda que sejam consideradas adequadas, necessárias e razoáveis as restrições impostas ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais à gratuidade e acesso à Justiça pelo legislador ordinário, duvidosa apresenta-se a sua constitucionalidade em concreto, ou seja, aquela aferida diante das diversas e possíveis situações da realidade, em que se vislumbra a consequência de esvaziamento do interesse dos trabalhadores, que na condição de hipossuficientes econômicos, não terão como demandar na Justiça Trabalhista, em virtude do receio de que suas demandas, ainda que vencedoras, retornem-lhes muito pouco do valor econômico efetivamente perseguido e, eventualmente, devido

Quando se impõe a alguém reconhecidamente pobre (e é disto que se fala quando se trata do processo do trabalho) que arque com o pagamento de honorários ao advogado da parte contrária (tal como estabelece o artigo 791-A, §4º da CLT), única e exclusivamente como consequência de não ter obtido sucesso em sua pretensão, tem-se uma clara desconsideração à regra disposta no artigo 5º, LXXIV da Constituição. Afinal, a prevalecer a nova regra, a ideia de assistência jurídica integral e gratuita ao reconhecidamente pobre é substituída pela ideia de assistência jurídica custeada pelo cidadão pobre, o que, além de contribuir para o aumento da desigualdade social e não representar os anseios por uma sociedade solidária (tal como já destacado), traduz odioso obstáculo ao Poder Judiciário, na medida em que os trabalhadores que não tiverem a *certeza* do seu direito, pelo temor da perda da ação, simplesmente deixarão de discuti-lo. *Res dubia* transforma-se, assim, em *certeza*

do direito, o que nem mesmo na mais radical das interpretações sobre o Estado Mínimo não intervencionista é tolerado.

Nessa linha de ideias, é forçoso concluir que, quando a “certeza do direito” passa a servir como pressuposto para o ingresso de uma ação judicial, tem-se a nítida impressão de que o Poder Judiciário torna-se *desnecessário*, bastando que um autômato qualquer *decida* (de forma automática) a respeito de determinada pretensão. E, nesse sentido, a transgressão constitucional invade não apenas a ideia de tripartição de Poderes (CF, Artigo 2º), como, igualmente, a garantia fundamental de acesso à Justiça, no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, Artigo 5º, XXXV). É, nesse sentido, frontalmente contrária à Constituição Federal a disposição que estabelece um pressuposto que, ao final, significará a própria exclusão da possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, que é exatamente do que trata a regra contida no artigo 791-A, §4º da CLT.

4 – CONCLUSÃO

Por todas as razões expostas, não há conclusão outra que não pela sucumbência dos próprios honorários advocatícios no processo do trabalho. Afinal, aceitá-los da maneira como impostos (e a *imposição*, aqui, também se refere ao processo legislativo antidemocrático que culminou com a edição da Lei n.º 13.467/2017) equivale a:

- 1) dar razão àqueles que colocam a Justiça do Trabalho como um ramo de “segunda categoria” do Poder Judiciário, o que fica configurado quando se aceita passivamente a previsão de percentuais a título de honorários advocatícios inferiores àqueles praticados nos demais ramos da Justiça, a despeito da idêntica complexidade das causas discutidas, sem qualquer justificativa de fundo científico;
- 2) conferir efeitos jurídicos lícitos a alterações legislativas oriundas de interesses políticos e ideológicos que conflitam com os anseios da maioria da população brasileira, em franca contradição com a própria noção de Estado Democrático⁸;
- 3) desconsiderar a busca por uma sociedade justa e solidária, positivada na Constituição Federal como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil;
- 4) ignorar a eficácia dos direitos sociais em sua integralidade, permitindo a relativização de alguns deles em nome de uma igualdade processual que, de fato, é inexistente;
- 5) tornar letra morta dispositivo constitucional que confere primazia aos créditos de natureza alimentícia, alijando-os da condição legal de preferência para destiná-los ao pagamento de verbas que não têm o mesmo prestígio da ordem jurídica; e
- 6) obstar a tutela integral de direitos à população mais pobre, negando-se vigência ao princípio fundamental do acesso à Justiça, em flagrante desconsideração à própria evolução da sociedade e ao exercício da cidadania como fundamento do Estado de Direito.

8. “A democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo”. Abraham Lincoln, 16º presidente dos Estados Unidos.

LORENA DE MELLO REZENDE COLNAGO

Mestre em Processo (UFES, 2008). Pós-Graduada em Direito Processual do Trabalho, Previdenciário e Direito do Trabalho Individual/Coletivo (UNIVES, 2006). Foi advogada. Foi assessora na Procuradoria Regional do Trabalho da 17ª Região. Foi Juíza do Trabalho no Paraná, atualmente é Juíza do Trabalho em São Paulo. Professora. Vice-Presidente em matéria do trabalho e relações sociais da Union Iberoamericana de Juices (Biênio de 2018/2020). Diretora de Eventos do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (Biênio de 2016/2017 e 2017/2018).

TEORIA DA MARCAÇÃO REVERSÍVEL DOS EFEITOS DA REVELIA NO PROCESSO DO TRABALHO

A defesa do réu, que no Processo do Trabalho denominamos de reclamado em razão da origem da Justiça do Trabalho que até 1946 fazia parte do Poder Executivo e não do Poder Judiciário, merece uma maior atenção com o advento da reforma trabalhista promovida pela Lei n.º 13.467/2017.

Retomando um pouco a doutrina do Processo Civil, observa-se que a inatividade processual após o protocolo da petição inicial e a citação válida – ato de chamar o réu à relação jurídica processual – pode ser do autor ou do réu. Interessante destacar que a doutrina clássica italiana do Processo Civil denomina apenas aplica a presunção de veracidade dos fatos narrados se não houver prova em contrário, à chamada **contumácia**, ou seja, a inatividade posterior do autor ou do réu, ou de ambos, que comparecem ao processo sem nada produzir, ou seja, “*abstem-se de qualquer atividade ulterior*”.¹

[...] Nesse caso a lide não é contumacial, nem se lhe aplicam as regras da contumácia, embora a causa prossiga por várias audiências. Se é inativa apenas uma das partes, a causa será julgada pelos atos da outra (art. 352); se inativas são ambas, a causa poderá cair com o tempo em preempção (adiante §71). O que por conseguinte constitui a revelia; é a falta de comparecimento de uma parte no processo. Uma vez comparecendo não se pode mais considerar a parte contumaz na mesma instância. Não se admite entre nós, como no sistema francês, a revelia por falta de alegações do procurador (*faute de conclure; défaut cñtr avoué*). Tampouco admitimos, como no sistema alemão, a revelia da parte que tendo comparecido nas audiências anteriores, se ausente nas audiências em que se julga a causa.²

E nesse contexto, a doutrina italiana explica que a revelia do autor importa a escolha ao réu de fazer cessar a relação processual ou de requerer uma decisão de mérito, “*denegação do pedido do autor (art. 381)*”.³

O nosso sistema, de inspiração italiana, tratou a revelia e seus efeitos especificamente como a ausência do réu citado e inerte, ou ainda a apresentação de defesa sem as formalidades legais. Partindo da redação originária do Código de Processo Civil de 1939, o primeiro nacional, após a unificação

1. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2 ed. trad. Paolo Capitanio com notas de Enrico Tullio Liebman. Campinas: BookSeller, 1998. Vol III. p. 167.
2. Ibid, p. 167/168.
3. Ibid, p. 179.

dos Códigos de Processo Civil Estaduais, o art. 354 já dizia: “*Nas ações para renovação de contrato de locação de imóveis destinados a fim comercial ou industrial, a revelia do réu, ou a não contestação do pedido no prazo marcado, induzirá a aceitação imediata da proposta do autor, que será homologada por sentença*”⁴. Essa redação foi alterada em 1942, pelo Decreto -Lei nº 4.565 em sua parte final: “*(...), a revelia do réu, ou a não contestação do pedido no prazo de dez dias (art. 292), induzirá a aceitação imediata da proposta do autor, que será homologada por sentença*”⁵.

O nosso Direito Processual Civil, sob a égide do CPC de 1939 não albergava um capítulo especial sobre a revelia, e a única sanção prevista ao revel era que os prazos correriam contra o revel independentemente de intimação ou notificação, sendo muito similar ao sistema vigorante à época no Direito Processo Penal, em que a revelia se traduzia no prosseguimento da demanda, com a desobrigação da autoridade processante dar ciência da realização de qualquer ato do processo. Esse sistema era fiel ao espírito romano, adotado também nas Ordenações, que não previa penas ao revel e que refutava a *facta confessio* derivada da revelia.⁶

Posteriormente, com o CPC de 1973, esse prazo passou para quinze dias (art. 321 do CPC1973), mantendo-se o conceito de revelia do réu (CPC 1973, art. 319, e atualmente, art. 344 do CPC 2015). Nas lições de Ovídio Batista, o conceito de revelia, identificado como a omissão do demandado em defender-se é uma escolha do legislador, pois em Roma a relação processual só se tornava viável se a ela o réu aderisse espontaneamente, e diferente de Calmon de Passos para quem contumácia e revelia são conceitos equivalentes, Ovídio fixou a contumácia como gênero e a revelia como espécie.⁷ Afastando-se da doutrina italiana de Chiovenda que compreendia tanto a contumácia como a revelia a ausência de qualquer uma das partes, ou de ambas, ao processo, abstendo-se da prática de atos posteriores.

4. BRASIL. Presidência da República. **Decreto Lei 1608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm> . Acesso em: set. 2017.
5. Ibid.
6. BENUCCI, Renato Luís. Os efeitos da revelia na América Latina e nos países da common Law. *in Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 106/2002, p. 165 – 177, Abr - Jun / 2002.
7. SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5 ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 1, p. 331.

É importante frisar esses aspectos da doutrina processualista civil porque nem sempre revelia significou apenas um ato do réu; e nem sempre o Estado escolheu trazer o réu compulsivamente para a relação processual – nesse sentido, tivemos a alteração da legislação e regramento trabalhista com a ação de dissídio coletivo (Reforma do Poder Judiciário com a EC 45/2004, inserindo o comum acordo como requisito para o acionamento do Judiciário Trabalhista para os dissídios coletivos), que se assemelhou ao processo mencionado por Ovídio Batista, criado em dado momento histórico em Roma.

Na sistemática do CPC de 1973 a ausência do advogado de uma das partes autorizava o juiz a dispensar a produção de provas requerida (art. 453, §2º), sendo essa regra ampliada no CPC de 2015 para incluir a ausência do defensor público e do Ministério Público que não comparecem à audiência.

Inicialmente, a revelia não induzia o efeito de se presumirem verdadeiros os fatos afirmados pelo autor se houvesse pluralidade de réus com a contestação de um deles; os direitos pleiteados pelo autor fossem indisponíveis, e, no caso da petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público; que a lei considere indispensável à prova do ato (art. 320 do CPC1973). O réu revel não seria mais intimado, porém poderia intervir em qualquer fase processual, recebendo-o no estado em que se encontrasse (art. 322 CPC 1973), regra alterada em 2006 pela Lei n.º 11.280, para que os prazos corressem independente de intimação apenas para o revel sem patrono constituído nos autos, a partir de cada ato decisório, demonstrando a importância e indispensabilidade do advogado – art. 133 da Constituição Federal.

Em 2015, como o novo CPC esse regramento para a revelia foi alterado em dois pontos. O primeiro para inserir outra possibilidade de afastamento dos efeitos da revelia, quando as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos, sendo essa uma praxis já utilizada nos tribunais do país como se pode observar nas duas ementas abaixo retiradas do repositório oficial da Revista dos Tribunais, *on line* (<https://www.revistadostribunais.com.br>):

TRT-23.^a Reg. - RO 0000287-84.2014.5.23.0008 - j. 24/2/2015 - julgado por Roberto Benatar - DEJT 2/3/2015 - Área do Direito: Trabalho

REVELIA. Confissão ficta. Presunção relativa de veracidade.

Ementa Oficial: REVELIA. CONFISSÃO FICTA. A confissão ficta gera presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pelo autor, a qual pode ser elidida pelas provas pré-constituídas nos autos, desde que estejam em desacordo com os fatos alegados na petição inicial. Na hipótese de inexistirem tais provas, é imperativo considerar como verdadeiros os fatos narrados na inicial.

TJSP - Ap 0007375-07.2015.8.26.0526 - 33ª Câmara de Direito Privado - j. 9/4/2018 - julgado por Sá Moreira de Oliveira - Área do Direito: Civil; Processual

Ementa Oficial:PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS Ação de cobrança e ação cautelar de arresto Revelia Presunção relativa dos efeitos do artigo 344 do Código de Processo Civil.

(...)VOTO (...)

O reconhecimento da revelia e a aplicação do disposto no artigo 344, do Código de Processo Civil não têm o condão de tornar verossímeis os fatos alegados na petição inicial, tampouco de tornar certo o direito da parte.

De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, fazendo referência ao artigo do Código de Processo Civil anterior, “(...) evidentemente não está o julgador vinculado de forma inexorável à versão apresentada na inicial, pelo simples fato de o réu ser revel. Tanto a presunção de veracidade (art. 319), a rigor dispensável, como a desnecessidade de produção de prova, pressupõem, no mínimo, a verossimilhança da afirmação” (MARCATO, Antonio Carlos. Código de Processo Civil Interpretado, São Paulo: Atlas, 2008, p.1.023).

Como esclarecem Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca, na nota 5 ao artigo 319, do Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Editora Saraiva, 46ª Edição, pág. 459/460: “O efeito da revelia não induz procedência do pedido e nem afasta o exame de circunstâncias capazes de qualificar os fatos fictamente comprovados (RSTJ 53/335). O efeito da revelia não dispensa a presença, nos autos, de elementos suficientes para o convencimento do juiz (RSTJ 146/396). A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face à revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o livre convencimento do juiz (STJ -4ªT., RSTJ 100/183). No mesmo sentido: RF 293/244; JTJ 358/414; AP 990.10.473186-0”.

Isso porque a revelia gera uma presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial. Porém, o efeito de reconhecimento sobre a veracidade dos fatos deduzidos é relativo, a conclusão dependerá das provas reunidas aos autos e do convencimento do juiz.

Nesse sentido:

“A presunção de veracidade dos fatos prevista neste art. 319 é um efeito da revelia, que, todavia, comporta relativização. Daí a constatação de que se trata de presunção relativa, e não absoluta” (RTJ 115/1.227; STJ-3ª T., AI 1.088.359-AgRg, Min. Sidnei Beneti, j. 28.4.09, DJ 11.5.09; STJ-4ª T., REsp 590.532-AgRg, Min. Isabel Gallotti, j. 15.9.11, DJ 22.9.11; RSTJ 100/183, RT 708/111, 865/263, RJ-TJESP 106/234, JTA 105/149, Bol. AASP 1.258/73, RJTAMG 21/238, 21/293, RJTJERGS 258/334: AP 70015635212).

Portanto, não obstante o decurso de prazo para apresentação de contestação, possível o reconhecimento da revelia sem aplicação de seus efeitos para a situação de **não haver na petição inicial os elementos mínimos suficientes para justificar um eventual decreto condenatório**.

No caso dos autos, competia à apelante demonstrar a existência do contrato de prestação de serviços entre as partes e os seus termos, além da inércia da apelada na retirada da máquina de seu estabelecimento, com base em provas concretas.

Entretanto, não é o que se vê do conjunto probatório reunido.

(...)

No Processo do Trabalho, por outro lado a Consolidação das Leis do Trabalho previu inicialmente no art. 844 que o não comparecimento do reclamado importa a revelia, sendo alterado pela Lei n.º 13.467 de 13 de julho de 2017 nos seguintes termos, como inspiração nas alterações promovidas pelo Direito Processual comum em sua legislação:

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

- I - havendo pluralidade de reclamados, algum deles constatar a ação;
- II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;
- III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;
- IV - as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

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

Etimologicamente a revelia tem o significado de rebeldia, sendo assim denominada no castelhano.⁸ Sinônimo de insubordinação a ausência do réu chamado pelo Estado para se defender apenas atrai o efeito da confissão dos fatos quando esses forem razoavelmente apresentados, no sentido da coerência interna da apresentação dos fatos pelo autor.

O sistema inglês, de *comon law*, também previu a ausência do demandado em juízo, mas utilizou até a *Common Law Procedure Act* (1852) o princípio de obtenção da sua presença de forma coercitiva. A partir dessa alteração, em 1852, passou a conceber uma sentença contumacial no sentido moderno admitindo-se o direito de seqüestro sobre os bens do revel. Atualmente, a ausência do réu no sistema inglês também atrai a *facta confessio* como conseqüência. A revelia é considerada tanto na hipótese de não comparecimento em juízo (*default of appearance*) como na ausência, incompletude ou incongruência de defesa (*default of defence*). Portanto, após a citação regular, *writ of summons*, se o demandado não apresentar tempestivamente (dentro de oito dias) seu *memorandum of appearance*, incorre na revelia por *default of appearance* – muitas ações terminam dessa forma na Inglaterra.⁹

Se o demandado da Inglaterra, embora constituído, não apresentar a contestação ao pedido inicial (*statement of claim*), o autor deverá demonstrar que o réu deixou decorrer o lapso para oferecer a *defence*, ou a fez defeituosamente, se apresentada no lapso legal, pedindo a declaração da revelia do demandado.¹⁰

8. DINAMARCO, Cândido Ragel. Ônus de constestar e o efeito da revelia. *In Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 41/1986, p. 185 – 197, Jan - Mar/1986.

9. BENUCCI, Renato Luis. Os efeitos da revelia nos países da América Latina e nos países da *common law*. *In Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2002, vol. 106, p. 165 – 177, abr - jun de 2002.

10. Ibid.

Retomando o estudo das alterações do texto celetista, no inciso I do parágrafo quarto do art. 844 da CLT, o legislador apontou a pluralidade de réus como fator impeditivo dos efeitos da revelia para o ausente. Seguindo o princípio da busca da verdade real, se um dos réus, ou reclamados, apresentar uma versão dos fatos diferente da do autor, ou reclamante, essa defesa é suficiente para que haja na instrução processual a pesquisa da “verdade real” – incidência do princípio da impugnação especificada.

A verdade real é sempre um ponto relativo do processo. A palavra verdade é de origem latina *veritate*, que possui dentre seus significados: “qualidade pela qual as coisas se apresentam como são, representação fiel, conformidade do que se diz com o que se é”¹¹. Conforme Santo Agostinho: *verum est id quod est* – “a verdade é o que é”¹². De acordo com o filósofo Kant, o homem toma conhecimento de si e dos fatos que o cercam através de doze categorias a priori da razão, ou absolutizadas, dentre as quais estão o tempo e o espaço¹³. Walter Brugger entende ser a verdade uma adequação ou conformidade entre o intelecto e a realidade¹⁴. Com uma visão pragmática, William James afirma ser a verdade uma propriedade de algumas de nossas idéias, sendo que a consideração da verdade está intimamente ligada com as idéias que conseguimos assimilar¹⁵. Bertrand Russel entende a relativização dos conceitos de verdade e falsidade, na medida em que ambas são propriedade da mente humana¹⁶. Malatesta afirma que a verdade em geral é a conformidade da noção ideológica com a realidade, ou seja, a crença dessa percepção, o que ele denomina de certeza.¹⁷ É interessante destacar a convergência, em geral, do conceito de verdade ao se estabelecer um liame entre o acontecimento fático e o conhecimento humano acerca dele, sendo essa interpretação denominada: verdade.

Nicola Framarino dei Malatesta escreveu uma das obras mais clássicas no estudo da prova: “*A lógica das provas em matéria criminal*”¹⁸, marco referencial para o estudo do instituto em qualquer ramo processual. No seu estudo introdutório

11. Dicionário Universal. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx>, acesso em 26/03/2007.

12. BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 14.

13. KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. In série: Os pensadores, n. 12. Trad. Kritik der reinen Vernunft. São Paulo: Nova Cultural, 1996, 1ª seção.

14. BURGGER, S. I. Walter. **Dicionário de filosofia**. Barcelona: Herder, 1958, p. 484 *apud* BARROS, op. cit. nota 3, p. 15.

15. JAMES, William. **Pragmatism – the meaning of thruth**. Trad. Pablo Rúben Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1974, vol. 40, p. 23, 24 e 42 (Coleção: Os Pensadores), *apud* BARROS, op. cit. nota 3, p. 16.

16. RUSSEL, Bertrand Arthur William. **Philosophical essays: the monistic teory of thruth – on de natural thruth and falsehood**. Trad. Pablo Rúben Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1974, vol. 42, p. 165 (Coleção: Os Pensadores) *apud* BARROS, op. cit. nota 3, p. 17.

17. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & C.ta, 1911, Vol I, p. 27.

18. Ibid.

sobre a relação existente entre a verdade e a prova, temos o posicionamento da verdade como um estado da alma, o que o leva a afirmar a natureza subjetiva da prova¹⁹. Partindo dessa premissa, há uma sistematização de critérios subjetivos para a busca da verdade, dividindo-a em: verdade puramente inteligível e verdade sensível. A verdade puramente inteligível é subdividida em: a) intuitiva puramente lógica e b) reflexiva puramente lógica. A verdade puramente inteligível é aquela que toma como critério a intuição e a reflexão. Quando a certeza é “*filha da evidência ideologica*”, fruto da intuição, denomina-se *certeza intuitiva puramente lógica*. Contudo, se essa certeza é fruto do raciocínio humano, de uma reflexão proveniente de uma percepção mediata efetuada por um método dedutivo evolutivo, denomina-se *certeza reflexa puramente lógica*²⁰. Por outro lado, a verdade sensível é aquela obtida por meio dos sentidos exteriorizados em fatos físicos, empíricos, ou morais, provenientes da consciência. Malatesta divide esse critério em: a) sensível material, subdividida em: a1) intuitiva física, e, a2) reflexiva física; e, b) sensível moral, sempre reflexiva.

As verdades sensíveis materiais são espécie simples de certeza e podem ser obtidas pela intuição ou pela reflexão²¹. A certeza ou verdade sensível intuitiva física é aquela que se obtém através dos sentidos, ou seja, por uma percepção imediata da realidade física de que se tem noção - “*A intuição é sempre uma função intelectual, mesmo relativamente às verdades sensíveis [...] a ação do intellecto é simplíssima e, acessoria da ação dos sentidos: afirma aquilo que os sentidos se lhe apresentam*”²². A certeza ou verdade sensível reflexiva física é aquela obtida de forma indireta, ou seja, pela percepção do fato físico em reflexão para se obter outro fato. Essa verdade é classificada como *mista*, pois “[...] a percepção sensoria da materialidade de uma verdade sensível póde conduzir, por meio da reflexão intelectual, a afirmação de uma outra verdade sensível material, em relação com a primeira, e não percebida directamente.”²³.

A verdade sensível moral, de outro lado, refere-se aos fatos de nossa consciência que só podem ser percebidos através da materialidade com que se exteriorizam. Também é classificada como *certeza mista* na medida em que o conhecimento físico é obtido de forma mediata através de um fato conhecido, moral²⁴. Por fim, a certeza mista é a única capaz de refletir a prova em matéria penal por conjugar a apreensão física do fato com o raciocínio humano, tendo em vista que a puramente lógica ou física apenas atestariam o fato do delito. O Direito Processual do Trabalho aproxima-se pela busca da verdade real ao Direito Processual Penal, e por isso, esse estudo torna-se tão importante, mais até do que para o Direito Processual Civil.

Outro sistema de acesso à verdade que merece destaque

19. Ibid, p. 25-26.

20. Ibid, p. 25-28.

21. Ibid, p. 29.

22. Ibid, p. 29-30.

23. Ibid, p. 31.

24. Ibid.

é o desenvolvido por Michele Taruffo²⁵, nesse, os critérios de obtenção da verdade partem da internalização do mundo fenomênico pelo homem por meio de quatro dimensões construtivas: a) seletiva, b) semântica, c) cultural, e, d) social. Na construção seletiva a premissa é de que um fato não existe pó si só, mas somente enquanto é formulado por uma pessoa em uma situação particular. A construção do enunciado, assim, depende do sujeito que o formula perante uma infinidade de pontos de vista. Escolhendo algumas, dentre as diversas conotações fáticas, através de decisões seletivas de acordo com o seu interesse, o sujeito produzirá uma verdade²⁶. A importância dessa dimensão para o Direito está na escolha correta dos significados para se obter uma subsunção correta dos tipos legais abstratos²⁷.

A dimensão da construção semântica pressupõe uma entidade lingüística dotada de significação compreensível da linguagem de um fato que é feita por meio de escolhas de uma linguagem certa, adequada e eficaz para um significado, em especial, quanto aos termos descritivos e valorativos utilizados, de suma importância para a subsunção normativa²⁸.

Já a construção categorial ou cultural de um fato é aquela que fornece a os pressupostos políticos, éticos, religiosos e dos costumes para a seleção das conotações possíveis de um fato, efetuadas na primeira dimensão, a seletiva²⁹. Por fim, na construção social do fato há a chamada *teoria dos fatos institucionais*³⁰. Por essa teoria, todo fato incorpora a configuração institucional de uma dada sociedade, ou seja, todo fato é valorado a partir de referenciais sociais como idade, status familiar, posse de um título acadêmico, etc. conforme o grau de importância determinado por uma dada sociedade. Dentre as quatro dimensões Michelle Taruffo afirma que a construção social de um fato é mais relevante de todas as dimensões para se obter o conceito de verdade através da prova.

E, a partir desses estudos é que se dimensiona a importância da análise e contextualização dos fatos veiculados na petição inicial, bem como da natureza jurídica dos direito pleiteados, pois essa é a segunda e quarta hipótese de afastamento dos efeitos da revelia, ou melhor, da contumácia. Destaca-se que o art. 847 da CLT também ganhou um parágrafo único permitindo a apresentação eletrônica da defesa até o momento da audiência. E, no sistema do processo eletrônico judicial, para que essa defesa faça parte da realidade processual, na ausência do demandado, ela deve vir desacompanhada da gravação de sigilo processual, pois apenas se aberta para o público é que inibirá a contumácia.

O direito indisponível é aquele gravado por lei como mínimo para um indivíduo, afastando-se inclusive a autonomia privada (poder que os particulares têm de regular, pelo exer-

25. TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobreprueba y verdad**. Trad. Andréa Greppi. *In Derechos e Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año VII, enero/diciembre, 2002, n. 11, p.99-123.

26. Ibid, p. 102-103.

27. Ibid, p. 103.

28. Ibid, p. 104.

29. Ibid.

30. TARUFFO, op. cit nota 16, p. 105-107.

cício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica³¹). A doutrina também o classifica como o insuscetível de ser objeto de atos de disposição por parte de seu titular³². Como, por exemplo, atualmente o direito ao intervalo de 30 minutos para a jornada de mais de seis horas, art. 71 da CLT, após a alteração da Lei n.º 13.467/2017, pois nem mesmo por autonomia privada ou coletiva o empregado pode abrir mão desse direito ou dispor de algum modo sobre ele – art. 611-A, inciso III, da CLT.

Quanto às afirmações (argumentos ou razões) de fatos apresentados pelo demandante, o reclamante, chamadas de inverossímeis, essas podem decorrer até mesmo da constatação das ciências biológicas, por exemplo, um ser humano não consegue viver dias sem dormir, então, a apresentação de uma narração demonstrando que o empregado trabalha ininterruptamente 22 horas por uma semana inteira, não é considerada verossímil³³. Outro ponto de destaque é aquele em que o próprio autor narra um fato e, por exemplo, contraria esse fato narrado em seu depoimento pessoal – confissão – ou mesmo com a juntada de provas referentes ao fato narrado.

Essas hipóteses, que já eram utilizadas pela doutrina e reconhecidas pela jurisprudência, agora estão inseridas expressamente previstas em lei.

A última hipótese é a do inciso III do §4º do art. 844 da CLT, em que a contumácia é afastada se a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato, por exemplo, cobrança de um acordo homologado por meio da arbitragem sem a apresentação do documento; reajuste salarial previsto em instrumento normativo, sem o respectivo instrumento coletivo (acordo coletivo de

trabalho ou convenção coletiva, ou ainda o acordo do hipe-empregado com seu empregador); dentre outras hipóteses.

Todas as previsões legais afluem para um mesmo ponto em comum, o princípio da busca da verdade real, pois a utilização do Poder Judiciário deve ser permeada da boa fé objetiva em todos os seus atos. Além disso, há alterações legislativas atuais que permitem a apresentação de defesa sem a presença da parte, mas apenas de seu advogado, em audiência art. 844, §5º conjugado com o parágrafo único do art. 847 do texto consolidado pós reforma trabalhista, referem-se também à busca da verdade real, princípio e regra que incidem sobre a revelia, afastando a contumácia e seus efeitos, como se pode observar: “§ 5o. Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados” e “Parágrafo único. A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência.”

Em termos de processo eletrônico não é demais destacar que a apresentação efetiva da defesa pressupõe a inserção da peça e documentos no sistema de modo não sigiloso. A Resolução n.º185 do Conselho Nacional de Justiça, no art. 27 e 28 permite que os tribunais configurem peças para serem protocoladas inicialmente sob sigilo processual. O sigilo processual nesse caso não está vinculado ao conceito de sigilo legal, permitindo nos seguintes casos (art. 189 do CPC c.c art. 769 da CLT): I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Observe-se que o sigilo de defesa defendido dentro do Processo do Trabalho, quando os autos são eletrônicos, não se refere a nenhuma dessas hipóteses legais na maior parte dos casos, mas ao fato de que a defesa se apresenta em audiência e por isso a parte resguarda o direito de apresentá-la a outra apenas nesse momento. Essa é a razão do argumento apresentado nesse estudo para que a defesa que pode elidir a revelia, quando ausente a parte e seu advogado é aquela apresentada sem o sigilo, porque se a parte ou seu advogado não se apresentam em audiência para pedir a retirada do sigilo, não pode o juiz fazê-lo de ofício sob pena de violar a isonomia processual.

Outro ponto de conflito processual é o momento em que o juiz pode reconhecer a ausência do demandado. Em princípio a audiência é una – art. 847 da CLT. Porém, se há pluralidade de reclamados, onde um comparece, e os outros dois não, sendo que um desses tem citação válida e o outro não foi encontrado, tem-se que a citação válida e a ausência são os requisitos da revelia. Se não houver defesa eletrônica publicizada, sem o sigilo processual, haverá também a contumácia e o efeito da presunção de veracidade das narrativas do reclamante, elidida pelos casos *supra* expostos. A audiência será adiada, para aproveitar o ato, o juiz tem a faculdade de tentar a conciliação e pode desde logo manifestar-se sobre a revelia,

porque a partir de então, os atos processuais, salvo a sentença, correrão sem a necessidade de intimação (ou notificação) do réu revel.

A audiência adiada como uma, regra geral trabalhista, ocorrerá e novas possibilidades se apresentarão quanto aos demandados. O revel pode comparecer e atuar no processo no estado em que se encontrar, inclusive apresentando a defesa, porque o prazo desta é de 20 minutos em audiência, elidindo a contumácia; o réu presente na audiência anterior, ciente, se presente pode ou não apresentar sua defesa, sendo essa uma faculdade, mas pode acontecer de agora esse réu faltar à audiência sem justo motivo e pela falta de defesa atrair a presunção relativa de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, observadas as exceções legais (teoria da marcação reversível); e, citado o terceiro demandado, não encontrado anteriormente, este também pode se inserir em uma das possibilidades já descritas.

Após a tentativa de conciliação, se infrutífera, e o momento da defesa, as partes presentes, poderão apresentar suas provas. Observe-se que a defesa tem o condão de tornar controvertida a matéria, e apenas nesse caso, considerando-se o princípio da impugnação especificada que rege a defesa no Processo Civil e do Trabalho – diferente do Processo Penal que admite defesa por negativa geral, art. 396 e 396-A do CPP (Precedente - STF HC n.º 111.582 Paraná, Min. Relator: Luiz Fux, 1ª Turma – DJe 04/05/2012³⁴). O Código de Processo Civil admite a exceção ao princípio da impugnação especificada apenas para o caso do defensor público, advogado dativo e curador especial, estando essa regra inserida no parágrafo único do art. 341. Por aplicação subsidiária e compatibilidade essa regra do art. 341, parágrafo único, do CPC pode se inserir na sistemática do Processo do Trabalho (art. 769 da CLT) a fim de colmatar a lacuna legislativa do texto celetista.

Dessa forma, observa-se que a teoria da marcação reversível dos efeitos da revelia, assim denominada porque a praxis trabalhista não distingue a revelia da contumácia, e nem mesmo a maior parte da doutrina processual do trabalho³⁵, atende ao princípio da busca da verdade real. Mas, ainda além da verdade real, a teoria da marcação reversível dos efeitos da revelia observa a lealdade e boa-fé processual permitindo a existência de um processo hígido que atende à eticidade necessária para a atuação do Estado, por meio do juiz, na solução dos conflitos sociais judicializados.

O processo enquanto meio de solução do litígio, utilizando a colaboração das partes para a construção de uma resposta mais efetiva, tem por base o devido processo legal e a segurança jurídica. Esses princípios dependem da atuação das partes com lealdade processual e boa-fé (dever de expor os fatos conforme a verdade, expresso tanto no art. 77, I, do CPC

como no art. 793-B da CLT), porque a solução que compõe as partes e encerra o conflito não pode ser construída sob o manto da incerteza – o princípio da não surpresa está positivado expressamente no art. 10 do CPC – ou da improbidade, pois processo pressupõe segurança jurídica e tratamento das partes com isonomia e equidistância na aplicação da lei, sempre com o foco na lealdade, eticidade e boa-fé, sob pena de retorno à vingança privada.

REFERÊNCIAS:

31. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7 ed. rev.atual.aum.. Rio de Janeiro: 2008, p. 77.

32. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2 ed.São Paulo: Saraiva, 2005, vol. II, p.192

33. “O número de horas é bastante variável e difícil de ser avaliado cientificamente. “No livro dos records, o máximo alcançado foi de 164 horas”, diz o neurologista Flávio Alóe, do Centro para Estudos de Sono do Hospital das Clínicas da USP. Mas um dos casos mais lembrados pelos especialistas é de um estudo, realizado em 1935, no qual um jovem de 24 anos dormiu pouco mais de cinco horas durante um período total de quase dez dias. “Ele acreditava que o sono era apenas um hábito e, portanto, poderia ser interrompido sem detrimento à saúde”, diz a biomédica Deborah Suchecki, da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). A partir do quarto dia, o sujeito tornou-se cada vez mais confuso e irracional. Ele não lembrava mais onde estava, passou a apresentar delírios e ficou tão intratável que o projeto foi interrompido. Também, pudera, o tal jovem partiu de uma idéia errada. O sono é essencial para diversas atividades e funções orgânicas do nosso corpo. Tem papel fundamental, por exemplo, na capacidade de aprendizado e no processo de consolidação da memória.” MUNDO ESTRANHO. Quanto tempo uma pessoa pode ficar sem dormir? 19 ago 2016, 17h23 - Publicado em 18 abr 2011, 18h53. Disponível on line em: <https://mundoestranho.abril.com.br/saude/quanto-tempo-uma-pessoa-pode-ficar-sem-dormir/>. Acesso em: mai.2018.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7 ed. rev.atual.aum.. Rio de Janeiro: 2008.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BENUCCI, Renato Luis. Os efeitos da revelia nos países da América Latina e nos países da *common law*. In *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2002, vol. 106, p. 165 – 177, abr - jun de 2002.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei 1608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm>. Acesso em: set. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n.º 111.582 Paraná, Min. Relator: Luiz Fux, 1ª Turma – DJe 04/05/2012. P. 1 A 17. Disponível on line: < <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1962478>>. Acesso em: mai.2018.

BURGGGER, S. I. Walter. *Dicionário de filosofia*. Barcelona: Herder, 1958, p. 484 *apud* BARROS, BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. trad. Paolo Capitanio com notas de Enrico Tullio Liebman. Campinas: BookSeller, 1998. Vol III.

Dicionário Universal. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx>, acesso em 26/03/2007

DINAMARCO, Cândido Ragel. Ônus de contestar e o efeito da revelia. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 41/1986,| p. 185 – 197, Jan - Mar/1986.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2 ed.São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. II.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. In série: Os pensadores, n. 12. Trad. Kritik der reinen Vernunft. São Paulo: Nova Cultural, 1996, 1ª seção.

34. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n.º 111.582 Paraná, Min. Relator: Luiz Fux, 1ª Turma – DJe 04/05/2012. P. 1 A 17. Disponível on line: < <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1962478>>. Acesso em: mai.2018.

35. Por todos TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Petição inicial e resposta do réu no Processo do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 335

JAMES, William. *Pragmatism – the meaning of truth*. Trad. Pablo Rúben Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1974, vol. 40, p. 23, 24 e 42 (Coleção: Os Pensadores), *apud* BARROS, BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & C.ta, 1911, Vol I.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Petição inicial e resposta do réu no Processo do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2017.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008.

MUNDO ESTRANHO. Quanto tempo uma pessoa pode ficar sem dormir? 19 ago 2016, 17h23 - Publicado em 18 abr 2011, 18h53. Disponível on line em: <https://mundoestranho.abril.com.br/saude/quanto-tempo-uma-pessoa-pode-ficar-sem-dormir/>. Acesso em: mai.2018.

RUSSEL, Bertrand Arhur William. *Philosophical essays: the monistic teory of thruth – on de natural thruth and falsehood*. Trad. Pablo Rúben Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1974, vol. 42, p. 165 (Coleção: Os Pensadores) *apud* BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5 ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 1.

TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobreprueba y verdad**. Trad. Andréa Greppi. *In* Derechos e Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año VII, enero/diciembre, 2002, n. 11, p.99-123.

ÍTALO MENEZES DE CASTRO

Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Mestrando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduando em Direito Constitucional. Professor de cursos preparatórios para ingresso na magistratura do trabalho. Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região para o biênio 2016-2018.

A DUVIDOSA CONSTITUCIONALIDADE DO “FIM” DA EXECUÇÃO DE OFÍCIO DO CRÉDITO TRABALHISTA

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não é novidade para os operadores do direito que o Brasil é acentuadamente marcado por uma enorme profusão normativa: desde a Constituição de 1988 até setembro/2016, foram editados cerca de 5,4 milhões de atos normativos, correspondendo a leis, medidas provisórias, decretos, instruções normativas etc. Uma média de 769 novas normas por dia útil, segundo dados do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT¹.

Referida sanha normativa é capaz de explicar outro alarmante dado sobre o ordenamento jurídico brasileiro: 7 em cada 10 das leis analisadas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade no ano de 2015 foram consideradas inconstitucionais².

Esses dados, em verdade, só permitem confirmar a sensação relativamente uníssona entre os estudiosos da Ciência Jurídica: as leis e atos normativos produzidos no Brasil, em geral, são de discutível qualidade técnica.

É nesse contexto que se situa a aprovação da Lei n. 13.467/2017, instituindo a malsinada “Reforma Trabalhista”. Fruto de uma atuação, no mínimo, açodada do Poder Legislativo Federal, o referido diploma normativo pretendeu impactar sobremaneira o regramento do direito material e processual do trabalho no país, com opções legislativas, no mais das vezes, de duvidosa constitucionalidade.

Dentre essas opções, podemos destacar a nova redação dada ao art. 878 da CLT pela referida Lei n. 13.467/2017, ao prever que a “*execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado*”.

1. AMARAL, Gilberto Luiz do *et al.* *Quantidade de normas editadas no Brasil: 28 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: < https://ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2603/QuantidadeDeNormas201628A_nosCF.pdf>. Acesso em 21/8/2017.

2. PEREIRA, Robson. *Sete em cada dez leis analisadas pelo STF são inconstitucionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-24/sete-cada-dez-leis-analisadas-stf-sao-inconstitucionais>>. Acesso em: 21/8/2017.

2. O ART. 878 DA CLT “REFORMADA”

2.1. O CONTEXTO DA ALTERAÇÃO DO ART. 878 DA CLT
A nova redação dada ao art. 878 da CLT pela Lei n. 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”) decorreu do acatamento pelo relator do projeto, Deputado Rogério Marinho (PSDB/RN), da Emenda na Comissão - EMC n. 490, apresentada pelo Deputado Daniel Vilela (PMBD/GO), com a seguinte justificativa:

O objetivo da proposta de alteração do art. 878 da CLT visa manter a execução de ofício na Justiça do Trabalho apenas para os casos em que as partes estejam desassistidas de advogados. A razão é que a execução de ofício foi formulada justamente com base nessas situações em que o trabalhador empregado busca a Justiça Trabalhista sem o patrocínio de quem tenha preparo técnico e capacidade postulatória para tanto.

Estando a parte assistida de advogado, não há necessidade de execução de ofício promovida pelo próprio Juiz do Trabalho, o que, inclusive mantém sua imprescindível imparcialidade e atende ao princípio dispositivo apregoada pela ciência do direito processual, impedindo grave desequilíbrio na relação jurídica processual trabalhista.³

Ficou, assim, expressamente consignado que a execução seria “*promovida pelas partes*”, em franca modificação à possibilidade de ser “*promovida por qualquer interessado, ou ex officio*”, como constava do texto anterior, o que poderia sinalizar para uma eliminação da atuação oficiosa do juiz em sede de execução trabalhista.

Segundo essa premissa, pois, ao juiz do trabalho não mais seria dado, como regra, atuar *sponte sua* no âmbito da atividade executiva, o que, ensejaria a necessidade de requerimento da parte interessada para, doravante, serem promovidos quaisquer atos de execução no âmbito trabalhista.

Ocorre que um exame mais aprofundado do sistema executivo do processo laboral não referenda essa compreensão,

3. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1536187&filename=EMC+490/2017+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 4/9/2017.

ressaltando-se que a norma, uma vez editada, desgarrar-se das pretensões intelectivas de seu autor, devendo ser significada pelo intérprete à luz da integridade do ordenamento jurídico, conforme desenvolveremos adiante.

Antes, porém, importa mencionar, apenas, que a nova norma cria situação de exceção a essa enunciação geral, permitindo a atuação oficiosa do juiz, nos moldes tradicionalmente já experimentados, quando “*as partes não estiverem representadas por advogado*”, valendo-se, pois, do exercício do *ius postulandi* previsto no art. 791 da CLT. Muito embora o texto mencione o substantivo *partes* (plural), pensamos que a melhor interpretação da norma sinaliza no sentido de que a hipótese de exceção se verificará quando o exequente estiver no exercício do *ius postulandi*, independente de o executado estar ou não representado por advogado, não se exigindo, pois, que todos os integrantes da relação processual estejam concomitantemente sem o patrocínio técnico.

2.2. O IMPULSO OFICIAL DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

Muito embora a nova redação dada ao art. 878 da CLT pela Lei n. 13.467/2017 tenha excluído o juiz do rol de legitimados a promover, em regra, a execução da sentença trabalhista, cabe obtemperar que o impulso oficial do processo – inclusive, na fase executiva – não foi objeto de alteração pela reforma, persistindo, pois, a ideia geral enunciada pelo art. 2º do CPC/2015: “*O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei*”.⁴

No âmbito trabalhista, cabe especial menção ao art. 765 da CLT, que intensifica e particulariza o impulso oficial no processo do trabalho, ao garantir aos juizes “*ampla liberdade na direção do processo*”, bem como ao lhes impor o dever de velar “*pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas*”.

Isso significa que a fase de execução do processo trabalhista, apesar de não mais poder ser iniciada, em regra, pelo juiz, continua sofrendo a incidência do impulso oficioso após o requerimento do exequente.⁵

4. “À semelhança do processo de conhecimento, a relação processual cujo objeto é ação originada do efeito executivo da sentença condenatória, ou de documento a ela equiparado (art. 585 do CPC), inicia por demanda da parte e se desenvolve pelo impulso do juiz (art. 262). Desta maneira, os atos subsequentes ao ajuizamento da inicial, no procedimento *in executivis*, dentre eles os executivos, se submetem ao princípio do inquistório.

Em outras palavras, uma vez proposta a demanda, nenhum estímulo externo do exequente se requer para a emanção e a prática de qualquer ato, sejam quais forem o alcance e a consequência do provimento do juiz.” (ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 85-86).

5. Destaque-se que a liquidação da sentença, além de poder ser determinada de ofício pelo juiz – como sugere a redação do art. 879, *caput*, da CLT –, tecnicamente, não constitui departamento da fase executiva do processo, estando, pois, livre da restrição trazida pelo novo art. 878 da CLT: “A diferença se justifica porque os cálculos de liquidação, que, no processo do trabalho, são de simples acerto, via de regra são enquadrados como um complemento à fase cognitiva e não própria-

Assim, requerida a execução da sentença, o juiz do trabalho, além da citação para pagamento (art. 880 da CLT), poderá também determinar, independente de provocação da parte, a penhora livre de bens do executado, se este permanecer inerte, conforme prescreve o art. 883 da CLT (“*seguir-se-á a penhora*”).

Noção semelhante está igualmente presente no art. 7º, II e V, da Lei n. 6.830/80 – que rege os executivos fiscais e é o primeiro sistema a ser visitado pelo intérprete em caso de necessidade de colmatação de lacunas na execução trabalhista (art. 889 da CLT) –, ao prever que o despacho inicial na execução fiscal importa em ordem de penhora e registro se a dívida não for paga ou garantida.

Também o CPC/2015, ao determinar a expedição “*desde logo*”, do mandado de penhora, caso o devedor não pague o valor do débito no prazo estabelecido para o cumprimento de sentença, com o prosseguimento dos “*atos de expropriação*” (art. 523, § 3º).

Sendo assim, o impulso oficial na execução trabalhista autoriza o juiz a determinar a penhora livre de bens do executado, sendo que, em regra, essa providência é cumprida por mandado, ocasião em que o oficial de justiça, observando a ordem preferencial estabelecida pelo art. 835 do CPC/2015 (art. 882 da CLT), poderá proceder à constrição de quaisquer espécies de bens ali elencados.

Esse arcabouço normativo, portanto, é o fundamento que permite ao juiz do trabalho continuar se valendo dos convênios institucionais viabilizadores dessa constrição patrimonial (Bacenjud, Renajud, etc.). Ora, se o oficial de justiça nada mais é do que a *longa manus* do juízo no cumprimento de ordem judicial e se está autorizado a proceder à penhora de quaisquer dos bens descritos no dispositivo acima citado, não há razão lógica ou jurídica para entender que o juiz não poderia fazê-lo. A conclusão, pois, é de que o magistrado poderá continuar a utilizar as ferramentas institucionais como mera decorrência do impulso oficial existente na execução trabalhista.

É verdade que, especificamente quanto à constrição de ativos financeiros por meio eletrônico – a chamada penhora *on-line* –, sempre nos pareceu incongruente, à luz argumentação supra, que o direito processual civil exigisse requerimento expresso do exequente para a realização do ato, conforme regia o antigo art. 655-A do CPC/73, noção que foi mantida no atual art. 854 do CPC/2015. Se o oficial de justiça, no cumprimento do mandado, está autorizado a penhorar dinheiro em espécie do executado (ex.: penhora na “boca do caixa”), nenhuma razão há para que o juiz não possa fazê-lo quando esse montante esteja depositado ou aplicado em instituição financeira. A única diferença é o local em que se encontra o numerário e o meio através do qual a constrição será feita.⁶

mente como parte integrante da execução forçada.” (SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT, 2017, p. 170).

6. “[...] a penhora pelo sistema Bacenjud (“penhora *on-line*”) não passa de uma forma específica de realizar um ato processual tão antigo quanto o próprio processo executivo: a penhora de dinheiro, preslando-se tão somente a substituir um sistema que se mostrou caro,

Assim, a despeito da jurisprudência que se formou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - STJ⁷, acompanhamos a ponderação de parte da doutrina, no sentido de que a norma não veda a atuação oficiosa do juiz na utilização da penhora *on-line* e deve ser lida de forma sistemática com todo o regramento da atividade executiva:

Entendo que o pedido expresso do requerente só deve ser exigido quando na própria petição inicial for requerida a penhora *on-line* de forma liminar, antes mesmo da citação do executado. [...]

Por outro lado, citado o executado e não sendo realizado o pagamento, entendo absolutamente dispensável o expresso pedido do exequente para a realização da penhora *on-line*, afinal, como já asseverado, esta modalidade de ato construtivo é uma mera forma procedimental de realizar a penhora em dinheiro, primeira classe de bens prevista na ordem do art. 835 do Novo CPC. Cabe ao impulso oficial, previsto no art. 2º do Novo CPC, a realização da penhora, não sendo razoável condicionar a utilização de um meio mais fácil, rápido, barato e eficaz ao expresso pedido do exequente.⁸

Dessa maneira, requerido o início da execução pelo credor trabalhista, o juiz está autorizado a determinar, dentre outros: a) a citação do executado (art. 880 da CLT); b) a penhora de bens (art. 883 da CLT), com observância da ordem legal de preferência (art. 882 da CLT c/c art. 835 do CPC/2015), seja por meio de mandado a ser cumprido pelo oficial de justiça, seja através da utilização de convênios institucionais (Bacenjud, Renajud etc.); c) o registro da penhora e a avaliação (art. 7º, IV e V, da Lei n. 6.830/80); d) os atos necessários a realizar a expropriação dos bens (art. 888 da CLT c/c art. 523, § 3º, *in fine*, do CPC/2015).

Assim, inúmeros mecanismos continuarão a ser tranquilamente utilizados pelo juiz do trabalho no desenrolar da execução trabalhista. O que se faz necessário, pois, é diferenciar a deflagração da execução – que, segundo o novo art. 878 da

demorado e ineficaz. O ato processual, portanto, continua a ser absolutamente o mesmo de antes; o que se tem de novidade é apenas a forma pela qual tal ato será praticado.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.169).

7. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON LINE. BACEN JUD. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO PELA EXEQUENTE. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ. IMPOSSIBILIDADE. ART. 655-A DO CPC. Nos termos do art. 655-A do CPC, a constrição de ativos financeiros da executada, por meio do Sistema Bacen Jud, depende de requerimento expresso da exequente, não podendo ser determinada ex officio pelo magistrado. Precedentes. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp 48.136/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011).

8. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual...*, p. 1.170. No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 1.221.

CLT, somente pode se dar com a iniciativa da parte – do impulso processual oficioso, que é dever do juiz (art. 765 da CLT c/c art. 2º do CPC/2015).⁹

2.3. ALGUMAS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 878 DA CLT

Do que até aqui se viu, pode-se constatar que, requerido o início da fase executiva pelo credor trabalhista, a decisão que a defere permitirá a citação, a penhora, o registro, a avaliação e a expropriação dos bens penhorados como corolário do impulso oficial presente na fase executiva.

Ocorre que esse impulso oficial na execução não é irrestrito, permitindo-se afastar a ilação de que, requerida a execução pelo credor trabalhista, será “*tudo como dantes no quartel de Abrantes*”.

Cite-se, por exemplo, a polêmica envolvendo o incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 e seguintes do CPC/2015, que exige expresso requerimento da parte para a sua instauração.

Apesar de o Tribunal Superior do Trabalho – TST ter firmado a sua orientação no sentido da compatibilidade do referido incidente com o processo trabalho – discussão que, doravante, perderá bastante fôlego, em razão da inserção do novo art. 855-A ao texto da CLT pela Lei n. 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”) –, resguardou expressamente a possibilidade de sua instauração pelo juiz em sede de execução trabalhista (art. 6º da IN n. 39/2016 - TST), considerando a regra da execução *ex officio* presente na redação anterior do art. 878 da CLT.

Esse nos parece, pois, um eloquente exemplo de ato que não mais poderá ser praticado oficiosamente pelo juiz sob a égide da nova sistemática trazida pela Lei n. 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”).¹⁰

Outrossim, pensamos que também o eventual direcionamento da execução para a responsável subsidiária – como nos casos de terceirização (Súm. 331, IV, do TST e art. 5º-A, § 5º, da Lei n. 6.019/74) – que, antes, se dava por atuação oficiosa

9. “Isto significa dizer que a nova redação do art. 878 da CLT não implica considerar que o Juiz da Execução – uma vez requerida a execução – dependa, doravante, de sucessivos requerimentos da parte interessada para a realização de atos voltados ao resultado da tutela cognitiva. Assim, uma vez instaurada a instância executiva, a se admitir a legitimidade constitucional na inovação, *os demais atos processuais observam a inquisitorialidade* (art. 765, CLT c/c art. 2º, CPC), até mesmo porque cabe ao juiz ordenar esses atos – como os de constrição – em função da natureza da obrigação e as características do processo.” (CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza; CHAVES, Luciano Athayde. Aspectos gerais da reforma da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Lei n. 13.467/2017) no processo de execução na Justiça do Trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho; TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia. *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017, p. 247).

10. Em sentido contrário: LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Execução de ofício – do fim ao recomeço. In: JANOTTI, Cláudio *et al.* (org.). *Constituição, Seguridade Social e Trabalho*. Livro do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. São Paulo: LTr, “no prelo”.

do juiz, desafiará, doravante, o necessário requerimento da parte, sendo também idêntica a conclusão para hipótese de inclusão de empresa integrante do mesmo grupo econômico.

Outro exemplo repousa na recente previsão do art. 782, § 3º, do CPC/2015, que permite a inclusão do devedor em cadastro de inadimplentes, mas condiciona a providência a requerimento do credor, exigência justificada em razão da responsabilização pelos danos que eventual inscrição indevida do executado nesses cadastros pode vir a acarretar.

Dessa maneira, entendemos que, apesar de mantido o impulso oficial na execução trabalhista, não há mais permissão para que o juiz continue agindo oficiosamente com a mesma liberdade presente no regime anterior, ficando, pois, condicionado ao regramento existente na Lei n. 6.830/80 e no CPC/2015 para materializar sua atuação.

Precisamente, em razão dessas limitações é que a nova redação dada ao art. 878 da CLT não está isenta de dúvidas quanto à sua constitucionalidade.

2.4. AINDA SOBRE AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO ART. 878 DA CLT “REFORMADA”: A BRECHA DEIXADA PELO LEGISLADOR

Antes, porém, de passarmos a incursionar na análise da constitucionalidade da norma contida no novo art. 878 da CLT “Reformada”, cabe realçar um aspecto extremamente minucioso não percebido pelo legislador “reformista”, que representa solução criativa para a sobrevivência da execução oficiosa do crédito trabalhista.

Ora, sabe-se que a Justiça do Trabalho possui competência para a execução, de ofício, do crédito previdenciário incidente sobre as sentenças que proferir, conforme art. 114, VIII, da CF, o que autoriza o juiz do trabalho a atuar proativamente na busca pela satisfação do crédito previdenciário mesmo sem qualquer provocação dos órgãos de representação judicial da União. E sabe-se também que o crédito trabalhista é privilegiado em relação ao crédito tributário (art. 186 do CTN).

Nesse contexto, pensamos que os limites impostos pelo art. 878 da CLT “Reformada” podem vir a cair por terra, em termos práticos, se o juiz do trabalho se atentar para a regra do referido art. 186 do CTN, pois, procedendo à execução de ofício do crédito previdenciário e vindo a encontrar bens, poderá, antes de satisfazê-lo, intimar o credor trabalhista para dizer se tem interesse na execução do referido patrimônio, por ser credor privilegiado.

Isto é, o juiz do trabalho poderá atuar livremente na execução do crédito previdenciário, mas, encontrando bens passíveis de penhora, deverá intimar o credor trabalhista para se manifestar sobre eventual interesse na expropriação destes, interesse esse que, convenhamos, dificilmente deixará de ocorrer na prática.

Concretamente, pois, aplicada essa solução criativa decorrente da incongruência criada pelo legislador, o resultado prático será quase o mesmo da execução oficiosa do crédito laboral, representando, assim, uma virtuosa alternativa à opção manifestada pela nova redação do art. 878 da CLT, cuja duvidosa constitucionalidade abordaremos adiante.

3. A DUVIDOSA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 878 DA CLT “REFORMADA”

3.1. A execução oficiosa e o direito fundamental à efetividade do processo

O período de ascensão e apogeu do Estado Liberal foi o grande referencial histórico e teórico para a afirmação do Direito Processual como ciência, a partir da concepção do processo como relação jurídica diversa da relação de direito material que lhe é subjacente.¹¹ Em razão disso, a grande tônica da pesquisa científica no campo do Direito Processual relacionou-se à necessidade de identificar categorias jurídicas próprias a essa nova modalidade de relação jurídica.¹²

Ocorre que, com a ascensão do Estado Social, passou-se a perceber que o processo não deveria funcionar apenas como mecanismo de certificação de direitos, mas, antes de tudo, como instituto capaz de assegurar a obtenção dos resultados concretos desejados pelo direito material, permitindo “dar, na medida da possibilidade prática, a quem possui um determinado direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que tem direito de obter”¹³.

Surge, daí, a noção de efetividade do processo, como corolário da efetividade da tutela jurisdicional e do direito fundamental do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF):

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* – compreende, em

11. “Com a obra de Oskar Bülow, e a partir dela, o processo deixa de ser mero procedimento, convertendo-se na abstrata relação jurídica que obedece a pressupostos próprios de existência e validade. [...] A ação deixa de ser compreendida como um apêndice do direito material, passando a representar um direito público subjetivo autônomo de ir a juízo e lograr uma sentença.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36).

12. “Embebida pelo racionalismo iluminista burguês do séc. XVIII, a processualística desenvolvida na Europa do séc. XIX assumiu a tarefa de elevar o direito processual civil a um ramo autônomo, mediante o entendimento do processo como uma relação jurídica complexa e mediante uma decomposição desta relação protéica em inúmeras situações jurídicas mais simples (pretensões, faculdades, imunidades, poderes, deveres, sujeições, funções, ônus processuais, etc.). [...] Enfim, sintonizada com a necessidade de segurança jurídica imposta pelo Estado Liberal de Direito, a dogmática processual era uma ciência organizatória das categorias processuais civis a partir de conceitos-chave (ação, jurisdição, processo, etc.). Com isto, a atividade intelectual dos processualistas cingiu-se a aventuras cerebrinas no mundo lógico das normas, e as questões sobre eficácia passaram a circundar as grandes dissidências acadêmicas.” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, mar./2005, p. 277-278).

13. “[...] dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho, todo aquello y exactamente aquello que tiene derecho a conseguir.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Trad.: E. Gomez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 53).

suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.¹⁴

Nesse contexto, uma análise inicial do tema já permitiria supor que a redução da atuação oficiosa na execução militar contra a expansão do referido direito fundamental, na medida em que reduziria o potencial de atuação do Estado na busca pela concretização dos resultados de seus provimentos jurisdicionais.

Ora, se a efetividade do processo nada mais é do que corolário do direito fundamental de acesso à justiça, bem como que processo efetivo é aquele que assegura ao credor a “obtenção do mesmo resultado que alcançaria se o dever correspondente ao seu direito tivesse sido adimplido espontânea e oportunamente”¹⁵, a criação de entraves injustificáveis ao alcance desse desiderato sinaliza na contramão da referida garantia.

Deve-se lembrar que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 592/1992, à semelhança de outras normas internacionais, prevê como direito humano a garantia de um acesso efetivo dos cidadãos aos tribunais, assim como o cumprimento das respectivas decisões.¹⁶

É verdade que o direito à efetividade do processo (assim como outros direitos fundamentais), além de não ser absoluto, também está sujeito ao natural poder de conformação do legislador.

No entanto, essa conformação precisa atender aos reclamos da proporcionalidade, notadamente, à ideia de adequação, cujo preenchimento é extremamente duvidoso no caso: se uma das razões para se restringir a execução oficiosa era resguardar a garantia da imparcialidade – como justificado pelo legislador –, incongruente, pois, que continue sendo permitida nos casos de *ius postulandi* e no caso de cobrança do crédito previdenciário. O juiz que supostamente seria parcial em processo de credor trabalhista com representação técnica também poderá sê-lo no processo do credor sem essa representação, assim como na execução do crédito previdenciário. Raciocínio que não fecha, a nosso ver.

3.2. A EXECUÇÃO OFICIOSA RESTRITA AO IUS POSTULANDI: INJUSTIFICÁVEL DISCRIMINAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NO PROCESSO

14. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 66.

15. ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Anotações sobre a efetividade da jurisdição e do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 919, mai. 2012, p. 330.

16. Artigo 2. [...] 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a: a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; [...] c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

A questionável distinção na restrição da atuação executiva oficiosa do juiz também gera outro problema ao intérprete.

Com efeito, ao autorizar a execução *ex officio* nos casos de credor em exercício do *ius postulandi* e afastá-la nas hipóteses de exequente representado por advogado, a norma – além de criar inconcebível diferenciação na concretização do direito fundamental à efetividade do processo, considerando que a todos os credores trabalhistas, independentemente da representação técnica, devem ser previstos meios igualmente efetivos para a entrega do bem da vida – descamba para ofensa ao art. 133 da CF.

Ora, se o advogado é “indispensável à administração da justiça”, como prescreve o referido dispositivo constitucional, como compatibilizar verticalmente a norma do art. 878 da CLT “Reformada”, que cria regime aparentemente mais favorável ao credor que atua sem ele?

Nesse contexto, mais vantajoso ao credor trabalhista, então, que figure pessoalmente na fase de execução, de forma a contar com uma atuação estatal mais incisiva e efetiva em favor da satisfação do seu crédito, implicando a norma autêntico estímulo para o afastamento da figura do advogado do exercício da jurisdição da trabalhista.

Inclusive, à luz desse regramento, nada impediria que o trabalhador se fizesse representar por advogado durante toda a fase de conhecimento do processo e, chegado o momento da execução, ajustasse de forma consensual com seu causídico a revogação dos poderes para atuação em juízo (cláusula *ad iudicia*), sem prejuízo da manutenção da atuação do patrono na análise e acompanhamento do feito¹⁷ e na redação e preparação de requerimentos em nome do credor. Assim, o trabalhador contaria com a atuação oficiosa do juiz, ao mesmo tempo também que manteria a assistência técnica em sua retaguarda.

É verdade que a norma do art. 133 da CF não é de caráter absoluto, como tem reiteradamente proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, admitindo-se a capacidade postulatória, independente de representação técnica, por exemplo, nas hipóteses de ações propostas perante os juizados especiais¹⁸ e perante a Justiça do Trabalho ou mesmos nos casos de impetração de *habeas corpus*¹⁹.

No entanto, todas essas exceções estão justificadas pela necessidade de facilitação do acesso do cidadão à justiça, pois, nessas hipóteses, exigir a representação técnica para a postulação em juízo poderia implicar ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF.

17. Lembre-se que o processo é público, assistindo ao advogado o direito de “examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos” (art. 7º, XIII, da Lei n. 8.906/94).

18. STF - ADI 1539, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2003, DJ 05-12-2003 PP-00017 EMENT VOL-02135-03 PP-00398.

19. STF - ADI 1127, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2006, DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT VOL-02405-01 PP-00040 RTJ VOL-00215-01 PP-00528.

Nesse sentido, extrai-se do voto do Min. Maurício Corrêa, no julgamento da ADI 1539, que questionava o art. 9º da Lei n. 9.099/95:

A possibilidade de dispensa do advogado, tendo em vista o pequeno valor da causa, visa facilitar a busca da prestação jurisdicional daqueles sem condições econômicas de suportar os ônus do processo e dos honorários advocatícios. Autoriza, desse modo, que as causas antes materialmente inviabilizadas pelos custos a ela inerentes e que no mais das vezes eram superiores à própria reparação pretendida possam agora ser submetidas ao Poder Judiciário.

A disposição, assim concebida, responde ao anseio social de democratização e facilitação do acesso à jurisdição, removendo empecilhos de ordem econômica incompatíveis com a competência especial desses órgãos, sem que com isso se desqualifique a nobilíssima atividade profissional do advogado.

Ademais, o que o STF assentou em sua jurisprudência é que não viola o art. 133 da CF a possibilidade de a parte exercer pessoalmente a sua capacidade postulatória em determinadas situações, e não a possibilidade de o legislador estabelecer regime processual diferenciado conforme se trate de parte com ou sem advogado, como ocorre na hipótese.

A nova redação dada ao art. 878 da CLT, portanto, ao criar regime de execução aparentemente mais efetivo para a parte que se encontra desassistida de advogado, acaba por estimular o alijamento do referido profissional da fase executiva do feito trabalhista, sem qualquer razão justificável para tanto, a descambar para a ofensa ao art. 133 da CF.²⁰

3.3. EXECUÇÃO OFICIOSA APENAS DO CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO: A QUEBRA DA ISONOMIA

Outro ponto ensejador de dúvidas quanto à constitucionalidade da nova regulamentação trazida pelo art. 878 da CLT “Reformada” diz respeito à flagrante quebra de isonomia na execução do crédito trabalhista em contraponto à do crédito previdenciário.

Com efeito, sabe-se que a Lei n. 13.467/2017 reiterou a disposição já existente no art. 114, VIII, da Constituição Federal, estabelecendo competência à Justiça do Trabalho para a execução, de ofício, das contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas objeto das condenações que proferir (Súmula Vinculante n. 53 STF).

Disso resulta, inicialmente, que o crédito previdenciário é apenas acessório em relação ao crédito laboral, pois decorre exatamente das sentenças que condenem o empregador ao pagamento em pecúnia de parcelas trabalhistas, conforme fixou o STF no julgamento do RE n. 569.056²¹, a despeito

20.

21. EMENTA: Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Competência da Justiça do Trabalho. Alcance do art. 114, VIII, da Constituição Federal. 1. A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança apenas a execução das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir. 2. Recurso extraordinário conhecido

da regra contida no art. 876, p.u., da CLT. Assim também foi o pronunciamento do Min. Marco Aurélio, por ocasião do referido julgamento, ao assentar que “quanto às contribuições sociais, essa competência os revela acessório, ou seja, não se pode cogitar da execução de ofício pela Justiça do Trabalho sem haver o principal a condenação do empregador em verbas trabalhistas”.

Nesse contexto, indaga-se: se o crédito previdenciário é meramente acessório ao crédito laboral e se este é preferencial em relação àquele (art. 186 do CTN), como justificar o tratamento díspar e menos benéfico na execução em relação ao crédito trabalhista?²²

Evidentemente que não se desconhece a possibilidade de instituição de prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública, as quais, em último caso, decorrem do próprio interesse público envolvido em sua atuação, bem como, em alguns casos, da necessidade de preservação da paridade de armas. Contudo, soa anti-isonômico que o Estado, uma vez elegendo o crédito trabalhista como superprivilegiado, venha a estabelecer estrutura mais efetiva de execução exatamente em favor do crédito de menor privilégio (tributário), que, além do mais, é meramente acessório.²³

Sobre o assunto, oportuno lembrar o julgamento da ADI 4357 pelo STF, ocasião em que foi analisada a constitucionalidade do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela EC n. 62/09.

No que tange, especificamente, à necessidade de compensação prévia do crédito do particular com os seus débitos perante a Fazenda Pública, procedimento previsto no § 9º do art. 100 da CF (redação dada pela EC n. 62/09), assentou o Min. Luiz Fux (relator designado para o acórdão):

e desprovido. (STF - RE 569056, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008 EMENT VOL-02345-05 PP-00848 RTJ VOL-00208-02 PP-00859 RDECTRAB v. 16, n. 178, 2009, p. 132-148 RET v. 12, n. 72, 2010, p. 73-85).

22. “Não podemos deixar de observar, ademais, que o mesmo legislador, que agora restringe a possibilidade de o juiz do trabalho dar início, por si, à execução, manteve o parágrafo único do art. 876, da CLT, que determina a execução, de ofício, das contribuições sociais! Teria, o fato, decorrido de inadvertência do legislador, ou sido produto de sua intenção?” (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, p. 196)

23. “Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do grave imposto. [...] Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadas de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 38-39).

In casu, não está em debate a razoabilidade da compensação de créditos inscritos em precatórios. Tal como já apontado linhas atrás, o instituto jurídico da compensação é, em si, instrumento de justiça e de eficiência na disciplina das relações obrigacionais. O que aqui se discute é, como na ADI nº 1.753/DF, a validade da compensação instituída unilateralmente, em proveito exclusivo da Fazenda Pública. E não me parece haver razoabilidade nesta discriminação. Segundo o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 49). Na hipótese aqui analisada, o fator de discriminação (natureza pública ou privada do credor/devedor) não mantém qualquer relação com o tratamento jurídico dispensado às partes (possibilidade ou não da compensação do crédito/débito). [...]

Por que apenas a Administração Pública, quando devedora, poderá ter seus débitos compensados com seus créditos? Não há justificativa plausível para tamanha discriminação. A medida deve valer para credores e devedores públicos e privados, ou acaba por configurar autêntico privilégio odioso.²⁴

Mutatis mutandis, é exatamente o que ocorre no caso presente, em que o Estado garantiu à Fazenda Pública a execução do seu crédito acessório de maneira oficiosa – aspecto que sequer poderia vir a ser objeto de alteração pela Lei n. 13.467/2017, considerando o *status* constitucional da referida competência (art. 114, VIII, da CF) –, mas instituiu exclusão dessa mesma possibilidade para o particular, detentor do crédito principal e, acima de tudo, privilegiado.²⁵ Parafraseando o Min. Luiz Fux, poderíamos indagar: por que apenas a União, quando credora, poderá ver seus créditos executados de ofício?

A situação se torna ainda mais intrigante quando analisada sob a dimensão do momento da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias resultantes das sentenças condenatórias trabalhistas.

Com efeito, após a inclusão do § 2º ao art. 43 da Lei n. 8.212/91 – efetuada pela Medida Provisória n. 449/2008, posteriormente, convertida na Lei n. 11.941/2009 –, a jurisprudência do TST se firmou no sentido de que, para o período posterior

24. STF - ADI 4357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014.

25. “Em vista disso, a prevalecer a interpretação tão somente gramatical da alteração promovida no art. 878 da CLT, pela Lei nº 13.467/17, haverá flagrante ofensa aos princípios da proteção e da isonomia, já que o acessório (crédito da União, relativamente às contribuições previdenciárias) seria executado de ofício, ao passo que o principal (crédito trabalhista) e privilegiado (art. 83, I, da Lei nº 11.101/05), a requerimento do interessado”. (LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Execução de ofício..., “no prelo”).

à edição da referida norma, o momento do fato gerador das contribuições previdenciárias coincide com a própria prestação dos serviços, e não com o pagamento em juízo do crédito laboral, como se entendia para o período anterior.²⁶

Isto é, o fato gerador da contribuição previdenciária se considera ocorrido na época da prestação dos serviços, independente da data em que os direitos trabalhistas correspondentes venham a ser efetivamente quitados pelo empregador.

Nesse contexto, vindo a sentença a condenar o empregador em determinadas parcelas trabalhistas, para período posterior à inclusão do § 2º do art. 43 da Lei n. 8.212/91, e deixando o trabalhador – representado por advogado – de requerer o início da execução do seu crédito, o juiz do trabalho não poderia atuar na execução do crédito laboral (art. 878 da CLT “Reformada”), mas deveria atuar na cobrança do crédito previdenciário (art. 114, VIII, da CF), gerando situação manifestamente incongruente. Na realidade, seria mais acertado dizer que estaria atuando um verdadeiro “juiz da Previdência” meramente travestido de juiz do trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável que o legislador reformista (Lei n. 13.467/2017) pretendeu golpear severamente a estrutura de diversos pilares do processo trabalhista, um dos quais a execução oficiosa, por meio da alteração da redação do art. 878 da CLT. No entanto, a opção legislativa não está isenta de dúvidas quanto à sua constitucionalidade, como brevemente suscitamos nas linhas pretéritas.

O presente artigo, sem representar um estudo analítico, minucioso e exauriente do tema, representa, na realidade, uma ebulição de ideias decorrentes da análise da nova conjuntura legislativa, cujo intuito, antes de tudo, é provocar a reflexão dos amantes do processo do trabalho quanto aos temas sucintamente aqui abordados. Afinal, a partir de 11 de novembro de 2017, a Lei n. 13.467/2017 entra em vigor e, junto com ela, uma enxurrada de questões a serem resolvidas. Um oceano novo a ser valentemente desbravado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Anotações sobre a efetividade da jurisdição e do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 919, p. 317-335, mai. 2012.

ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2004.

AMARAL, Gilberto Luiz do et al. *Quantidade de normas editadas no Brasil: 28 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2603/QuantidadeDeNormas201628AnosCF.pdf>>. Acesso em 21/8/2017.

26. TST - E-RR - 1125-36.2010.5.06.0171, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 20/10/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DEJT 15/12/2015.

CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza; CHAVES, Luciano Athayde. Aspectos gerais da reforma da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Lei n. 13.467/2017) no processo de execução na Justiça do Trabalho. *In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho; TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica.* São Paulo: LTr, 2017, p. 243-256.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Trad.: E. Gomez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, p. 275-301, mar./2005.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Execução de ofício – do fim ao recomeço. *In: JANOTTI, Cláudio et al. (org.). Constituição, Seguridade Social e Trabalho.* Livro do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. São Paulo: LTr, “no prelo”.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Robson. *Sete em cada dez leis analisadas pelo STF são inconstitucionais.* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-24/sete-cada-dez-leis-analisadas-stf-sao-inconstitucionais>>. Acesso em: 21/8/2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista.* São Paulo: RT, 2017.

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.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo.* São Paulo: RT, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ACÓRDÃO

PJe
PROCESSO Nº 1000960-50.2017.5.02.0037 – 8ª TURMA
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
RECORRIDO: ADRIANNE BELTRAME ROBERTO
ORIGEM: 37ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

I – R E L A T Ó R I O

Inconformada com a r. sentença de ID 9853358, complementada por decisão em embargos de declaração de ID a3b89c0, cujo relatório adoto, que julgou **parcialmente procedentes** os pedidos formulados na reclamação promovida por **ADRIANNE BELTRAME ROBERTO** em face de **CAIXA ECONOMICA FEDERAL**, recorre ordinariamente a reclamada, que pelas razões de ID 79e90c2, insurge-se em relação aos seguintes tópicos: a) nulidade – cerceamento de defesa; b) indevida antecipação de tutela; c) redução da jornada sem redução – impossibilidade de aplicação da Lei 8112/90, inexistência de lacuna em ACT e violação à Lei 8112/90 e d) compensação e dedução.

Contrarrazões sob ID e65a6ec.

É o relatório.

II - V O T O

1. Admissibilidade recursal

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **co-nheço** do recurso interposto.

2. Preliminar

2.1. Nulidade por cerceamento de defesa

Alega a reclamada a ocorrência de cerceamento de defesa, insurgindo-se contra o indeferimento de perícia médica em audiência, sustentando que tal fato impediu que fosse demonstrada a real necessidade da presença exclusiva da mãe para acompanhamento em exames, consultas e tratamentos, o que teria ofendido o devido processo legal e o direito à ampla defesa e contraditório.

Pois bem. Inicialmente, cabe frisar que o juiz possui a direção do processo, nos termos do artigo 765 da CLT, podendo indeferir provas que entenda desnecessárias e inúteis à solução da controvérsia.

No caso em questão, na ata de audiência (ID 1772264) em que ocorrera o alegado cerceamento de defesa constou que “A Caixa Econômica Federal reitera o pedido de perícia médica no filho da reclamante, sob o argumento de que os documentos juntados com a inicial não especificam a real neces-

sidade de presença exclusiva da genitora ou se ela poderia (sic) ser acompanhada no tratamento pelo (sic) pai. Indefiro, portanto, ao inquirir a reclamada se houve questionamento acerca da autenticidade do conteúdo (sic) dos documentos médicos juntados com a inicial, ela responde que não, esclarecendo apenas que foram feitos por psicólogos (sic) e não por médicos. Esclareço à reclamada que a prova pericial não se prestaria ao fim de esclarecer a necessidade de acompanhante (sic) do tratamento da doença exclusivamente por mãe ou outro responsável sendo absolutamente (sic) inadequada para tal desiderato. Protestos.”

Embora, em audiência, a reiteração ao pedido de perícia tenha se limitado à questão da real necessidade de acompanhamento exclusivo pela mãe, buscava em defesa a reclamada a comprovação da condição da criança apontada pela reclamante.

Houve a juntada de elementos suficientes de prova, no sentido de comprovar que a reclamante é mãe de criança portadora de Transtorno do Espectro Autista, dependente dos seus cuidados.

O atestado médico elaborado pelo médico neurologista (ID 1bf70d4), aliado ao uso de medicação controlada pela criança (ID 35cf037 – págs. 5/6), bem como o relatório elaborado por três profissionais da área da Psicologia comprovam satisfatoriamente a condição do filho da reclamante.

Inicialmente, o atestado médico mencionado justifica a necessidade de acompanhamento da criança pela mãe, no caso a reclamante, dada a idade da criança (nascimento em 10.03.2014 – ID 35cf037 - Pág. 4).

Entretanto, pelo relatório elaborado pelos psicólogos, restou constatado que o objetivo da avaliação visa traçar o perfil do neurodesenvolvimento global da criança pelo período de 8 (oito) meses de tratamento, que observou, no início, sinais e sintomas de Transtorno do Espectro do Autismo (TEA), aliados a alterações no tônus e processos de autonomia e dificuldade respiratória. O tratamento consiste em sessões individuais em terapia de troca e desenvolvimento a fim de ampliar a comunicação social e favorecer questões relacionadas ao desenvolvimento e comportamento, bem como orientações sistemáticas à família, acompanhamento neuropediátrico e fonoaudiológico.

Por tais documentos resta suficientemente demonstrada a existência da doença. Cabe assinalar que sequer foram objeto de impugnação específica por parte da reclamada, conforme constou dos fundamentos para o indeferimento de prova pericial.

Não há que se falar ainda na ausência de validade do relatório elaborado por psicólogos, eis que não há qualquer elemento desqualificador do trabalho dos Expertos. Salienta-se que tais profissionais atendem adequadamente os requisitos previstos no artigo 156 do CPC.

Ainda, ressalta-se que mesmo a Lei 12.842 de 10.07.2013,

quanto ao exercício da Medicina, resguarda as competências do profissional psicólogo, sendo certo que, a princípio, a não intervenção de profissional de área distinta nos procedimentos da área psicológica não contraria a atuação ético-profissional do experto, conforme bem dispõe a Resolução 008/2010 do Conselho Federal de Psicologia.

Por fim, cabe mencionar o recente julgado do C. TST:

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DO PROCESSO. NOMEAÇÃO DE PSICÓLOGO. PERÍCIA TÉCNICA. A Corte Regional concluiu que “a psicóloga nomeada detém o conhecimento técnico e científico necessário a fornecer elementos suficientes à formação do convencimento do Juízo acerca do pedido,” logo, incólumes os arts. 145 e 424 do CPC. Recurso de revista não conhecido.” (PROCESSO Nº TST-RR-85000-69.2008.5.04.0383. Publicado em 11/12/2015). (g.n.)

Ademais, quanto à real necessidade da presença exclusiva da genitora, é cediço que a doença que acomete o menor e a dependência de outrem, para realizar até mesmo os atos rotineiros, não se discute, ainda mais que se trata de uma criança de 3 (três) anos.

Conforme o Manual de Saúde Mental – DSM-5 (guia de classificação diagnóstica), o Autismo e todos os distúrbios, incluindo o transtorno autista, transtorno desintegrativo da infância, transtorno generalizado do desenvolvimento não-especificado (PDD-NOS) e Síndrome de Asperger, fundiram-se em um único diagnóstico chamado Transtornos do Espectro Autista – TEA.

O TEA é uma condição geral para um grupo de desordens complexas do desenvolvimento do cérebro, antes, durante ou logo após o nascimento. Esses distúrbios se caracterizam pela dificuldade na comunicação social e comportamentos repetitivos. As características clínicas da síndrome afetam as condições físicas e mentais do indivíduo, aumentando a demanda por cuidados, gerando assim a dependência de pais e/ou cuidadores.

Estudos comprovam que os tratamentos e intervenções precoces em deficiências comportamentais, cognitivas ou da fala podem ajudar as crianças com autismo a ganhar autonomia e habilidades sociais e de comunicação.

A presença da mãe nestes momentos é determinante para que os resultados do tratamento sejam os mais favoráveis possíveis. Os profissionais na área, Schmidt e Bosa, apontam que a mãe é a principal cuidadora dos portadores de Autismo (SCHMIDT, Carlo; BOSA, Cleonice. Estresse e autoeficácia em mães de pessoas com autismo. Arquivos Brasileiros de Psicologia, Rio de Janeiro, v. 59, n. 2, p. 179-91, 2007).

Por fim, cabe ao Juízo apreciar os pedidos de produção de provas, visando a celeridade processual, sendo-lhe assegurado indeferir a produção de provas, desde que devidamente fundamentada a decisão, sob pena de caracterizar cerceamento a defesa. Sabe-se que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, devendo, no entanto, indicar, na decisão, os motivos

que lhe formaram o convencimento. Ressalte-se que o princípio da motivação das decisões judiciais, como garantia constitucional, foi alçado, de forma expressa, ao status de garantia constitucional pela Constituição de 1988, no art. 93, IX.

O Juízo de primeiro grau indeferiu a prova pericial, por entender desnecessária, tendo registrado o motivo do indeferimento na Ata de audiência. Na sentença de origem o i. magistrado expõe detalhadamente as razões de seu convencimento, fundamentando assim seu indeferimento, com base no ordenamento jurídico, nos demais aspectos dos autos e outras provas produzidas. E, de fato, nota-se, que a perícia médica requerida em nada alteraria o deslinde do feito, não tendo gerando prejuízo processual.

Rejeito.

3. Mérito

3.1. Redução da jornada sem alteração salarial – impossibilidade de aplicação da Lei 8112/90, inexistência de lacuna em ACT e violação à Lei 8112/90 e indevida antecipação de tutela

Insurge-se a reclamada quanto à indevida antecipação dos efeitos da tutela em sentença, alegando que não há fundamentação sobre o risco de dano irreparável ou de difícil reparação; afirma ser impossível a aplicação subsidiária da Lei 8.112/90 para fins de redução da jornada da reclamante sem alteração salarial; que a empresa dispõe de regramento próprio previsto em instrumento coletivo e que houve violação à lei aplicada quanto à comprovação da doença por junta médica oficial. Pugna pela reforma do r. julgado.

A r. sentença de origem decidiu “(...) Portanto, amparo jurídico há, de forma suficiente, a permitir o acolhimento da pretensão deduzida pela trabalhadora, (sic) assim como, ao revés do quanto afirmado na defesa, há comprovação cabal de que o transtorno autista de que é portador do filho da reclamante inspira cuidados especiais e acompanhamento permanente de sua mãe que desafiam a aplicação de todo o arcabouço constitucional, legislativo e fontes internacionais mencionadas a amparar o tratamento adequado à inserção da criança na família e na sociedade.

Por todo o exposto, julgo procedente o pedido para determinar que a reclamada promova, no prazo de trinta dias da presente sentença (art. 300, CPC), a redução da jornada de trabalho da reclamante para quatro horas diárias e vinte horas semanais, sem que haja, entretanto, diminuição do salário recebido até então. Registro que as licenças previstas nas normas internas da ré não são suficientes a amparar o pleito da autora, uma vez que o número limitado de horas anuais destinadas a estas licenças são absolutamente insuficientes ao efetivo acompanhamento, pela genitora, do adequado tratamento médico do filho autista, haja vista a rotina permanente de consultas e terapias.

A redução da jornada perdurará, a princípio, por um ano, devendo a reclamante comprovar, decorrido esse prazo e se assim permanecer a situação, a necessidade de continuidade do tratamento de seu filho com o acompanhamento da genitora. A comprovação deverá ser feita por atestado médico e declara-

ção de outros profissionais de saúde que assistam ao menor.

Descumprida a determinação judicial, a reclamada responderá por multa diária no valor de R\$ 150,00, limitada ao valor de R\$ 50.000,00, reversível à reclamante, sem prejuízo da obrigação de fazer a ser cumprida.”

Pois bem, passo a analisar.

A Constituição Federal afirma ser atribuição do Estado Democrático garantir, entre outros valores, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade na realização de uma sociedade fraterna. E, em seu artigo 1º, elenca dentre os princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana.

Além disso, o artigo 201, II do texto constitucional prevê proteção à maternidade como um dos focos da atividade da previdência social. A primazia do direito à vida inspira a proteção à maternidade, pois diferentemente do que se pensa ordinariamente, as garantias constitucionais relacionadas ao emprego, salário, licença, não visam proteger a mulher por si só, mas preservar a espécie em sentido amplo. É incluída a proteção da maternidade dentre os direitos sociais (art. 6º) como forma de garantia de sua função biológica.

Outrossim, o artigo 226 da Carta Magna prevê que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, garantindo a assistência por meio de mecanismos a coibir a violência no âmbito de suas relações, conforme §8º do dispositivo.

E, para tanto, o artigo 227 prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à dignidade, dentre outros, bem como colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, entre outros. Com isso, cabe ao Estado promover programas de assistência integral à criança, bem como prevenção e atendimento a pessoas com deficiência física, sensorial ou mental, a teor do §1º, II do artigo citado supra.

Por fim, o artigo 196 do Texto Maior determina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Tais princípios constitucionais, sob a atual perspectiva democrática de Estado, são de observância e aplicação imediatas, ‘independentemente de garantia expressa na Lei’.

Neste sentido ainda, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008, conforme o procedimento previsto no artigo 5º, §3º da Constituição, o que lhe conferiu status de emenda constitucional e, posteriormente inserida no ordenamento por meio do Decreto 6949 de 25.08.2009.

A referida convenção internacional prescreve em seu artigo 7º

Artigo 7 - Crianças com deficiência

1.Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.

2.Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.

(...)

Os princípios que regem a Convenção visam propiciar as crianças as melhores oportunidades de desenvolvimento, como se extrai do artigo 23, item 3 e artigo 28, item 2 ‘b’, *in verbis*:

Artigo 23 (...)

3.Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência terão iguais direitos em relação à vida familiar. Para a realização desses direitos e para evitar ocultação, abandono, negligência e segregação de crianças com deficiência, os Estados Partes fornecerão prontamente informações abrangentes sobre serviços e apoios a crianças com deficiência e suas famílias.

(...)

Artigo 28 (...)

2.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

(...)

b) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza;

Ademais, o artigo 2 da Convenção define como um de seus propósitos a “Adaptação razoável”, consistente em “modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Assim, a redução de jornada poderia sim ser considerada uma adaptação razoável, no termo utilizado pela Convenção e também pela Lei Brasileira de Inclusão. Impedir a redução da jornada de trabalho de empregada cujo filho tem deficiência comprovada, é negar uma forma de adaptação razoável de que tais indivíduos dependem para serem inseridos na sociedade em igualdade de oportunidade.

Ainda no plano internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14.09.1990 e inserida no ordenamento jurídico pelo Decreto 99.710 de 21.11.1990, *verbis*:

Artigo 23

1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e às circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados.
3. Atendendo às necessidades especiais da criança deficiente, a assistência prestada, conforme disposto no parágrafo 2 do presente artigo, será gratuita sempre que possível, levando-se em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas que cuidem da criança, e visará a assegurar à criança deficiente o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde, aos serviços de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento individual factível, inclusive seu desenvolvimento cultural e espiritual. (...)

No mesmo sentido, a Lei 7.853/89 assegura às pessoas com deficiência entre outros direitos, no seu artigo 9º, o tratamento prioritário da Administração Pública Federal, ao estabelecer que “A Administração Pública Federal conferirá aos assuntos relativos às pessoas portadoras de deficiência tratamento prioritário e apropriado, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social.”

A mencionada Lei 7.853/89, no seu art. 1º, estabelece o direito da pessoa com deficiência de encontrar as condições mínimas de igualdade de tratamento e oportunidade e de respeito à sua dignidade e bem-estar, visando à sua integração social e o pleno exercício de seus direitos, *in verbis*:

Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que assegurem o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Ainda dentro das normas legais que amparam o direito da reclamante, a Lei 10.216/2001 que dispõe sobre proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e re-

direciona o modelo assistencial em saúde mental que prevê, em seu artigo 2º, parágrafo único que estabelece os direitos, dentre os quais cito “*ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade*”, conforme inciso II. (g.n.)

Por fim, especificamente em relação à situação enfrentada pela reclamante, a Lei 12.764/2012 institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e resgata o comprometimento do Brasil com a promoção dos direitos humanos.

Tal lei é, sem dúvidas, uma valiosa ferramenta legal de inclusão da pessoa com deficiência, visando garantir uma vida digna à pessoa com transtorno do espectro autista. Tal lei estabelece, expressamente, direitos e garantias fundamentais a grupos sociais vulneráveis, como é o caso das pessoas com transtorno do espectro autista:

Art. 3º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

- I - a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer;
- II - a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração;
- III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:
 - a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;
 - b) o atendimento multiprofissional;
 - c) a nutrição adequada e a terapia nutricional;
 - d) os medicamentos;
 - e) informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento;
- IV - o acesso:
 - a) à educação e ao ensino profissionalizante;
 - b) à moradia, inclusive à residência protegida;
 - c) ao mercado de trabalho;
 - d) à previdência social e à assistência social.

Mesmo não havendo na legislação, previsão expressa que permita à reclamante reduzir sua jornada sem redução salarial, é preciso avançar no sentido da plena inclusão, é preciso romper velhos paradigmas de uma sociedade que ainda não viveu a inclusão. É uma mudança de comportamento que, hoje, perpassa por uma atuação firme do Poder Judiciário. Portanto, todo artigo, alínea ou inciso de lei que puder conferir expressamente direitos a crianças e adolescentes com deficiência será muito bem-vinda pela comunidade jurídica nacional.

Assim, considerada toda a construção normativa no sentido de proteger as pessoas com necessidades especiais, é de se ressaltar que embora a Lei 8.112/90 não seja especificamente aplicável a servidores celetistas, como é o caso da reclamante, tal regra, por sua importância, deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais e normas legais acima citados.

Registre-se por fim, que o nascimento de um único filho já

altera sobremaneira a vida pessoal e profissional da mulher, mormente nos primeiros anos de vida do nascituro. Agora, imagine-se o quanto uma mãe de um filho especial, com deficiência, tem de se desdobrar para dar cumprimento à nobre missão de criar o filho, com dignidade, sem se abdicar do seu meio de subsistência. E se esta criança, apresenta problemas, como os comprovados nestes autos, necessitando de cuidados especiais diários e permanentes, torna-se quase impossível para uma mulher cumprir uma jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias, e ainda prestar a assistência de mãe que o menor necessita.

Deve-se ter sempre em mente que a mãe de uma criança autista necessita tanto de atendimento e orientação quanto o próprio indivíduo, não só para sua própria organização e ajustamento, como também para que possa constituir um elemento de apoio e ajuda ao processo de educação e reabilitação. É necessário, assim, que os profissionais ligados com o diagnóstico possam auxiliar de forma adequada a mãe, para que esta possa estar bem informada para auxiliar esta criança.

Os, já acima citados, psicólogos Schmidt e Bosa afirmam que a mãe, por ser a principal cuidadora dos portadores de autismo, está mais propensa ao desenvolvimento de altos níveis de estresse, o que resulta em sobrecarga e agravos na saúde física e psicológica das mães.

Até porque, antigamente, acreditava-se que mães de crianças com autismo eram caracterizadas com a perda de calor materno (*maternal warmth*) que consiste em uma série de cuidados relacionados a afeto, admiração e demonstrações de carinho à criança. Tal situação gerava como consequência direta a culpa por causar a incapacidade de seus filhos em decorrência desta característica de sua personalidade, daí a denominação de ‘mães geladeira’ (*refrigerator mothers*).

Ocorre que, hodiernamente, não se atribui mais a doença à frieza da mãe e sim pelo contrário, estudos demonstram que a qualidade do relacionamento mãe-filho é de crucial importância dada a relação direta entre o impacto do autismo no bem-estar familiar e o impacto da família no desenvolvimento do indivíduo com autismo, conforme se extrai dos estudos denominados ‘Qualidade da relação mãe-filho entre adolescentes e adultos com autismo’ (tradução livre do título original *Mother-Child Relationship Quality Among Adolescents and Adults With Autism*) de autoria de G. I. Orsmond e outros, publicado em *American Journal on Mental Retardation – mar 2006, vol. 111*) e ‘Perfis comportamentais de irmãos afetados e não afetados por crianças com autismo: contribuição de medidas de interação ente mãe-filho e comunicação não-verbal’ (tradução livre do título original *Behavioral Profiles of Affected and Unaffected Siblings of Children with Autism: Contribution of Measures of Mother-Infant Interaction and Nonverbal Communication*), de autoria de Agata Rozga e outros, publicado em *Journal of Autism and Developmental Disorder*, ano 2011.

Outrossim, inquestionável que no geral, a relação mãe e filho possui laços mais estreitos se comparada com aos pais, pois mães tendem a assumir o papel de cuidador principal desde o princípio, o que reflete em um afeto mais profundo se comparado com os pais, ainda mais se considerado que a criança em questão possui apenas 3 (três) anos de idade.

Portanto, no caso concreto, não há dúvida ser imprescindível que a reclamante tenha a sua jornada de trabalho reduzida, para prestar assistência direta ao filho autista, mantendo seu o direito de acompanhá-lo em suas rotinas de estimulação, de molde a garantir a dignidade da criança e a sua plena inclusão social.

O relatório psicológico elaborado em relação ao filho da reclamante demonstra a importância de se permitir o acompanhamento direto pela trabalhadora, dados os avanços no tratamento conduzido. Restou constatada pela avaliação a ocorrência de leve diminuição dos sinais característicos do transtorno, porém ainda presentes em intensidade relevante; ampliação no desenvolvimento global, sendo que as interações parecem influenciar positivamente a melhora das aquisições motoras; ampliação dos níveis potenciais de desenvolvimento cognitivo, sobretudo em relação a relações espaciais, meios-fins, causalidade operacional e permanência de objetos.

Ainda, constatou-se melhora dos níveis potenciais relacionados ao aspecto socioemocional, principalmente relações afetivas como expressão emocional e regulação de comportamento, bem como melhora em funções como atenção, associação, intenção, imitação por contato, regulação e cognição, exceto quanto a comunicação que se mantém estagnada.

Tais razões são suficientes para justificar a redução da jornada da reclamante.

No tocante às normas previstas em instrumento coletivo apontadas pela reclamada, nota-se claramente que dada a insuficiência de horas disponibilizadas pela empresa, o objetivo pretendido pela reclamante não seria alcançado se se utilizasse de tais instrumentos.

A MN RH 020 032 prevê a possibilidade de ausência por até 12 (doze) ou 16 (dezesesseis) horas por ano, considerada a jornada respectiva de 6 ou 8 horas diárias (item 3.6.1), bem como a extensão por mais 6 (seis) ou 8 (oito) horas por ano, em caso de filho com deficiência, conforme cl. 20ª do ACT CONTRAF 2016/2018 (ID 8e2c666 e 953c8d1).

Além disso, existe o benefício denominado ‘Licença por Doença em Pessoa da Família’ previsto no MN RH 009 pelo prazo de 30 (trinta) dias podendo ser prorrogado até o limite máximo de 90 (noventa) dias em caso de doença grave após avaliação da justificativa por um órgão específico (GIPES), conforme ID 2c616c7.

E, por fim, há a Licença não remunerada para tratar de interesses pessoais, por até 2 (dois) anos, conforme MN RH 033 (ID 5e9010d).

Nota-se que dentre as possibilidades oferecidas pela reclamada, as duas primeiras são demasiadamente curtas e a última é sem remuneração, o que inviabilizaria a pretensão da reclamante ante os custos com o tratamento de seu filho.

Logo, diferentemente do apontado pela reclamada, os instrumentos mencionados pela empresa não atendem a pretensão da reclamante quanto ao cuidado com seu filho e se portam como entrave à superação regular das deficiências decorrentes da doença da criança.

No que concerne à redução de salário proporcional à jornada reduzida, esta é uma resposta mais prejudicial aos interesses da família da criança com deficiência e, certamente,

não atende constitucional e legalmente aos objetivos traçados seja na Lei 9.853/89, seja na “Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência”, seja na Constituição da República.

Com efeito, a criança portadora de Transtornos do Espectro Autista necessita de cuidados especializados, que lhe permitam desenvolver, ao máximo, suas capacidades físicas e habilidades mentais. Obviamente, esse tratamento tem custo elevado, sendo inviável impor à reclamante redução em seus rendimentos, considerando que tal ônus poderia, até mesmo, inviabilizar a continuidade desse tratamento.

Ressalte-se que a sentença de origem, estipulou que a “redução da jornada perdurará, a princípio, por um ano, devendo a reclamante comprovar, decorrido esse prazo e se assim permanecer a situação, a necessidade de continuidade do tratamento de seu filho com o acompanhamento da genitora. A comprovação deverá ser feita por atestado médico e declaração de outros profissionais de saúde que assistam ao menor.”

Houve, portanto, estipulação de prazo determinado para a redução da jornada da trabalhadora para acompanhamento de seu filho, com a devida comprovação pela equipe de profissionais que o assistir no período, a fim de ser demonstrada a evolução e a necessidade de permanência da redução da jornada da trabalhadora.

Não se trata de uma situação em aberto, indefinida. Pelo contrário, tem duração certa de um ano, podendo ser renovada mediante o cumprimento das diretrizes já estipuladas quanto a evolução do tratamento da criança.

É esta, inclusive, a justificativa para o deferimento de antecipação de tutela em sentença, para cumprimento no prazo definido, sob pena de se interromper o tratamento que já ocorre. Há sim, evidente risco de dano consistente na interrupção do tratamento e consequente quebra da evolução já observada pelo relatório psicológico transcrito acima.

Por fim, cabe assinalar que a presente decisão amparada na Lei 8.112/90 não a viola ante a ausência de submissão do filho da reclamante à junta médica oficial para constatação da doença. A lei trata de uma situação particular, que é a concessão de um direito a servidores públicos civis da União, pela via administrativa e, para tanto, razoável a comprovação por meio de junta médica oficial designada.

No caso presente, o direito é conferido pela via judicial, observados o contraditório e a ampla defesa, sendo que a existência da doença restou devidamente comprovada por meio do atestado médico e relatório psicológico suprarreferido, bem como a necessidade de acompanhamento exclusivo pela genitora, nos termos da fundamentação.

Ante tais circunstâncias, é o caso de, com base nas normas e nas garantias veiculadas na Convenção que protege a criança com deficiência, já agora equiparada a normas de hierarquia constitucional, **negar provimento ao recurso da reclamada, mantendo a r. sentença de origem.**

3.2. Dedução/compensação

Não houve a comprovação de pagamento, ainda que parcial, para que seja autorizada a dedução e tampouco a demonstração de crédito em face da obreira a justificar a compensação.

Portanto, **mantida** a sentença de origem. **Nego provimento** ao recurso.

III – DISPOSITIVO ANTE O EXPOSTO,

ACORDAM os Magistrados da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em **CONHECER** do recurso interposto pela reclamada e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo-se inalterada a r. decisão de primeiro grau, tudo nos termos da fundamentação do voto da Relatora.

LIANE MARTINS CASARIN

Juíza Relatora

RZF

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

**PROCESSO TRT/SP Nº 1000931-26.2016.5.02.0072
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: DAVID SILVA SANTOS
RECORRIDO: ZARA BRASIL LTDA.
ORIGEM: 72ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO**

DEVER DE URBANIDADE E ÉTICA PROFISSIONAL. Desprestígio ao Poder Judiciário. Não passou despercebido aos olhos desta Relatora o tom irônico, deselegante e impulsivo por parte do ilustre patrono do reclamante, em discordar da valoração probatória e insinuar, de forma absolutamente irresponsável, que a julgadora de origem não leu os autos com a devida e necessária atenção, na vã tentativa de desabafar e atacar, por meio impróprio e ofensivo, o resultado desfavorável, o que, advirta-se, não condiz com sua digna função de advogado, com o dever de urbanidade e a ética profissional. Oficie-se ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP, com cópia da presente decisão e do recurso ordinário, para as providências cabíveis.

Inconformado com a r. decisão (fls. 3877/3884), cujo relatório adoto e que julgou improcedente a ação, recorre ordinariamente o reclamante, fls. 3894/3899, pugnando pela condenação da reclamada ao pagamento de horas extras, diferenças de comissões e indenização por danos morais. Requer o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho e os consectários decorrentes da dispensa imotivada.

Contrarrazões, (fls. 3904/3913).
Custas isentas, (fl. 3884).
É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso ordinário, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

1. Das considerações iniciais

Inicialmente, é de se registrar que não passou despercebido aos olhos desta Relatora o tom irônico, deselegante e impulsivo por parte do ilustre patrono do reclamante, em discordar da valoração probatória e insinuar, de forma absolutamente irresponsável, que a julgadora de origem não leu os autos com a devida e necessária atenção, na vã tentativa de desabafar e atacar, por meio impróprio e ofensivo, o resultado desfavorável, o que, advirta-se, não condiz com sua digna função de advogado, com o dever de urbanidade e a ética profissional.

Apenas para constar, nas palavras do advogado (fls. 3894/3899)

“A Excelentíssima Magistrada “a quo” simplesmente ignorou as razões finais para concluir...”

“Nesse ponto, fica mais do que claro que nem mesmo a ata de audiência foi verificado com o esmero que se espera para se prolatar uma sentença”.

“Com relação ao item “DIFERENÇAS DE COMISSÕES”, a Excelentíssima Magistrada “a quo” demonstrou mais uma vez não ter examinado a peças processuais e os documentos juntados com a presteza que o cargo exige”.

Sim julgadores, pois em que pese o Reclamante ter feito várias considerações, em sede de réplica à contestação, quanto aos documentos juntados pela Reclamada, a Excelentíssima Magistrada ignorou ou interpretou equivocadamente em sua fundamentação”

“A excelentíssima Magistrada não inclui em sua fundamentação porque simplesmente ignorou a impugnação de documentos feita na Réplica ...”

“Neste ponto, completamente absurda a fundamentação da Excelentíssima Magistrada que não conseguiu entender o teor da planilha juntada apresentada em réplica pelo reclamante ...”.

“Com relação ao item “RESCISÃO INDIRETA”, a Excelentíssima Magistrada, também foi feliz em sua análise, quando fundamenta: ... Em primeiro lugar, a comprovar que a Excelentíssima Magistrada não examinou, como deveria, os autos ...”

“Com relação ao item “DANO MORAL”, a Excelentíssima Magistrada, também não foi muito feliz”.

Não se está aqui a defender nenhuma restrição da liberdade de expressão e argumentação, em violação ao Estado Democrático de Direito e ao direito de petição, constitucionalmente garantidos. Ao revés. O que se busca é o respeito, a valorização e o fortalecimento das instituições, tão fortemente abaladas e criticadas nos últimos tempos, com vistas a um maior enobrecimento e prestígio ao Poder Judiciário.

Dessa forma, oficie-se ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP, com cópia da presente decisão e do recurso ordinário, para as providências cabíveis.

2. Da valoração da prova testemunhal

Irrepreensível a sentença proferida pela MM. Vara de origem que, de conformidade com o sistema do livre convencimento motivado, da persuasão racional e da valoração das provas (art. 371, CPC/2015), entendeu ser imprestável a prova testemunhal produzida pelo demandante.

Isso porque, na peça de ingresso, o autor afirmou que chegava 30 minutos antes do horário de entrada anotado, para passar o uniforme dentro das dependências da loja, por imposição da ré, vez deveria estar impecavelmente vestido e que anotava o ponto apenas no horário contratual permitido pela gerência (fl. 6).

Contudo, contrariando as assertivas lançadas na exordial, o reclamante declarou, em depoimento pessoal, “que tinha

que chegar antes para passar o uniforme e se trocar, o que levava de 15 a 20 minutos” e que anotava o ponto manual às 7:00 horas (fl. 3863, grifei), o que sequer se coaduna com as folhas de ponto juntadas pelo próprio autor às fls. 60/61, onde se constata horário de entrada às 6:00 horas.

A única testemunha do demandante, Sr. Danilo, por sua vez, apesar de ingressar às 8:00 horas com 15 minutos de antecedência, ou seja, às 7:45 horas, inexplicavelmente, afirmou que presenciava o reclamante chegando, quando este, como dito, afirmou que ingressava às 7:00 horas.

Mas não é só.

O reclamante confessou, em depoimento, que parou de trabalhar na reclamada porque “estava insatisfeito com algumas questões”, como cobranças de horários antecipados e postergados, revistas diárias pelo gerente, exercício de funções e atribuições diversas de seu cargo. Também confessou que “não havia qualquer outro tipo de revista, a não ser na bolsa” e que no seu turno havia 10 estoquistas e de 15 ou 20 no total (fls. 3863/3864).

A testemunha Danilo, em evidente contradição, afirmou que o “reclamante saiu da reclamada porque estava descontente com o seu trabalho, pois estava realizando funções diferentes da de coordenador” (nada referindo quanto a outros motivos). E, desdizendo o demandante, esclareceu que “ocasionalmente também poderiam ocorrer revistas feitas nos armários, o que era feito de surpresa” e que “no turno em que trabalhavam havia cerca de 07 estoquistas” (fl. 3864).

Como se vê, as assertivas lançadas pelo reclamante e por sua testemunha mostram-se absolutamente inconciliáveis entre si e também com os termos constantes na peça vestibular, não só com relação aos horários propriamente ditos, mas também quanto a outros aspectos fundamentais ao deslinde da questão.

Assim, a contrariedade e fragilidade dos depoimentos, aliada aos princípios da valoração e indivisibilidade da prova, pelos quais não se pode aproveitar apenas os fatos favoráveis, mostram-se suficientes para o convencimento de que inexistente coerência entre as declarações prestadas e de que a prova testemunhal carregada pelo reclamante não se reveste de nenhum valor probante, tal como acertadamente entendeu a MM. Juíza primária.

3. Das horas extras

De plano, cumpre consignar que, em observância aos princípios da adstrição e da congruência, horas extras posteriores à jornada, em decorrência de revistas diárias, não podem ser deferidas, porque não foram postuladas. O pedido e respectiva causa de pedir estão adstritos a “30 minutos diários antes do seu horário contratual para passar o uniforme” e “para reunião denominada NIPON onde eram das instruções e discutidas metas” (fl. 10)

E, sob esse prisma, o apelo não prospera.

Isso porque o reclamante não provou a jornada de trabalho descrita na exordial, diante da imprestabilidade da prova testemunhal produzida, conforme fundamentado no item precedente, sendo seu o encargo probatório, como fato constitutivo do direito, cuja prova deve ser sobejamente demonstrada

pela parte, aplicando-se a regra do art. 818 consolidado e art. 373, inciso I do CPC/2015. Mera ilação, sem correspondência fático-probatória, não atende ao comando legal e deve ser reputada inexistente.

Nem se argumente que a prova testemunhal patronal seria favorável ao demandante, pois a testemunha Simone afirmou, de forma concludente, que as variações ocorriam de, no máximo, 5 minutos, o que se mostra consentâneo com as disposições do art. 58, § 1º da CLT e Súmula 366 do TST.

Anoto que a pretendida invalidação da testemunha patronal beira ao campo da especulação, já que o demandante nem sequer informa qual o número do processo em que referida testemunha teria prestado depoimento (fl. 3875), sendo impossível conferir validade à reprodução estampada em razões finais, à míngua de prova documental que, diga-se, seria extemporânea.

Assim, incensurável o r. julgado de origem que indeferiu as horas extras e reflexos.

4. Das diferenças de comissões

O MM. Juízo de origem indeferiu o pedido de diferenças de comissões, ao seguinte fundamento:

“Razão não assiste ao reclamante, pois sequer apontou as diferenças que entendia devidas, sendo que o exame da planilha apresentada em réplica (id ba759e6, página 3), permite concluir que a reclamada quitou as comissões em conformidade com a previsão contratual.

Isto é, basta iniciar o cálculo com o valor das vendas globais, dividir pelas horas trabalhadas por todos os colaboradores da loja, multiplicar pelas horas individuais de cada colaborador e, por fim, aplicar o percentual da loja (0,85% na Loja Morumbi e 0,9% na Loja Bourbon Pompeia).

Nesses termos:

No mês de maio de 2013, as vendas globais foram no valor de R\$ 5.985.197,00, dividido pelas horas trabalhadas por todos os funcionários (8.289,52), temos o valor de 722,01. Multiplicado pelas horas de labor do reclamante no mês (60), temos o número 43.321,18, aplicado o percentual de 0,85%, chega-se exatamente ao valor pago pela reclamada, de R\$ 638,23, nos termos da planilha apresentada pelo autor.

Por amostragem, os cálculos referentes aos outros meses encontram-se em conformidade com o pagamento indicado na mesma planilha.” (fl. 3888)

Contra esta decisão não se vislumbra nenhum inconformismo específico pelo recorrente, vez que não enfrentou pormenorizadamente a matéria pertinente e não rebateu pontualmente os termos adotados pela r. sentença primária, sequer rebatendo o cálculo apontado na r. decisão primária.

Argumentos generalizados e inespecíficos, desprovidos de fundamentos fáticos e jurídicos, não autorizam a revisão do julgado, ante a insuficiência de delimitação da matéria recursal. Adoto a exceção prevista no item III da Súmula 422 do TST.

Ainda que assim não fosse, o recorrente reitera a impugnação à prova documental apresentada pela reclamada sob o

fundamento de que juntou folhas de pontos sem datas e fora de sequência lógica, relatórios de faturamentos unilaterais e inidôneos, documentos em língua estrangeira, relatórios de presença atribuídos a empregados que não correspondem às folhas de ponto juntadas, de forma que entende que os documentos patronais são insuficientes ou não confiáveis para demonstrar as diferenças, impugnação que, todavia, não merece prevalecer.

Senão, vejamos:

4.1. Dos documentos nºs 27 a 51

Embora os documentos de fls. 2228/2304 não possuam identificação de data, o fato é que reproduzem as horas trabalhadas em período anterior a 01.08.2013 e, quanto às horas laboradas pelo reclamante, no interregno entre 10.05.2013 a 31.07.2013, é possível o controle e respectiva confrontação numérica pelos documentos de fls. 256/258 – inimpugnados. Afasto a impugnação.

4.2. Da ausência do documento nº 120

Muito embora a MM. Juíza primária tenha deferido, em audiência, prazo para reapresentação da defesa e documentos em ordem, o fato é que nada referiu quanto à desconsideração das peças já juntadas, nem poderia fazê-lo, pois a determinação visou apenas facilitar a manifestação pelo reclamante (fl. 1916). Assim, singela leitura dos documentos de fls. 1539/1541 – controles relativos aos dias 18, 19 e 20 de março de 2014 – dispensa maiores considerações e beira à má-fé.

4.3. Da sequência dos documentos nºs 62 e 169

O documento nº 62 foi juntado na sequência (fls. 2344/2347). Já, com relação ao documento nº 169, conquanto não numerado, é certo que, da análise dos documentos nºs 168 e 170, verifica-se que a sequência cronológica das folhas de ponto foi observada (dias 10, 11, 12, 13, 14 e 15 de agosto de 2014), tratando-se de mero descuido do recorrente em não observar o conteúdo, preferindo valer-se da comodidade da forma.

4.4. Dos relatórios de faturamento Morumbi e Bourbon

A validade dos relatórios de faturamento é inafastável, tendo em vista que os valores se coadunam com a média mensal informada na peça de ingresso (R\$ 4.300.000,00, fl. 4), inclusive demonstram média até superior à informada pelo autor (por exemplo, mês de março e abril de 2014, cuja média foi aproximadamente de R\$ 5.500.00,00, fl. 3725).

4.5. Dos documentos em língua estrangeira

Aqui o intuito protelatório e a má-fé são inequívocos.

Os documentos de fls. 2009/2043 foram juntados às fls. 30/51 pelo reclamante, ainda que de forma parcial, igualmente em língua estrangeira e sem tradução. A impugnação é de todo descabida.

Assim, configuradas as hipóteses de que tratam os incisos I, II, III, IV, V, VI e VII do art. 80 do CPC/2015, aplico ao recorrente litigância de má-fé, condenando-o ao pagamento de indenização, equivalente a 10% sobre o valor da causa corrigido, em favor da reclamada.

4.6. Dos relatórios de presenças mensais

O recorrente alega, em sede recursal, que relativamente aos relatórios de presenças mensais “as horas atribuídas aos empregados não correspondem às folhas de ponto juntadas”, todavia, não aponta um único nome que não esteja ali consignado, beirando ao campo da ilação.

De qualquer sorte, parece bastante razoável a alegação patronal de que somente foram carregadas aos autos as folhas de ponto da seção em que o reclamante trabalhava, diante da notória grandiosidade da loja. Aliás, não passa despercebido que o nome da testemunha ouvida pelo próprio reclamante, Sr. Danilo, sequer consta dos comprovantes de ponto acostados à inicial (fls. 59/64), pois não era vendedor e sim auxiliar de estoque.

Afasto a impugnação.

4.7. Da conclusão

Diante desse panorama, o demonstrativo apresentado pela MM. Juíza *a quo* para a formação de sua convicção julgadora (fl. 3888), não infirmado validamente por nenhum elemento probante, não demonstra a incorreção no pagamento de comissões, sendo, de rigor, a manutenção do r. julgado de origem.

Nada a modificar.

5. Da rescisão indireta

Sem razão o recorrente.

De fato, da análise dos fatos noticiados na peça de ingresso (fl. 7), depreende-se que o reclamante pretende convolar o pedido de demissão – inimpugnado quanto à forma e conteúdo (fl. 1947) – em rescisão indireta do contrato de trabalho, sob o argumento de que a reclamada não cumprira as obrigações laborais.

Tal procedimento, no entanto, carece de supedâneo jurídico, porquanto optou *sponte sua* pela rescisão unilateral do contrato de trabalho, por meio de pedido de demissão. Assim, absolutamente impertinente e impróprio pedido de rescisão indireta acerca de contrato de trabalho não mais vigente.

Mas não é só.

É cediço que o fato gerador da rescisão indireta do contrato de trabalho - tal como a justa causa aplicada ao empregado - há de revestir-se de extrema gravidade, de forma a tornar insustentável a manutenção do pacto laboral. Os motivos graves e relevantes alegados pelo empregado devem ser sopesados, bem como a proporcionalidade e imediatidade do descumprimento das obrigações contratuais, máxime porque o bem maior a ser preservado é o emprego.

In casu, não restou comprovado nos autos o descumprimento de obrigações legais e contratuais, diante da imprestabilidade da prova testemunhal, conforme item 2 supra, sendo incensurável o julgado que não reconheceu o pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho, sendo indevidos os consectários daí decorrentes, não merecendo reforma.

6. Dos danos morais – revistas pessoais

A controvérsia reside, em apertada síntese, quanto ao constrangimento e vergonha sofridos pelo autor, em razão de

submissão a revistas pessoais.

Posta a questão, não prospera o inconformismo.

A obrigação de indenizar exige inquestionável comprovação de ato ou omissão pelo agente causador, nexos causal e danos daí advindos, cuja prova deve ser sobejamente demonstrada pela parte, aplicando-se a regra do art. 818 consolidado.

No caso vertente, não provou o demandante tivesse suportado sofrido grave abalo em sua reputação ou sequela moral, por ato perpetrado pelo empregador, tampouco nexos causal, de forma a ensejar reparação.

Isso porque, além de a inspeção pessoal ser admitida pela jurisprudência como um direito do empregador, de forma a salvaguardar seu patrimônio, da análise da prova oral colhida, depreende-se que todos os empregados eram submetidos ao mesmo procedimento, na presença dos demais funcionários e que a revista se limitava às bolsas dos funcionários (fl. 3864).

A revista visual, com nítido efeito preventivo, moralizador e pedagógico (na tentativa de desestimular a apropriação indevida), executada com absoluta moderação e nos limites do poder diretivo empresarial, afasta por completo qualquer violação à honra, dignidade e intimidade do obreiro.

Reputo, portanto, incensurável o julgado.

Isto posto,

ACORDAM os Magistrados da 18ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: **conhecer** do recurso ordinário e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo do reclamante, nos termos da fundamentação, para manter íntegra a r. sentença de origem. Aplico ao recorrente litigância de má-fé, condenando-o ao pagamento de indenização, equivalente a 10% sobre o valor da causa corrigido, em favor da reclamada. Oficie-se ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP, com cópia da presente decisão e do recurso ordinário, conforme item 1, para as providências cabíveis.

LILIAN GONÇALVES

Relatora

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Os presentes autos tratam de reclamação trabalhista proposta por **CLEONICE PEREIRA LIRA ESTEVAM** em face de **TIVIT TERCEIRIZAÇÃO DE PROCESSOS, SERVIÇOS E TECNOLOGIA S/A, NEOBPO SERVIÇOS DE PROCESSOS DE NEGÓCIOS E TECNOLOGIA S/A** e **BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A**, partes qualificadas na inicial.

A reclamante afirma que manteve relação de emprego com o primeiro reclamado no período de **09.12.2013 a 02.05.2018**, no cargo de **agente de processos e negócios**, com salário mensal mais recente de **R\$954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais)**. Assevera, ainda, que: 1) atua em prol da atividade-fim da terceira reclamada, o que impõe reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com tal empresa; 2) recebe salários inferiores ao mínimo estadual; 3) trabalha em sobrejornada, sem a paga correspondente; 4) não usufrui intervalo intrajornada equivalente às prorrogações de jornada a que é submetida, nem recebe horas extras pela extrapolação de jornada; 5) é vítima de ofensas morais; 6) há fundamentos relevantes para a rescisão indireta do contrato; 7) as comissões ajustadas foram pagas a menor; e 8) as duas primeiras reclamadas compõem grupo econômico. Pleiteia os direitos decorrentes dos fatos narrados. Atribui, à causa, o valor de **R\$40.000,00 (quarenta mil reais)** e instrui a petição inicial com documentos.

Regularmente notificadas, as partes compareceram à audiência. Na oportunidade, rejeitada a proposta inicial de conciliação, os reclamados apresentaram defesas, acompanhadas de documentos, nas quais argumentam, em síntese, que: 1) há inépcia da inicial e o feito deve ser sobrestado; 2) existe ilegitimidade passiva da terceira reclamada; 3) a reclamante não desempenhou atribuições típicas de bancária, e, portanto, não faz jus a qualquer direito aplicável à categoria correspondente; 4) não há fundamento algum para o reconhecimento de rescisão indireta e danos morais; 5) o intervalo intrajornada foi concedido conforme a lei; 6) não há horas extras a serem adimplidas; 7) as comissões foram pagas corretamente; e 8) inexistente qualquer responsabilidade a cargo da última reclamada. Pugnam os contestantes, a final, pela improcedência da pretensão formulada pela reclamante.

Após a oitiva das partes e de uma testemunha, a instrução processual foi encerrada. Em seguida, os litigantes apresentaram razões finais remissivas. Rejeitada a última proposta de conciliação.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Questão processual

a) Da justiça gratuita:

A reclamante pretende a concessão do benefício da justiça

gratuita. Embora não haja firmado declaração de próprio punho a esse respeito, é certo que seu patrono declarou tal situação de fato na petição inicial. Diante dos poderes amplos conferidos na procuração juntada aos autos, bem como da posição consolidada na OJ n.º 331 da SDI-I do C. TST, analiso a questão.

O novo artigo 790, §3º da CLT estabelece, em linhas gerais, que, para o trabalhador que receba até 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, há presunção de pobreza. Já para o trabalhador que tem salário superior, a presunção é do contrário, impondo-se, que o benefício da justiça gratuita será concedido se ele “comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo” (destaque da transcrição). Trata-se da disposição contida no §4º do mesmo artigo 790.

A nova regra, precisamente no último parágrafo, é inaplicável. Afinal, subverte até mesmo regra corrente no processo civil, no sentido de que “presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”, **independentemente de seus ganhos**. Partindo do pressuposto de que o postulante no processo do trabalho é normalmente pobre, observa-se uma verdadeira inversão de valores, em que, no processo dos presumidamente iguais (CPC), não há necessidade de “prova da pobreza”, e, no processo dos presumidamente desiguais, exige-se “prova da pobreza” do presumidamente mais fraco (CLT).

A disposição em questão, como se vê, nasce morta. A revogação do antigo artigo 790, §3º da CLT criou uma lacuna axiológica, impondo-se, assim, a integração do ordenamento, para que a norma do processo civil passe a reger a questão relativa à declaração de pobreza no processo do trabalho, por incidência literal do artigo 769 da CLT.

Ainda que não se queira enxergar de tal forma, é preciso observar que o artigo 1º da Lei n.º 7.115/1983, não revogado (expressa ou tacitamente) pela Lei n.º 13.467/2017, dispõe que “a declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira” (sem destaque no original). Em outras palavras, a norma estabelece **presunção de veracidade da declaração de pobreza, independentemente dos ganhos do declarante**. E, nesse caso, socorre-nos aqui, novamente, o CPC, que estabelece em seu artigo 374, IV, que “não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Ou seja: ainda que se queira afastar a lacuna axiológica criada, para o fim de aplicar a nova regra disposta no artigo 790, §4º da CLT, a interpretação desta somente terá efeito a partir da complementação existente no artigo 1º da Lei n.º 7.115/1983 e artigo 374, IV do CPC, por incidência dos artigos 769 da CLT e 15 do novo CPC.

Em resumo: como a declaração de pobreza feita na petição

inicial é presumidamente veraz, e não há prova alguma de que ela retrata alguma inverdade, é certo concluir que a reclamante é beneficiária da justiça gratuita, restando **deferido**, pois, o benefício postulado.

2. Questões preliminares

a) Da perda superveniente do objeto e existência de pedidos ilíquidos:

A terceira reclamada afirma que, com a edição da Lei n.º 13.429/2017, o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego formulado com base na ilicitude da terceirização perdeu o objeto. Também aduz que a reclamante “não liquidou os pedidos constantes na exordial”, postulando, nos dois casos, a extinção do feito sem resolução de mérito.

Não há qualquer respaldo. Afinal:

1) se a norma invocada pela contestante invalidou a pretensão de reconhecimento de vínculo de emprego em função de ilicitude da terceirização, a matéria é afeta ao mérito, e com ele será apreciada; e

2) o novo artigo 840, §1º, da CLT dispõe que “o pedido (...) deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor”; como se vê, não se exige “liquidação”, e, a considerar que toda a pretensão é certa, determinada e com indicação de seu valor, como se observa às fls. 11, não há dúvidas de que a preliminar é infundada.

Nada a reparar. Não restou, ainda que de modo indireto, abalado o princípio da ampla defesa, fundamento constitucional para a previsão de inépcia. Afasto.

b) Da ilegitimidade de parte:

A primeira reclamada invoca ilegitimidade passiva da segunda (que, vale frisar, nada disserta a esse respeito).

A preliminar não comporta conhecimento. Afinal, o artigo 18 do CPC é claro em dispor que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. Como inexistente a “autorização” mencionada na norma, não há como apreciar o pedido de direito alheio feito pela primeira reclamada.

Não conheço, pois.

c) Do sobrestamento do feito:

A primeira reclamada pede o sobrestamento do feito. Apoia sua pretensão na decisão prolatada no processo n.º ARE-713.211, em trâmite no E. STF, da lavra do Ministro Marco Aurélio, que reconheceu, no caso, a existência de repercussão geral de matéria que diz respeito à possibilidade de terceirização de atividade-fim.

Não há respaldo.

A decisão que reconheceu a repercussão geral no caso concreto baseou-se no então vigente artigo 543-B, §1º do CPC de 1973, que previa que “cabera ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestan-

do os demais até o pronunciamento definitivo da Corte”.

Como se vê, o dispositivo era restrito aos casos de “recursos representativos da controvérsia”, e não a qualquer “processo” em sentido lato. Nesse caso, não se tratando de julgamento de recurso, eis que o presente caso ainda está em primeiro grau, não há falar em qualquer tipo de sobrestamento.

Rejeito.

3. Mérito

a) Do vínculo direto com a segunda reclamada:

A controvérsia, no tema, consiste em definir se a reclamante desempenhou atribuições afetas à atividade-fim da segunda reclamada, com o consequente reconhecimento de vínculo diretamente com ela.

Há três momentos para avaliação. O primeiro, da admissão da reclamante até a edição da Lei n.º 13.429/2017, em 31.03.2017. O segundo, entre tal momento e o último dia anterior ao início de vigência da Lei n.º 13.467/2017 (10.11.2017). E o terceiro, a partir da vigência da Lei 13.467/2017 e até o final do contrato.

Nos três casos, porém, a situação não muda. Vejamos.

Até a edição da Lei n.º 13.429/2017, a terceirização nas atividades em geral não tinha qualquer regulação no Brasil. O que havia era tão somente uma súmula de jurisprudência do TST (a de número 331), que regulava (com suporte no artigo 8º da CLT) os casos de licitude ou ilicitude de terceirização, assim também de responsabilização da tomadora dos serviços. Fato relevante, o verbete em questão deixava (e ainda deixa) claro que “não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta” (inciso III da Súmula 331, em destaque apenas na transcrição).

Merece relevância a premissa de que, presente a subordinação, deve haver o reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços, mesmo que seja o caso de terceirização tida por lícita (que, à época da edição da Súmula, era apenas aquela que envolvesse atividade-meio).

A partir de 31.03.2017, com a Lei n.º 13.429/2017, a única mudança significativa em relação à terceirização ocorreu no fato de que ela passou a contar com previsão legal, ainda assim tímida, já que sem o alcance então pretendido pela classe empresarial, que era o alargamento de suas possibilidades, para abranger também a chamada **atividade-fim** da empresa tomadora. Isto porque o dispositivo que a regrou (o então novo artigo 4º-A da Lei n.º 6.019/1974) dispunha tão somente que:

Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

Bem se vê, portanto, que nenhuma incompatibilidade há entre os novos dispositivos e a posição consolidada na Súmula 331, III, já que, havendo subordinação entre o prestador de serviços (terceirizado) e a tomadora, continua presente o vínculo de emprego diretamente com a última, o que, vale frisar, não se tratou de criação do TST, mas de aplicação dos artigos 2º e 3º da CLT, no sentido de que é **empregador quem subordina** determinado trabalhador (que presta serviços de forma pessoal, onerosa e não-eventual), ainda que oponha um “terceiro” para intermediar tal contratação.

Por fim, a partir de 11 de novembro de 2017, institucionalizou-se a chamada terceirização de “atividade-fim”, novidade disposta no artigo 4º-A da Lei n.º 6.019/1974, alterada pela Lei n.º 13.467/2017:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

A questão é que, novamente, o legislador não interferiu na própria conceituação de empregador, pois não alterou os artigos 2º e 3º da CLT. Nesse caso, se for constatado que, no caso concreto, determinado trabalhador desenvolve suas atividades por empresa terceirizada, mas, ainda assim, permanece subordinado à tomadora de serviços, é empregado desta, não da empresa de terceirização.

É justamente aqui que o presente feito se encaixa.

A oferta de cartões de crédito é atividade-fim de instituição financeira. Nesse sentido, ao menos até 10 de novembro de 2017, não poderia ser objeto de terceirização simplesmente por se tratar de atividade-fim da tomadora, tal como já observado na parte inicial desta fundamentação.

A questão é que, em audiência, a preposta da primeira reclamada reconheceu que, “de fato, por todo o contrato, a reclamante trabalhou ofertando cartões de crédito para correntistas da terceira reclamada”. Isto quer dizer que a atividade da trabalhadora era voltada única e exclusivamente para a oferta de crédito patrocinado pela segunda reclamada, viabilizando, portanto, **a oferta de crédito ao consumidor, simplesmente a principal razão de ser da terceira reclamada**.

O Dicionário Michaelis define “banco”, no sentido que interessa ao julgado, como “estabelecimento de crédito para transações de fundos públicos ou particulares”. Ou seja: instituição com o fim de realizar operações bancárias em geral, inclusive câmbio. Objeto, aliás, bem delineado pela terceira reclamada, um **banco**, como observo em sua própria denominação.

Nessa linha, é óbvio que a **oferta de cartões de crédito** insere-se na definição exposta no parágrafo anterior, porque é inerente a um **estabelecimento de crédito**, o que quer dizer

que o que a empresa de teleatendimento faz, em última análise, ao ofertar os produtos do banco, é viabilizar, diretamente, algumas de suas principais espécies de operações bancárias, que são a concessão de crédito aos clientes (que são, aliás, **do banco, e não da empresa de teleatendimento**). Por outro lado, o próprio preposto da segunda reclamada evidenciou tal premissa (a de que a atividade empreendida pela reclamante está diretamente relacionada à atividade-fim do banco), tanto que inserida no rol de atribuições de bancários. Afinal, de acordo com seu depoimento, “o correntista também pode obter o cartão de crédito na própria agência bancária”.

Aliás, ainda que se argumente (como o faz a primeira reclamada) que a reclamante limitava-se a “preencher propostas” dos produtos mencionados (e não a aprovar o crédito, em si), é certo que tal distinção é irrelevante. É que o preposto da segunda reclamada também deixou claro que, em se tratando da comercialização feita diretamente pelo banco, “o crédito não é aprovado na agência, mas por um departamento de crédito, a depender da alçada do gerente”.

Ou seja: nem mesmo bancários têm qualquer autonomia no que tange à aprovação das propostas de crédito, o que quer dizer que a atividade deles e a dos operadores de teleatendimento são, especificamente em relação à oferta de produtos do banco, rigorosamente idênticas.

Assim, não remanesce dúvidas de que, por se tratar de uma ilegal terceirização de atividade-fim, a intermediação promovida até 10 de novembro de 2017 deve ser rechaçada, reconhecendo-se o vínculo diretamente com a tomadora dos serviços, na forma consolidada na Súmula 331, III do TST, não modificada, como visto, com a promulgação da *efêmera* Lei n.º 13.429/2017.

É a partir de 11 de novembro que a situação jurídica, embora modificada, não reflete na situação analisada neste feito. Vejamos.

O preposto da segunda reclamada deixou claro que, “no contrato entre as reclamadas há fixação de metas de venda de cartões e de qualidade no atendimento para cumprimento pelas primeiras reclamadas”. Por sua vez, a preposta da primeira acionada mencionou que “a reclamante apresentava-se como representante do Santander, o que ocorria para conhecimento e identificação do cliente”. Tudo isso quer dizer que há atuação direta do banco na atividade empreendida pela trabalhadora, seja pela própria fiscalização quanto ao cumprimento de metas, seja pela atuação da “terceirizada” como se **empregada do banco fosse**.

Aliás, em feito análogo (0001289-95.2015.5.02.0372), esta ingerência na atuação da primeira reclamada (e, por consequência, na atividade desempenhada pela própria reclamante) ficou também evidente a partir da constatação de que:

1) as metas eram definidas **pelo “banco, com previsão contratual”, o que também ocorria com “o valor das comissões”;** e

2) conforme a única testemunha ouvida, “o sistema operado era do banco Santander”, e as **reclamações feitas por clientes diretamente ao banco geravam dispensa por justa causa**”.

Todos esses elementos denunciam que, a despeito da

terceirização promovida na atividade-fim da tomadora (presumidamente lícita a partir de 11 de novembro de 2017), a empregada “terceirizada” manteve-se **subordinada** aos ditames do banco, dependência esta consolidada na doutrina como “subordinação estrutural”, assim sintetizada:

Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber ou não suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.¹

Portanto, harmonizando-se a posição consolidada na lei (artigos 2º e 3º da CLT e 4º-A da Lei n.º 6.019/1974, com redação dada pela Lei n.º 13.467/2017), na jurisprudência (Súmula 331, III) e na doutrina (na definição da subordinação estrutural), tem-se que, em casos como o deste feito, em que se terceiriza a atividade-fim de determinada empresa mas se mantém a subordinação (seja direta ou mesmo estrutural), o vínculo empregatício deve ser reconhecido em face da tomadora dos serviços. Do contrário, permitir-se-ia verdadeira fraude, eis que, por meio supostamente legal (a terceirização), atinge-se um fim ilegal (no caso, o de fraudar a aplicação da CLT, impingindo-se a bancários, na restrita aceção prevista no artigo 226, a qualificação de empregados de categoria diversa, teleatendimento, com direitos bem menos abrangentes). Constatação, aliás, *corrente* no Tribunal Superior do Trabalho, como demonstram as seguintes decisões:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TELEMARKETING. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVADA. ATIVIDADE-FIM. SÚMULA Nº 331, I, DO TST. 1. Insere-se na atividade-fim bancária a comercialização de planos de previdência privada e seguros da instituição financeira, mediante contato telefônico. 2. A prestação de serviço dessa natureza acarreta o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a instituição financeira privada, não obstante se cuide de contrato de trabalho formalmente celebrado com empresa do ramo de *telemarketing*. Incidência da diretriz sufragada no item I da Súmula nº 331 do TST. 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento.” (Processo TST-AIRR-683-83.2010.5.02.0041; Rel. Ministro João Orestes Dalazen; acórdão publicado em 01.10.2014)

“RECURSO DE REVISTA. ATENDENTE DE CALL CENTER. VÍNCULO DE EMPREGO. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. 1. O Tribunal Regional decidiu pela licitude da terceirização levada a efeito pelo BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. na hipótese,

julgando improcedentes os pedidos da reclamação trabalhista, registrada a premissa fática de que o trabalhador atuava na venda, por telefone, de produtos da segunda reclamada, inclusive de cartões de crédito e do respectivo seguro contra perda e roubo. 2. Exercida pelo autor atribuição típica de bancário, tem-se que a sua contratação por meio de empresa interposta teve por objetivo suprir a necessidade de mão de obra em atividade-fim do banco reclamado, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços. 3. Decisão regional contrária ao item I da Súmula 331, segundo o qual “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário”. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 1455-63.2011.5.03.0015, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 26/03/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/04/2014)

“RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATUAÇÃO NAS ATIVIDADES-FIM DA EMPRESA. ATIVIDADES BANCÁRIAS. FORMAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. No cenário da atual ordem jurídica, a terceirização de atividades é procedimento efetivamente excepcional. As situações tipo de terceirização lícita estão, hoje, claramente assentadas pelo texto da Súmula 331/TST. Constituem quatro grupos de situações sócio jurídicas delimitadas: a) situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário; b) atividades de vigilância regidas pela Lei 7.102/83; c) atividades de conservação e limpeza; d) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que, nas três últimas situações-tipo, inexistam personalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços. Atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial de serviços ou outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento. As atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. Destaca-se, por pertinente, que a subordinação jurídica, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a tradicional, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste aos objetivos perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empre-

endimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Na presente hipótese, consta do acórdão recorrido que o Reclamante atuava como operador de telemarketing, tendo como função: ‘preencher cadastro de clientes relativo a cartão de crédito’. Constatou-se, pois, que a atividade desempenhada pelo Reclamante, via atendimento por telefone, insere-se entre as atividades-fim do Banco Réu. A hipótese dos autos, portanto, não se amolda às quatro situações-tipo de terceirização lícita assentadas pela Súmula 331/TST, pois a análise dos fatos descritos no acórdão evidencia que o Reclamante estava inserido no processo produtivo do Reclamado Banco Santander (Brasil) S.A., sendo a atividade desempenhada, sem dúvida alguma, essencial ao funcionamento e à dinâmica empresarial. Assim, constatada a ilicitude do contrato de fornecimento de mão de obra, determina a ordem jurídica que se considere desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizante), formando-se o vínculo trabalhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado) - Súmula 331, I, TST. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-1508-35.2011.5.03.0018, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de publicação: 23/11/2012)

É interessante observar que as decisões transcritas, embora prolatadas antes do advento da Lei n.º 13.467/2017, amoldam-se perfeitamente ao raciocínio estampado nesta fundamentação, pois deixam claro que o núcleo definidor do reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a instituição bancária não decorre da suposta ilicitude da terceirização de atividade-fim, mas sim da manutenção da subordinação estrutural. Isto porque os operadores mantêm-se atrelados aos ditames empresariais da instituição bancária, como se empregados do banco fossem, de modo que seu afastamento dos direitos que daí devem decorrer (inerentes à categoria profissional dos bancários) é fruto da utilização da terceirização como forma de inibir a aplicação dos preceitos da CLT (e, portanto, nula, a teor do disposto no artigo 9º da CLT.

Friso, por oportuno, que a postura detectada (anterior ou posterior à Lei n.º 13.467/2017) não se trata de “simulação” da maneira prevista no artigo 167, §1º, do Código Civil, mas daquela estampada no artigo 166, VI, do mesmo Código, que se consubstancia no ato que “tiver por objetivo fraudar a lei imperativa”. A diferença é substancial: enquanto a primeira encampa atos de fato inexistentes, com mera aparência de legalidade, a segunda:

[...] caracteriza-se por meios que iludem a lei por via indireta, sem que ocorra forma ostensiva. A fraude dá ideia de disfarce, sem adentrar no conceito de simulação (...). Orienta-se em direção à finalidade do ato ou negócio jurídico. Geralmente, o objeto e as condições do ato ou negócio são perfeitos. A causa final do ato é que apresenta vício.²

2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Página 490.

Assim, não há dúvidas, a partir do contexto exposto, de que, por todo o contrato analisado neste processo, a primeira reclamada agiu exclusivamente para fraudar e impedir a aplicação dos preceitos da CLT, que, no caso, são aqueles que tutelam a condição especial dos bancários, muito mais vantajosos que o padrão empregatício comum. Motivo pelo qual acolho os pedidos principais formulados pela trabalhadora, para, elidindo os efeitos da fraude:

- 1) declarar que a reclamante, por haver exercido funções que a enquadram na categoria dos **bancários**, foi integrante da categoria profissional correspondente, para os fins do artigo 511, §2º, da CLT, fazendo jus a todas as vantagens aplicáveis a tal categoria;
- 2) declarar **nulo** o enquadramento sindical a que se vinculou a trabalhadora (CLT, artigo 9º), reconhecendo a inaplicabilidade dos dispositivos normativos correspondentes;
- 3) declarar o vínculo de emprego discutido nos autos diretamente com a terceira reclamada (por todo o contrato), em razão da ilicitude da terceirização promovida, nos termos do artigo 9º, da CLT e posição consolidada na Súmula 331, I, do C. TST; e
- 4) condenar a terceira reclamada ao pagamento das seguintes verbas:
 - a) **diferenças salariais**, assim consideradas as existentes o piso aplicável aos bancários e os salários pagos à reclamante, conforme evolução descrita nas convenções coletivas juntadas pela reclamante, de acordo com as respectivas vigências, aqui já incluídos, portanto, os reajustes salariais (que respeitam a evolução do piso); em razão da habitualidade, e da natureza salarial da rubrica, tal condenação deverá refletir no cálculo de outras parcelas, tais quais as gratificações natalinas, o aviso prévio, as férias acrescidas de 1/3 e o FGTS com multa de 40%;
 - b) **auxílio-refeição**, conforme evolução descrita nas convenções coletivas aplicáveis aos bancários, e de acordo com os dias trabalhados e fixados no item relativo à jornada, deduzido o valor confessadamente recebido pela reclamante no curso do contrato; e
 - c) **auxílio cesta-alimentação**, inclusive **décima terceira cesta-alimentação**, conforme evolução consignada nas convenções coletivas aplicáveis aos bancários.

Ainda como corolário do vínculo reconhecido, condeno a segunda reclamada a efetuar o registro do contrato de trabalho na CTPS da reclamante no período já delimitado. Para tanto, deverá constar:

- 1) a evolução salarial conforme o piso aplicável à categoria dos bancários;
- 2) o cargo de **escrivente**; e

1. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. Página 352.

3) admissão em **09.12.2013** e dispensa em **02.05.2018**.

Para o registro, deverá ser observado o procedimento fixado no tópico alusivo à rescisão do contrato.

Por fim, diante do decidido neste tópico, restam prejudicados os pedidos de diferenças salariais baseados no salário mínimo estadual, eis que a condenação fixada neste tópico abrangeu valores muito superiores ao parâmetro estadual aplicável.

b) Das comissões:

No tema, a trabalhadora argumenta: houve ajuste de pagamento de comissões, mas a empresa sempre pagou valor inferior ao devido.

A preposta da primeira reclamada incorreu em confissão ficta ao relatar que “as metas são fixadas mensalmente, não sabendo a depoente descrever quaisquer metas, sejam as da reclamante, sejam as de qualquer operador ou supervisor”. Por outro lado, neste e em diversos feitos análogos, há confissão real de que há relatórios sobre “o número de produtos vendidos ou retidos, conforme o caso”, e de que “é possível imprimir tais relatórios” (a exemplo, processo n.º 1000932-81.2016.5.02.0372), o que quer dizer que a empresa, de forma injustificada, não trouxe a prova em questão.

Nesse contexto, e partindo do pressuposto de que o ônus probante, no caso, jamais deixou de ser da empresa (tanto porque se trata de fato extintivo, como porque a hipótese é de contrato de adesão, de modo que as cláusulas são elaboradas pelo proponente), julgo em contrariedade à primeira reclamada, a teor do disposto no artigo 818, II, da CLT. Isto porque, vale reiterar, era da empregadora a responsabilidade de demonstrar os critérios utilizados para os pagamentos das comissões à reclamante, de modo que a falta de prova impõe o ônus à primeira reclamada.

Em consequência, condeno a ex-empregadora ao pagamento de diferenças de comissões, assim consideradas as existentes entre os valores postulados (**R\$1.500,00** por mês) e os pagos (documentados nos comprovantes de pagamento juntados com a defesa sob a rubrica “remuneração variável”).

Em razão da habitualidade, e da natureza salarial da rubrica, tal condenação deverá ser integrada aos DSR (inclusive feriados) e refletir no cálculo de outras parcelas, tais quais as gratificações natalinas, o aviso prévio, as férias acrescidas de 1/3 e o FGTS com multa de 40%.

c) Da jornada de trabalho:

A reclamante pretende a paga de horas extras. A primeira reclamada nega a sobrejornada não adimplida e resiste à pretensão jurídica deduzida pela trabalhadora.

A prova oral foi eficaz para demonstrar que os registros de ponto são imprestáveis para o registro fiel da jornada empreendida pela trabalhadora. Afinal, de acordo com a única testemunha ouvida nos autos, que desempenhava jornada similar à da reclamante (“das 8h35 às 14h55”):

[...] às vezes precisam fechar uma venda, e por isso ex-

trapolam tal horário em 30 a 40 minutos, em três vezes por semana [...].

Nesse contexto, inexistindo qualquer prova capaz de infirmar o testemunho transcrito, reputo veraz o relato em questão, motivo pelo qual desconsidero os registros escritos de jornada, que retratam episódica sobrejornada. Estabeleço que a reclamante atuou, em todo o período do contrato, em jornada regular das **8h35 às 14h55** em escala de seis dias trabalhados por semana, prorrogando em **35 (trinta e cinco) minutos** (pela média) em três vezes por semana, sempre com vinte minutos de intervalo.

Assim, concluo configurada, **em todo o contrato de trabalho**, a extrapolação da jornada pactuada pelas partes. Condeno a primeira reclamada ao pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes a 6h diárias e 30h semanais (considerando a limitação aplicável ao bancário), as quais deverão ser satisfeitas com o adicional de 50% (cinquenta por cento).

São parâmetros para o cálculo:

- 1) divisor 180; 2) a aplicação das Súmulas 264 e 347 do TST;
- 3) a evolução salarial da reclamante, conforme evolução documentada nos autos, acrescida das diferenças salariais deferidas neste feito; 4) a exclusão dos dias não trabalhados, desde que documentados (sendo relevante notar que o controle de horários, exclusivamente com relação aos dias trabalhados, deve ser convalidado, pois não houve prova de irregularidade a esse respeito, somente quanto aos horários registrados); 5) a fim de evitar enriquecimento sem causa da reclamante, autorizo a dedução de eventual valor pago a título de horas extras (50%), desde que já comprovado nos autos; e 6) a fixação, para todo o período trabalhado, dos horários reputados verazes nesta sentença.

Em razão da habitualidade, e da natureza salarial da rubrica, tal condenação deverá ser integrada aos DSR (inclusive feriados) e refletir no cálculo de outras parcelas, tais quais as gratificações natalinas, o aviso prévio, as férias acrescidas de 1/3 e o FGTS com multa de 40%. No tema, destaco, por fim, que a posição consolidada na OJ 394, da SDI-I, do C. TST, publicada em junho de 2010, parece não contar com fundamento legal, ou lógico, correspondente, sendo, portanto, inaplicável. Por razões simples:

- 1) o repouso semanal integra a remuneração: corresponde a um dia de serviço, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas (Lei n.º 605/1949, artigo 7º, a); ou seja: a **remuneração** do mês engloba não só as horas extraordinárias habitualmente prestadas, como, também, seus reflexos nos dias de descanso;
- 2) a lei estabelece que aviso prévio, FGTS, férias e gratificação natalina são baseados na remuneração mensal do trabalhador (respectivamente: artigo 487, §5º, da CLT; artigo 15, da Lei n.º 8.036/1990; CLT, artigo 142, §5º; e artigo 1º, §1º, da Lei n.º 4.090/1962), que, pela própria lei, engloba

as horas extraordinárias habituais e os reflexos nos dias de descanso.

Conclusão: a posição estampada OJ 394 da SDI-I do C. TST, aparentemente, desrespeita a lei. Pois determina que se *desconsidere* parte da remuneração do trabalhador, no cômputo de aviso prévio, férias, FGTS e gratificação natalina, quando a lei determina exatamente o contrário disto. Desconsidero-a, pois.

d) Do intervalo intrajornada:

Amparada no fato de que sua jornada ultrapassava a sexta hora diária, a trabalhadora pretende o pagamento de uma hora extra por dia nos dias em que isso ocorria, em razão de inexistência de intervalo legal mínimo (CLT, artigo 71, §4º).

Há respaldo.

A concessão de intervalo intrajornada é matéria de saúde e segurança no trabalho. Não há dúvida de que a empresa, ao contratar um empregado para uma jornada de 6 (seis) horas, deve conceder-lhe um intervalo de 15 (quinze) minutos (20, no caso dos autos), por não ser saudável ou seguro, para o ambiente de trabalho, a jornada ininterrupta. Porém, se esse mesmo empregado é submetido a uma jornada superior a seis horas, também não deve haver dúvidas de que um intervalo de 15 (quinze) minutos não supre as exigências constitucionais de saúde e segurança no trabalho.

Trata-se de raciocínio simples: se o empregado que trabalha por seis horas necessita de quinze minutos de descanso, por óbvio que aquele que desempenha seus serviços, regularmente, por um período maior, precisa de um intervalo proporcional à sobrecarga. Conceder aos dois o mesmo intervalo é realizar uma inversão lógica naquilo que a norma estabelece como razoável para o desempenho das atividades de forma segura e saudável.

Diante de tais considerações, fincado, especialmente, na obrigatoriedade, estabelecida ao empregador, da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF/88, artigo 7º, XXII) e na prevalência do valor-trabalho na ordem jurídica brasileira, concluo que a reclamante é credora de uma hora extra por dia, em todos os dias em que houve superação da sexta hora diária (conforme delimitados no item relativo à jornada, ou seja, em duas e três vezes por semana de forma alternada), por ausência de intervalo equivalente à prorrogação. Observo, por oportuno, que o entendimento exposto pacificou-se, muito recentemente, na Súmula 437, IV, do C. TST:

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

A fixação de uma hora por dia, sem abatimento de eventuais minutos gozados como intervalo, decorre de interpretação

literal do artigo 71, §4º da CLT, que fala em remuneração de todo o período do intervalo, sem dedução de eventual tempo efetivamente usufruído.

Além disso, não há falar em natureza indenizatória da hora. Trata-se de período que visa repor as energias do trabalhador. Sua supressão importa no pagamento de trabalho extraordinário. Daí sua indiscutível natureza salarial (contraprestativa). É o que pensa o TST, como se observa da Súmula 437, III, do C. TST.

Os critérios de cálculo, inclusive quanto aos reflexos, são aqueles fixados no item relativo à jornada.

e) Da reparação por danos morais:

No tema, a reclamante afirma que foi submetida a condições de trabalho degradantes, em função dos fatos narrados na inicial. E tem razão.

A única testemunha ouvida relatou o seguinte:

[...] a supervisora dela (reclamante) era Bruna; o comportamento, tanto de Bruna como dos demais supervisores, é baseado em pressão, por meio de *ranking* de vendas, idas regradas ao banheiro, aguardando-se se alguém estiver; não houve diferenciação em relação à reclamante; [...] às vezes, os supervisores usam palavras de baixo calão; são ‘zerados’ em razão de questões ligadas à forma de atendimento [...].

Mostra-se, assim, degradante o tratamento dedicado à reclamante, seja pelo controle exacerbado de a empregada ir ao banheiro, seja pelas cobranças exageradas ofensas oriundas dos supervisores e comparativos de resultados que expõem a imagem do empregado. É cediço, porém, que o operador de *telemarketing* precisa tomar água durante todo o decorrer da jornada (pelo constante uso da fala), o que torna a conduta da empresa nefasta. Nesse sentido, reputar válida a premissa de que um empregado precise de autorização para ir ao banheiro, ou, em outras situações, condicionada a um horário fixado previamente (o de pausa), é considerar lícita a subordinação de uma necessidade fisiológica do empregado ao *jus variandi* do empregador. No mesmo caminho:

RECURSO ORDINÁRIO – RESTRIÇÃO DO USO DE BANHEIRO - DANO MORAL CONFIGURADO.

A indenização por dano moral se justifica quando a ação patronal danosa venha a denegrir atributos pessoais do indivíduo, maculando sua personalidade e também repercutindo em sua vida pessoal, redundando prejuízo particularmente à sua saúde e higiene. Assim, atento às circunstâncias do caso concreto, a restrição ao uso de banheiro, com a necessidade de autorização do superior hierárquico viola a privacidade e ofende a dignidade do trabalhador, submetendo-o a constrangimento desnecessário, como restou comprovado neste autos.

(...) Veja-se que não se está negando o poder diretivo do empregador, previsto no art. 2º, *caput*, da CLT, de controle, vigilância e fiscalização de seus empregados, de modo

a viabilizar o sistema de produção regrado. Contudo, tal poder é limitado, não se podendo consentir a prática de atos que violem direitos da personalidade do trabalhador e, inclusive, ligados à sua saúde e higiene. Por certo, a Constituição Federal protege a privacidade, a honra e a imagem, por meio de seus arts. 1º, III, 5º, *caput* e incisos III e X, obstando certas práticas que ofendam a dignidade da pessoa humana e constituam tratamento degradante. A restrição ao uso de banheiro, com a necessidade de autorização do superior hierárquico, não pode ser aceita, pois viola a privacidade e ofende a dignidade do trabalhador, na medida em que o submete a constrangimento desnecessário, como restou comprovado neste autos. Assim sendo, constatado o dano sofrido pelo autor, resta à reclamada a indenização pelo dano moral correspondente.” (Processo TRT-15ª Região 00013-2008-074-15-00-9; Rel. **José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza**; publicação em 12.03.2010)

Conduta inaceitável. Tipificada, aliás, no artigo 149, do Código Penal:

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho (...). Pena – reclusão, de dois a oito anos e multa, além da pena correspondente à violência.”

O princípio da livre iniciativa não supõe exclusão do princípio da dignidade humana. Ao contrário: o sujeito, antes de ser empresário ou trabalhador, é um ser humano, e como tal, é dotado de **dignidade**. Se a reclamada fez valer o fundamento da República calcado na “livre iniciativa” (artigo 1º, IV, da CF/1988), esqueceu de um fundamento maior, e de que decorrem todos os demais, fundado na **dignidade do ser humano**, o único princípio que **não tolera colisão positiva** com qualquer outro.

Há, nesse contexto, evidentes danos decorrentes do tratamento degradante dos supervisores da reclamante, fatos absolutamente reprováveis em um ambiente de trabalho. A repercussão dos males destacados está no íntimo da vítima, que, diariamente, *acostumou-se a viver com a indiferença* perpetrada por seu ex-empregador, o responsável pela lesão gerada. A honra subjetiva, desse modo, foi, indubitavelmente, ferida. Patente a aplicabilidade do comando previsto no artigo 927, do Código Civil.

Faz jus, a trabalhadora, em consequência, à reparação por dano moral. Cujas mensuração deve respeitar uma série de critérios, bem sintetizados pela E. Desembargadora Rosana de Almeida Bueno, em julgamento publicado em 25.11.2010, nos autos do processo n.º 00781-2006-087-02-00-8:

“Em relação ao *quantum* indenizatório, a sua estimativa não é tão singela, não sendo realizada mediante um simples cálculo aritmético, mas com critério, em que o magistrado deve verificar em cada caso, a repercussão econômica, a situação econômica das partes, a repercussão social e a duração da lesão. Exige-se, a um só tempo, prudência

e severidade (art. 946, CC), de sorte que não se permita o enriquecimento ilícito de uma parte ou o pagamento de quantia inexpressiva pela outra. Deve-se atentar, ainda, o Julgador para o desestímulo ao lesante - vetor pedagógico da indenização -, de molde a impedir a reiteração da conduta em outras situações, sem olvidar do bom senso, da experiência de vida, a realidade e as peculiaridades do caso individualmente. Tal fixação deve orientar-se, portanto, pelo princípio constitucional da razoabilidade. Na espécie, referente à situação pessoal do ofensor, trata-se de empresa cujo capital social perfaz R\$ 13.318.000,00 (treze milhões trezentos e dezoito mil reais), fls. 429.”

No caso dos autos, observo:

- 1) que o capital social da ofensora supera **R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais)**, conforme artigo 5º, de seu estatuto.
- 2) que nem com todo esse lucro a empresa foi capaz de respeitar a dignidade de muitos dos responsáveis pelos ganhos, os trabalhadores, permitindo que fossem submetidos a situações degradantes de trabalho;
- 3) que *seres humanos não devem a ter a moral mensurada de acordo com o que ganham, mas, única e exclusivamente, pela própria condição humana, comum a todos*; e
- 4) que a reclamante foi submetida às condições degradantes de trabalho verificadas, por mais de quatro anos.

Concluo, no contexto exposto, que a trabalhadora faz jus ao valor de **R\$30.000,00 (trinta mil reais)**, a título de reparação por danos morais.

É como condeno.

f) Da rescisão do contrato:

No tema, os fatos mencionados nos itens anteriores são capazes, por si sós, de fazer concluir pela ocorrência de falta grave, hábil a culminar com a rescisão indireta do contrato. Afinal, considerar lícita a conduta da empresa é desconsiderar o disposto no artigo 483, alíneas “d” e “e”, da CLT, permitindo que trabalhadores tenham desrespeitados direitos mínimos e sejam desconsiderados em sua honra, e, ainda assim, permaneçam vinculados ao contrato. É, enfim, permitir que o princípio da livre iniciativa sobreponha-se ao da dignidade humana, o que, como já fundamentado no item anterior, é **intolerável**.

Assim sendo, declaro rescindido, por via indireta, o contrato de trabalho mantido entre as partes, fixando como termo final o dia **02.05.2018** (conforme fls. 227, data não impugnada em defesa). Como consequência, condeno a ex-empregadora ao pagamento das seguintes verbas:

- a) Saldo de salário (02 dias);
- b) Aviso prévio, com projeção, para todos os fins (42 dias);
- c) Férias vencidas e proporcionais (6/12), ambas com acréscimo de 1/3;
- d) Gratificação natalina proporcional (5/12); e

e) Depósitos de FGTS sobre o saldo de salário, o aviso prévio e a gratificação natalina, e multa de 40% (quarenta por cento) sobre todos os depósitos de FGTS.

Como corolário da dispensa, condeno a primeira reclamada, ainda, a entregar à reclamante as guias para habilitação no programa do seguro-desemprego e para levantamento dos depósitos de FGTS, além de efetuar o registro do encerramento do contrato em CTPS (consignando inclusive a projeção do período de aviso prévio). A entrega das guias deverá ser cumprida em até cinco dias do trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais), até o máximo de trinta dias, sem prejuízo da expedição de alvarás substitutivos.

Para a anotação em CTPS, deverá ser observado o seguinte procedimento:

- 1) a reclamante deverá apresentar sua CTPS diretamente à primeira reclamada em até cinco dias após o trânsito em julgado;
- 2) a primeira reclamada deverá efetuar o registro determinado, nos cinco dias subsequentes, entregando a CTPS no endereço residencial da reclamante, ou no mesmo ato da apresentação (para se eximir da responsabilidade pela devolução no endereço da trabalhadora), sob pena de multa diária, desde já fixada em R\$500,00 (quinhentos reais), até o máximo de trinta dias, sem prejuízo de a providência ser concretizada pela Secretaria da Vara (CPC, artigo 461, §§4º e 5º). Em qualquer das hipóteses (anotação pela reclamada ou pela Secretaria), **não deverá existir qualquer menção ao fato de que o registro se dá em função de determinação judicial, eis que, infelizmente, no Brasil, ainda perdura a ideia de que o empregado que busca seus direitos na Justiça não é digno de confiança. Se o registro for efetuado pela Secretaria, deverá ser elaborada certidão, hábil à comprovação do tempo de serviço, que deverá ser arquivada em Secretaria.** Tal ordem (de não menção à anotação por ordem judicial) é ratificada pela jurisprudência do C. TST, como demonstra, por mero exemplo, decisão publicada em 20.05.2010:

“RECURSO DE REVISTA - ANOTAÇÃO DESABONADORA - CTPS DETERMINAÇÃO JUDICIAL INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. Hipótese em que o ex-empregador, cumprindo determinação judicial inscrita em sentença transitada em julgado, efetua o registro do contrato na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do operário, mas acrescenta, superando os limites da determinação judicial, em capítulo reservado a anotações gerais, a informação alusiva ao trânsito da reclamação trabalhista que é objetivamente identificada. Muito embora a busca do Poder Judiciário represente o meio adotado pelas sociedades civilizadas para a solução de litígios entre seus integrantes (CF, art. 5º, XXXV), não se pode cerrar os olhos para o preconceito ainda presente em segmentos do setor empresarial contra trabalhadores

que exercem o direito constitucional de ação, fato que pode ser elevado à condição de público e notório (CPC, art. 334, I), sobretudo e especialmente no âmbito desta Justiça do Trabalho, na qual, recentemente, os sítios de informação processual mantidos por seus tribunais na internet foram utilizados para a pesquisa de antecedentes judiciais de trabalhadores em processo de contratação. Para além, portanto, do debate acerca da existência ou não de registros falsos ou desairosos, ou mesmo da existência de prejuízos concretos sofridos pelo trabalhador, a conduta afronta o art. 29, § 4º, da CLT, configura abuso (CC, arts. 187 e 422) e demanda reparação. Afinal, tratando-se de documento que reflète a vida profissional do trabalhador, os registros nele efetuados podem prejudicar a obtenção de novo emprego, trazendo graves conseqüências de ordem social, moral e econômica para o trabalhador atingido.” (Processo TST n.º 00743-2007-03-00-9; Rel. Ministro Convocado Douglas Alencar Rodrigues)

Após todos os trâmites fixados neste tópico, com relação à CTPS e saque de FGTS e seguro-desemprego, a reclamante deverá apresentar sua CTPS diretamente à terceira reclamada (observado procedimento idêntico ao já fixado em relação à litisconsorte), para que ela seja intimada a retificar o registro, conforme fundamentação.

g) Da responsabilidade da segunda e da terceira reclamadas:

As duas primeiras reclamadas devem responder solidariamente pela dívida reconhecida neste feito, já que as alterações retratadas às fls. 190/221 indicam que houve mera cisão empresarial. Manteve-se, pois, o interesse integrado entre as empresas, tanto que representadas pela mesma preposta e pelos mesmos advogados. Por outro lado, há regra legal expressa impondo que “qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”. Impera, ao caso, simplesmente o disposto nos artigos 2º, §2º e 10, ambos da CLT.

Em relação à terceira reclamada, a fixação de responsabilidade também encampa a necessidade de aplicação do princípio geral da boa-fé, no que tange à vedação ao enriquecimento ilícito, no caso, à custa do trabalho alheio, em função da fraude reconhecida em relação a todas as empresas que participaram da ilegal terceirização de serviços perpetrada.

Nesse ponto, importante dizer que o artigo da 8ª CLT, antes ou depois da “Reforma” trabalhista (Lei n.º 13.467/2017), permite a aplicabilidade do direito comum como **fonte subsidiária do direito do trabalho**. Houve, como se sabe, uma alteração do paradigma estampado em seus parágrafos: na redação anterior, impunha-se a aplicação do direito comum apenas “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho”, e, na atual, a ressalva deixou de existir.

A mudança, porém, não altera, em absoluto, a realidade até então institucionalizada.

Em qualquer dispositivo de lei, o “parágrafo” serve para complementar uma ideia geral estampada na cabeça do

artigo. Assim, não há dúvidas de que o parágrafo, salvo se o disser expressamente, não tem o condão de fazer desconsiderar a regra destacada no artigo do qual ele faz parte.

Isso quer dizer que, ao dispor, genericamente, que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”, o novo parágrafo 1º do artigo 8º da CLT mantém sua submissão ao *caput* do dispositivo, que, por sua vez, é expresso em dispor que:

“As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

Ou seja: “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”, cabendo à Justiça do Trabalho, antes de aplicá-lo, atentar-se para a “equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho”. Em outras palavras, reiterando o que já fora observado: “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”, exatamente a redação anterior do dispositivo. E esta compatibilidade tem, por óbvio, como pressuposto, o princípio da proteção.

Pois bem: o novo Código Civil (o direito comum, portanto) é considerado um verdadeiro código de princípios. Pauta-se na eticidade, na socialidade e na efetividade³. Suas normas, concebidas dentro de um sistema, visam afastar a clássica idéia do positivismo, fundado no Estado Liberal, do individualismo. Assumem, ao contrário, a feição imposta pelo novo Estado Social, e que hoje deságua na chamada “terceira geração de direitos”, cujos reflexos também encontramos nos direitos transindividuais, de caráter difuso ou coletivo, positivados no Código de Defesa do Consumidor, na Lei da Ação Civil Pública, no Estatuto do Meio Ambiente, entre outros.

Essa violação do direito do trabalhador constitui, sob o enfoque do Código Civil, ato ilícito. É a regra do artigo 186:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Após definir a natureza da conduta (o ato ilícito) o Código Civil vai adiante: estabelece, em seu artigo 927, que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” E fixa, no artigo 942:

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou vio-

3. Conforme lição de Miguel Reale, enunciada pela Desembargadora Federal do Trabalho da 2ª Região, Tânia Bizarro Quirino de Moraes, em aula ministrada na Escola da Magistratura em 09.04.2008, como parte do programa do Curso de Iniciação dos Magistrados do Trabalho.

lação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.” (grifo da transcrição)

Diante de todo esse aparato normativo, que estatui, de forma inequívoca, a solidariedade dos responsáveis pela violação do direito da reclamante, fixo a responsabilidade da terceira reclamada como solidária, em relação a todas as verbas reconhecidas neste feito.

4. Dos honorários advocatícios de sucumbência:

Quanto aos honorários advocatícios, restam preenchidos os requisitos legais (CLT, artigo 791-A), o que é o suficiente para o deferimento da rubrica em favor do patrono da reclamante, à razão de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

5. Dos parâmetros para a liquidação:

a) Da fixação e do recolhimento do IRPF:

A reclamada fica responsável pelo cálculo e pela comprovação do recolhimento do imposto de renda, *se incidente*, conforme previsão do artigo 46 da Lei n.º 8.541/92, corroborada pelo Provimento 01/1996, da CGJT.

Para tanto, deverá observar os seguintes critérios:

- (1) só serão considerados rendimentos tributáveis os descritos no artigo 43 do Decreto 3.000/1999, nos quais *não se incluem os juros de mora, as indenizações por lucros cessantes, a contribuição previdenciária e os honorários advocatícios* (Lei n.º 8.541/92, artigo 46, §1º;
- (2) o regime de atualização deve obedecer ao chamado regime de competência; ou seja, o cálculo deve ser feito mês a mês, havendo por fixado o tributo em conformidade com a legislação pertinente à época do inadimplemento da parcela. Neste sentido, é inaplicável o entendimento consolidado na Súmula 368, II do C. TST, porque o artigo 46 da Lei n.º 8.541/92 fala apenas em retenção no momento em que o rendimento se tornar disponível ao beneficiário, e não em fixação da alíquota sobre a totalidade dos rendimentos tributáveis. Pelo entendimento sumulado pelo TST, o beneficiário do direito, além de vê-lo lesado, ainda seria compelido a recolher o IRPF em valor superior àquele que seria devido, caso a parcela fosse satisfeita a tempo e modo, o que, por imperativo lógico, é inaceitável.

b) Da fixação e do recolhimento do INSS:

Nos termos do artigo 832, §3º da CLT, declaro como salário-de-contribuição as seguintes parcelas: diferenças de salário por observância de piso aplicável aos bancários, e reflexos em gratificações natalinas; horas extras, sua integração aos DSR, e reflexos em gratificações natalinas; saldo de salário e

gratificação natalina proporcional.

São parâmetros a ser seguidos:

- (1) a evolução salarial da reclamante;
- (2) a reclamada (na qualidade de empregadora) será a responsável pelo recolhimento de sua cota-parte da contribuição previdenciária, e, também daquela devida pela reclamante (na condição de empregada), sem a faculdade de retenção, do crédito da reclamante, das importâncias por esta devidas (artigo 33, §5º, Lei 8.212/91), e observando o limite mensal do salário-de-contribuição;
- (3) apuração pelo regime de competência (TST, Súmula 368, III), com a aplicação das alíquotas fixadas à época do inadimplemento da parcela;
- (4) correção pela taxa referencial SELIC (Lei n.º 8.212/91, artigo 34), sem nova incidência de juros;
- (5) atualização a partir do dia 10 do mês subsequente ao efetivo pagamento (Lei n.º 8.212/91, artigo 30, inciso I, b, com redação dada pela Lei n.º 11.488/2007);
- (6) o fato gerador da contribuição previdenciária decorre da previsão constitucional presente no artigo 195, I, a. Portanto, como a condenação abrange o pagamento de diferenças de remuneração, o fato gerador será concretizado após o efetivo pagamento das parcelas de natureza salarial; e
- (7) a condenação não abrange as contribuições previdenciárias devidas a terceiros (“sistema ‘S’”). É que a competência fixada pelo artigo 114, VIII, da CF é expressamente limitada pela previsão contida no artigo 240, também da Constituição. Daí concluir-se, como nos julgados abaixo, que apenas as contribuições devidas exclusivamente em razão da prestação de serviços inserem-se na esfera de atuação da Justiça do Trabalho:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISITA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DESTINADA A TERCEIROS E CONTRIBUIÇÃO DE SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. A jurisprudência iterativa, notória e atual desta Corte Superior tem assentado o entendimento de que compete à Justiça do Trabalho a execução de débitos previdenciários provenientes de suas próprias sentenças, quando credor o trabalhador (empregado ou contribuinte individual), enquanto que o empregador é o responsável tributário (art. 33, § 5º, da Lei nº 8.212/91), não incluída em tal atribuição constitucional a execução das contribuições sociais destinadas a terceiros, tampouco a referente ao Seguro de Acidente do Trabalho - SAT. Essa a exegese que se extrai do disposto nos arts. 114, VIII, 195, I, a, e II, e 240, todos da Constituição da República, e da diretriz da Súmula nº 368, I, do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, não há falar em ofensa à Constituição, nos termos do art. 896, § 2º, da CLT e da Súmula nº 266 do TST.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR - 1439/2005-048-03-41.3, Relator Min.Walmir Oliveira da Costa, DJ 01/04/2009, 1ª Turma, DJU 17/04/2009).

“**INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DEVIDAS A TERCEIROS.** I - O artigo 114, VIII, da Constituição Federal fixou a competência da Justiça do Trabalho para executar de ofício as contribuições sociais previstas no artigo 195, I, -a-, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. Tais dispositivos limitam a competência da Justiça do Trabalho para a execução das quotas das contribuições previdenciárias devidas pelo empregador e pelo empregado, o que exclui as contribuições devidas a terceiros. II - Tanto o é que o artigo 240 da Constituição dispõe que “Ficam ressaltadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical”. III - Vale dizer ter o Texto constitucional ressaltado, expressamente, do disposto no artigo 195 da Constituição, as contribuições a terceiros, a saber, as destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional, excluindo-as da competência do Judiciário Trabalhista. Nesse sentido precedentes desta Corte. IV - Recurso provido.”(RR-911/2004-018-12-85.4, Relator Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, publicado no DJU de 16/5/2008).

c) Dos juros e correção monetária:

Via de regra, a norma aplicável para correção dos créditos trabalhistas sempre foi aquela prevista no artigo 39 da Lei n.º 8.177/1991, que dispõe que:

Art. 39. Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento. (em destaque apenas na transcrição)

A Lei 13.467/2017, no particular, nada mudou, pois apenas reiterou a norma transcrita ao introduzir o §7º ao artigo 879 da CLT, prevendo que:

“A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei no 8.177, de 1o de março de 1991.”

“TRD” nada mais é que a “taxa referencial diária”, critério utilizado como índice de remuneração da caderneta de poupança, e aplicável aos débitos trabalhistas, por força da norma transcrita.

A questão é que o E. STF, analisando correção de créditos fazendários, chegou à conclusão de que o índice TRD não corresponde à efetiva recomposição da moeda. E assim o fez

em controle concentrado de constitucionalidade (portanto, com efeitos *erga omnes*), em decisão relatada pelo Ministro Ayres Britto, nos autos do processo n.º ADI-4.357:

[...] O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (*ex ante*), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).

A partir da decisão transcrita, iniciou-se intenso debate, no âmbito da Justiça do Trabalho, a respeito da constitucionalidade da expressão “equivalentes à TRD” contida no artigo 39 da Lei n.º 8.177/1991 (o que atinge, por óbvio, também o novo §7º do artigo 879 da CLT). Isto porque o raciocínio consolidado no STF seria plenamente aplicável à regra de caráter trabalhista, uma vez que o direito fundamental de propriedade também restaria violado, caso os créditos trabalhistas permanecessem sofrendo correção manifestamente inferior aos índices inflacionários. Para dirimir a controvérsia, o C. TST, na Arguição de Inconstitucionalidade 479-60.2011.5.04.0231, relatada pelo Eminentíssimo Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, em decisão publicada em 05.08.2015, concluiu por:

[...] declarar a inconstitucionalidade por arrastamento da expressão “equivalentes à TRD”, contida no caput do artigo 39 da Lei n.º 8.177/91; b) adotar a técnica de interpretação conforme a Constituição para o texto remanescente do dispositivo impugnado e preservar o direito à atualização monetária dos créditos trabalhistas; c) definir a variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) como fator de atualização a ser utilizado na tabela de atualização monetária dos débitos trabalhistas na Justiça do Trabalho; d) atribuir efeitos modulatórios à decisão, que deverão prevalecer a partir de 30 de junho de 2009, observada, porém, a preservação das situações jurídicas consolidadas resultantes dos pagamentos efetuados nos processos judiciais, em andamento ou extintos, em virtude dos quais foi adimplida e extinta a obrigação, ainda que parcialmente, sobretudo em decorrência da proteção ao ato jurídico perfeito (artigos 5º, XXXVI, da Constituição e 6º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LIDB); e) determinar o retorno dos presentes autos à 7ª Turma desta Corte para prosseguir no julgamento do recurso de revista, observado o quanto ora decidido.

O TST conferiu à decisão transcrita efeitos *erga omnes*, aplicando-a, a partir de então, para **todos os processos em tramitação na Justiça do Trabalho**.

Independentemente da razoabilidade do raciocínio ex-

posto, é certo que, em face da decisão emanada do TST, foi ajuizada perante o STF a Reclamação Constitucional 22.012, pela Federação Nacional dos Bancos (FENABAN), na qual o Ministro Dias Toffoli deferiu liminar para suspender os efeitos *erga omnes* da decisão proferida pelo TST na Arguição de Inconstitucionalidade 479-60.2011.5.04.0231. Porém, vale reiterar: a liminar restringiu-se aos efeitos *erga omnes* do decidido pelo C. TST, não à própria aplicação do índice ali fixado nos processos individualmente analisados.

Portanto, a decisão prolatada pelo Ministro Dias Toffoli, além de não haver afetado as razões de decidir da Corte Trabalhista, também não teve sequer o condão de permitir que a Justiça do Trabalho, em desrespeito ao próprio entendimento consolidado no STF, continuasse fazendo perpetuar uma inconstitucionalidade. Nem inviabilizou a possibilidade de se reconhecer, por via difusa (e com respaldo do próprio Supremo), a superação da regra que impõe a aplicação da TR como índice de correção monetária de débitos trabalhistas. Aliás, foi exatamente esta a conclusão do eminente colega da 2ª Região, Juiz Marcos Neves Fava, que, em acórdão publicado em 18.12.2015, nos autos do processo n.º 0001139-56.2012.5.02.0043, concluiu da seguinte forma:

O STF, em controle concentrado de constitucionalidade, reconheceu inconstitucional a utilização da TRD como índice de correção monetária, em decisão que tem efeitos *erga omnes*. Com base nessa conclusão, adota-se interpretação conforme à Constituição, para, sem declarar inconstitucionalidade com redução de texto, medida de competência do Plenário dos Tribunais, adotar índice diverso ao legalmente fixado (TRD). A escolha do IPCA-E/IBGE decorre de sua adoção (1) pelo STF, em substituição à variação da TR, nos precatórios federais, (2) pela União, para correção geral das rubricas orçamentárias de 2014 e 2015 e (3) pelo TST, por Ato da Presidência, para correção dos créditos administrativamente reconhecidos em face daquele Tribunal. Rejeite-se, desde logo, qualquer argumento de que o acórdão do TST na arguição de inconstitucionalidade n.º 479/2011 encontra-se com os efeitos suspensos, porque esta decisão nele não se baseia. A partir da decisão, com efeitos *erga omnes*, do STF sobre inconstitucionalidade da utilização da TRD como índice de correção monetária, o magistrado, em qualquer grau de jurisdição, aplicando a técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição, pode, não declarando inconstitucionalidade com redução de texto, reconhecer a superação da regra e construir alternativa para implementação de decisão justa. A suspensão dos efeitos da decisão do TST nos autos da arguição de inconstitucionalidade 479/2011 não ofusca tal possibilidade. Se a decisão não declara inconstitucionalidade com redução de texto, a competência a que alude a súmula vinculante 10, do STF, para o plenário do Tribunal, não se aplica. Com estas ponderações, deverá ser utilizado o IPCA-E/IBGE como índice de correção monetária no presente caso.

De todo modo, é importante observar que, ao final, já em dezembro de 2017, a Reclamação n.º 22.012 foi julgada defini-

tivamente improcedente pela 2ª Turma do STF, inclusive com a sinalização, pelo Supremo, da pertinência do entendimento original do TST, calcado na inconstitucionalidade por arrastamento da utilização da TRD como fator de correção. Nos seguintes termos:

RECLAMAÇÃO. APLICAÇÃO DE ÍNDICE DE CORREÇÃO DE DÉBITOS TRABALHISTAS. TR. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL ENTRE OS FUNDAMENTOS DO ATO RECLAMADO E O QUE FOI EFETIVAMENTE DECIDIDO NAS ADIS 4.357/DF E 4.425/DF. NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. ATUAÇÃO DO TST DENTRO DO LIMITE CONSTITUCIONAL QUE LHE É ATRIBUÍDO. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE. I – A decisão reclamada afastou a aplicação da TR como índice de correção monetária nos débitos trabalhistas, determinando a utilização do IPCA em seu lugar, questão que não foi objeto de deliberação desta Suprema Corte no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357/DF e 4.425/DF, não possuindo, portanto, a aderência estrita com os arestos tidos por desrespeitados. II – Apesar da ausência de identidade material entre os fundamentos do ato reclamado e o que foi efetivamente decidido na ação direta de inconstitucionalidade apontada como paradigma, o *decisum* ora impugnado está em consonância com a *ratio decidendi* da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte. III – Reclamação improcedente. (STF-Reclamação 22.012; Rel. Ministro Dias Toffoli; DJE de 05.12.2017)

Conclusão: é correto o entendimento segundo o qual as expressões “equivalentes à TRD” (prevista no artigo 39 da Lei n.º 8.177/1991) e correção “pela Taxa Referencial (TR)” (contida no novo §7º do artigo 879 da CLT), por não corresponderem a uma efetiva recomposição do valor dos débitos reconhecidos nestes autos, mostram-se inaplicáveis a tal fim. Em consequência, baseado nos fundamentos expostos, em especial na decisão oriunda do E. STF nos autos da ADI 4.357, determino que a correção da dívida reconhecida neste feito seja realizada a partir da utilização do índice IPCA-E do IBGE, e não conforme o *caput* do artigo 39 da Lei n.º 8.177/1991.

A correção monetária deverá observar o disposto no artigo 459, parágrafo único da CLT, com a utilização do índice do mês subsequente ao da prestação de serviços, na esteira do que estipula a Súmula 381 do TST.

Os juros, à razão de 1% ao mês, simples, *pro rata die*, a partir da data da propositura da ação, deverão incidir sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente (Súmula 200 e OJ 300 da SDI-I do TST), tudo em conformidade com o artigo 39, §1º, da Lei n.º 8.177/91.

6. Da compensação:

Deferida, a título de dedução.

III – DISPOSITIVO

Em razão do exposto, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos formulados na reclamação trabalhista em epígrafe, resolven-

do o mérito (CPC, artigo 487, I), para o fim de:

- declarar que a reclamante, por haver exercido funções que a enquadram na categoria dos **bancários**, foi integrante da categoria profissional correspondente, fazendo jus às vantagens daí decorrentes;
- declarar o vínculo de emprego analisado nos autos diretamente com a terceira reclamada;
- declarar rescindido, por via indireta, em 02.05.2018, o contrato de trabalho mantido entre as partes; e
- condenar as reclamadas **TIVIT TERCEIRIZAÇÃO DE PROCESSOS, SERVIÇOS E TECNOLOGIA S/A, NEO-PO SERVIÇOS DE PROCESSOS DE NEGÓCIOS E TECNOLOGIA S/A e BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A**, de forma solidária, a pagarem a **CLEONICE PEREIRA LIRA ESTEVAM**, conforme se apurar em liquidação de sentença:

- Diferenças salariais e reflexos, em razão da aplicação do piso salarial bancário;
- Indenização substitutiva de auxílio-refeição, auxílio cesta-alimentação e décima terceira cesta-alimentação;
- Diferenças de comissões, e reflexos;
- Horas extras, por extrapolação da jornada e por ausência de intervalo intrajornada equivalente à prorrogação de jornada, e reflexos;
- Reparação por danos morais;
- Saldo de salário (02 dias);
- Aviso prévio, com projeção, para todos os fins (42 dias);
- Férias vencidas simples e proporcionais (6/12), ambas com acréscimo de 1/3;
- Gratificação natalina proporcional (5/12); e
- Depósitos de FGTS sobre o saldo de salário, o aviso prévio e a gratificação natalina e multa de 40% (quarenta por cento) sobre todos os depósitos de FGTS.

Como corolário da dispensa, condeno a primeira reclamada, ainda, a entregar à reclamante as guias para habilitação no programa do seguro-desemprego e para levantamento dos depósitos de FGTS, e a efetuar o registro do encerramento do contrato em CTPS. Tudo conforme diretrizes fixadas na fundamentação.

Outrossim, condeno a segunda reclamada a efetuar o registro do vínculo de emprego reconhecido diretamente em face dela, conforme fundamentação.

Por fim, condeno as reclamadas ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência ao patrono da reclamante, à razão de 15% (quinze por cento) sobre a condenação.

Parâmetros para a liquidação, inclusive juros, correção monetária e incidências de imposto de renda e contribuição previdenciária, fixados na fundamentação.

Defiro à reclamante, conforme fundamentação, o benefício da gratuidade de justiça.

Arbitro o valor de **R\$80.000,00 (oitenta mil reais)** à condenação.

Custas, pelas reclamadas, no importe de **R\$1.600,00 (um mil e seiscientos reais)**, calculadas sobre o valor provisório da condenação, cujo recolhimento deverá ser comprovado após o trânsito em julgado, ou, se o caso, dentro do prazo para recurso ordinário (CLT, artigo 789, I e §1º).

Determino a aplicação, no particular, do comando fixado no artigo 523, §1º, do CPC, combinado com a regra contida no artigo 880 da CLT. Ou seja: tão logo liquidada a sentença, o executado deverá ser intimado para pagamento da dívida em 48h, na pessoa de seu advogado, sob pena de acréscimo de multa de 10% (dez por cento) e penhora imediata. As lacunas ontológica e axiológica da CLT não têm o condão de tornar o procedimento que tem por intuito a satisfação de verbas eminentemente alimentares mais **moroso** que o imposto a dívidas de natureza diversa. Afinal, a lógica e o bom senso do aplicador do direito, atados à garantia fundamental insculpida no artigo 5º, LXXVIII, da CF/1988, hão de superar formalismo desnecessário (assim reconhecido pelo legislador federal, que modificou o CPC), fixado há mais de **setenta anos** pela CLT.

Intimem-se as partes, pois a sentença não foi publicada na data aprezada em audiência.

LEONARDO ALIAGA BETTI

Juiz Substituto

