

---

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

**ANO 7 • Nº 12**

**ISSN 2358-0038**

**1º SEMESTRE • 2019**



**AMATRA.2**

**HOMENAGEM A PEDRO CARLOS SAMPAIO GARCIA**

Coordenação: Diretor Cultural da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani  
Diretor Cultural da AMATRA-2, Juiz José Carlos Soares Castello Branco  
Diretor Cultural 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

---

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

**ANO 7 • Nº 12**

**ISSN 2358-0038**

**1º SEMESTRE • 2019**



**HOMENAGEM A PEDRO CARLOS SAMPAIO GARCIA**

Coordenação: Diretor Cultural da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani  
Diretor Cultural da AMATRA-2, Juiz José Carlos Soares Castello Branco  
Diretor Cultural 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

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 7, -- n.12 – (1. sem. 2019) – . -- São Paulo, 2019-.  
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),**

**C**om muita satisfação, a AMATRA-2 lança e entrega para cada um dos Associados da Entidade, a 12ª (décima segunda) edição da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região.

Destacamos a merecida homenagem ao nosso querido Associado Pedro Carlos Sampaio Garcia, 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 Arroyo**

**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**

**Juizes Titulares**

**Patrícia Almeida Ramos – Titular**

**Adriana Prado Lima – Suplente**

**Juizes Substitutos**

**Marcelo Azevedo Chamone – Titular**

**Juliana Dejavite 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

<b>HOMENAGEM A PEDRO CARLOS SAMPAIO GARCIA – Carlos Roberto Husek</b> .....	<b>6</b>
<b>DOCTRINA</b> .....	<b>8</b>
AS FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS E O FIM DA ULTRATIVIDADE DA NORMA COLETIVA – <b>André Cremonesi</b> .....	8
TERCEIRIZAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO E. STF – <b>André Eduardo Dorster Araujo</b> .....	10
A TERCEIRIZAÇÃO, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A REFORMA TRABALHISTA: SOBRE VELHOS E NOVOS PROBLEMAS – <b>Eduardo Rockenbach Pires</b> .....	21
O BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO – <b>Elisa Maria Secco Andreoni</b> .....	26
AS RECENTES ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO – <b>Helcio Luiz Adorno Júnior</b> .....	31
AS NOVAS MODALIDADES CONTRATUAIS DE TRABALHO, O PRINCÍPIO DO CONTRATO REALIDADE E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – <b>Helcio Luiz Adorno Júnior</b> .....	39
A FIANÇA BANCÁRIA E O SEGURO GARANTIA JUDICIAL. CARACTERÍSTICAS INDISPENSÁVEIS PARA SUA UTILIZAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO – <b>João Forte Júnior</b> .....	50
NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO: ANÁLISE DO FENÔMENO DA ULTRATIVIDADE E DE SUAS REPERCUSSÕES NO BRASIL E EM PORTUGAL - COLLECTIVE BARGAINING OF LABOR: ANALYSIS OF THE PHENOMENON OF ULTRA-ACTIVITY AND ITS REPERCUSSIONS IN BRAZIL AND PORTUGAL – <b>Leonardo Aliaga Betti</b> .....	55
JORNADA DE TRABALHO DOS BANCÁRIOS – <b>Marcelo Azevedo Chamone</b> .....	69
UM ANO DE VIGÊNCIA DA LEI 13.467/217 (REFORMA TRABALHISTA): ASPECTOS DO GRUPO ECONÔMICO E DA SUCESSÃO DE EMPREGADORES – <b>Mauro Schiavi</b> .....	71
REFORMA TRABALHISTA: UM CAMINHO PARA REDUZIR A DESIGUALDADE E A PRECARIIDADE? – <b>Thereza Christina Nahas</b> .....	78
<b>ACÓRDÃOS</b> .....	<b>83</b>
<b>SENTENÇA</b> .....	<b>105</b>

**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

CARLOS ROBERTO HUSEK

Desembargador do TRT-2

## PEDRO CARLOS SAMPAIO GARCIA

### “OLÁ...OLÁ”<sup>1</sup>

Há homens que inscrevem seus nomes na história, por grandes feitos, obras escritas, pinturas extraordinárias, criações musicais, exercício marcante do poder, façanhas esportivas e recebem das gerações futuras, homenagens, laudatórios, quadros, bustos, que podem inspirar e servir de modelo. Esses transformam-se em mitos e, incansáveis, alimentam o ego, e são a esperança de que os grandes obstáculos possam ser superados. Há, no entanto, aqueles que desobstruem os caminhos no dia a dia com clareza e serenidade; trabalham, conversam, discutem e representam uma instância de sabedoria cotidiana. Se os primeiros nos renovam os ideais, os segundos nos facilitam a vida.

Nós, a grande maioria, que não pertencemos a nenhum dos dois grupos, necessitamos de uns e outros, mas sem os últimos a vida em sociedade seria inviável. Pedro Sampaio Garcia faz parte do segundo grupo, embora não se afaste a possibilidade de que ele venha a nos brindar com alguma inesperada criação, dada a sua potencialidade nos estudos, na vida profissional e nas artes.

Conheci Pedro (Pedrão) – o aumentativo lhe faz justiça - em 1988, ano que entrei para a Magistratura. Já naquela época tive dele algumas referências: bom juiz, amigo, solidário e combativo.

Na vida privada, antes da carreira de juiz, iniciada em março de 1988, conviveu e trabalhou com vários dos colegas juizes (Kyong, Manoel Ariano, Salvador, Silvana) sempre visto como um irmão mais velho, ainda que não o fosse pela idade, mas pelas palavras, pelas orientações, pelas confidências que ouvia, profissionais e particulares. Destacava-se (isto ao que parece, como sempre) na visão simples e objetiva da vida.

Não posso afirmar, mas a escrita é minha, e as minhas impressões é que valem, Pedro sempre foi líder, na vida profissional, entre amigos, na advocacia, na Justiça. Caso alguma vez não tenha assim se comportado foi por opção prática. Dificilmente seus momentos de dúvida motivaram suas ações. Aí está a têmpera do verdadeiro líder; alguém em quem se pode confiar, nas dificuldades pessoais ou coletivas. Alguém que raciocine – embora tenha lá os seus próprios problemas – em benefício do outro. Pedro é aquele com quem é possível contar.

Lembro quando exerceu a presidência da AMATRA<sup>2</sup>, e eu era o diretor cultural. Período de lutas institucionais, dentre elas a extinção dos classistas. Apesar das críticas dos que não queriam qualquer mudança e o consideravam radical, é certo que Pedro nunca debateu com paixão, pois, assenhorava-se de argumentos técnicos e lógicos sobre a melhor estrutura da Justiça do Trabalho, admitindo, no entanto, por amor ao debate e à verdade de que estava imbuído, as posições contrárias.

Dividi com Pedro uma década ou mais – fogem-me as datas – as aulas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho no Curso Damásio de Jesus (onde Pedro continua a lecionar) e não é necessário dizer que os alunos reconheciam nele a excelência das aulas. Muitos deles são hoje juizes e procuradores.

Nunca vou me esquecer de um curso que preparamos sobre sentença, parceria intelectual e didática, compartilhando a feitura de apostilas e aulas, em meio da semana e aos sábados. Muitas vezes preparávamos o material na Pizzaria Braz, após o expediente na Justiça. Desapegado de títulos e circunstâncias (eu o seguia), Pedro queria apenas transmitir com segurança o melhor modo de elaborar uma sentença trabalhista.

Enfim, começou a vida que o levaria ao tribunal como advogado de sindicato e representante

da Frente Nacional do Trabalho, dedicado aos casos de negociação e de dissídio coletivo, pleno na sua profissão, porém viu na Justiça um meio de realização de seu papel na sociedade. E foi juiz absoluto, cômico de seus deveres e preocupado com as questões processuais e materiais. A receita para um julgador, ensinou a muitos: trabalhar com humildade, gostar de conviver com o público, estudar todas as matérias, resolver os conflitos.

Sua comunicação sempre foi de invariável simplicidade: o juiz – e não os títulos de desembargador ou de ministro – é a essência, e o que interessa na jurisdição é o jurisdicionado. Defendeu desde sua entrada na Magistratura a transparência, o diálogo, a tentativa de acordo e a desmistificação do cargo.

Ainda que não afeto às questões administrativas e gerenciais, participou de diversas comissões e comitês do Tribunal (Gestão, Saúde, Informática) porque este era um caminho para efetivação da transparência e do correto gasto do dinheiro público. Em um mundo de responsabilidade mitigada dos agentes públicos, singular o pensamento de Pedro!

Aposentou-se em 2014. Pena, porque nesta época obnubilada – desculpem o vocábulo que faz jus aos tempos modernos (não consegui palavra melhor) -, Pedro faz falta.

Fico a pensar o que seria se tivesse sido eleito para um cargo administrativo (coisa que nunca lhe passou pela cabeça)? De certo faria um grande papel, pois trabalharia com colegas, amigos e com os que não o compreendiam. Afinal um democrata pode escolher a sua bandeira e os seus amigos íntimos, mas arregaça as mangas para as tarefas, abrindo os braços e o coração.

Pedro Sampaio Garcia, esperamos por suas luzes. Venha pelos caminhos da advocacia, da academia, da música ou do bate-papo, porém, venha. A sociedade necessita de ponderação.

1. Cumprimento tradicional de Pedro Garcia para os servidores e colegas quando adentrava em alguma sala ou sessões do tribunal.

2. Biênio de 1996/1998.

ANDRÉ CREMONESI

Advogado. Juiz do Trabalho Aposentado.

Ex Procurador do Trabalho. Professor universitário de graduação e pós graduação.

Autor de livros e artigos de direito material e de direito processual do trabalho

**AS FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS E O FIM DA ULTRATIVIDADE DA NORMA COLETIVA**

1. CONCEITO.

Entendemos por ultratividade da norma coletiva a situação em que, findado o período de vigência dessa mesma norma, se o sindicato patronal recusar-se à negociação de outra para vigor no futuro, devem prevalecer as cláusulas já aprovadas no instrumento coletivo, ainda que terminada a sua vigência.

2. FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS.

Três são as formas de solução dos conflitos trabalhistas: autocomposição, heterocomposição e autodefesa.

Por autocomposição entendemos como a solução do conflito trabalhista pelos próprios atores sociais, ou seja, sindicatos, federações ou confederações (patronais e de empregados).

A autocomposição se materializa com a assinatura de uma **convenção coletiva de trabalho** (celebrada entre entes sindicais de empregados e de empregadores) ou de um **acordo coletivo de trabalho** (celebrado entre ente sindical de empregados e uma ou mais empresas).

Não temos dúvida que a melhor forma de solução dos conflitos trabalhistas é a autocomposição, meio mais eficaz de pacificação social.

De outra parte, por heterocomposição entendemos como a solução do conflito trabalhista por um terceiro, estranho às partes, na medida em que não tido êxito com a autocomposição.

A heterocomposição se materializa com a **mediação**, com a **arbitragem** ou com a **jurisdição estatal**.

A mediação trabalhista é feita em nosso País, em regra, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, hoje extinto com o novo governo desde 01/01/2019 pela Medida Provisória 870/2019, ou pelo órgão que o suceder. Com efeito, o mediador não propõe a solução do litígio às partes, mas apenas as estimula a chegar a esse fim. Contudo, o termo de mediação, mesmo que assinado pelas partes, não se traduz em título executivo. Por conta disso, a mediação é pouco aplicada no Brasil.

A **arbitragem**, solução proferida por um terceiro escolhido de comum acordo entre as partes, que, diferentemente da mediação tem o árbitro com postura no sentido de propor a solução do litígio. Somente pode ser aplicada a direitos patrimoniais disponíveis. Também se diferencia a arbitragem da mediação na medida em que a primeira, uma vez proferida sentença arbitral, é título executivo judicial, na forma da Lei nº 9.307/1996. A arbitragem pode ocorrer nos dissídios coletivos trabalhistas, conforme previsão constitucional no artigo 114, parágrafo 1º, da CF/88. Quanto aos dissídios individuais trabalhistas, malgrado as grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, é certo que com o advento da Lei nº

13.467/2017 (Reforma Trabalhista), foi aprovado o artigo 507-A que consagra a possibilidade de arbitragem nos litígios trabalhistas, desde que o empregado perceba salário superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, situação na qual será possível inserir cláusula compromissória de arbitragem no contrato individual de trabalho. Ou seja, seria possível apenas em pouquíssimos casos por conta do corte salarial.

Por fim, a **jurisdição estatal**, onde desaguam na Justiça do Trabalho milhares de ações trabalhistas.

A última forma de solução dos conflitos trabalhistas é a autodefesa, solução do conflito quando as partes procedem à defesa dos seus interesses. A solução do litígio advém quando uma das partes cede à outra. Nessa modalidade temos a **greve** e o **lock-out**.

A **greve**, que no Brasil é um direito com *status* constitucional (artigo 9º, da CF/88). É o direito de paralisação das atividades pelos empregados buscando mais e melhores condições de trabalho não reconhecidas pelos patrões por meio da autocomposição.

Por fim, o **lock-out**, que no Brasil é proibido (artigo 17 da Lei nº 7.783/1989 – Lei de Greve) e que seria a paralisação promovida pelos empregadores.

3. A RECUSA EM NEGOCIAR PELOS ENTES SINDICAIS PATRONAIS E A RECUSA AO DENOMINADO “COMUM ACORDO” PREVISTO NO ARTIGO 114, PARÁGRAFO 2º, DA CF/88.

O artigo 616 da CLT consagra a obrigatoriedade de patrões e empregados se submeterem à negociação coletiva. Essa foi a forma buscada pelo legislador ordinário visando a pacificação social.

Contudo, nos últimos tempos temos acompanhado a manifesta e recorrente situação fática em que parte dos sindicatos patronais se recusa a negociar com os sindicatos de empregados, em clara inobservância ao artigo celetizado acima.

Ante a manifesta recusa de parte dos sindicatos patronais à negociação (autocomposição) é possível tentar a solução do conflito trabalhista pela via da heterocomposição.

Já falamos aqui das dificuldades enfrentadas com os institutos da mediação e da arbitragem.

Então a solução dos conflitos trabalhistas pode ocorrer por meio da jurisdição estatal. Contudo, é importante ressaltar que, no caso de conflito coletivo de trabalho, existe a limitação constitucional que implica no denominado “... comum acordo...” previsto no artigo 114, parágrafo 2º, da CF/88 – de duvidosa constitucionalidade, ante o contido no artigo 5º, inciso XXXV da mesma CF/88.

Nas ações de dissídio coletivo de natureza econômica – aquelas nas quais o ente sindical dos empregados busca mais e melhores condições de trabalho - a grande maioria dos entes sindicais patronais apresenta contestação com preliminar de extinção do feito sem exame do mérito, ante a ausência de “comum acordo” para ajuizamento das mesmas.

Ora, então os patrões se recusam a negociar (autocomposição) e também não concordam com a heterocomposição na modalidade de jurisdição estatal.

Resta aos entes sindicais de empregados a pior de todas as soluções dos conflitos trabalhistas que é a autodefesa por meio da deflagração de greve.

Contudo, sabemos que a greve não interessa a ninguém, quer sejam empregados, patrões ou governo.

O impasse está – ou estava - solucionado com a aprovação da Súmula 277 pelo Tribunal Superior do Trabalho. Abordaremos esse verbete no tópico seguinte.

4. A SÚMULA 277 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

A Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho consagrou a denominada “ultratividade da norma coletiva” prevendo que as cláusulas normativas dos acordos coletivos de trabalho ou das convenções coletivas de trabalho se incorporam aos contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho. Embora o verbete tenha sido aprovado anteriormente, a referida redação, diametralmente oposta à redação original, é de setembro de 2012.

Ou seja, a Súmula em questão sinaliza – ou sinalizava - aos sindicatos patronais a obrigatoriedade de negociação coletiva como abordamos no item 3 acima.

Portanto, a recusa em negociar tem - ou tinha - consequência que também não interessa – ou não interessava - aos patrões, qual seja, a manutenção de todas as cláusulas normativas, ainda que o instrumento coletivo de trabalho tenham esgotado o seu período de vigência.

Contudo, em outubro de 2016, o Ministro Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, atendeu pedido cautelar da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), nos autos da ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 323, para suspender todos os processos e efeitos de decisões no âmbito da Justiça do Trabalho na linha do contido na Súmula 277 da Suprema Corte Trabalhista.

Aguardávamos a remessa do feito ao Plenário do Supremo Tribunal Federal para ratificação ou não da medida cautelar deferida monocraticamente quando foi aprovada a Lei nº 13.467/2017, a denominada Reforma Trabalhista, que entrou em vigência no dia 11/11/2017, e que consagrou o fim da ultratividade da norma coletiva como previsto no verbete ora em estudo.

A situação dos empregados é de total insegurança e abor-daremos isso no próximo tópico.

5. O ACIRRAMENTO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS ENTRE CAPITAL E TRABALHO.

A situação atual é a seguinte:

- a) os entes sindicais patronais têm se recusado sistematicamente a negociar, embora não possamos generalizar essa conduta.
- b) os entes sindicais patronais, quando acionados na Justiça do Trabalho por meio de ações de dissídio coletivo de natureza econômica, arguem preliminar de extinção do feito sem exame do mérito por não terem concordado com a propositura das mesmas.
- c) infelizmente restará o quase confronto que é a solução do conflito trabalhista por meio de greve, situação fática que não atende a qualquer interesse dos atores sociais e nem do governo.
- d) a ultratividade da norma coletiva de trabalho prevista na Súmula 277 da Suprema Corte Trabalhista tem – ou tinha - o mérito de compelir os entes sindicais patronais à negociação coletiva.

Nesse sentido prevemos um acirramento dos conflitos trabalhistas entre capital e trabalho, em desconformidade com o escopo do sistema trabalhista previsto na CLT de obrigatoriedade de negociação coletiva visando a pacificação social.

## ANDRÉ EDUARDO DORSTER ARAUJO

Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região; Graduado pela Universidade Mackenzie; Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie; Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Lisboa; Professor do curso preparatório para concursos públicos ProMagis Concursos; Autor de obras jurídicas.

## TERCEIRIZAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO E. STF

## 1. INTRODUÇÃO

A temática da terceirização gera acalorados debates a seu redor, sendo, no contexto moderno, uma das maiores problemáticas na temática trabalhista e ponto de tensão nas relações capital-trabalho.

A CLT, texto centralizador das leis esparsas então existentes<sup>1</sup>, foi concebida num contexto histórico em que o Brasil tentava industrializar-se<sup>2</sup>, logo, pautada nas ordens jurídicas internacionais da época, foi absolutamente omissa acerca do fenômeno terceirizante.

E nem poderia ser diferente, já que em âmbito mundial o modelo de produção era centralizador, sob a inspiração fordista de produção, em que as empresas se dedicavam à produção dos bens de consumo em todas as suas fases.

Sintetiza bem este modelo de produção, a peculiar história do distrito de *fordlândia*<sup>3,4</sup>, no município de Aveiro, no Pará, onde Henry Ford tentou garantir a sua própria fonte de borracha para a fabricação de pneus e peças automotivas.

Ao largo dos anos, contudo, modificou-se seriamente o modelo de produção em nível global, com a disseminação do modelo toyotista de produção, mormente após a crise da década de 1970 decorrente da alta de petróleo e seus derivados<sup>5</sup>.

O toyotismo propugna um sistema desconcentrado de produção, por células, e uma adequação mais estrita entre a fabricação de bens e a demanda, eliminando estoques e fomentando uma produção *just in time*.

Como ensina Roberto Heloani<sup>6</sup>, o termo toyotismo alude à indústria japonesa de carros Toyota na qual, por obra de Taiichi Ohno, foram implementadas experiências de produção em que:

... no lugar de gigantescas organizações verticalizadas, que produzem desde a matéria-prima até seus produtos finais, ocorre a descentralização do processo produtivo. Uma enorme rede construída por pequenas empresas responsabiliza-se pelo fornecimento de peças e outros elementos para serem utilizados por núcleos centrais que dispõem da visão do conjunto e que geralmente possuem tecnologia avançada e grande poder de barganha com seus fornecedores.

Substituiu-se, pois, um modelo pautado em fábricas de grande porte, centralizadoras, verticais, para um modelo de empreendimento em rede, horizontal. É o que se observa da experiência japonesa<sup>7</sup> e italiana<sup>8</sup> nas últimas décadas.

No Brasil a experiência é semelhante, valendo aqui o exemplo da criação de aves:

... a agroindústria estabelece os padrões de construção do aviário, fornece os pintinhos, as vacinas, a ração, a assistência técnica necessária e garante a recompra dos lotes de frangos prontos para o abate numa faixa de preços por ela estabelecidos (descontando, obviamente, os gastos que ela teve ao fornecer todos os insumos que acabamos de mencionar).<sup>9</sup>

E a prática se espalha em nível global, mormente com o avanço tecnológico dos sistemas de informação, de modo que a produção deixa de ser organizada no interior e nos limites políticos do Estado onde se encontra a sede da empresa<sup>10</sup>, mas sim, espraia-se por diversos países<sup>11</sup>, no que se tem denominado de *fábrica mundial*<sup>12</sup>.

A terceirização, portanto, é uma realidade e cabe ao direito discipliná-la da melhor forma possível, observados os pilares constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Neste ensaio, tentaremos abordar algumas das intrincadas problemáticas da terceirização no Brasil, sob o enfoque legal e jurisprudencial pertinente.

7. VIANA, Márcio Túlio Viana. *Para Entender a Terceirização*. 3ª ed., LTr, São Paulo: 2017, p. 46.

8. *Idem, ibidem*, p. 45.

9. GENNARI, Emílio. *Apud* VIANA, Márcio Túlio Viana. *Op. cit.*, p. 42.

10. CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito do trabalho Líquido: O negociado Sobre o Legislado, A terceirização e o Contrato de Curto Prazo na Sociedade da Modernidade Líquida*. 1ª Ed., LTr, São Paulo: 2017, p. 26.

11. A General Motors, por exemplo, beneficia-se de 120 mil trabalhadores, espalhados em 17 países, para produzir determinado modelo automotivo. *Apud* VIANA, Márcio Túlio Viana. *Op. cit.*, p. 44.

12. Márcio Túlio Viana. *Op. cit.*, p. 44.

## 2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL. CONTEXTO PRÉ-REFORMA TRABALHISTA E ANTERIOR AOS JULGAMENTOS DA ADPF 324 E DO RE 958.252

Como visto, a CLT não se ocupou do tema, sendo que a única previsão normativa que se aproximava do tema, era o art. 455 da CLT, tratando das situações de subempreitada<sup>13</sup>.

As primeiras manifestações legais no direito brasileiro se deram por meio do Decreto-Lei 200/67<sup>14</sup> e, posteriormente, a Lei 5.645/70<sup>15</sup>, tratando especificamente do setor público, trazendo um rol de atividades da Administração Federal passível de execução indireta, mediante contrato.

No âmbito privado, a primeira previsão se deu com a lei 6.019/74, tratando exclusivamente do trabalho temporário e, posteriormente, a Lei 7.102/83 tratando da terceirização (em caráter permanente) do trabalho em vigilância bancária.

À luz desta incipiente regulamentação, e frente ao fenômeno terceirizante em exponencial crescimento, a doutrina e a jurisprudência trabalhistas passaram a se ocupar da problemática, tentando trazer balizas seguras às relações capital-trabalho.

O pináculo interpretativo se deu com a famosa Súmula 331 do C. TST, revisando a antiga Súmula 256, que parcialmente tratava da questão. *In verbis*:

13. Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

14. Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

(...)

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

15. Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

(...)

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

331 - Contrato de prestação de serviços. Legalidade (Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993. Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000. Nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

I - 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 (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - 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.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (Nova Redação - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

Em apertada síntese, a Súmula consagrou interpretação em duas ideias chave: (i) a terceirização somente seria possível em atividades assessoriais, periféricas, às atividades principal do empreendimento empresarial; e (ii) a terceirização implica em responsabilização subsidiária do tomador de serviços.

Tal interpretação tem suas razões de ser, a saber:

(i) Quanto à ilegalidade de terceirização de atividades finalísticas: o incipiente arcabouço legal tratando da matéria até então – Decreto-lei 200/67, Lei 5.645/70 e Lei 7.102/83 – somente autorizava a terceirização para atividades assessoriais e de caráter especializado.

Deste modo, à míngua de ditames legais aplicáveis à generalidade de situações terceirizantes, tais dispositivos justificaram uma interpretação analógica, no sentido de que toda e

1. Note-se que institutos jurídicos de relevo, e seus dispositivos normativos, têm como alicerce Leis, Decretos e Decretos-lei editados a partir da década de 1920. Neste sentido, veja MAIOR, Jorge Luiz Souto. *História do Direito do Trabalho no Brasil: Curso de Direito do Trabalho*, Volume I: Parte II. 1ª Ed., LTr, São Paulo: 2017, p. 258.

2. *Idem, ibidem*, p. 176.

3. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46010638> Acesso em 01.02.2019.

4. Disponível em <http://www.aveiro.pa.gov.br/paginas/fordlandia> Acesso em 01.02.2019.

5. EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *Apud* ROCHA, Cláudio Jannotti. *Direito Internacional do Trabalho: Aplicabilidade e Eficácia dos Instrumentos Internacionais de Proteção ao Trabalhador*. 1ª Ed., LTr, São Paulo: 2018, p. 304.

6. HELOANI, Roberto. *Gestão e organização no capitalismo globalizado. História da manipulação psicológica no mundo do trabalho*. Atlas, São Paulo: 2003, p. 119.

qualquer terceirização só poderia se dar para trabalhos periféricos e especializados.

Única exceção seria a hipótese de trabalho temporário (Lei 6.019/74), que a despeito autorizar a terceirização em atividade finalística, não o permitia de forma perene.

Exsurgiu, daí, a clássica (e controversa) divisão entre *atividade-meio* e *atividade-fim*.

**(ii) Quanto à responsabilidade subsidiária:** o vetusto art. 455 da CLT prevê a responsabilidade subsidiária do empregador principal e, de igual modo, o art. 31 da Lei 8.212/91 (com sucessivas alterações), sempre previu a responsabilidade do tomador de serviços quanto a encargos previdenciários.

Deste modo, por analogia, tais ditames serviram de fundamento à responsabilidade subsidiária para a generalidade de situações de terceirização de mão-de-obra.

### 3. PROBLEMÁTICA DA ATIVIDADE-MEIO VERSUS ATIVIDADE-FIM

Ponto tormentoso desta consagrada interpretação jurisprudencial sempre foi a difícil conceituação de *atividade-meio* e de *atividade-fim*.

Considerando a precisão cirúrgica, emprestamo-nos, aqui, das palavras de Maurício Godinho Delgado<sup>16</sup>:

*Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos 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.*

*Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos 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 do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 5.645, de 1970: transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).*

Apesar da aparente tranquilidade da distinção, a casuística sempre revelou que não se trata de divisão tão clara e objetiva como desejável, mormente em razão da constante evolução da dinâmica produtiva nas empresas e o elevado grau de subjetivismo em expressões abertas como *meio* e *fim*.

16. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17ª Ed., LTr, São Paulo: 2018, p. 556.

Exemplo de zona gris é a atividade bancária que, com o desenvolvimento tecnológico e telemático, paulatinamente abandonou o trabalho físico em agências e passou a se valer de *call centers* terceirizados, nos quais há atendimento direto ao cliente do banco e são tratados temas dos mais variados como: pagamento de contas, solução de dúvidas, venda de produtos bancários, etc.

Seriam estas atividades de meio ou finalísticas?

A própria jurisprudência do C. TST, inclusive no bojo da SDI-1, era vacilante sobre o tema, dando indicativo do grau de complexidade da matéria. É o que se depreende das ementas abaixo:

*TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. CALL CENTER. ATIVIDADE-FIM. ILICITUDE. VÍNCULO DIRETO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. SÚMULA Nº 331, I, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 894, § 2º, DA CLT. O atendimento telefônico a clientes com a finalidade de prestar informações sobre produtos oferecidos pelo tomador dos serviços insere-se na sua atividade-fim, porque intrínseca ao seu objeto social. É ilícita a contratação de empresa interposta para a prestação de serviços relacionados à atividade-fim, formando o vínculo diretamente com o tomador dos serviços (Súmula nº 331, I, do TST). Na hipótese, houve a terceirização de atividades típicas de bancário e, portanto, relacionadas à área-fim do tomador dos serviços, razão pela qual se afigura viável o reconhecimento do vínculo com o Banco. Com efeito, consoante registrado pela Egrégia Turma, a reclamante estava inserida no processo produtivo do tomador, em face da prestação dos serviços dedicados essencialmente à atividade econômica do Banco réu, dentre as quais realizar teletendimento de seus clientes. Consta no acórdão embargado que, “não obstante as provas dos autos não revelarem a existência de subordinação, (...) é indubitável, no entanto, que a atividade da reclamante de cobrança e renegociação de dívidas de clientes referentes a financiamento de veículos está inserida na atividade precípua do tomador de serviços, porquanto se trata de serviços integrados à dinâmica produtiva do reclamado, com a inserção da reclamante no âmbito do empreendimento econômico do Banco, o qual se beneficia da força de trabalho da obreira, caracterizando o que a doutrina moderna denomina de subordinação estrutural, apta ao reconhecimento do vínculo de emprego”. A Egrégia Turma reformou a decisão regional para reconhecer caracterizada a terceirização ilícita e impôs o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços. Assim, em face da diretriz contida na Súmula nº 331, I, do TST, deve ser mantido o acórdão proferido pela Egrégia Turma que reconheceu a ilicitude da terceirização de serviços e declarou o vínculo de emprego diretamente com o tomador. Incide, no feito, o disposto no artigo 894, § 2º, da CLT, tendo em vista a consonância da decisão embargada com a Súmula nº 331, I, desta Corte. Correta a aplicação do referido óbice, mantém-se o decidido. Agravo regimental de que se conhece e a que se nega provimento. (AgR-E-ED-ARR - 160000-96.2009.5.02.0027, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 07/12/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19/12/2017)*

*RECURSO DE EMBARGOS. VÍNCULO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. CALL CENTER. ENQUADRAMENTO NA CATEGORIA PROFISSIONAL DOS BANCÁRIOS. A prestação de serviços terceirizada, no ramo de call center, tão-somente terá o condão de enquadrar o empregado na atividade bancária se houve descaracterização do contrato, o que não pode ser suprimido tão-somente pelo fato de se tratar de serviços em que se oferta, por telefone, produtos do Banco. Nos termos do item III da Súmula 331 do c. TST, inexistindo subordinação direta ao tomador dos serviços, conforme destacado no caso em exame, não há se falar no reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o Banco. A responsabilidade a ser atribuída ao tomador, nos termos do item IV da súmula 331 do c. TST, é a subsidiária. Embargos conhecidos e providos. (E-ED-RR - 876-84.2011.5.01.0011, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 07/06/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 03/08/2018)*

### 4. ATIVIDADE-FIM E A REFORMA TRABALHISTA

Num movimento contrário ao então consagrado pela jurisprudência trabalhista, e certamente impelida (ao menos em parte) pela insegurança jurídica causada pela polêmica dicotomia entre meio e fim, a Lei 13.467/17 vaticinou a legalidade da terceirização independentemente do ramo de atividade da empresa, inclusive sua atividade principal, sendo certo que os serviços poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou outro local definido contratualmente. É o que se extrai dos artigos 4º-A e 5º-A da Lei 6.019/74 (alterada pela Lei 13.467/17).

Ou seja, consagrou a terceirização irrestrita, em qualquer tipo de atividade, pondo fim à clássica (e polêmica) divisão entre *atividade-meio* e *atividade-fim*.

Assim, até as recentes decisões do E. STF tínhamos duas situações jurídicas distintas: (i) pré-reforma trabalhista, reguladas pela Súmula 331 do C. TST e (ii) pós-reforma trabalhista, pautadas na nova redação da lei 6.019/74, com a possibilidade de terceirização ampla e irrestrita de qualquer atividade, resguardada a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

Inclusive o C. TST chegou a se manifestar sobre o tema, divisando as situações pré e pós reforma trabalhista, pontuando que a nova legislação não poderia retroagir efeitos para referendar situações jurídica pretéritas, que permaneceriam sob a égide da Súmula 331:

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS. ESCLARECIMENTOS. VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TELEMARKETING. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVADA. ATIVIDADE-FIM. SÚMULA Nº 331, I, DO TST. CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DA ANTIGA REDAÇÃO DA LEI Nº 6.019/74. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 13.429/2017 (LEI DA TERCEIRIZAÇÃO). EFEITOS 1. A entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017 (Lei da Terceirização), geradora de profundo impacto perante a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, no que alterou substancialmente a Lei nº 6.019/74, não se aplica às relações de*

*emprego regidas e extintas sob a égide da lei velha, sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho muito mais vantajosas. 2. Quanto aos contratos de trabalho celebrados e findos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, prevalece o entendimento jurisprudencial firmado à luz da Súmula nº 331, I, do TST, amparado na anterior redação da Lei nº 6.019/74. 3. Embargos de declaração a que se dá provimento para prestar esclarecimentos. (ED -E-ED-RR - 1144-53.2013.5.06.0004, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 03/08/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 10/08/2017)*

### 5. ATIVIDADE-FIM E A JURISPRUDÊNCIA DO E. STF

A despeito da vasta jurisprudência trabalhista sobre o tema, até um passado recente o E. STF não havia se manifestado especificamente sobre os limites da terceirização de atividade-fim, sendo certo que os raros casos que chegaram àquela Corte não foram conhecidos em virtude de resolver matéria fática. Exemplos neste sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRA-CONSTITUCIONAL E INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. SÚMULA 279 DESTA CORTE. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo os óbices das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: AI 503.093-AgR, Relator: Min. Ellen Gracie, DJe- 11/12/2009; RE 421.119-AgR, Relator: Min. Carlos Britto, DJ 11/02/2005; RE 402.557-AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, DJe-27/042007 e RE 405.745-AgR, Relator: Min. Marco Aurélio, DJe 19/06/2009. 3. A Súmula 279/STF dispõe verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. 4. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 5. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes: AI 804.854-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 24/11/2010 e AI 756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 22/10/2010... (ARE 713211 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 24-06-2013 PUBLIC 25-06-2013)*

*AGRAVO REGIMENTAL. TRABALHISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA PRIVADA. CONTROVÉRSIA DE NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. ARTIGOS 5º, II E 97 DA CONSTITUIÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ENUNCIADOS 282 E 356 DA SÚMULA/STF. Agravo regimental a que se nega provimento.*

*(AI 824319 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, DJe-061 DIVULG 30-03-2011 PUBLIC 31-03-2011 EMENT VOL-02493-02 PP-00421)*

Deste modo, a temática durante décadas foi regida, soberanamente, pela Súmula 331 do C. TST que, como visto, reputava ilegal a terceirização de atividade-fim da empresa.

Somente com o julgamento conjunto, em 30.08.2018, da ADPF 324 e do RE 958-252, é que a matéria foi deliberada naquela Excelsa Corte, nos seguintes moldes:

*ADPF 324: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018.*

*RE 958-252: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 725 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”, vencida a Ministra Rosa Weber. O Ministro Marco Aurélio não se pronunciou quanto à tese. Ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes no momento da fixação da tese. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018.*

Concluiu-se, portanto, pela licitude da terceirização de atividade-meio ou atividade-fim, assegurada a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, numa interpretação ampliativa do art. 31 da Lei 8.212/91.

As principais premissas jurídicas que embasaram o entendimento do E. STF foram: (i) a restrição à terceirização de atividade-fim implica em violação à livre iniciativa e a concorrência (arts. 1º, IV e 170, IV, da CF); e (ii) não há vedação expressa legal à terceirização, de molde que o entendimento

consagrado na Súmula 331 do C. TST implicaria em violação ao art. 5º, II, da CF (princípio da legalidade).

A par destes fundamentos jurídicos, foram ventilados outros de cunho sociológico e econômico, a saber: (i) a terceirização não é, por si, precarizante, já que são preservados os direitos assegurados na CF e na legislação trabalhista infraconstitucional; (ii) a terceirização possibilita aumento de qualidade pela contratação de terceiros especializados; (iii) e a terceirização possibilita ampliar a capacidade de atendimento, em especial em situação de aumento temporário de demandas.

Trata-se de decisão vinculativa, que impõe a observância pelas instâncias inferiores, o que, inclusive, já se faz notar na atual jurisprudência do C. TST:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO DA SEGUNDA RECLAMADA. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADOR DOS SERVIÇOS. PROVIMENTO. Ante possível contrariedade à Súmula 331, I, o provimento do agravo de instrumento para o exame do recurso de revista é medida que se impõe. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA DA SEGUNDA RECLAMADA. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADOR DOS SERVIÇOS. PROVIMENTO. A aferição da licitude da terceirização no âmbito desta Corte Superior demandava prévia análise do objeto da contratação. Isso porque sempre se entendeu pela impossibilidade da terceirização de serviços ligados à atividade precípua da tomadora de serviços, com o fim de evitar a arregimentação de empregados por meio da intermediação de mão de obra e, por consequência, a precarização de direitos trabalhistas (Súmula nº 331, itens I e III). A questão, contudo, foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 324 e no RE 958.252, em repercussão geral, os quais foram julgados conjuntamente em 30.8.2018, ocasião em que foi fixada a seguinte tese jurídica: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.” Desse modo, a partir dessa data, em razão da natureza vinculante das decisões proferidas pelo excelso Supremo Tribunal Federal nos aludidos feitos, deve ser reconhecida a licitude das terceirizações em qualquer atividade empresarial, de modo que a empresa tomadora apenas poderá ser responsabilizada subsidiariamente. No presente caso, o Tribunal Regional reconheceu a ilicitude da terceirização pelo simples fato de que “o reclamante, na função de promotor”, prestou “serviços direcionados e relacionados à atividade-fim da tomadora, laborando na promoção de seus produtos, tarefa intrinsecamente ligada às vendas almejadas, mediante controle e subordinação da tomadora”, “de forma pessoal, não-eventual, onerosa e subordinada do reclamante em favor da Oásis”, a autorizar “a declaração de nulidade do contrato de trabalho celebrado com a Start(...)”, com o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a tomadora e a responsabilização solidária das reclamadas. Referida decisão destoa do entendimento do E. Supremo Tribunal Federal e da Súmula 331, I. Recurso de revista*

*conhecido e parcialmente provido. (RR-73-14.2017.5.06.0121, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 18/12/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/02/2019)*

A decisão do E. STF, portanto, equiparou as situações anteriores e posteriores à reforma trabalhista, reputando como plenamente lícita a terceirização de atividades finalísticas da empresa.

Exsurtem daí problemas práticos, como veremos na sequência.

#### 6. ADPF 324, RE 958.252 E A COISA JULGADA

Na conclusão do julgamento das ações supra, o E. STF expressamente pontuou que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada (grifei).

Numa leitura açada poderíamos concluir que houve modulação de efeitos<sup>17</sup> pelo E. STF, evitando revolver situações jurídicas acobertadas pela coisa julgada.

Porém, não houve efetiva modulação de efeitos pelo E. STF, como deixou assente o Min. Relator Luís Roberto Barroso em seus esclarecimentos<sup>18</sup>, de molde que há aspectos práticos que desafiarão o operador do direito.

Trataremos de duas problemáticas específicas que foram parcialmente debatidas na sessão<sup>19</sup> e que se revelam como as mais graves no dia a dia forense.

A primeira delas, diz respeito a inexigibilidade do título executivo judicial.

Como deixa certo o resultado do julgamento, não há afetação automática das decisões trabalhistas transitadas em julgado, ou seja, a decisão, por si, não impede a execução das decisões transitadas em julgado. Porém, tal respeito à coisa julgada não obsta que, casuisticamente, seja debatida a inexigibilidade dos títulos executivos judiciais, por meio de ação rescisória, com fundamento no art. 884, § 5º<sup>20</sup>, da CLT, com aplicação supletiva do art. 525, §§ 12 a 15, do CPC<sup>21</sup>.

17. Os efeitos prospectivos são autorizados em controle concentrado de constitucionalidade via ADPF pelo art. 11 da Lei 9.882/99.

18. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=YsspbT5Ys0w>> Acesso em 05.02.2019.

19. Ao final da sessão de julgamento os advogados presentes ventilaram alguns aspectos que mereceriam modulação de efeitos a fim de evitar insegurança jurídica. Após acirrado debate, concluiu-se no sentido de que fossem aguardados eventuais embargos de declaração, de molde a propiciar maior contraditório e permitir a maturação das reflexões sobre a matéria.

20. Art. 884 - Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

(...) § 5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

21. Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o paga-

Tal conclusão, inclusive, pode ser extraída dos debates finais levantados na sessão de julgamento conjunto da ADPF 324 e do RE 958.252, ocasião em que o Min. Relator Luís Roberto Barroso esclareceu que a decisão não alcança a coisa julgada, mas que, *evidentemente, mesmo havendo coisa julgada, se não tiver passado o prazo decadencial pode caber ação rescisória*<sup>22</sup>.

Cabe aqui um esclarecimento. O art. 884, § 5º, da CLT consagra a possibilidade de se considerar inexigível título judicial em razão de decisão do E. STF, porém, não regula o tema em sua inteireza, sendo imperioso que recorramos ao regramento do CPC (art. 515 já citado), o qual deixa certo que se a decisão do STF for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, não é possível insurgir-se por meio de embargos à execução contra decisão transitada em julgado alegando sua inexigibilidade, já que o remédio jurídico próprio é a ação rescisória. Tal conclusão, inclusive, pode se extrair de passagem do Min. Luiz Fux, ao final da sessão de julgamento<sup>23</sup>.

Interessante notar que o prazo decadencial em questão é de 2 anos contados do trânsito em julgado da decisão proferida pelo E. STF, como deixa certo o § 15 do art. 515 do CPC<sup>24</sup>.

A segunda problemática, diz respeito às decisões trabalhistas transitadas em julgado com efeitos prospectivos, ou seja, que projetam efeitos para o futuro. Por exemplo, decisões que contêm obrigação de não-fazer consistente na não contratação de terceirizados em atividade-fim (tema comumente debatido em Ações Cíveis Públicas).

mento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

III - inexistência do título ou inexigibilidade da obrigação; § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

22. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=YsspbT5Ys0w>> Acesso em 05.02.2019.

23. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=YsspbT5Ys0w>> Acesso em 05.02.2019.

24. Até o presente momento, a decisão do E. STF não transitou em julgado e, como visto, provavelmente será objeto de pedido de esclarecimentos por meio de embargos de declaração.

Sob este prisma, em que pese tenha havido parcial debate na sessão, a situação não restou aclarada com muito grau de certeza.

Temos apenas pistas, extraídas das discussões, que nos permitem visualizar duas possíveis soluções. Uma, no sentido de compreender ser possível o manejo de ação rescisória, nos mesmos moldes supra explicitados, já que o prazo de ação rescisória inicia-se do trânsito em julgado da decisão do E. STF. Outra, no sentido de que a decisão do E. STF teria efeito paralisante sobre estas decisões trabalhistas prospectivas, importando na cessação de efeitos para o futuro.

Parece-nos que a ideia de efeito paralisante, decorrente do caráter vinculativo da decisão do E. STF, a mais acertada para a situação, na medida em que aqui estamos diante de uma relação jurídica continuativa, com efeitos para o futuro, situação distinta daquela atinente a coisa julgada tratando de situação pretérita, consumada. Não visualizamos possibilidade de uma decisão anterior à do E. STF continuar regendo, para o futuro, tema soberanamente decidido pela Corte Suprema. Por exemplo, não vemos possibilidade de decisão desta índole continuar regendo se determinada empresa pode (ou não) terceirizar a atividade-fim. Entendimento neste sentido, no nosso sentir, violaria a autoridade das decisões do E. STF.

De todo modo, independentemente de nossa opinião, fato é que o tema ainda pende de esclarecimentos em eventuais (e na nossa opinião, praticamente certos) embargos de declaração.

### 7. TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO. ADC 16 E RE 760.931

Outro tema candente que se põe é a terceirização no setor público. O E. STF, desde o julgamento da ADC 16 em 24.11.2010, firmou entendimento no sentido da constitucionalidade do art. 71<sup>25</sup> da Lei 8.666/93, pontuando que o inadimplemento das verbas trabalhistas pela prestadora de serviços não transfere automaticamente a responsabilidade para a administração pública.

Veja-se, tal decisão não implicou em impossibilidade de responsabilização subsidiária da administração, mas tão somente consolidou o entendimento de que seriam necessárias provas acerca de culpa *in vigilando* da administração pública no curso da contratação lícita.

Pontuo aqui, por oportuno, que por força da mesma lei 8.666/93 cabe à administração fiscalizar o fiel cumprimento do contrato, como nos revelam os arts. 58, 66-A e 67, por exemplo.

Deste modo, a jurisprudência trabalhista passou a enfren-

25. Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1o A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis (redação dada pela lei 9.032/95).

tar a problemática frente à prova da ocorrência de culpa *in vigilando*.

Ocorre que, no mais das vezes, não há produção de provas a respeito da temática, o que desaguou noutra debate acalorado: ônus da prova.

A temática de ônus da prova sempre demanda profunda reflexão, mormente frente ao embate entre as regras estáticas de distribuição de ônus (*caput* dos arts. 818 da CLT e 373 do CPC) e a casuística que, ao revelar cenários de difícil dilação probatória, exige a aplicação de carga dinâmica probatória (parágrafo 1º dos arts. 818 da CLT e 373 do CPC).

Pela regra geral estática, sendo fato constitutivo de seu direito, caberia ao demandante demonstrar a existência de culpa capaz de amparar uma responsabilização do tomador de serviços.

Porém, chega a causar perplexidade pensarmos em como o demandante conseguiria demonstrar falhas de fiscalização do ente público tomador de serviços. Parece-nos hercúlea, verdadeira prova diabólica, demonstrar fato negativo, qual seja, a ausência de fiscalização efetiva pelo tomador de serviços.

Diabólica é a prova impossível, senão muito difícil de ser produzida<sup>26</sup>, o que se concretiza comumente quando estamos frente a prova de fato negativo, justamente a hipótese.

Por este motivo, considerando a dificuldade probatória fática, valendo-se do regramento do art. 373, § 1º, do CPC (e agora também da nova redação do art. 818, § 1º, da CLT, promovida pela Lei 13.467/17), a jurisprudência trabalhista tendeu à inversão do ônus probatório, atribuindo-o à Administração Pública, já que somente o próprio tomador de serviços possui condições de comprovar se efetivamente fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços lícito.

Neste sentido, o C. TST, em momento posterior ao julgamento da ADC (e antes do julgamento do RE 760.931):

*AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. Nos termos do acórdão regional, a condenação do órgão público, tomador da mão de obra, decorreu da inversão do ônus da prova, visto ser o Município de São Paulo o detentor dos documentos capazes de demonstrar sua efetiva fiscalização. O Juízo a quo pautou-se no princípio da aptidão para a prova. Verifica-se, ademais, que o Regional não se afastou do entendimento exarado pelo STF, no julgamento da ADC n.º 16/DF, o qual previu a necessidade da análise da culpa in vigilando do ente público tomador de serviços. Atribuiu, no entanto, ao segundo Reclamado o ônus de demonstrar que fiscalizou a primeira Reclamada no adimplemento das obrigações trabalhistas. E a decisão que confirmou a responsabilização subsidiária do órgão público calcada no princípio da aptidão para a prova está em consonância com a atual jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes. Agravo de Instrumento*

26. DIDIER Jr., Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 5ª Ed., Juspodvm, Salvador: 2010, p. 92.

*conhecido e não provido. (AIRR - 1101-62.2012.5.02.0037, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 15/06/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016)*

*RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA SOBRE A FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO (DECISÃO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC 16/DF E PELA SÚMULA 331, V, DO TST). Na hipótese, o Tribunal Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária da parte ré em razão da ausência de prova de que tivesse procedido à efetiva fiscalização e acompanhamento da execução do contrato. Com efeito, por ser o natural detentor dos meios de prova sobre a fiscalização das obrigações contratuais, bem como da manutenção pelo contratado das condições originais de habilitação e qualificação exigidas na licitação (art. 55, XIII, da Lei 8.666/93), inclusive sua idoneidade financeira (art. 27, III), pertence ao ente público o ônus de comprovar que desempenhou a contento esse encargo. Dessa forma, a responsabilização subsidiária da Administração Pública não decorre de presunção de culpa, mas de sua verificação em concreto a partir do conjunto da prova, e das regras de distribuição do onus probandi. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1773-56.2012.5.03.0065, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 15/06/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016)*

Tal posicionamento jurisprudencial do C. TST desaguou em diversas Reclamações frente ao E. STF, o que acabou implicando no reconhecimento de repercussão geral ao RE 760.931, julgamento em que se tentou definitivamente pacificar a temática da responsabilidade da Administração Pública frente a terceirização.

A ementa trouxe a seguinte conclusão:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. (...). 6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. 7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas. 8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte*

*em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". (RE 760931, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017)*

Vê-se, portanto, que a despeito do cerne da problemática residir justamente no ônus probatório, a conclusão do Recurso Extraordinário não definiu de forma clara e peremptória a quem cabe provar os fatos que desaguam, ou não, na responsabilização do ente público.

Temos, contudo, algumas pistas, extraídas de algumas passagens do julgamento.

Em primeiro lugar, as percucientes e precisas palavras da Min. Rosa Weber, que com precisão cirúrgica assentou:

*A presunção de legitimidade, atributo dos atos administrativos, carrega em si prerrogativa de conformidade da atuação administrativa com o direito.*

*Contudo, isso não exonera a Administração Pública de demonstrar o cumprimento dos deveres legalmente estabelecidos...*

*A presunção de legitimidade não afasta o encargo probatório nos casos em que couber à Administração a guarda de determinados documentos – como os relacionados ao cumprimento de deveres legais. (...)*

*É inequivocamente desproporcional impor aos terceirizados o dever probatório quanto ao descumprimento da aludida fiscalização por parte da Administração Pública.*

*Reforça, por fim, a compreensão quanto ao dever probatório da Administração Pública, em situações como a debatida, a técnica processual da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual, fundamentada nos princípios da igualdade, aptidão para a prova e cooperação, surge em contraposição ao ônus estático da prova...*

Vê-se, pois, que o fio condutor do voto da Min. Relatora sorteada era no sentido de se reconhecer uma distribuição dinâmica do ônus da prova, à Administração Pública.

Aderindo a tal entendimento e sugerindo o acréscimo de quesitos complementares à fixação de tese, temos passagens da posição do Min. Luís Roberto Barroso, que categoricamente pontuou que não há dúvida de que compete ao Poder Público o ônus de demonstrar que realizou fiscalização adequada e de que tomou as medidas indicadas para buscar sanar eventuais irregularidades trabalhistas, sob pena de configuração de culpa *in vigilando*.

Inclusive o Excelentíssimo Ministro sugeriu quesitos para fixação de tese no seguinte sentido:

2. Compete à Administração comprovar que houve adequada fiscalização. 3. O dever de fiscalização da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio, e não de resultado, e pode ser realizado através de fiscalização por amostragem, estruturada pelo próprio ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção *juris tantum* de razoabilidade. 4. Constatada, pelo Poder Público, a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, as seguintes providências devem ser tomadas: (i) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; (ii) em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento em juízo das importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor devido à contratada. 5. Não é válida a responsabilização subsidiária da Administração Pública: (i) com afirmação genérica de culpa *in vigilando*, sem indicar com rigor e precisão, os fatos e as circunstâncias que configuram a sua culpa *in vigilando* ou (ii) se for comprovada, pela Administração, a realização de fiscalização por amostragem e a adoção das medidas mitigadoras antes indicadas.

Aderiram ao voto da Min. Relatora sorteada o Min. Roberto Barroso (com os adendos suso transcritos), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Celso de Melo.

Os debates perpassaram pela temática do ônus da prova em diversos momentos, inclusive nas ponderações do Ministro Dias Toffoli, ao indagar, quanto à tese vencedora (encaixada pelo voto divergente do Min. Luiz Fux), se cabe ao reclamante provar que a Administração falhou, ou à administração provar que ela diligenciou na fiscalização do contrato?, arrematando: *entendo que é muito difícil ao reclamante fazer a prova de que a fiscalização do agente público não se operou, e que essa prova é uma prova da qual cabe à Administração Pública se desincumbir caso ela seja colocada no polo passivo...*

Inclusive foi requerido pelo Min. Dias Toffoli o registro, como *obter dictum*, de que o ônus probatório pertence à Administração Pública.

O próprio Ministro Luiz Fux, que abriu divergência e tornou-se redator do Acórdão respondeu ao questionamento supra que:

*O fato constitutivo, é preciso comprovar na propositura da ação. E cabe ao réu comprovar fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor. Então, a Administração vai ter que chegar e dizer: "Claro, olha aqui, eu fiscalizei e tenho esses boletins..."*

Mais que isso, o Min. Fux pontuou que *tudo isso* (questão probatória) *vai se passar lá embaixo, porque aqui nós não vamos mais examinar provas, no que foi acompanhado pela Min. Carmen Lúcia, que pontuou o que tiver de ser provado não é matéria mesmo do supremo – não podemos revolver provas.*

Deste arcabouço de manifestações, podemos chegar às seguintes conclusões: (i) a decisão no RE 760.931 corroborou o decidido na ADC 16, quanto à constitucionalidade do art. 71

da Lei 8.666/93; (ii) a decisão no RE 760.931 definiu que não é possível automaticamente responsabilizar a administração pelo simples inadimplemento contratual; (iii) para responsabilizar a Administração Pública exige-se análise probatória acerca da ocorrência, ou não, de culpa *in vigilando*; (iv) a análise probatória e respectivo ônus é tarefa das instâncias ordinárias; (v) o ônus probatório é da Administração Pública, em razão da distribuição dinâmica consagrada nos arts. 373 do CPC e 818 da CLT.

A título de esclarecimento, esta última conclusão (distribuição ônus da prova), em que pese não esteja explícita no julgado, consta de *obter dicta*, em diversas passagens, como destacamos acima, pelo que nos parece o entendimento mais acertado.

Tal conclusão, inclusive, é referendada em Reclamações posteriores, sobre o mesmo tema, que foram submetidas à análise do E. STF:

*Reclamação 26947/RS: Limitado, outrossim, o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador, a inviabilizar o manejo da reclamação com espeque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques, conforme já decidido em várias reclamações: Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje 19.11.2012, Rcl 15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Carmen Lúcia, Dje 15.3.2013. [...] No ponto, cumpre igualmente assentar que, ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional. (Min. Rosa Weber – DJE 03/10/2017). (Grifos nossos)*

De todo modo, fato é, que após o julgamento do RE 760.931 a jurisprudência do C. TST ficou bastante dividida, como se infere dos julgados turmários abaixo transcritos, cabendo ainda à jurisprudência amadurecer os debates sobre o tema:

*... após o julgamento do referido RE 760931, ressaltou a Excelentíssima Ministra Carmem Lúcia, no debate travado com os demais Ministros, que "Ante a ausência de prova taxativa de nexos de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo... concluindo, ao final, que "Salvo comprovação cabal da culpa da Administração Pública contratante, exime-se a Entidade Pública de responsabilidade por obrigações trabalhistas dos empregados das entidades contratadas". Ainda no curso do debate, ponderou a Excelentíssima Ministra Rosa Weber que "o ônus da prova é sempre do reclamante", exigindo-se prova robusta nessa linha.*

*A partir da análise dos fundamentos lançados no debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal é possível concluir ser permitida a responsabilização do Ente da Administração Pública, em caráter excepcional, desde que robustamente comprovada sua conduta culposa, não se cogitando de responsabilidade objetiva ou de transferência automática da responsabilidade pela quitação dos haveres em razão do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. Ademais, tem-se que compete ao Autor da ação o ônus probatório quanto à conduta culposa do tomador de serviços. No caso dos autos, o Tribunal Regional destacou que competia ao Ente Público provar que fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços, concluindo, diante do contexto de ausência de provas, configurada a culpa *in vigilando* do tomador. Nesse cenário, diante da equivocada distribuição do ônus da prova, resta violado o artigo 818 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 100171-89.2016.5.01.0053, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 07/11/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/11/2018)*

*RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCP E DA LEI Nº 13.467/17 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CULPA IN VIGILANDO CARACTERIZADA - ÔNUS DA PROVA DA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS - SÚMULA Nº 331, V E VI, DO TST 1. O acórdão regional está em harmonia com a jurisprudência consolidada na Súmula nº 331, V e VI, do TST, uma vez que a responsabilização subsidiária do ente público decorreu do reconhecimento de conduta culposa na fiscalização do cumprimento do contrato. 2. Compete à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização, considerando que, (i) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Reclamante; (ii) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93); e (iii) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tenha acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova. Julgados. 3. O E. STF, ao julgar o Tema nº 246 de Repercussão Geral - responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço, RE 760931 -, não fixou tese específica sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. Recurso de Revista não conhecido. (RR - 383-48.2017.5.11.0002, Relatora Ministra: Maria Cristina Iriгойen Peduzzi, Data de Julgamento: 14/11/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/11/2018)*

## 8. CONCLUSÕES

O tema, como se viu, é vasto e intrincado, de moldes que não se faz possível, no escasso espaço de um ensaio, tratar do tema na sua inteira dimensão.

Porém, com o presente estudo acreditamos ter contribuído para algumas conclusões, em que pese ainda pendam acirradas cizânias, quais sejam:

(i) A jurisprudência do E. STF fixou a plena e irrestrita possi-

bilidade de terceirização, inclusive de atividade-fim do empreendimento, independentemente do ramo de atividade empresarial, assegurada a responsabilização subsidiária do tomador de serviços;

(ii) A decisão do E. STF pôs fim à distinção entre o contexto pré-reforma e pós-reforma trabalhista, de molde que, situações anteriores e posteriores à Lei 13.467/17 merecem igual tratamento;

(iii) As situações jurídicas acobertadas pela coisa julgada anteriores ao pronunciamento do E. STF na ADPF 324 e no RE 958.252, não serão automaticamente afetadas pela decisão do Supremo Tribunal;

(iv) O resguardo à coisa julgada não impede que as decisões transitadas em julgado versando sobre a matéria sejam objeto de ação rescisória fundada nos arts. 884, § 5º, da CLT e 525, §§ 12 a 15, do CPC;

(v) A terceirização no setor público é lícita, sendo plenamente constitucional o art. 71 da Lei de Licitações;

(vi) A terceirização no setor público não impede a responsabilização da Administração Pública, desde que demonstrada a ocorrência de culpa *in vigilando*, já que a responsabilidade não é automática;

(vii) O mero inadimplemento não revela culpa *in vigilando* da Administração Pública;

(viii) A análise probatória e respectiva distribuição de ônus são temáticas afetas às instâncias ordinárias, não ao E. STF;

(ix) O ônus da prova da fiscalização incumbe à Administração Pública, em virtude da carga dinâmica do ônus da prova (arts. 818, § 1º, da CLT e 373, § 1º, do CPC).

## 9. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. LTr, São Paulo: 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5ª ed. Impetus, Niterói: 2011

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito do trabalho Líquido: O negociado Sobre o Legislado, A terceirização e o Contrato de Curto Prazo na Sociedade da Modernidade Líquida*. 1ª Ed., LTr, São Paulo 2017

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17ª Ed., LTr, São Paulo: 2018

DIDIER Jr., Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 5ª Ed., Juspodvm, Salvador: 2010

HELOANI, Roberto. *Gestão e organização no capitalismo globalizado. História da manipulação psicológica no mundo do trabalho*. Atlas, São Paulo: 2003.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *História do Direito do Trabalho no Brasil: Curso de Direito do Trabalho, Volume I: Parte II*. 1ª Ed., LTr, São Paulo: 2017.

MIESSA, Élisson e CORREA, Henrique. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST comentadas*. 4ª Ed., Juspodivm, Salvador: 2014.

ROCHA, Cláudio Jannotti. *Direito Internacional do Trabalho: Aplicabilidade e Eficácia dos Instrumentos Internacionais de Proteção ao Trabalhador*. 1ª Ed., LTr, São Paulo: 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado. Processo do Trabalho*. Elsevier, São Paulo: 2010.

VIANA, Márcio Túlio Viana. *Para Entender a Terceirização*. 3ª ed., LTr, São Paulo: 2017.

EDUARDO ROCKENBACH PIRES

Doutor em direito do trabalho pela Faculdade de Direito da USP;  
Juiz do Trabalho vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo)

## A TERCEIRIZAÇÃO, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A REFORMA TRABALHISTA: SOBRE VELHOS E NOVOS PROBLEMAS

**SUMÁRIO:** 1 – Considerações iniciais; 2 – A última palavra do STF; 3 – Terceirizar: verbo transitivo; 4 – Esboço de um regime jurídico da terceirização; 5 – Considerações finais.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A prática da terceirização no Brasil vem gerando preocupação entre estudiosos e pesquisadores dos assuntos relacionados ao trabalho, sejam juristas, sociólogos ou profissionais da área da saúde. O vetor de tal preocupação é certamente a tendência, indicada por diversas pesquisas, no sentido de que a qualidade dos postos de trabalho terceirizados é inferior, em comparação com os empregos diretos, considerando baixo nível salarial, rotatividade da mão de obra, e mesmo a incidência maior de acidentes do trabalho entre os trabalhadores terceirizados<sup>1</sup>. Embora não seja viável, neste espaço, apontar dados empíricos sistematizados, é também significativa a parcela dos processos trabalhistas em curso na Justiça do Trabalho envolvendo problemas decorrentes da terceirização. Em suma, no Brasil a terceirização é quase um sinônimo de precarização do trabalho.

Existem também preocupações de outra ordem, envolvendo a terceirização. É a preocupação do ponto de vista da economia de custos, a preocupação empresarial quanto à responsabilidade que lhe pode afetar o patrimônio em razão de ter de arcar com créditos dos trabalhadores terceirizados. Não é de hoje que a terceirização é considerada um “fato consumado” na economia. E as tentativas de resolução dos problemas, aqui, não passam pela equação humana da precarização proporcionada pela terceirização no país. Passam pela busca desenfreada de redução de custos empresariais e de maximização de possibilidades de isenção de responsabilidade da empresa que terceiriza.

Em meio às contradições decorrentes das pressões exercidas por esses setores da sociedade, está o Poder Judiciário. Está a Justiça do Trabalho. Sempre ela. A verdade é que, desde que a terceirização ganhou abrangência no mundo do trabalho brasileiro, no decorrer da década de 1990, a regulamentação legal dessa figura jurídica era nula. Algumas construções alcançaram a prestação de serviços temporários prevista na Lei 6.019/1974, para aplicação analógica, e outras ainda menos correlatas, mas a prática trabalhista regeu-se, diretamente, pelos precedentes da jurisprudência. Foi a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que tratou dos efeitos jurídicos da terceirização, notadamente por meio da Súmula 331, desde sua edição, em 1993, até a chegada do

ano de 2017, quando o país foi varrido pela onda de reformas na lei trabalhista.

As reformas operadas na legislação, no entanto, não foram equilibradas em meio aos interesses conflitantes oriundos dos diferentes setores da sociedade, como exposto acima. Em vez de equilibrada, a reforma foi unilateral. A atuação do legislador levou em conta, quase exclusivamente, os interesses dos setores empresariais. Por isso, tratou de realizar as mudanças normativas mais confortáveis para os empregadores. Assim foi feito não apenas na questão da terceirização, mas em todos os aspectos que foram modificados pelas leis reformadoras de 2017 – embora não seja pertinente, no restrito espaço deste estudo, aprofundar os demais pontos. O fato é que, com a edição das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, a terceirização passa a contar com uma regulamentação legal própria no ordenamento brasileiro.

Para completar o cenário sobre o qual nos ocupamos, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu julgamento sobre o assunto, já em 2018, com repercussão geral. Nesse julgamento, a conclusão do STF difere da conclusão do TST, quanto à relevância da diferença entre atividade-meio e atividade-fim para enquadramento da terceirização.

O objetivo deste trabalho é, portanto, contribuir com o debate atual sobre a terceirização no Brasil e propor um esboço de tratamento jurídico do problema, considerando os entendimentos tradicionais da jurisprudência, as novas leis trabalhistas e a decisão do STF.

### 2. A ÚLTIMA PALAVRA DO STF

Conforme já antecipado na parte introdutória, a terceirização ganhou amplitude, na prática trabalhista brasileira, sem regulamentação legal específica. O que se possuía de mais claro e concreto sobre os efeitos jurídicos da terceirização era o forte precedente jurisprudencial, cristalizado na Súmula 331 do TST<sup>2</sup>. Em resumo, este verbete distinguia os efeitos da ter-

2. A Súmula 331 dispõe, *in verbis*:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - 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 (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - 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. IV - O inadimplemento**

1. Cf. Nota Técnica DIEESE n. 172, *Terceirização e precarização das condições de trabalho*, março 2017. Disponível em <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>

ceirização conforme a natureza da atividade. Sendo envolvida a atividade principal da empresa contratante – a chamada atividade-fim –, entendia-se que a terceirização era ilegal; conseqüentemente, o vínculo era declarado diretamente entre o empregado e a empresa contratante. Pelo contrário, a terceirização era considerada lícita quando envolvesse atividades acessórias da empresa contratante – a chamada atividade-meio – e, nesse caso, a relação de emprego entre trabalhador e empresa prestadora de serviços era mantida. A empresa contratante, nesta segunda hipótese, era tida como mera responsável subsidiária pelos eventuais créditos do empregado.

A distinção problemática entre as noções de atividade-fim e atividade-meio gerou muitos debates, em doutrina e em jurisprudência. Na verdade, não existe definição legal em que se possa apoiar uma conclusão segura. Se, na maioria das vezes, é possível aplicar, com relativo sucesso, a noção intuitiva para saber se a terceirização envolve a atividade principal da empresa ou não, há casos em que se mostra difícil concluir se a atividade em que trabalha o empregado terceirizado é ou não a atividade-fim da empresa tomadora de serviços<sup>3</sup>. Um sem número de processos trabalhistas tramita com essa discussão, e não raro as conclusões das instâncias da Justiça do Trabalho são diferentes, envolvendo o mesmo caso concreto.

Como era de se esperar, um dia o STF seria chamado a analisar a matéria jurídica subjacente a essa discussão e teria de decidir em caráter definitivo a respeito da terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. E esse dia chegou. Nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 (ADPF 324/DF), cuja relatoria coube ao Ministro Luís Roberto Barroso, o STF concluiu julgamento com repercussão geral e editou, de modo a pacificar a controvérsia que pairava sobre a questão, a tese 725, *in verbis*:

O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade

e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018.

O acórdão do julgamento, até o fechamento da redação deste texto, não havia sido publicado. Logo, uma perfunctória análise da decisão é feita com base nos dados extraídos do andamento da ADPF 324 na página do STF na *internet* e do informativo 913 do STF, publicado pela própria Suprema Corte.

No essencial, o STF concluiu que é lícita a terceirização de qualquer atividade da empresa contratante, seja ela atividade-fim ou atividade-meio, sem que haja configuração de relação de emprego, em qualquer dos casos, entre essa empresa e o trabalhador, empregado da empresa contratada. Conseqüentemente, considerou-se inconstitucional o inciso I da Súmula 331 do TST. Doravante, perde o sentido a discussão envolvendo as noções de atividade-fim e de atividade-meio para perquirir sobre a legalidade da terceirização. A Corte, ademais, assentou a exigibilidade de cumprimento de deveres legais pela empresa contratante, como aferir a idoneidade financeira da empresa contratada, e a manutenção da responsabilidade subsidiária da empresa contratante pelo descumprimento da contratada no tocante às obrigações trabalhistas e previdenciárias. Em suma, o julgamento do STF validou a norma constante do novel art. 4º-A da Lei 6.019/2017<sup>4</sup>.

Embora não tenha ocorrido ainda a publicação do acórdão, alguns fundamentos da decisão podem ser conhecidos pela leitura do já mencionado Informativo 913 do STF. Pelo que se pode ler das notas ali expostas, a Corte partiu da consideração da modernização do mundo do trabalho e do direito do trabalho para concluir que a terceirização não representa, por si só, precarização da relação de emprego. Chega-se a mencionar que a amplitude da terceirização seria benéfica aos trabalhadores, inclusive por colaborar na redução do desemprego. Os princípios da livre iniciativa e concorrência são mencionados para balizar a questão da restrição da terceirização somente à atividade-meio, restrição essa que é declarada inconstitucional.

Neste espaço e neste momento, opto por não aprofundar a análise da decisão do STF, por considerar que a ocasião apropriada para eventualmente fazê-lo será após conhecer os termos do acórdão relativo ao julgamento. Por ora, adoto apenas a tese já publicada quanto à questão, no sentido de que, com a decisão do STF em repercussão geral, já não há pertinência na distinção entre atividade-fim e atividade-meio;

4. Dispõe o *caput* do 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 sua execução.

a licitude da terceirização não é afetada por essa distinção (sendo em princípio lícita a terceirização da atividade-fim do tomador dos serviços).

No entanto, o panorama jurídico que se vem de expor implica a abordagem de uma problemática que, se não pode ser considerada nova, ficava em segundo plano no cenário anterior, quando os holofotes hermenêuticos eram voltados à distinção entre atividade-fim e atividade-meio. Refiro-me à delimitação do objeto da terceirização. Afinal, o quê exatamente pode ser terceirizado? Esse é o objetivo do próximo tópico.

### 3. TERCEIRIZAR: VERBO TRANSITIVO

O problema do objeto da terceirização responde à pergunta que encerra o tópico anterior. *Terceirizar* é verbo transitivo; quem terceiriza, terceiriza algo (ou alguém?), e nessa esteira deve-se revelar qual o objeto da ação de terceirizar. Dizer que, doravante, a terceirização não tem limites ou que, com base no que decidiu o STF, pode-se terceirizar toda e qualquer atividade não resolve o problema. Aliás, de acordo com as notas expostas no Informativo 913 do STF, no mesmo julgamento o “ministro Alexandre de Moraes sublinhou que a intermediação ilícita de mão-de-obra, mecanismo fraudulento combatido pelo Ministério Público do Trabalho, não se confunde com a terceirização de atividade-fim”. A pertinente ressalva do Ministro está relacionada justamente à questão do objeto da terceirização, como veremos a seguir. Para além da noção de atividade-fim da empresa e da amplitude que ora se confere à terceirização, é preciso compreender que esse mecanismo envolve um objeto possível, que está atrelado às suas finalidades precípua. Melhor dizendo, a terceirização serve para atingir determinados fins e tem determinado objeto; sem respeito a seus fins e sem se referir ao seu objeto próprio, o ato em verdade não será o instituto que conhecemos pelo nome de terceirização. Será um ato fraudulento nominado indevidamente como terceirização. Vejamos.

O que conhecemos como terceirização é uma técnica de gestão empresarial voltada à descentralização produtiva, de modo a maximizar as energias da empresa para seu próprio propósito principal, para a atividade que lhe dá razão de existência. Para pensarmos concretamente, a certa altura as instituições bancárias optaram por desacoplar o setor de atendimento de clientes (o chamado *call center*) de sua estrutura básica, transferindo-o a terceiro. Por outras palavras, decidiram terceirizar o *call center*, e outra empresa foi contratada para prestar esse serviço. As pessoas que atendem as ligações dos clientes do banco para prestar informações, suporte, auxílio, ou mesmo para propiciar negócios novos, em temas de contas bancárias, seguros e cartões de crédito, entre outros, não são empregadas do banco, mas sim da empresa prestadora de serviço de *call center*. Não é mais o banco que atua nessa atividade; ele remunera uma empresa contratada para que, com empregados próprios, realize o atendimento.

Muito se discutiu sobre a viabilidade jurídica desse tipo de terceirização, uma vez que, para alguns, a atividade de atendimento remoto de clientes estaria inserida na atividade principal do banco. Por esse raciocínio, tal terceirização seria ilegal, na perspectiva da Súmula 331/TST. Agora, tendo em vista o

novo marco de regulamentação legal e o julgamento do STF quanto à matéria, essa discussão perdeu a razão de ser. Mesmo se se entender a atividade de *call center* como atividade principal de um banco, a terceirização não estará vedada apenas por isso. Até aí, sem avanços no que diz respeito ao que foi exposto no tópico antecedente.

Porém, desse exemplo se pode retirar a noção fundamental de que o objeto da terceirização é a *atividade*. Terceiriza-se a atividade setorializada da empresa. Os bancos terceirizaram a atividade de *call center*; a partir de então, não mais gerem essa atividade, que é gerida pela empresa contratada. A opção pela terceirização implica, portanto, abrir mão da gestão de parte da atividade da empresa. Esse é o ponto.

A terceirização não tem por objeto o trabalho humano. O objeto é a atividade empresarial. O trabalhador não é, nesse sentido, terceirizado; apenas por extensão se pode assim usar a expressão. Na verdade, uma parte da atividade do empresário foi terceirizada, e conseqüentemente seriam considerados terceirizados os empregados da empresa que foi contratada para prestar esse serviço. Não faz sentido, insisto, decidir “terceirizar empregados”, como vez ou outra se ouve dizer. Não se pode terceirizar trabalhadores senão como consequência da terceirização do segmento da atividade da empresa que é destacado da estrutura principal. É aí que chegamos, ao buscar o sentido da ressalva feita pelo Ministro Alexandre de Moraes. Usar trabalhadores formalmente “terceirizados”, sem de fato repassar a terceiro a gestão da atividade empresarial específica, nada mais é do que uma fraude de intermediação de mão de obra. Nessa hipótese, se a empresa contratada não tem a gestão da atividade do segmento, quem o terá será a mesma empresa tomadora, que permanece na gestão plena de suas atividades – isto é, nada terceirizou a ninguém. Desse modo, a subordinação dos trabalhadores formalmente terceirizados permanece relacionada à empresa principal, pois quem dirige a prestação pessoal dos serviços é empregador<sup>5</sup>.

Há que distinguir essa questão daquela problemática anterior, envolvendo a diferença entre atividade-fim e atividade-meio. Não mais estamos a tratar de atividade-fim ou de atividade-meio. Exemplos adicionais podem ser fornecidos. Uma montadora de veículos pode terceirizar, digamos, a atividade de pintura dos carros que fabrica. Não mais importa se a atividade de pintura seria parte da atividade principal da empresa ou se seria atividade acessória e secundária. A terceirização é permitida em qualquer das hipóteses. Todavia, se a montadora decidir pela terceirização, ela há de repassar à empresa contratada a gestão da atividade, não apenas alterar os registros dos contratos de trabalho dos empregados. Não existe terceirização (de atividade-fim ou atividade-meio) se a rotina e a hierarquia dos empregados do setor de pintura permanecem as mesmas, alterando-se apenas os registros das respectivas carteiras de trabalho para que conste o contrato firmado com a empresa contratada. No mesmo sentido será a solução se a decisão de terceirizar envolver o setor de

5. O *caput* do art. 2º da CLT dispõe que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

3. Cite-se o exemplo emblemático da discussão envolvendo os serviços de *call center*, que em geral foram terceirizados pelas instituições bancárias.

limpeza da fábrica. A gestão da atividade de limpeza caberá, então, à empresa contratada para prestar esse serviço, não mais à montadora. Da mesma forma que cabe à empresa de teleatendimento a gestão do *call center* do banco que optou por terceirizar essa sua atividade.

O atual regramento legal da matéria dá guarida a essa conclusão. O artigo 4º-A, § 1º, da Lei 6.019/1974, dispõe que “a empresa prestadora de serviços, contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores...”. Quanto a essa solução não deve, portanto, haver qualquer dúvida. Ademais, permanece vigente o art. 2º da CLT, segundo o qual quem dirige a prestação de serviços é o empregador. Para deixar mais clara a ideia: na terceirização, não pode existir subordinação entre o trabalhador e a empresa contratante e seus prepostos. O empregado subordina-se direta e exclusivamente a seu empregador, que nessa situação é a empresa contratada para prestar o serviço. Por outro lado, a constatação da subordinação ao tomador de serviços implica dizer que este, o contratante, é quem está gerindo a atividade. Por isso, ele permanece na condição de empregador, sendo nula a formalização da relação de emprego terceirizada.

Para melhor sistematizar essas noções, no próximo tópico tentarei apresentar um esboço de regulamentação jurídica da terceirização, com atenção às suas implicações práticas.

#### 4. ESBOÇO DE UM REGIME JURÍDICO DA TERCEIRIZAÇÃO

O que já expus até este ponto permite a suspeita de que a noção de subordinação alcançará o protagonismo na análise dos casos de terceirização. De fato, a partir do momento em que a terceirização passa a contar com a amplitude sugerida pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, e ratificada pelo julgamento do STF, é a subordinação do trabalhador que assume a relevância de elemento crucial para a aferição da licitude da terceirização.

Embora a subordinação esteja presente no cotidiano do direito do trabalho há décadas, é preciso atentar para a necessidade de sua adaptação à atualidade. Ainda é muito frequente, na rotina forense, que se queira estabelecer a presença ou ausência de subordinação perquirindo se o trabalhador recebia *ordens* emitidas pelo suposto empregador. Evidentemente, quem trabalha sob ordens alheias é subordinado. Muitas vezes, porém, a impressão é de que o empresário que não emita ordens a ninguém não tem nenhum trabalhador subordinado a si. Parece haver um equívoco de análise nessa situação. A CLT se refere ao trabalho “sob a dependência” do empregador (art. 3º), e esse é o ponto de partida para as interpretações doutrinárias. Subordinado é o prestador de serviços que trabalha por conta alheia, e autônomo, o que o faz por conta própria. Por isso a lei diz que o empregado está sob dependência do empregador. O negócio não é dele; é do empregador. As ordens, a submissão às determinações do empregador, a disciplina e a sujeição ao poder hierárquico e punitivo são elementos de visibilidade do conceito de subordinação, mas não se confundem com ele. Com efeito, nem sempre, ultrapassada a fase do fordismo, o empresário tem necessidade de emitir ordens e punições para dirigir a prestação de serviço dos trabalhadores. Hoje, os mecanismos de controle

– inclusive telemáticos – e indicadores de desempenho fornecem inúmeras possibilidades de direção do comportamento de equipes de trabalho. O rendimento e a produtividade não raro são impostos por indicadores de desempenho atrelados a parcelas variáveis de remuneração, em um sistema eficaz de manutenção do engajamento dos empregados, sem necessidade de atuação de capatazes a ordenar cumprimento de horários. Dito de outro modo: o que era obtido, no auge do fordismo, pela punição aos ineficazes, hoje se obtém pela recompensa aos mais produtivos. Mas a relação de emprego não foi superada. Nem a subordinação.

Não seria correto sustentar que, se a equipe de trabalhadores funciona bem sob o mecanismo de indicadores de desempenho atrelados a recompensas, não sendo aplicadas ordens e punições, não estamos diante de empregados. São empregados, sem dúvida, trabalhadores dependentes e por conta alheia, que não são donos de seus negócios. Em uma palavra: são trabalhadores subordinados.

Se assim é, no âmbito da terceirização a análise da subordinação deve ser atenta às mesmas características. Um trabalhador supostamente terceirizado pode até não receber ordens e punições diretamente dos prepostos da empresa contratante, e ainda assim ser subordinado a ela. Recorde-se que a subordinação é o trabalho sob dependência do dono do negócio, isto é, de quem efetivamente tem a gestão da produção – consequentemente, quem define os indicadores a ser alcançados pela produtividade dos trabalhadores. Subordinante é, portanto, quem tem a gestão da produção, pois é sob a dependência dele que o trabalhador presta serviços.

A empresa de *call center* que aparelha sua operação de forma autônoma em relação ao cliente, em endereço próprio, com equipamentos próprios, supervisores e gestores próprios e, principalmente, com *know how* próprio em relação ao serviço que oferece no mercado, tem efetivamente sob seu poder as rédeas da gestão de seu negócio. É uma empresa que responde pela atividade que lhe foi confiada e, para desempenhá-la, emprega trabalhadores assalariados. Por outro lado, se a prestação do serviço é realizada no estabelecimento do cliente, com equipamento e estrutura do cliente, sob o olhar atento dos gestores do cliente, provavelmente não estaremos diante da mesma figura jurídica. Agora já há indícios de que esteja sendo praticada a intermediação de mão de obra, a se confirmar pela ausência de repasse da gestão da atividade à empresa contratada.

Em suma, a principal regra é a vedação da subordinação dos trabalhadores à empresa contratante. Sendo constatada a ocorrência da subordinação – e demais elementos dos artigos 2º e 3º da CLT – envolvendo a empresa contratante, outra solução não haverá que não a declaração do vínculo empregatício direto entre ela e os supostos empregados da empresa prestadora de serviços.

A outra questão que cumpre abordar é a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. A Lei 6.019/1974, em seu novel art. 5º-A, § 5º, dispõe que “a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços...”. Positivou-se na lei a solução consagrada pela jurisprudência

para os casos de terceirização lícita (quando não há vínculo empregatício entre o trabalhador e a contratante).

O avanço que pode – e deve – ocorrer em relação à questão da responsabilidade do contratante diz respeito aos casos de terceirização na administração pública. O STF chancelou a regra de que a inadimplência do empregador (contratado) não transfere a responsabilidade ao ente público que realizou a contratação administrativa seguindo os ritos e cautelas legais (Lei 8.666/1993, principalmente art. 71). Pode-se entender, no entanto, que o advento de legislação específica da terceirização, em âmbito geral, prevendo a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, tenha afetado a regulamentação da matéria no tocante à administração pública. Com efeito, a lei nova não prevê escusa de responsabilidade subsidiária do contratante, o qual terá direito de regresso em face do contratado, verdadeiro empregador e devedor das parcelas trabalhistas. Essa regra pode muito bem ser aplicada aos contratantes que sejam entidades da administração pública.

Do ponto de vista estritamente jurídico, o art. 71 da Lei 8.666/1993 não pode engessar o regime jurídico da terceirização no serviço público, apesar das mudanças ocorridas de 2017 em diante. Recorde-se que aquela Lei não se dirige à regulamentação da terceirização pela administração pública; ela trata basicamente de licitações e contratos firmados por entes administrativos. Agora, havendo no ordenamento um regramento específico que trata da terceirização, a administração pública deve também se submeter às respectivas disposições. Ocorre, no caso, uma derrogação parcial do art. 71 da Lei 8.666/1993, que deixa de ser aplicável em casos de terceirização.

Ademais, a realidade da terceirização no âmbito da administração pública se revela cruel. Não raro se trata de trabalhadoras e trabalhadores das atividades de limpeza, asseio e conservação, bem como portaria e vigilância, cujo nível salarial é, em geral, baixo. Quando deixam de receber as verbas rescisórias de um contrato e se veem na contingência de buscar a satisfação na Justiça do Trabalho, muitas vezes encontram a empregadora em situação de insolvência. E a contratante, entidade da administração pública direta ou indireta, não é responsabilizada, por contar com a regra do art. 71 da Lei 8.666/1993, validada pelo STF. Nesse cenário, seria muito mais adequado do ponto de vista jurídico, social e também humanitário que a contratante assumisse o dever de quitar os direitos trabalhistas dessas pessoas, assegurando-se posteriormente em direito de regresso em face da empresa contratada. É isso que diz a lei atual sobre terceirização, aliás. Seria o comportamento induzido pela observância do princípio da legalidade.

#### 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os trabalhadores e as trabalhadoras que atuam em postos terceirizados são os que mais sofrem. Acidentam-se com frequência; perdem o emprego com facilidade; deixam de usufruir de férias, deixam de receber verbas rescisórias. Além disso, são pessoas rebaixadas a uma condição de subemprego, de certa invisibilidade em seus locais de trabalho. Diante da rotatividade inerente aos contratos de terceirização, há em-

pregadas e empregados que não têm seus nomes conhecidos pelos colegas de rotina. São chamados por expressões protocolares ou simplesmente por acenos. Podem ser assimilados aos “ninguéns” (“los nadies”), de Eduardo Galeano:

Los nadies, Los hijos de nadie, los dueños de nada,  
los nadies, los ningunos, los ninguneados  
Corriendo la liebre, muriendo la vida, jodidos, rejodidos.  
Que no son, aunque sean;  
que no hablan idiomas, sino dialectos;  
que no profesan religiones, sino supersticiones;  
que no hacen arte, sino artesanía;  
que no practican cultura, sino folclore;  
que no son seres humanos, sino recursos humanos;  
que no tienen cara, sino brazos;  
que no tienen un nombre, sino número.  
Que no figuran en la historia universal;  
Sino en la crónica roja de la prensa local.  
Los nadies: que cuestan menos que la bala que los mata.

Nesse cenário, se o país teve uma mudança repentina de regulamentação do trabalho em terceirização, só poderia ser para melhor propiciar a busca pela defesa da dignidade dos trabalhadores envolvidos. Ainda que, pela leitura dos jornais da época, possamos perceber que a intenção subjacente era a de dar mais garantia às empresas, aceitando o risco de precarizar condições de trabalho, a interpretação não pode partir desse mesmo ponto. Deve-se interpretar a lei com os olhos na Constituição Federal, em que sobressaem direitos fundamentais sociais fundados na dignidade da pessoa humana e o princípio da melhoria da condição social dos trabalhadores.

Sem pretender expor considerações de qualquer forma definitivas, mas, pelo contrário, ciente da dinâmica que envolve o tema na sociedade e da consequente necessidade de avanço e aprofundamento a cada passo, propus neste espaço o debate sobre dois aspectos que me parecem fundamentais. Uma vez admitida a terceirização sem restrições quanto à atividade principal da empresa, por força de leis e de julgamento do STF, deve-se atentar inicialmente para o requisito da subordinação dos trabalhadores terceirizados. Revelando-se a subordinação direta à empresa contratante – por meio da gestão feita por ela em relação à atividade supostamente terceirizada –, patente será a intermediação ilícita de mão de obra.

Além disso, urge pensar soluções para a terceirização na administração pública. Sem prejuízo de outras ideias que certamente poderão ser debatidas, aqui propus a aplicação imediata da regra de responsabilidade subsidiária prevista em lei, tentando superar a situação ocasionada pela manutenção da excludente prevista no art. 71 da Lei 8.666/1993.

ELISA MARIA SECCO ANDREONI

Aluna do Curso de Direito e Processo do Trabalho e  
Previdência Social da Universidade de São Paulo

## O BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO.

### INTRODUÇÃO

Pretende-se demonstrar, com o presente estudo, que o legislador da Reforma Trabalhista, ao incluir o Art. 791 – A, e especificamente seu § 4º à Seção IV da CLT que cuida “Das Partes e dos Procuradores” (o qual prevê ao beneficiário da justiça gratuita vencido, a obrigação de arcar com honorários de sucumbência, nos termos em que dispõe), não somente olvidou-se dos dispositivos da Constituição Federal que cuidam do acesso à justiça, (art. 5º XXXVI e LXXIV), como também, deixou de considerar que muitos dos direitos dos trabalhadores somente são reparados após a distribuição de reclamação trabalhista, sem a qual, não teriam acesso a direitos mínimos que lhes são sonogados corriqueiramente pelos detentores do capital.

O art. 791 – A da CLT, em seu parágrafo 4º dispõe que:

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

A norma deixa claro que os honorários, nos quais os reclamantes na Justiça do Trabalho poderão ser condenados, somente ficarão sob condição suspensiva na hipótese de não ter, o trabalhador, obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa.

Vê-se que a crueldade do legislador reformista, foi a tal ponto que, o empregado, ao buscar junto ao Poder Judiciário direitos como verbas rescisórias, horas extras, indenizações acidentárias, tenha que, em caso de sucumbência, arcar com o próprio crédito que lhe foi sonogado, para pagamento de honorários de sucumbência, mesmo na hipótese de ser beneficiário da justiça gratuita.

Procuraremos demonstrar que a alteração legislativa, não encontra respaldo na Constituição Federal, bem como nas normas de direito processual civil, cuja aplicação subsidiária é permitida a teor o art. 769 da CLT, bem como da Lei 1050/60 que se encontra vigente e que dispõe acerca da gratuidade da justiça e dos honorários advocatícios de sucumbência.

### QUANDO SÃO DEVIDOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Conforme se constata do art. 22, *caput*, da Lei 8.906/94

(Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), há três hipóteses de honorários advocatícios: a) convencionais; b) sucumbenciais; c) arbitrados judicialmente.

Nos termos do art. 22 *caput* da referida norma,

“A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.”

Os honorários convencionais são aqueles a respeito dos quais houve acordo entre as partes, fixados normalmente por contrato escrito, contendo cláusulas que regulam a relação contratual entre o constituinte e o advogado constituído no que se refere ao pagamento da contrapartida da prestação dos serviços da advocacia. Os honorários sucumbenciais são aqueles fixados pelo juiz na sentença, de conformidade com os critérios estabelecidos no CPC, que devem ser pagos pelo perdedor da demanda. Pertencem ao advogado da parte vencedora. Já os honorários por arbitramento são aqueles fixados pelo juiz em ação de arbitramento de honorários advocatícios (EOAB 22, § 2º), procedimento utilizado sempre que não houver contrato de honorários entre constituinte e constituído, embora possa haver contrato de mandato entre eles.<sup>1</sup>

Aqui nos interessam os honorários sucumbenciais, os quais passaram a ter destaque na Justiça do Trabalho, após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017.

Os honorários sucumbenciais são aqueles pagos pelo vencido, mas esse critério não basta para a fixação desses honorários. A doutrina consagrou o princípio da causalidade como critério para pagamento dos honorários sucumbenciais.

O princípio da causalidade é aqueles segundo o qual, a condenação no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios deve recair sobre quem deu causa à ação. Assim, se o réu deu causa à propositura da ação, mesmo que o autor saia vencido, pode o réu ter de responder pelas verbas de sucumbência.<sup>2</sup>

Assim, exemplificando com situações verificadas da Justiça do Trabalho, quem responderia pelo custo do processo é o sujeito que lhe deu causa, seja por propor demanda sem ter

1. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 430.

2. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 430.

razão, seja obrigando a quem tem razão vir a juízo (reclamante pleiteando horas extras quando estas já foram pagas). Ou ainda, obrigando o reclamante a vir a juízo quando este nem precisaria caso sua pretensão não fosse resistida (reclamada que não pagou verbas rescisórias).

O processo não pode causar dano a quem tem razão, como também para aquele que nem deveria vir a juízo, pois nada deve.

A pergunta que se faz é como ficam os beneficiários da justiça gratuita, com relação ao pagamento de honorários advocatícios e o princípio da causalidade.

Cintra, Dinamarco e Grinover ao tratarem do acesso à justiça pelo processo estatal, afirmam que:

“Para a efetividade do processo, ou seja, para a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos – supra, n.6) e, de outro, superar óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final.”<sup>3</sup>

Continuam, os festejados autores, afirmando que esses óbices se situam em quatro pontos sensíveis, segundo Barbosa Moreira, sendo que o primeiro deles é o que diz respeito diretamente ao tema ora em estudo:

A admissão ao processo (ingresso em juízo). É preciso eliminar as dificuldades econômicas, psicológicas ou culturais que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada. A oferta constitucional de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV) há de ser cumprida seja quanto ao juízo civil ou criminal, de modo que ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz por falta de recursos. A justiça não deve ser tão cara que seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos.<sup>4</sup>

Em regra na Justiça do Trabalho não existia qualquer óbice de acesso à justiça, tanto é que o beneficiário da justiça gratuita, nunca arcou com custas processuais, honorários periciais, muito menos com os honorários advocatícios que foram previstos apenas através da Lei 5584/70, a qual dispõe sobre normas de direito processual do trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências.

Segundo disposto em seu corpo, a norma trata da Assistência Judiciária e o faz nos seguintes termos:

Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a

3. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo** – São Paulo: Malheiros Editores, 30ª ed. p. 53.

4. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo** – São Paulo: Malheiros Editores, 30ª ed. p. 53.

que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado.

Art 15. Para auxiliar no patrocínio das causas, observados os arts. 50 e 72 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, poderão ser designados pelas Diretorias dos Sindicatos Acadêmicos, de Direito, a partir da 4ª Série, comprovadamente, matriculados em estabelecimento de ensino oficial ou sob fiscalização do Governo Federal.

Art. 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

Deixe-se registrado que o art. 16 foi revogado pela Lei 13.725/2018.

Da análise dos dispositivos da Lei 5584/70, extrai-se que, até então, os honorários advocatícios da Justiça do Trabalho não decorriam da sucumbência, à exceção do previsto no art. 14, § 1º da Lei 5584/70.

Ou seja, apenas os demandados na Justiça do Trabalho arcavam com honorários de sucumbência, e isso, ainda, se o empregado estivesse assistido por seu sindicato de classe e percebesse salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou que apresentasse declaração de situação econômica que não lhe permitisse demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Os reclamantes, entendendo-se como tais, trabalhadores, em hipótese alguma arcavam com honorários advocatícios, por não existir tal previsão na Lei 5584/70, bem como pela redação dada ao art. 791 da CLT, que mesmo após a Emenda Constitucional 45/2004, a qual alterou diversos dispositivos relativos à Justiça do Trabalho previstos na Constituição Federal, manteve incólume referida norma e, ainda hoje, o *ius postulandi* é permitido na Justiça do Trabalho.

Vale dar destaque, ainda, à jurisprudência do TST, que através de sua Súmula 219, após algumas alterações passou a dispor que:

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

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

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

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

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

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

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

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

Assim, antes da Lei 13.467/2017, eram requisitos para o deferimento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, nos termos da Lei 5584/70 e da Sumula 219 do TST, que o empregado estivesse assistido por seu sindicato de classe, através de advogado; que apresentasse declaração de situação econômica que não lhe permitisse demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família; nas causas em que o ente sindical figurasse como substituto processual, nas lides que não derivassem de relação de emprego, ressaltando-se que a assistência judiciária prestada pelo sindicato era devida aos empregados, ainda que não associados.

Ora, a lei vinha bem, considerando-se a natureza dos litigantes trabalhistas, cujo curso normal não requeria qualquer modificação quanto aos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, o que será, por nós, debatido.

O ACESSO À JUSTIÇA E A CONDIÇÃO DE POBREZA

O Direito do Trabalho tutela, em regra, direitos decorrentes da relação de trabalho e por tal motivo não é difícil de encontrarmos demandas em que o trabalhador nada recebeu, após a perda do emprego ou do trabalho.

Diante situação de estar sem trabalho e conseqüentemente sem os meios normais de subsistência e de sobrevivência, e, em muitas hipóteses, sem nada ter recebido, não resta dúvida de que esse trabalhador encontra-se em situação de total desamparo, para não dizer em situação de miséria. Essa realidade é cotidianamente visível na Justiça do Trabalho, na qual, aquele mais pobre é o que mais necessita deste ramo do Poder Judiciário.

No entanto, de nada adiantam normas a instituir um processo ágil e moderno se esse demandante não tem condições de ter acesso ao processo, justamente em decorrência de sua condição social.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, expõem com sensibilidade a questão do acesso à justiça e as dificuldades com o custo do processo.

Se o processo é indispensável, não basta o Estado instituir formas de tutela sem considerar que algumas causas têm valor econômico incompatível com o curso do processo tradicional e que determinadas camadas da população a ele têm dificuldade de acesso.<sup>5</sup>

E seguem:

O legislador infraconstitucional é obrigado – como não poderia ser de outra forma diante da garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) – a instituir procedimentos e justiças especializadas para permitir o acesso dos mais pobres ao Poder Judiciário.

Assim, conforme se extrai do trecho transcrito, espera-se do Estado que não só institua formas de tutela considerando que a causa deve ter valor econômico compatível, para que o público tenha acesso, como também, é obrigação do legislador infraconstitucional diante da garantia constitucional de acesso à justiça, a criação de lei que permitam o acesso dos mais pobres ao Poder Judiciário.

Para muitos demandantes da Justiça do Trabalho, o recebimento dos salários, ou seja, dos dias trabalhados, ocorre apenas quando da distribuição do processo e do ensejo da audiência trabalhista, isso sem falar em outros direitos protegidos pelo Direito do Trabalho, os quais não são alcançados pelos trabalhadores, seja pela sonegação de valores (com o

5. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Processo Civil: Teoria do Processo Civil* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, (vol. I), p. 457.

não pagamento das verbas trabalhistas devidas nas rescisões dos contratos de trabalho), como na sonegação de documentos (não liberação de guias para levantamento do FGTS e habilitação no programa do Seguro Desemprego), sem falar ainda em retenção de CTPS.

Como sempre acontece neste ramo especializado do Poder Judiciário, os demandantes se apresentam “nus” em seus direitos, não sendo de se admitir que tenham receio, ou que lhes seja preocupante o custo do processo. Ademais, a Justiça do Trabalho é quem socorre esses trabalhadores que tiveram suas verbas, de caráter alimentar, sonegadas para não dizer subtraídas, justamente pelo detentor do capital.

O legislador infraconstitucional, desse modo, tem obrigação de instituir meios de acesso dos mais pobres ao Poder Judiciário. Ou seja, o legislador falta com o seu dever legal, ao, sob a desculpa da modernidade, criar óbice ao acesso à justiça.

O direito de ação não pode ficar prejudicado por obstáculos de ordem social. Assim, ao legislador é vedada a criação de lei que obstaculize o acesso à justiça, até porque este direito está previsto no rol de Direitos Fundamentais, da Constituição Federal, inserido que está no art. 5º, XXXV (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada) e LXXIV (o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos). Portanto, para ser considerada uma lei legítima tem que estar condicionada aos ditames constitucionais, do contrário é uma norma inconstitucional.

O ACESSO À JUSTIÇA E O CUSTO DO PROCESSO

O custo do processo não pode ser óbice ao acesso à justiça, sobretudo no que se refere aos direitos trabalhistas. Não é novidade que o demandante, na Justiça do Trabalho, em sua maioria, é desprovido de qualquer renda ou riqueza, dependendo, muitas vezes do acesso à justiça para conseguir receber suas parcas verbas rescisórias, para não dizer o próprio salário.

O mais óbvio obstáculo para o efetivo acesso à justiça é do “custo do processo”<sup>6</sup>.

Como custos do processo são considerados não só o pagamento de custas processuais, mas também os emolumentos e agora, com a nova redação conferida ao art. 791 – A da CLT, também os honorários advocatícios, sem falar nos honorários periciais.

Veja-se que Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ao tratar do próprio Processo Civil em que as partes, em tese, encontram-se em pé de igualdade, afirmam que:

É evidente que o custo do processo constitui um grave empecilho para boa parte da população brasileira, pois todos conhecem as dificuldades financeiras que a assola. Na verdade, as custas processuais, as despesas para a contratação de advogados e relativa à produção de provas dificilmente poderão ser retiradas das disponibilidades

6. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Processo Civil: Teoria do Processo Civil* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, (vol. I), p. 223.

orçamentárias das partes e assim terão obriga-las a economias sacrificantes.<sup>7</sup>

Essa percepção é mais acentuada quando se trata de ações na Justiça do Trabalho. No processo trabalhista, o demandante pode deixar de propor ação ainda que tenha certeza de que seu direito foi violado, subtraído, sonegado. Isso porque, mesmo que lhe tenham sido concedidos os benefícios da justiça gratuita, o empregado poderá ao fim da demanda, estar em situação de mais pobreza e miserabilidade do que da distribuição da reclamação trabalhista.

OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO, APÓS A EDIÇÃO DA LEI 13.467/2017 E O BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA

Conforme disposto no novo art. 791 – A da CLT:

Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. **(Artigo incluído pela Lei nº 13.467/2017 - DOU 14/07/2017).**

Nenhuma surpresa causaria a norma em questão, eis que, de fato, apenas na Justiça do Trabalho não havia previsão de honorários advocatícios, sendo que o advogado trabalhista é digno da mesma deferência e benefícios previstos aos demais advogados.

No entanto, conforme previsto nos artigos 82 e 85 do CPC, a sentença condenará o vencido a pagar o vencedor as despesas processuais que antecipou e os honorários advocatícios, inclusive nos feitos em que o advogado atuar em causa própria, dispondo, ainda, que estes serão fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, sempre tendendo o grau de zelo profissional, o lugar da prestação dos serviços, bem como a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço.

Atente-se que o legislador, ao tratar dos honorários da Justiça do Trabalho, considerou que os valores devem ficar entre o mínimo de 5% e o máximo de 15% sobre o valor de que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido, ou não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

A norma deixou de considerar os valores mínimos e máximos, iguais aos previstos pelo Diploma Processual Civil, bem como a jurisprudência do TST, que através da Sumula 219, prevê em seu inciso IV que,

Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em

7. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Processo Civil: Teoria do Processo Civil* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, (vol. I), p. 223.

que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

Muito provavelmente, o legislador, ao fixar os percentuais previstos para os honorários da Justiça do Trabalho, considerou os parâmetros constantes da Lei 1060/50, que vigeu por muito tempo, conforme disposto em seu art. 11, § 1º. No entanto, não se justifica a discrepância entre a previsão contida no CPC/2015 e a Lei 13.467/2017.

Agora, após tudo o que já exposto, chegamos ao principal dilema que é inclusive objeto de nosso estudo. Quais os limites do legislador ao determinar através da Lei 13.467/2017, que na Justiça do Trabalho, o beneficiário da justiça gratuita arque com honorários advocatícios, valendo-se de créditos porventura lhe sejam devidos, nos processos onde fora condenado em honorários ou em outro processo?

A gratuidade da justiça na Constituição Federal é ampla, sem exceções. Conforme disposto no inciso LXXIV, do art. 5º, segundo o qual LXXIV - **o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;**

Assim, não cabe ao legislador infraconstitucional restringir a amplitude da norma constitucional através de lei ordinária. Ou seja, a Lei 13.467/2017, não poderia prever, no art. 791 – A, § 4º, que o beneficiário da justiça gratuita, arcasse com o pagamento de honorários de sucumbência, valendo-se para este fim de numerários auferidos em ação trabalhista. Seu crédito alimentar é infenso aos caprichos do legislador infraconstitucional, o qual teve em mira, apenas beneficiar os empregadores e seus advogados, a qualquer custo, mesmo em contrariedade com a norma constitucional.

A norma legal a regulamentar os benefícios da justiça gratuita ainda é a Lei 1060/50, a qual foi recepcionada pela Constituição Federal, a qual estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados e ao fazê-lo, em seu art. 3º, preleciona que a assistência judiciária compreende as isenções que traz em seus incisos, sendo que o inciso V é expresso: **“dos honorários de advogado e peritos.”**

Ora, nem na Justiça Comum, o litigante beneficiário da justiça gratuita, arca com honorários de advogados sucumbenciais, o que não se dirá na Justiça do Trabalho, campo onde os créditos são na sua totalidade de natureza alimentar indisponível, como poderiam os reclamantes arcar com esses mesmos honorários.

A única explicação para o disparate da redação do art. 791 – A da CLT, é a que postura do legislador reformista foi a de desconstruir a jurisprudência do TST, impedir o acesso à justiça dos mais necessitados e prestigiar os empresários e detentores do capital.

Vale destacar as palavras de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Delgado Neves, segundo os quais:

A alteração inserida pela Lei 13.467/2017 no tocante ao regime de concessão dos honorários advocatícios de sucumbência – da maneira como regulado esse regime – cor-

responde a um, entre vários, dos aspectos mais impactantes da reforma, considerado o plano processual trabalhista.

É que o conjunto normativo constante do art. 791 – A, “caput” e §§ 1º até 5º, da CLT – se lido em sua literalidade -, pode inviabilizar o direito e a garantia constitucionais fundamentais constitucionais da justiça gratuita (art. 5º, XXXV) e o direito, garantia e princípio constitucionais fundamentais do amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) relativamente à grande maioria das pessoas físicas dos trabalhadores do País. Isso em decorrência dos elevados riscos econômico-financeiros que passam a envolver o processo judicial trabalhista, particularmente para as pessoas destituídas de significativas (ou nenhuma) renda e riqueza.<sup>8</sup>

Tempos, pois, que numa interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 791 – A, § 4º, a conclusão inequívoca é pela inconstitucionalidade da referida norma, eis que ofende frontalmente o disposto no art. 5º,

incisos XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) e LXXIV (o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; ).

#### CONCLUSÃO

Assim, a conclusão a que chegamos é de que a Lei 13.467/2017, ao tentar limitar ou impedir o acesso de trabalhadores ao Poder Judiciário, acabou tropeçando na má técnica e, porque não dizer, na má-fé do legislador, o que a torna inconstitucional, levando à conclusão lógica de que não cabe condenação em honorários advocatícios sucumbenciais aos beneficiários da justiça gratuita.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo** – São Paulo: Malheiros Editores, 30ª ed. p. 53.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves, **A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017, p. 329.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Processo Civil: Teoria do Processo Civil** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, (vol. I), p. 457.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 430.

8. DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves, **A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017, p. 329.

HELICIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

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

## AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO OCORRIDAS ENTRE A EDIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA REFORMA TRABALHISTA

### RESUMO

A Lei no. 13.467 entrou em vigor em 11 de novembro de 2017 e trouxe mudanças na legislação trabalhista brasileira, tanto no direito material quanto no direito processual. No primeiro deles, as alterações legislativas alcançaram as relações individuais e coletivas de trabalho. Como é sabido, as mudanças no campo do direito coletivo do trabalho refletem significativamente nos contratos individuais dos trabalhadores e com a reforma trabalhista não foi diferente. O objetivo deste artigo é mostrar que, na linha já trilhada por reformas que a antecederam, como a promovida pela Emenda Constitucional no. 45 de 2004, a Lei no. 13.467/2017 antecipou-se à necessária mudança na estrutura sindical brasileira e ampliou a hibridez que já a caracterizava.

**Palavras-chave:** Direito coletivo do trabalho; reforma trabalhista; reforma sindical; negociação coletiva; contribuição sindical.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo busca estudar as recentes alterações empreendidas pela Lei no. 13.467/2017 no direito coletivo do trabalho. Referem-se, notadamente, ao fim da obrigatoriedade de pagamento da contribuição sindical, à prevalência das disposições negociadas sobre a legislação positivada e da negociação coletiva local sobre a setorial, com a atribuição de maior força normativa ao acordo coletivo frente à convenção coletiva, e à regulamentação da comissão de empregados.

A reforma do modelo sindical vigente, inspirado em sua origem no sistema corporativista que foi implantado na Era Vargas, é necessária. Referido modelo é marcado por forte intervenção estatal nas relações coletivas de trabalho e tem por principais características a unicidade sindical, o sistema confederativo, a contribuição sindical compulsória, o poder normativo dos Tribunais do Trabalho e a representação classista.

Segundo a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, referidos princípios não refletem a liberdade sindical, entendida tanto no aspecto individual (sindicalização livre) quanto no coletivo (autonomia sindical). A adoção de modelo corporativista para a organização dos sindicatos no Brasil não permitiu que se ratificasse referida Convenção (ADORNO JÚNIOR, 2010). Já houve mudanças na estrutura sindical brasileira, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988, mas não foram suficientes para classificar o modelo de relações coletivas de trabalho brasileiro como de liberdade sindical. Algumas dessas mudanças aumentaram a hibridez do sistema, ao ponto de torná-lo contraditório, o que foi agra-

vado pela legislação ordinária, como se verá neste estudo.

### 2. ALTERAÇÕES ADVINDAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram suprimidos importantes pilares do corporativismo no modelo sindical brasileiro. Vedou-se a intervenção estatal na atividade sindical, que vigorava desde a origem do modelo implantado na década de 1930, e o Estado foi impedido de interferir na criação e no funcionamento dos sindicatos pelo artigo 8º, inciso I, do texto constitucional. Assim, a existência da antiga carta sindical e a possibilidade de destituição de diretoria das entidades sindicais para a nomeação de interventores foram superadas pela nova ordem constitucional (ADORNO JÚNIOR, 2010).

Essas mudanças, contudo, foram incompletas e não permitiram enquadrar o modelo de relações coletivas de trabalho brasileiro como totalmente democrático. Mantiveram-se a contribuição sindical compulsória, antigamente denominada imposto sindical, e a unicidade sindical, que é a exclusividade de representação da categoria por um único sindicato. Também permaneceram a organização sindical por categorias, de formas piramidal e vertical, o poder normativo dos Tribunais do Trabalho e a representação classista. Esta última foi suprimida por Emenda Constitucional que não tardou a ser aprovada, a de número 24, do ano de 2000. Com sua edição, as antigas Juntas de Conciliação e Julgamento foram transformadas em Varas do Trabalho e o órgão julgador, antes colegiado e composto pelo juiz togado e por dois juizes classistas, passou a ser monocrático, com a atuação de maneira singular pelo primeiro deles (ADORNO JÚNIOR, 2010).

Buscou-se desatrelar o movimento sindical da estrutura do Estado, mas não foi o único passo legislativo dado nesse sentido posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988. Outra Emenda Constitucional, de no. 45/2004, conhecida como a da Reforma do Judiciário, procurou fazer novas alterações no antigo modelo sindical. Criou a figura do mútuo consenso para a instauração do dissídio coletivo de natureza econômica, com a redação dada ao artigo 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988, cuja interpretação foi feita de maneira mais atenuada pelos Tribunais do Trabalho (ADORNO JÚNIOR, 2014).

O mútuo consentimento foi alçado ao patamar de requisito para a válida instauração do dissídio coletivo. Foram excluídas desta regra apenas as atividades de interesse público, para o que se conferiu legitimidade ao Ministério Público do Trabalho para a instauração da instância coletiva (artigo 114, § 3º, da Constituição Federal de 1988). A exigência de

concordância expressa do suscitado para a propositura do dissídio coletivo, na prática, prejudicaria as categorias profissionais mais fracas, o que norteou as decisões judiciais que validavam a concordância tácita, pela participação do suscitado em negociação coletiva e pela falta de expressa oposição ao dissídio coletivo ou feita sem a apresentação de motivos.

A mudança legislativa visou incentivar a negociação coletiva como meio de solução dos conflitos coletivos do trabalho. No entanto, o condicionamento da instauração do dissídio coletivo ao prévio consenso entre os grupos em conflito, além de comprometer o livre exercício do constitucional direito de ação, antecipou-se à necessária reforma sindical. O sistema que consagra a unicidade sindical e a estrutura sindical confederativa não permite que entes sindicais de menor expressão possam negociar coletivamente de forma livre, por não contarem com poder de pressão sobre o empregador (ADORNO JÚNIOR, 2014). Para a maior legitimidade nas negociações coletivas e eficácia das normas que delas resultam, a reforma sindical precisaria findar com os resquícios do regime corporativista nas relações coletivas de trabalho.

As mudanças implantadas em âmbito constitucional no campo do direito coletivo do trabalho que se anteciparam à reforma sindical não foram únicas, pois a legislação infraconstitucional também promoveu precipitadas alterações, em especial trazidas pelas Leis nos. 11.648/2008 e 13.467/2017.

### 3. MUDANÇAS DECORRENTES DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

#### 3.1. INCLUSÃO DAS CENTRAIS SINDICAIS

Em 2008, com a edição da Lei no. 11.648, nova mudança nas relações sindicais contribuiu para afastar aspectos do antigo modelo corporativista. As centrais sindicais, que não tinham previsão na estrutura piramidal por serem intercategoriais, passaram a integrar o modelo de relações coletivas de trabalho como entidades sindicais de cúpula, em patamar superior ao das confederações, inclusive com direito ao percentual de 10% do montante arrecadado a título de contribuição sindical, nos termos do artigo 589 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (ADORNO JÚNIOR, 2010).

A estrutura confederativa verticalizada idealizou como entidades de cúpula as corporações, mas não chegaram a existir de fato e o topo da pirâmide sindical foi ocupado pelas confederações, nas respectivas categorias. As centrais sindicais não se coadunam com o antigo modelo de relações coletivas de trabalho, porque não representam categoria profissional específica, mas nele foram acomodadas pela Lei no. 11.648/2008, porque já atuavam na prática, sobretudo a partir da década de 1980 (FARIA, 1995).

A organização de trabalhadores e empresas por setores da atividade econômica visou facilitar o controle do trabalho e da economia pelo Estado corporativista, pois evitaria a deflagração de greves gerais. As centrais sindicais, como entidades intercategoriais posteriormente incluídas em estrutura que foi compartimentada em categorias, quebraram essa lógica, pois entre seus filiados há entidades de diferentes graus e componentes de diversificados ramos de atividades profissionais (ADORNO JÚNIOR, 2010).

#### 3.2. A REFORMA TRABALHISTA

Mais recentemente, em 11 de novembro de 2018, com a promulgação da Lei no 13.467/2017, que implantou a Reforma Trabalhista, retirou-se, de forma indireta, a compulsoriedade da contribuição sindical. Os artigos 545, 578 e 579 da CLT foram alterados, para substituir a nomenclatura de imposto por contribuição sindical e para condicionar o desconto do valor anual dos vencimentos do trabalhador à sua expressa autorização. Por outro lado, permitiu-se que a negociação coletiva, expressão do exercício da autonomia privada, altere regras previstas na legislação trabalhista, como dispõem os artigos 611-A e 611-B da CLT. Valorizou-se, ainda, a negociação coletiva local em detrimento da setorial (artigo 620 da CLT) e se estendeu a possibilidade de terceirização de serviços para as atividades-fim (artigo 4º.-A da CLT).

Essas alterações, além dos riscos que podem trazer à sobrevivência das entidades sindicais e dos direitos da classe trabalhadora, ampliaram a já caracterizada hibridiz do modelo de relações coletivas de trabalho brasileiro, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, pois precederam à necessária reforma sindical. Não pode mais ser classificado como tipicamente corporativista, pois muitas de suas características foram suprimidas por alterações legislativas que se sucederam. Mas também não se enquadra como modelo sindical democrático, considerando os parâmetros de liberdade ditados pela Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, ainda não alcançados pela legislação brasileira (ADORNO JÚNIOR; COMBE, 2016).

#### 3.2.1. A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

A Constituição Federal de 1988 incentivou o exercício da autonomia privada coletiva, ao valorizar as convenções e os acordos coletivos de trabalho, notadamente no artigo 7º, inciso XXVI. Também dispôs, de modo expresso, sobre as matérias nas quais permite que se flexibilize a legislação trabalhista, especificamente nos incisos VI (salário), XIII (horário) e XIV (turnos de revezamento) do mesmo artigo 7º..

Com o advento da Lei no 13.467/2017, o artigo 611-A da CLT passou a apresentar rol de matérias que podem ser negociadas coletivamente. São classificadas pela nova legislação como medidas positivas da negociação coletiva, entre as quais a jornada de trabalho, o banco de horas, o intervalo intrajornada, a adesão ao programa do seguro-emprego, o plano de cargos, salários e funções, o enquadramento em função de confiança (comum para os bancários), o regulamento empresarial, a representação nos locais de trabalho, o teletrabalho, o adicional de sobreaviso, o contrato de trabalho intermitente, a remuneração por produtividade (inclusive gorjetas), a modalidade de registro da jornada, a troca de dia de feriado, o enquadramento de grau de insalubridade, a prorrogação de jornada em ambiente insalubre, o prêmio de incentivo e a participação nos lucros e resultados. A relação é classificada como exemplificativa pelo próprio preceito de lei que a prevê, ao utilizar a expressão “entre outros” (SILVA, 2017).

O artigo 611-B da CLT, em contrapartida, estabelece rol taxativo de matérias que não podem ser objeto de negociação

coletiva, ao mencionar o termo “exclusivamente”, como as relativas às normas de identificação profissional (registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social), seguro-desemprego, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), salário mínimo, décimo terceiro salário, adicional noturno, proteção do salário, salário-família, repouso semanal remunerado, adicional de horas extras, férias anuais e adicional de um terço, licença-maternidade, licença-paternidade, proteção do mercado de trabalho da mulher, aviso prévio proporcional, normas de saúde, higiene e segurança, adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, aposentadoria, seguro contra acidentes do trabalho, prazo prescricional para ajuizamento de ação, proibição de discriminação de salário e critérios de admissão de trabalhador com deficiência, proteção do trabalho de crianças e adolescentes, igualdade de direitos entre os empregados e os trabalhadores avulsos, liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, prévia anuência para desconto salarial estabelecidos em normas coletivas, direito de greve e definição de atividades essenciais, além das disposições dos artigos 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 da CLT. As matérias em questão envolvem alto grau de interesse público, escapando à esfera de disposição das partes, o que motivou o legislador reformista a excluí-las taxativamente da negociação coletiva (SILVA, 2017).

A discussão que ganhou terreno é relativa à possível inconstitucionalidade das disposições legais em estudo frente ao artigo 7º., *caput*, da Constituição Federal de 1988, que restringe a negociação *in pejus* às situações tratadas nos incisos VI, XIII e XIV. Também causou polêmica a exclusão expressa, pela nova regra, de disposições sobre duração do trabalho e intervalos do grupo de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Ao relacioná-las entre as matérias que podem ser negociadas, no artigo 611-A da CLT, o legislador reformista contrariou expressamente o artigo 611-B, § único, da CLT, que traz a mencionada ressalva. Não há interpretação lógica para a falta de inclusão de referidos temas entre as regras de proteção à saúde do trabalhador, sobretudo diante do entendimento jurisprudencial que já havia se sedimentado com a edição da Súmula 437, inciso IV, do TST<sup>1</sup> (SILVA, 2017).

As alterações legislativas trazidas pela reforma trabalhista também aumentaram a esfera da autonomia individual nas relações de emprego, que foi alçada ao mesmo patamar da negociação coletiva para os trabalhadores de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios previdenciários (artigo 444, § único, da CLT). Neste aspecto, também se cogita da inconstitucionalidade do novo texto legal por ofensa ao princípio da igualdade, diante da segmentação de trabalhadores por nível salarial. Nos termos dos artigos 7º., inciso XXXII, da Consti-

1. Súmula 437 do TST: Intervalo intrajornada para repouso e alimentação. Aplicação do art. 71 da CLT. II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inafanoso à negociação coletiva.

tuição Federal de 1988, do artigo 3º, § único da CLT, não se admitem distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, bem como entre os trabalhos intelectual, técnico e manual. O salário não deve servir como parâmetro seguro para definir o poder de negociação do trabalhador perante o empregador e o empregado ‘autossuficiente’, que dificilmente promoverá reclamação trabalhista, não pode ser privado de direitos, sobretudo constitucionais, pelo padrão de seu ganho (MAIOR, 2017).

A ampliação do âmbito de atuação da negociação coletiva no cenário instaurado pela Lei no 13.467/2017 não se coadunou com a retirada de receita das entidades sindicais, decorrente do fim da obrigatoriedade do imposto sindical. A situação foi agravada pelo fortalecimento da negociação local (específica) em detrimento da setorial e pela ampliação das hipóteses de cabimento da terceirização. As mudanças legislativas enfraqueceram a representação coletiva da mão de obra e poderão resultar na retirada de direitos trabalhistas conquistados ao longo dos anos. Sustenta-se que o foco do legislador reformista foi permitir a gradativa supressão de direitos e que não se preocupou em instituir medidas que fortalecessem a negociação coletiva, como de proteção ao exercício do direito de greve, ou que buscassem garantir a eficácia da tutela jurisdicional (MAIOR, 2017). Outro aspecto que agrava esse quadro decorre da facilitação da dispensa coletiva pela nova redação dada ao artigo 477-A da CLT, pois igualmente prejudica o poder de negociação dos grupos e aumenta a renúncia coletiva de direitos, diante do receio de perda de postos de trabalho (MAIOR, 2017).

Regras acessórias foram acrescentadas pelo legislador reformista na lei trabalhista, como as dos parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, e 5º, do artigo 611 da CLT. O primeiro limita o âmbito da análise da validade da norma jurídica pelo Poder Judiciário, ao remeter o intérprete ao artigo 8º., § 3º., da CLT. Por referido preceito de lei, o juiz deverá verificar apenas a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, à luz do artigo 104 do Código Civil, em clara aplicação do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. O segundo parágrafo dispõe que a falta de expressa indicação de contrapartidas recíprocas na norma coletiva não maculará a negociação feita *in pejus*, o que passa a permitir que se reduzam direitos sem a clara indicação de aspectos de transação. O parágrafo 3º., ao contrário, trouxe regra positiva para o direito coletivo do trabalho, ao preceituar a proteção ao emprego contra a dispensa imotivada durante a vigência de cláusula normativa que reduza o salário ou a jornada. O mesmo se aplica ao parágrafo 4º., que estabelece que a anulação da cláusula normativa compensatória não implicará na devolução de valores (SILVA, 2017).

A redação dada ao parágrafo quinto, do artigo 611 da CLT, contudo, não poderá ser feita de forma literal, pois a se chamar os sindicatos para figurar como litisconsortes necessários não somente nas ações coletivas que visem anular cláusulas normativas, mas também nas individuais em que se discuta sua validade, ficarão burocratizados os trâmites processuais sem proveito coletivo prático, pois a decisão não terá efeitos para além dos litigantes (BEBBER, 2017).

Como se verifica, os resultados positivos que se espera das mudanças legislativas para as relações coletivas de trabalho, em especial no campo da negociação coletiva, ficarão prejudicados pelo fato de que sua implantação antecedeu à reforma que instituiu, de forma efetiva, a liberdade sindical no Brasil.

### 3.2.2 EFEITOS DAS CLÁUSULAS NORMATIVAS

Grande polêmica interpretativa foi gerada pela mudança na redação do artigo 620 da CLT, feita pela Lei no 13.467/2017, para prescrever que as cláusulas do acordo coletivo devem prevalecer sobre as disposições da convenção coletiva. Mitigou-se o tradicional princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador, para se prestigiar a negociação local e específica em detrimento da setorial. Assim, a negociação local, que é feita no âmbito da empresa, terá prioridade em relação à celebrada para a categoria (SILVA, 2017).

Ao mesmo tempo, fortaleceu-se a representação local de trabalhadores, com a regulamentação da comissão de empregados do artigo 11 da Constituição Federal de 1988 pelos artigos 510-A a 510-D da CLT. Há o risco de fragmentação da representação de trabalhadores, especialmente se a comissão de empregados não atuar em sintonia com o sindicato da categoria profissional (MARTINS; PEDREIRA, 2017). O fim da compulsoriedade da contribuição sindical, como já se destacou, reduziu significativamente a receita das entidades sindicais, enfraquecendo-as. O incentivo à atuação local de órgão de representação de empregados, se não houver parceira com a entidade sindical representativa da categoria profissional, será outro elemento de retirada de poder dos sindicatos de base, que operam em âmbito preponderantemente setorial (BITENCOURT, 2017b).

Outro aspecto alcançado pela reforma trabalhista é o do campo subjetivo de aplicação das normas coletivas. O Decreto Lei no 229, de 29.02.1967, atribuiu-lhes eficácia geral, com efeito denominado ultracontraentes. As disposições negociadas pelos sindicatos por convenção coletiva alcançam os contratos de trabalho de todos os integrantes da categoria, por predeterminação legal de efeito *erga omnes*. Deste modo, mesmo que o trabalhador não seja sócio do sindicato, seu contrato será alcançado pelas cláusulas da convenção coletiva em decorrência da regra de representação automática da categoria profissional. A contribuição sindical servia como relevante fonte de custeio da atividade sindical e justificava a tarefa de representação automática dos filiados, que é exercida independentemente da associação voluntária. Com a exigência legal de prévia autorização de desconto pelo trabalhador e o conseqüente fim da obrigatoriedade de recolhimento da contribuição sindical, alguns sindicatos passaram a se recusar a reconhecer a extensão dos efeitos das normas coletivas e da função de prestar assistência jurídica aos não associados (MARTINS, 2019).

Não somente quanto ao aspecto dos sujeitos abrangidos pelas disposições normativas restringem-se as polêmicas geradas pela reforma trabalhista. De forma expressa, a Lei n. 13.467/2017 alterou a antiga regra da ultratividade da norma coletiva, que é a extensão de seus efeitos para além do período

do máximo de vigência de dois anos. Os defensores da teoria da ultratividade irrestrita invocavam o princípio da inalterabilidade das condições contratuais, previsto no artigo 468 da CLT, e a Súmula 51 do C. TST, relativa à aderência contratual das regras de regulamentos de empresas. Outra corrente de entendimento sustentava que os efeitos da cláusula normativa cuja vigência expirou ficavam condicionados ao advento de nova norma coletiva, ao que se denominou de ultratividade condicionada (SILVA, 2017).

Ao dispor sobre a matéria, a Lei no 13.467/2017 vedou expressamente a ultratividade da cláusula normativa, em nova redação dada ao artigo 614, § 3º, da CLT, na linha da jurisprudência que já se sedimentava no Supremo Tribunal Federal, em especial por decisão liminar proferida na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 323, ajuizada em 27 de junho de 2014. O posicionamento adotado pelo ministro relator para a concessão de liminar já era contrário ao da última redação dada à Súmula 277 do TST, mas se assemelhava ao seu texto original (STF, 2018).

No campo do direito coletivo do trabalho, no entanto, os princípios não são os mesmos que regem a contratação individual. Assim, sustentar-se a ultratividade incondicionada como efeito da cláusula normativa com base no princípio da prevalência da norma mais favorável não tem amparo nos princípios da equivalência dos contratantes coletivos e da criatividade jurídica na negociação coletiva. Na esfera das relações coletivas de trabalho, não há a diferença de poderes entre os contratantes que caracteriza a contratação individual, diante da obrigatória participação das entidades sindicais profissionais nos procedimentos de negociação (artigo 8º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988).

Resta saber se a sedimentação do entendimento jurisprudencial pela vigência da cláusula normativa restrita ao período negociado, ora consagrada na nova regra do artigo 620, § 3º, da CLT, servirá como incentivo à negociação coletiva ou se acomodará as partes convenientes, o que somente a prática mostrará. A motivação para buscá-la certamente estará com o contratante que se beneficiar da disposição normativa que perderá a vigência. Poderá ser tanto o sindicato profissional quanto o patronal, este nas situações em que a cláusula normativa não incorporada aos contratos individuais de trabalho flexibilize direitos, como nos casos de instituição de banco de horas e de redução de salários (artigo 8º, incisos VI e VIII, da Constituição Federal 1988). Mais um aspecto que depende da efetiva implantação da liberdade sindical para ter a esperada eficácia.

### 3.2.3. FONTES DE CUSTEIO DOS SINDICATOS

A reforma trabalhista também alterou a forma de custeio das atividades sindicais. A manutenção do sistema confederativo é feita, entre outras fontes, pelas seguintes contribuições: mensalidade sindical, contribuição assistencial, contribuição confederativa, taxa negocial e contribuição sindical. Destas, apenas a última alcançava a todos os integrantes da categoria, com natureza jurídica de contribuição social (ADORNO JÚNIOR; COSTA; RAVAGNANI, 2012). O Poder Judiciário já havia adotado esse posicionamento por meio do Precedente

Normativo 119 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e da Súmula 666 do STF, com base na aplicação do princípio da liberdade sindical.

A contribuição sindical, antigamente denominada imposto sindical, tem natureza de contribuição social, com conteúdo de parafiscalidade, e para os trabalhadores, corresponde ao valor do salário de um dia de trabalho (artigo 580, inciso I, da CLT). Foi mantida pela Constituição Federal de 1988, notadamente no artigo 8º, inciso IV, com o permissivo de seu artigo 149 e como característica da antiga estrutura sindical corporativista.

A Lei no 13.467/2017, no entanto, alterou os artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT, para substituir a nomenclatura de imposto por contribuição sindical, adequando-a ao texto constitucional, e para condicionar o desconto do valor correspondente à prévia autorização pelo empregado, o mesmo valendo para as empresas em relação à parcela devida a este título ao sindicato patronal (BITENCOURT, 2017a).

Muitas foram as ações ajuizadas pelas entidades sindicais, entre o final de 2017 e o primeiro semestre de 2018, para garantir o repasse obrigatório dos valores de contribuições sindicais e as decisões judiciais das Varas do Trabalho não foram unânimes. A discussão chegou a ser enfrentada por Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e até mesmo pela Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho (CGJT), que cassou liminares que determinavam o imediato recolhimento, como na reclamação correicional n. 1000178-77.2018.5.00.0000 (TST, 2018).

O dissenso jurisprudencial em questão foi dirimido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5794, em 29.06.2018. Por votação não unânime (seis votos a três), os ministros daquela Corte decidiram pela constitucionalidade da alteração legislativa levada a efeito pelo artigo 1º da Lei no 13.467/2017 aos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT. Outras dezoito ações haviam sido ajuizadas com o mesmo objeto perante o Supremo Tribunal Federal e foram alcançadas pela referida decisão. O fundamento apresentado no voto vencedor, para validar as novas regras que condicionam o recolhimento da contribuição em estudo à prévia autorização dos empregados, foi o da aplicação do princípio da liberdade sindical. Manteve-se, ainda, o entendimento que havia sido adotado no tema de Repercussão Geral n. 227, no sentido de que a contribuição sindical pode ser criada ou extinta por lei ordinária (STF, 2018).

As entidades sindicais buscaram contornar o entrave criado pela nova legislação mediante a inclusão de cláusulas em instrumentos normativos que autorizem o desconto geral da contribuição sindical e as decisões dos Tribunais do Trabalho sobre a validade destas disposições coletivas ainda não são uniformes, pois há favoráveis<sup>2</sup> e contrárias<sup>3</sup>.

O quadro atual reduziu significativamente a arrecadação das entidades sindicais, porque o valor anteriormente recolhido a título de contribuição sindical respondia por parcela significativa de suas receitas. Em contrapartida, foram mantidas as obrigações de representar a categoria nas negocia-

2. TRT-MG - PJE 0010190-22.2018.5.03.0183 (ROPS) - acórdão de 04/07/2018.

3. TRT-RS - MS 00206951220185040000 - acórdão de 09/04/2018.

ções coletivas e de prestar assistência judiciária, mesmo sem o prévio custeio pelos trabalhadores que não tenham se associado à entidade sindical. Não se alterou o efeito ultracontraentes das normas coletivas, que prevalecerá mesmo que não tenha havido o prévio custeio da atividade sindical e sem limitação da incidência das normas coletivas aos contratos de trabalho dos associados à entidade sindical que as negociou.

Neste cenário, como já se destacou, alguns sindicatos têm buscado se eximir da obrigação de representar toda a categoria independentemente do recolhimento da contribuição sindical, porque entendem que a função está condicionada ao prévio custeio das atividades pelos trabalhadores que a integram, questão ainda não apreciada judicialmente sob a ótica da legislação modificada (LOBO, 2019). Mais uma evidência de que as alterações legislativas feitas por via ordinária antecederam à necessária reforma sindical, ampliando a hibridização do sistema brasileiro de relações sindicais.

### 3.2.4. REPRESENTAÇÃO LOCAL DE EMPREGADOS

A Reforma Trabalhista também regulamentou a representação de trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados, prevista no artigo 11 da Constituição Federal de 1988. Deve ser feita por empresa e não por estabelecimento, exceto quando opera em diferentes Estados da Federação (artigo 510-A, § 2º, da CLT). Trata-se de via de representação profissional mais específica e de atuação paralela a dos sindicatos. Há a possibilidade de, na prática, ocorrerem divergências de posicionamentos entre a comissão local de empregados e a representação setorial da categoria pelo sindicato profissional, o que pode enfraquecer o poder deste último (MARTINS; PEDREIRA, 2017).

A composição das comissões de empregados é de três a sete integrantes e varia conforme o número de trabalhadores na empresa (artigo 510-A, § 1º, da CLT). De duzentos a três mil empregados, haverá três integrantes, acima de três mil e até cinco mil, o número é de cinco membros e nas empresas com mais de cinco mil empregados a comissão será composta por sete membros. Tem por atribuições, nos termos do artigo 510-B da CLT, representar empregados perante a administração da empresa, aprimorar o relacionamento entre os sujeitos do contrato de trabalho com base na boa-fé e no respeito, promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho para prevenir desavenças, buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados para impedir discriminações, encaminhar reivindicações de trabalhadores ao âmbito de representação e acompanhar o cumprimento da legislação e das normas coletivas (BITENCOURT, 2017b).

A eleição deverá ser convocada com antecedência mínima de trinta dias, contados do término do mandato anterior, e a comissão eleitoral será integrada por cinco empregados não candidatos. Se não houver número suficiente, a comissão será formada com os que se candidatarem e, caso não haja registro de candidatura, nova eleição será convocada no prazo de um ano. Não podem ser candidatos empregados contratados a prazo determinado, com contrato suspenso ou em cumprimento de aviso prévio (artigo 510-C da CLT).

Os eleitos serão empossados no cargo no dia útil seguinte à eleição ou ao término do mandato anterior. O período de vigência do mandato dos representantes eleitos é de um ano, sendo vedada a recondução nos dois anos seguintes, e seu exercício não suspende ou interrompe o contrato de trabalho (artigo 510-D, §§ 1º. e 2º., da CLT). Institui-se nova figura de estabilidade, que se estende do momento do registro da candidatura ao cargo de representante na comissão de empregados até um ano após o fim do mandato. Visa evitar dispensas arbitrárias ou sem motivos disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (artigo 510-D, § 3º, da CLT) e em muito se assemelha à proteção do emprego do vice-presidente da CIPA, prevista no artigo 165 da CLT (MARTINS; PEDREIRA, 2017).

A representação local pode permitir a aproximação dos trabalhadores à administração da empresa, inclusive para fins de participação na gestão, o que colabora para sua integração ao ambiente de trabalho (ADORNO JÚNIOR; NASCIMENTO, 2009). No entanto, deverá ser feita em sintonia com a representação sindical da categoria, para que não se enfraqueçam, com divisões infrutíferas, as reivindicações da classe.

#### 4. A NECESSIDADE DE REFORMA SINDICAL

As alterações legislativas acima destacadas não esperaram a necessária reforma sindical e o modelo de relações coletivas do trabalho brasileiro em vigor não é de liberdade e não permite a aplicação eficaz das novas regras legais. Para agravar a situação, o que se constata é que os projetos de lei encaminhados há bastante tempo ao Congresso Nacional não permitem instituir a plena liberdade sindical e a ratificação da Convenção no. 87 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil (ADORNO JÚNIOR, 2010).

Seria imprescindível para tanto, terminar com as regras da unicidade sindical e da filiação compulsória, permitindo-se a escolha livre por trabalhadores e empresários da forma de organização sindical que mais lhes aprouvesse. As categorias não podem ser impostas pela lei como modelo de organização sindical, a base territorial de representação de trabalhadores e empresas não deve ser previamente delimitada e são necessários mecanismos que inibam a prática de condutas antissindiais e que aprimorem a qualidade da representação sindical (SILVA, 2004).

Terminar com a obrigatoriedade da contribuição sindical e estimular a representação de trabalhadores no próprio ambiente de trabalho foram passos no sentido da liberdade sindical, mas terão efeito contrário na prática das relações coletivas de trabalho se não forem acompanhados das outras medidas necessárias para sua implementação. O mesmo se aplica à pretendida ampliação do âmbito da negociação coletiva para a criação de normas jurídicas, que não pode prescindir dos parâmetros ditados pelas Convenções 98 e 154 da Organização Internacional do Trabalho. O procedimento de negociação coletiva deve ser livre, o que demanda a garantia do exercício do direito de greve e a aplicação dos princípios da equivalência dos contratantes coletivos, da lealdade e da transparência na negociação coletiva (boa-fé contratual), da criatividade jurídica e da adequação setorial negociada, que é a conformação da norma coletiva com a legislação em vigor (SILVA, 2004).

Os diplomas legais que normatizaram o direito coletivo do trabalho após o advento da Constituição Federal de 1988 invertem a ordem das mudanças. A criação do mútuo consenso para a instauração do dissídio coletivo, a inserção das centrais sindicais como beneficiária de parcela da contribuição sindical, a facultatividade de seu recolhimento e a representação local de trabalhadores estariam em sintonia com sistema de ampla liberdade sindical, não existente no modelo brasileiro. Suas características atuais permitem classificá-lo como híbrido, pois transita lentamente do corporativismo para a plena liberdade sindical. A reforma sindical permitiria implantar efetivamente a liberdade sindical e, desta forma, valorizar a negociação coletiva. A reorganização dos sindicatos atenderia aos interesses coletivos dos representados mais particularmente e permitiria o legítimo e autônomo exercício da função negocial (ADORNO JÚNIOR, 2010).

Não é o que se conseguiria plenamente, contudo, com a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição para a Reforma Sindical de no. 369/2005, resultado de discussões no Fórum Nacional do Trabalho. Foi apresentada ao Congresso Nacional em 02.05.2017 e seguida de Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais, que obteve tramitação legislativa em paralelo. Buscou extinguir a unicidade sindical e a organização por categorias, mas com substituição pela figura da representação derivada, pela qual o sindicato que detivesse 20% dos associados da base de representação teria o poder de negociação com período de transição de cinco anos. Entre outros objetivos, visou garantir a representação de trabalhadores nos locais de trabalho, a legitimação das centrais sindicais, a tutela judicial de direitos coletivos e individuais de trabalhadores, a instituição de taxa de negociação única limitada a 1% do salário mensal acompanhada apenas de mensalidade associativa e o combate às condutas antissindiais. Também dispôs sobre o fim da aplicação da norma coletiva mais benéfica e da ultratividade da cláusula normativa, a contratação de temporários para atividades essenciais em caso de greve e o término do poder normativo e do julgamento das greves pelos Tribunais do Trabalho (ADORNO JÚNIOR; COMBE, 2016).

As críticas que recebeu à época foram de que não tratou da situação do servidor público, o que foi relegado à legislação ordinária, concentrava poderes nas cúpulas sindicais por meio da figura da representação derivada com exclusividade de representação e que trazia o risco de volta da antiga carta sindical e do intervencionismo estatal nas relações coletivas de trabalho, com negociações tripartites com representantes do Estado (Ministério do Trabalho).

Como demandou quórum qualificado para a aprovação e encontrou resistência de entidades sindicais mais conservadoras, não avançou no processo legislativo. Optou-se por fatiá-la, com a aprovação por lei ordinária de alguns de seus termos, a exemplo da inclusão das centrais sindicais no sistema de relações coletivas de trabalho, feita pela Lei n. 11.648/2018, e das recentes modificações trazidas pela Lei n. 13.467/2017 quanto ao fim da ultratividade da norma coletiva, da prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva e da regulamentação da comissão de empregados no local de trabalho.

Referida proposta de emenda constitucional para a reforma

sindical não consagrava a ampla liberdade sindical, no que foi seguida por anteprojeto de relações sindicais que buscava regulá-la. Os fortes interesses contrários à sua aprovação, sobretudo das entidades sindicais que se beneficiam da unicidade, impediram a aprovação legislativa. A Lei no. 11.648/2008, apesar de ter reconhecido as centrais como entidades sindicais, conferiu-lhes personalidade sindical restrita, pois até mesmo para celebrar instrumentos normativos dependem da participação de outra entidade sindical. A mudança legislativa deixou o sistema híbrido, pois passaram a conviver entidades intercategoriais, que são as centrais sindicais, com sindicatos organizados verticalmente por categorias. Além de ter aumentado a hibrididade do sistema, as alterações legislativas pontuais não alcançaram a base da estrutura sindical corporativista, relativa à unicidade sindical e ao sistema confederativo de representação por categorias (ADORNO JÚNIOR, 2010).

O modelo da unicidade sindical não trouxe o esperado aumento do poder de negociação dos sindicatos, pois sua fragmentação no Brasil é visível, pela existência de mais de dezoito mil entidades sindicais. É preciso implantar os parâmetros da Convenção no. 87 da Organização Internacional do Trabalho para se consagrar a ampla liberdade sindical, criando-se condições reais e seguras para a prática da negociação coletiva por entidades sindicais detentoras de legitimidade de representação.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma no modelo das relações coletivas de trabalho no Brasil ainda não se efetivou por completo. Foi inaugurada pelo Constituição Federal de 1988, que terminou com a possibilidade de intervenção nos sindicatos, reconhecendo-lhes autonomia, e, por emenda que se seguiu em seu texto, acabou com a representação classista. Eram parâmetros próprios de modelo corporativista de relações coletivas de trabalho e sua supressão, apesar de inaugural de mudanças, não se fez acompanhar da derrubada de outros pilares caracterizadores do sistema. Mantiveram-se a unicidade sindical, a estrutura confederativa e a contribuição sindical compulsória, características que impediram a ratificação da Convenção no. 87 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil.

Seguiu-se a Emenda Constitucional no. 45/2004, que instituiu o requisito do comum acordo para a instauração do dissídio coletivo de natureza econômica e buscou limitar a extensão do Poder Normativo dos Tribunais do Trabalho. Veio lei ordinária que reconheceu legitimidade às centrais sindicais e a reforma trabalhista da Lei n. 13.467/2017 visou priorizar a negociação coletiva, sobretudo a realizada em âmbito local, com a regulamentação da comissão de empregados, a prevalência do negociado sobre o legislado e a atribuição de maior força normativa aos acordos coletivos frente às convenções coletivas. Essas mudanças ficaram prejudicadas pela ausência de reforma substancial na estrutura sindical brasileira, sobretudo pela manutenção da unicidade sindical, do sistema confederativo de organização das entidades sindicais e da filiação compulsória e automática.

Em muitos pontos, as alterações mencionadas derivaram de disposições que integravam a Proposta de Emenda à

Constituição para a Reforma Sindical de no. 369/2005, mas a aprovação de seus termos não teria permitido a ratificação da Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil, em especial porque substituíam a unicidade sindical pela representação derivada e a contribuição sindical pela taxa negocial, não implantando, assim, a efetiva liberdade sindical. Agrava a situação o fato de que a falta de liberdade sindical, tanto sob a ótica individual, da sindicalização livre pelos trabalhadores, quanto pelo aspecto coletivo, de efetiva autonomia das entidades sindicais, impede a livre associação e a legítima negociação coletiva, compelindo-as a representar trabalhadores que se recusaram a contribuir pelo custeio de suas atividades, o que demanda urgente modificação, para a eficácia da representação sindical.

#### REFERÊNCIAS

ADORNO JÚNIOR, H. L.; NASCIMENTO, C. M. A.. O direito tutelar do trabalho e a tutela da saúde mental dos trabalhadores. **Revista Universitas**. Mogi Mirim: Santa Lúcia, ano 2, nº 2, 2009, p. 49-65.

ADORNO JÚNIOR, H. L.. A estrutura sindical brasileira e a transição do sistema corporativista para o democrático nas relações coletivas de trabalho. **Revista Universitas**. Mogi Mirim: Santa Lúcia, ano 3, nº 4, janeiro a junho, 2010, p. 99-116.

ADORNO JÚNIOR, H. L.. Mudanças no direito coletivo do trabalho decorrentes da Emenda Constitucional n. 45/2004. **Revista Universitas**. Mogi Mirim: Santa Lúcia, ano 7, nº 12, 2014, p. 11-28.

ADORNO JÚNIOR, H. L.; COSTA, A.; RAVAGNANI, P. C.. Contribuições sindicais: as modificações necessárias no sistema brasileiro para a efetiva liberdade sindical. **Revista Universitas**. Mogi Mirim: Santa Lúcia, ano 5, nº 9, 2012, p. 43-62.

ADORNO JÚNIOR, H. L.; COMBE A. P.. As reformas necessárias na estrutura sindical brasileira. **Revista Universitas**. Mogi Mirim: Santa Lúcia, ano 9, nº 16, 2016, p. 11-38.

BEBBER, J. C. **Litisconsórcio previsto na reforma trabalhista é incompatível com a CLT**. 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/julio-bebber-proposta-litisconsorcio-incompativel-clt>>. Acesso em fevereiro de 2018.

BITENCOURT, E. R. R.. Da contribuição sindical. **Reforma trabalhista interpretada**. Coordenação de ZIMMERMANN, C. L.. 2ª. ed., Caxias do Sul: Plenum, 2017a, p. 205-215.

BITENCOURT, E. R. R.. Da representação dos empregados. **Reforma trabalhista interpretada**. Coordenação de ZIMMERMANN, C. L.. 2ª. ed., Caxias do Sul: Plenum, 2017b, p. 181-203.

FARIA, J. E. C. de O. **Os novos desafios da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, 159 p.

MAIOR, J. L. S. **A reforma trabalhista e seus reflexos no direito coletivo do trabalho**. 2017. Disponível em <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-reforma-trabalhista-e-seus-reflexos-no-direito-coletivo-do-trabalho>>. Acesso em fevereiro de 2018.

LOBO, A. P. **SINDPD/SP obtém liminar e condiciona benefícios da CCT à contribuição sindical**. 2019. Disponível em <<http://m.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=mobile%2Csite&infoid=49903&sid+46#.XEiUNmnJ00M>>. Acesso em fevereiro de 2019.

MARTINES, F. **Cresce debate sobre condicionar benefícios ao pagamento de contribuição sindical**. 2019. Disponível em <<https://www.conju.com.br/2019-jan-20/cresce-debate-condicionar-beneficios-contribuicao-sindical>>. Acesso em fevereiro de 2019.

MARTINS, A. A.; PEDREIRA, C. A.. **Reflexões sobre a reforma trabalhista**. São Paulo: Scortecci, 2017, 220 p.

SILVA, M. M. F. da. Da prevalência do negociado sobre o legislado. **Reforma trabalhista interpretada**. Coordenação de ZIMMERMANN, C. L.. 2ª. ed., Caxias do Sul: Plenum, 2017, p. 217-248.

SILVA, O. P.. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, 207 p.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em janeiro de 2008.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA TERCEIRA REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt03jus.br>>. Acesso em fevereiro de 2019.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUARTA REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt04.jus.br>>. Acesso em fevereiro de 2019.

**TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em janeiro de 2008.

HELICIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

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

## AS NOVAS MODALIDADES CONTRATUAIS DE TRABALHO, O PRINCÍPIO DO CONTRATO REALIDADE E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

### RESUMO

Alterações legislativas recentes criaram novas figuras contratuais de trabalho, inclusive para ampliar as hipóteses de contratação sem a caracterização de vínculo de emprego. Apesar da nomenclatura que se atribua ao contrato celebrado, os casos concretos ainda demandarão a análise das características da relação jurídica à luz de princípios específicos do Direito do Trabalho, como o da proteção e o do contrato realidade. Presentes os requisitos gerais da relação de emprego, nos termos do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, o nome dado ao contrato não afastará a incidência da legislação trabalhista consolidada, como se verificará neste artigo. Também se estudará a possibilidade de acesso ao Judiciário Trabalhista por trabalhadores não empregados para a tutela de direitos previstos na legislação comum ou própria do tipo contratual utilizado, pelo exercício da competência material específica ditada pelo artigo 114, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Relação de Trabalho; Vínculo de Emprego; Princípio da Proteção; Reforma Trabalhista; Competência.

### INTRODUÇÃO

O argumento de que a rigidez da legislação trabalhista impede a abertura de novos postos de trabalho tem sido utilizado com bastante frequência para justificar a criação de novas modalidades de contratação de trabalhadores, inclusive sem a caracterização de vínculo de emprego. A Lei nº 12.592/2012, atualizada pela Lei nº 13.352/2016, e a Lei nº 12.551/2011 já previam, respectivamente, as figuras do profissional parceiro e do teletrabalhador, com contornos de flexibilização legislativa. A Lei nº 13.467/2017, que promoveu a chamada 'Reforma Trabalhista', ampliou esse rol, ao criar as figuras do trabalho intermitente e do trabalho autônomo exclusivo, aquele sem a exigência da habitualidade na prestação de serviços e este para evidenciar que a exclusividade não é requisito da relação de emprego.

As mudanças legislativas em referência devem ser analisadas pelo prisma dos princípios que regem o Direito do Trabalho. Em alguns casos, como o do trabalho autônomo exclusivo, o que se verifica é que não trouxeram alterações significativas para a aplicação do ordenamento jurídico vigente. As situações com as quais a Justiça do Trabalho depara-se cotidianamente continuarão a demandar a detida apreciação do conjunto de provas, para se verificar a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego, nos termos do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela

aplicação do princípio do contrato realidade. Em outros pontos, contudo, a mudança na legislação foi significativa, como no caso do contrato de trabalho intermitente, o que tornará necessária inclusive a apreciação da constitucionalidade do preceito de lei que instituiu a nova figura contratual.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, já havia alterado a redação do artigo 114 da Constituição Federal de 1988, ao inserir em seu texto o inciso I, entre outros. Ampliou a competência material trabalhista para alcançar os conflitos decorrentes dos contratos de trabalho que se situam nas áreas limítrofes da relação de emprego e, como já se destacou em estudo anterior (ADORNO JÚNIOR, 2012, p. 126):

[...] não se deve entender que a intenção do legislador foi trazer para a Justiça do Trabalho todos os conflitos oriundos das relações de trabalho em sentido amplo. Também não deve ser entendido, de forma diametralmente oposta, que nada mudou quanto à competência material, no tema das relações de trabalho com a edição dessa nova regra constitucional. Muitos dos conflitos individuais decorrentes de relações de trabalho que antes dependiam de lei específica para a solução pela Justiça do Trabalho passaram a compor, de plano, sua esfera de atuação jurisdicional, com a edição da Emenda Constitucional no. 45/2004. Buscar parâmetros seguros para que se delimite a extensão dessa nova competência material da Justiça do Trabalho, porém, não é tarefa simples. [...]

Mesmo que não haja o vínculo de emprego na relação jurídica de direito material, a Justiça do Trabalho será competente para processar e julgar o dissídio individual, especialmente para declarar o débito de títulos próprios da figura contratada à margem da legislação trabalhista consolidada. Identificar os contratos que poderão compor essa esfera de competência ampliada demandará maior sensibilidade do magistrado, para o que poderá se valer do instituto da parassubordinação, muito utilizado no direito italiano, como se demonstrará neste estudo.

### 2. RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

A relação de trabalho é gênero da relação de emprego, pois o empregado é apenas um dos muitos tipos de trabalhadores e a diferenciação pode ser feita, sobretudo, pela presença da subordinação na execução dos serviços (RUSSOMANO, 1991). A relação de trabalho é mais ampla, pois compreende os serviços realizados individualmente ou por empresas, mas apenas os executantes daqueles primeiros podem demandar perante a Justiça do Trabalho para a cobrança de seus direitos (MALLETT, 2005). Segundo Nascimento (2009, p. 219):

[...] Em conclusão, sabido é que *relação de trabalho* é gênero que comporta diversos tipos de relações jurídicas nas quais uma pessoa física presta a sua atividade profissional para outra, empresa ou não [...]. Será de trabalho toda relação jurídica cujo objeto residir na *atividade profissional e pessoal* de pessoa física para outrem, o que abrangerá não apenas as relações de emprego mas outras relações jurídicas ou contratos de atividade profissional de trabalhadores, embora a outro título. [...] (destaques do original).

Leite (2007) atribui abrangência mais dilatada ao conceito de relação de trabalho, ao sustentar que alcança toda e qualquer atividade humana, sem que se exija a presença de profissionalidade e de personalidade. Para Giglio e Corrêa (2007), por outro lado, a prestação pessoal de serviços precisa estar presente no emprego e no trabalho em sentido amplo, o que poderá ser utilizado como critério para se definir a competência especializada trabalhista.

Para a aplicação da legislação trabalhista específica, é necessária a caracterização do vínculo de emprego (artigo 7o, incisos I, XXIX, XXXIV e § único, da Constituição Federal de 1988), o que não é imprescindível para o exercício da jurisdição pela Justiça do Trabalho, pois também pode solucionar os conflitos decorrentes das relações de trabalho em sentido amplo.

### 3. NOVAS MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO DE TRABALHO

A flexibilização da legislação trabalhista trouxe formas alternativas de contratação de trabalhadores, entre os quais os profissionais parceiros dos salões de beleza, os teletrabalhadores, os trabalhadores intermitentes e os trabalhadores autônomos exclusivos. A incidência da flexibilização não é novidade no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, podendo ser mencionadas, como exemplos, figuras como as do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Lei nº 5107/1966), do contrato de trabalho temporário (Lei nº 6019/1974), da terceirização de serviços de vigilância (Lei nº 7102/1983) e do banco de horas (Lei nº 9.601/1998).

São três os níveis de classificação da flexibilização legislativa, conforme sua abrangência: de proteção, de adaptação e de desregulamentação (HERNANDEZ, 2011). A primeira mantém a base da proteção do Direito do Trabalho, a segunda opera por negociações coletivas e a terceira derroga direitos trabalhistas e os substitui por outros. A primeira é a mais conservadora, a segunda foi autorizada pela Constituição Federal de 1988, em especial nos incisos VI (redução de salário), XIII (compensação de horários de trabalho) e XIV (turnos de revezamento) e a última é a mais invasiva, pois alcança os pilares do sistema jurídico trabalhista. Algumas das alterações legislativas que são objeto deste estudo foram implantadas com o conteúdo de desregulamentação, o que não é defendido nem mesmo pela doutrina mais

liberal do Direito do Trabalho (MAGANO, 1997).

#### 3.1. SALÃO PARCEIRO E PROFISSIONAL PARCEIRO

É comum, nos salões de beleza, a contratação de profissionais em regime de parceria, mediante a estipulação de comissões sobre os serviços prestados, em percentuais que

chegam a 70% para o profissional que executa o trabalho. A Lei nº 12.592/2012 buscou regulamentar a parceria que já se fazia presente na prática deste específico ramo do mercado de trabalho, mas a maioria de seus dispositivos foi vetada e restou apenas o artigo 1º. A omissão legislativa deu margem à edição de nova lei sobre a matéria, a de número 13.352/2016, que vigorou desde 26.01.2017 e regulamentou de forma mais detalhada o trabalho dos profissionais da beleza e da estética (FRANCO FILHO, 2018). O motivo invocado para a mudança da legislação neste particular foi a necessidade de formalização das atividades dos mais de 630 mil profissionais do setor, que respondem por 1,8% do PIB nacional e por 9,4% do consumo mundial (MERÍSIO; MAIA, 2017).

Foram instituídas as figuras do salão parceiro e do profissional parceiro e se estabeleceu que a contratação de serviços por esta modalidade afasta a relação de emprego. A situação remete ao que ocorreu com a edição do parágrafo único, do artigo 442, da CLT, que dispôs sobre as cooperativas de trabalho, também para afastar a vinculação de emprego (Lei nº 8.949/1994). Naquela ocasião, cresceu significativamente o volume de contratação de trabalhadores intermediados por cooperativas e muitas das empresas contratantes não se preocupavam com a idoneidade das entidades contratadas, pois visavam tão somente a redução de custos com o trabalho. Houve o ajuizamento de muitas reclamações trabalhistas individuais e coletivas, estas na modalidade de ação civil pública, que tinham por objeto a declaração de nulidade das contratações, a grande maioria delas com vitória pelos autores.

A lei em estudo estabelece como mais detalhes os requisitos para a validação do contrato de parceria no âmbito dos salões de beleza. Relaciona os profissionais que podem se valer desta modalidade de contratação e exige a constituição de empresa individual e a prévia homologação do contrato por órgão do Ministério do Trabalho e pelo sindicato da categoria profissional. A falta de observância de exigências legais invalidará a parceria e caracterizará o vínculo de emprego, mesma consequência da contratação de trabalhadores como representantes comerciais sem o necessário registro no órgão de classe (GARCIA, 2018).

De todo modo, os fatos ditarão o rumo da decisão judicial em reclamações nas quais o profissional do salão de beleza postule a declaração de vínculo de emprego, pela aplicação do princípio do contrato realidade. Da mesma forma que se invalidarão contratos de parceria que camuflam relações de emprego com a presença de personalidade e de subordinação no trabalho, poderá haver decisões que prestigiem a realidade dos fatos em detrimento do pedido e validem o sistema de parceria mesmo na ausência de contrato formal. Esta segunda hipótese, porém, gerará maior dissenso jurisdicional, diante da possível prevalência do entendimento pela necessidade de formalização do contrato como condição de validade, conforme ementa de acórdão a seguir transcrita:

[...] Vínculo de parceria firmado após a entrada em vigor da lei nº 13.352/2016. Salão de beleza e manicure. Necessidade de formalização de contrato escrito. Não atendimento. Vínculo de emprego reconhecido. Nos moldes esta-

belecidos pela Lei nº 13.352/2016, que incluiu os artigos 1º-A, 1º-B, 1º-C e 1º-D à Lei nº 12.592/2012, autoriza-se a vinculação de profissionais que desempenham as atividades de Cabeleireiro, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador à salões de beleza por meio de contrato de parceria, desde que atendidos todos os pressupostos legais. (...) A não formalização do contrato escrito de parceria, com a fixação dos critérios legais, importa na configuração do vínculo empregatício, por expressa disposição legal (artigo 1º-C, inciso I). Processo nº 1001552-52.2017.5.02.0051 – RO – 8ª. Turma – TRT/SP, Relatora: Silvane Aparecida Bernardes. [...]

O contrato tem natureza civil e é celebrado sem vínculo de emprego entre o profissional parceiro e o salão parceiro. É regido pelos artigos 594 a 609 do Código Civil e não se trata de contrato de sociedade, mas sim de parceria. A exigência legal de homologação, na presença de duas testemunhas, pelos sindicatos das categorias profissional e patronal, ou por órgão do Ministério do Trabalho na falta de entidades sindicais, é requisito formal de validade do contrato de parceria, conforme preceitua o artigo 1º-A, §§ 8º. e 9º., da Lei nº 12.592/2012 (MERÍSIO; MAIA, 2017).

Os sujeitos do contato são o salão parceiro e o profissional parceiro (artigo 1º-A, §§ 1º. e 7º., da Lei nº 12.592/2012). O primeiro é o estabelecimento comercial, na expressão utilizada pela lei, mas seria mais adequado o uso do termo empresa, conforme artigo 966 do Código Civil, que dispõe que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O outro contratante, o profissional parceiro, pode prestar serviços como pequeno empresário, microempresário ou microempreendedor individual (Lei Complementar nº 123/2006), desde que tenha os devidos registros como pessoa jurídica (Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme artigo 3º. da Lei Complementar nº 123/2006) (MERÍSIO; MAIA, 2017).

Os profissionais devem ser microempreendedores individuais, que são os que têm faturamento anual de até oitenta e um mil reais, e os salões parceiros não estão autorizados por lei a operar por esta modalidade empresarial. Podem ser profissionais parceiros, segundo o rol exemplificativo da lei em estudo, cabeleireiros, barbeiros, esteticistas, manicures, pedicures, depiladores e maquiadores, mas não os que realizam serviços acessórios nos salões de beleza, como os trabalhadores da limpeza, recepcionistas, segurança, motoristas e de setores administrativos. A lei não exige expressamente a certificação de qualificação profissional técnica, mas é de se entender que o profissional deve detê-la, inclusive por questão de cuidado com a saúde pública. A falta de qualificação pode colocar em risco a saúde dos clientes do estabelecimento e do próprio profissional que desempenha a função, porque há muitos produtos tóxicos entre os utilizados, como o formol, com a possibilidade de transmissão de doenças contagiosas por falta de adequada esterilização de equipamentos, como tétano e hepatite (MERÍSIO; MAIA, 2017).

Podem ser consideradas vantagens para os profissionais

que se utilizam desta figura contratual: a) prestar serviços sem exclusividade; b) emitir notas fiscais; c) aumentar o percentual de comissão com a redução de tributos; d) recolher tributos de forma correta, idônea e em valores menores (valor fixo mensal de R\$ 51,85, com isenção de demais taxas e impostos); e) facilitar o relacionamento com instituições financeiras para a abertura de contas com tarifas reduzidas e obtenção de créditos; f) ter cobertura da seguridade social e mais segurança jurídica para desempenhar a atividade e g) contratar planos de saúde pela pessoa jurídica. As coberturas previdenciárias com as quais podem contar são auxílio-doença (mínimo de doze meses), aposentadoria por idade (mulher aos 60 anos e homem aos 65, com 15 anos de contribuição, para renda de um salário mínimo), aposentadoria por invalidez (doze meses de carência), salário-maternidade (dez contribuições mensais), auxílio-reclusão e pensão por morte, esta desde a primeira contribuição. São tidas como desvantagens para esses profissionais, ao contrário, a possibilidade de cancelamento ou revisão de benefícios de aposentadoria por invalidez, de auxílio doença ou de licença maternidade, de seguro-desemprego, de auxílio idoso (BPC-LOAS)<sup>1</sup>, de bolsa família e a perda da condição de segurado especial. Para o salão parceiro, as maiores vantagens são a regularização do trabalho e a redução do risco de caracterização do vínculo de emprego (MERÍSIO; MAIA, 2017).

São cláusulas contratuais obrigatórias, segundo o artigo 1º-A, § 10º., da lei em estudo, como normas de ordem pública e indisponíveis, as que definem percentual de retenções, recolhimentos de tributos e contribuições sociais e previdenciárias, periodicidade de pagamento, uso de bens materiais e acesso às dependências do estabelecimento, possibilidade de rescisão unilateral com aviso prévio de trinta dias, responsabilidades com manutenção e higiene de materiais e equipamentos, do funcionamento do negócio e do atendimento, bem como da manutenção de inscrição perante as autoridades fazendária (GARCIA, 2018).

Os serviços do profissional, conforme os parágrafos 2º. a 5º. da lei em análise, são remunerados por percentuais que variam, na prática, de 40% a 70% do valor cobrado do cliente. Haverá a emissão de nota fiscal unificada pelo salão ao cliente e pelo profissional ao estabelecimento, após o pagamento na caixa, que fará as retenções para creditar a quota parte pela prestação de serviços. Além dos percentuais de remuneração pelos serviços realizados, podem ser fixadas comissões por vendas de produtos e prêmios por produtividade, o que não caracterizará, isoladamente, o vínculo de emprego (MERÍSIO; MAIA, 2017).

Providenciar os recolhimentos fiscais e previdenciários é responsabilidade do salão parceiro, mediante retenção, como dispõem os parágrafos 2º. e 3º. do artigo 1º., da lei em estudo. O profissional parceiro “não poderá assumir as responsabilidades e obrigações decorrentes da administração da pessoa jurídica do salão-parceiro, de ordem contábil, fiscal, trabalhista e previdenciária incidentes, ou quaisquer outras relativas ao funcionamento do negócio” (§ 6º.) (GARCIA, 2018).

1. Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica de Assistência Social.

No artigo 1º,- B, a lei em análise prescreve que é responsabilidade do salão parceiro a instalação e a conservação de equipamentos, para possibilitar condições adequadas ao desenvolvimento do trabalho. O estabelecimento e os equipamentos que o guarnecem devem cumprir as normas de segurança e saúde estabelecidas no artigo 4º da lei ora estudada. O profissional também não se exime do dever de cumprir as regras em referência, pois como já se destacou, lidará com produtos de uso controlado pela vigilância sanitária e pelo Ministério do Trabalho, como formol e outros tóxicos e cancerígenos, para o que é imprescindível a qualificação profissional.

Haverá a possibilidade de revisão das condições contratadas, conforme artigo 317 do Código Civil<sup>2</sup>, quando ocorrerem modificações das circunstâncias de fato do núcleo do contato que afetem a equivalência, como a mudança do endereço do estabelecimento. Já o término do contrato de parceria se dará por rescisão contratual bilateral ou unilateral, esta mediante aviso prévio de trinta dias, pois o artigo 472 do Código Civil dispõe que “o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”. A lei em estudo utiliza a expressão rescisão contratual, que diz respeito às hipóteses de nulidade, mas o faz de modo inadequado, pois se trata de rescisão, diante da opção voluntária pelo sujeito do contrato (artigo 1º. – A, § 10º., inciso V) (MERÍSIO; MAIA, 2017).

O uso da modalidade contratual de parceira, desde que se observem as formalidades legais exigidas para sua validade, reduz o risco de reconhecimento do vínculo de emprego, mas não o elimina por completo. A lei dispõe que o liame de emprego estará caracterizado se não forem observadas as condições legais, caso não haja contrato de parceira formalizado e se o profissional parceiro desenvolver atividades diversas das contratadas (artigo 1º-C). Estará configurado o vínculo, por evidente, nas hipóteses em que ocorra a subordinação, como, por exemplo, por meio de cobrança de assiduidade e de pontualidade, de cumprimento de metas, entre outras. Incidirão os artigos 9º. e 442 da CLT, pela aplicação do princípio do contrato realidade, para a declaração do vínculo de emprego entre as partes contratantes (MERÍSIO; MAIA, 2017).

O julgador deverá analisar a boa fé das partes na celebração do contrato, segundo o artigo 422 do Código Civil, que preceitua que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Os proprietários do salão parceiro não devem buscar apenas a redução de custos ou mascarar a relação de emprego, pois o que se visa com a regulamentação legal em estudo é a valorização do empreendedorismo e do trabalho decente.

### 3.2 TELETRABALHADORES

O trabalho a distância é regulamentado pelo artigo 6º. da CLT e seu executante é classificado como trabalhador em domicílio. O dispositivo legal em referência não diferencia esta

2. Artigo 317 do Código Civil: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

forma de trabalho da exercida pelos trabalhadores típicos quanto aos direitos trabalhistas.<sup>3</sup> A exceção fica por conta das horas extras, pela aplicação do artigo 62, inciso I, da CLT, que exclui o direito dos trabalhadores externos que não se sujeitam a controles de horários. Se existirem mecanismos indiretos de controles de horas de trabalho, no entanto, mesmo os trabalhadores externos terão direito às horas extras, deixando de ser aplicada, nesta hipótese, mencionada excludente legal (DALLEGRAVE NETO, 2014).

Na origem da vigência do artigo 6º. da CLT, a hipótese mais comum de trabalhador em domicílio era a das costureiras, que executam o trabalho por tarefas e desta forma são remuneradas. Com a evolução da tecnologia e dos meios de comunicação, em especial em decorrência da implantação da rede mundial de computadores, surgiram novas situações de trabalho a distância. Houve mudanças estruturais nas empresas, com modificações nos sistemas de produção (fordismo e toyotismo) e em virtude da globalização, pelo crescimento da tecnologia da informação e do uso da *internet* (HERNANDEZ, 2011).

Os meios telemáticos passaram a incentivar a execução dos serviços na própria residência do trabalhador. O artigo 6º. da CLT teve a redação alterada pela Lei nº 12.551/2011, com a inclusão do parágrafo único, para dispor que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

Assim, o trabalho a distância passou a ter por espécies o trabalho em domicílio e o teletrabalho. Cunhou-se a expressão *home office* para designar o escritório de trabalho na residência do trabalhador e o uso de meios telemáticos é forma crescente de execução do trabalho a distância, como ensina Hernandez (2011, p. 23):

[...] Nos dias atuais, não há dúvidas de que o avanço tecnológico, o crescimento econômico e o surgimento da sociedade de informação estão fazendo surgir novas formas de ocupação e revigorando outras. É o caso, por exemplo, do trabalho a tempo parcial, da terceirização e da contratação de trabalhadores em domicílio. (...) A telecomunicação e a informática, sem dúvida alguma, passam a influenciar as novas relações de trabalho e propiciam que o trabalho se desenvolva em qualquer lugar, inclusive no domicílio do teletrabalhador. [...]

O teletrabalho, como modalidade de trabalho a distância, não precisa ser necessariamente desenvolvido no domicílio do trabalhador, mas exige o uso de ferramentas telecomunicacionais e de informação que assegurem o contato direto entre o teletrabalhador e o tomador de serviços. Eventual comparecimento do teletrabalhador à empresa não

3. Artigo 6º. da CLT: Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

descharacterizará o teletrabalho e será importante para se alinhar as diretrizes de serviços. Os trabalhos desta espécie podem ser realizados na residência do trabalhador ou em escritórios criados pela empresa em centros que não se situam em seu estabelecimento, como os telecentros (satélites, telecabanas e centros compartilhados) ou os trabalhos nômades (virtuais, turísticos e móveis), inclusive em âmbito transnacional (HERNANDEZ, 2011).

A Lei nº 13.467/2017 acrescentou o capítulo II-A ao Título II da CLT, especificamente nos artigos 75-A e seguintes, para excluir a possibilidade de aplicação de textos legais diversos ao contrato de trabalho do teletrabalhador. No artigo 75-B, dispõe que o teletrabalho é o executado preponderantemente em âmbito externo ao do estabelecimento do empregador e com o uso de meios telemáticos. Deixou claro que o enquadramento como teletrabalhador dependerá da utilização de recursos de informática e de tecnologia de comunicação e que não é imprescindível que os serviços sejam executados exclusivamente fora das dependências do empregador, mas sim de forma preponderante. A melhor interpretação para o texto legal neste ponto é de que o teletrabalho não demandará necessariamente a execução em âmbito externo. Também pode ser executado no escritório ou na empresa, além da residência do empregado, mas será enquadrado como trabalho externo se ocorrer preponderantemente fora do estabelecimento do empregador (PRETTI, 2018).

Mesmo que o trabalhador não se enquadre como empregado em domicílio, poderá ser classificado como externo, a depender da forma de fiscalização do cumprimento das horas de trabalho. A maioria dos recursos de informática permite controlar, mesmo a distância, os horários de trabalho, especialmente se os contatos forem bilaterais. Na situação mencionada, haverá direito às horas extras pelo teletrabalhador que exceda os limites legais, ainda que não se prove que esses recursos foram efetivamente usados na fiscalização do trabalho, como sustenta Dallegrave Neto (2014) e conforme a ementa de decisão judicial a seguir colacionada:

[...] Horas extras. Trabalho externo. O trabalho externo, em *home office*, não exclui, por si só, a incidência das normas sobre duração do trabalho. É imperioso que o trabalho seja incompatível com a fixação de horário. Caso em que é incontroverso que não havia controle de tempo trabalhado. Horas extras não devidas. Recurso Ordinário do autor a que se nega provimento. Processo TRT/SP Nº 1000220-92.2017.5.02.0037 - 11ª. Turma – TRT/SP, Eduardo de Azevedo Silva. [...]

Há muitos recursos de tecnologia de informação para o controle pelo empregador do tempo de execução dos serviços, mesmo a distância. Na hipótese de sua utilização, estará caracterizado o controle indireto de horas de trabalho e o empregado poderá ter direito às horas extras se exceder aos limites horários legais ou contratuais. A Lei nº 13.467/2017 optou por enquadrar a situação no artigo 62 da CLT, especialmente no inciso III, com menção expressa aos empregados em regime de teletrabalho entre os excluídos do direito

às horas extras e ao adicional noturno. Quanto ao adicional de sobreaviso, por aplicação analógica de disposição legal de ferroviários (artigo 244, § 2º., da CLT), a Súmula 428 do TST<sup>4</sup> prescreve que o mero uso de equipamentos de informática não o caracteriza, exceto se permanecer em regime de plantão e com restrição de deslocamento, hipótese em que terá direito ao adicional de 1/3 da remuneração (DALLEGRAVE NETO, 2014).

O artigo 75-C da CLT exige que se faça constar do contrato de trabalho expressa menção ao teletrabalho, com o rol das atividades que serão desenvolvidas. No parágrafo primeiro, dispõe que “poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual”. Apesar da menção a mútuo acordo para a instituição do regime, o retorno do teletrabalho ao presencial poderá ser determinado unilateralmente pelo empregador, pelo uso do poder diretivo, desde que observe o prazo mínimo de quinze dias para a alteração, na forma do parágrafo segundo do mesmo dispositivo de lei (artigo 75-C da CLT)<sup>5</sup> (PRETTI, 2018).

A preocupação com a higidez do ambiente de trabalho precisa compor a pauta do empregador, também no trabalho a distância, pois o mobiliário e os equipamentos que o guarnecem devem observar a ergonomia. Os custos das instalações nos contratos de emprego ficam a cargo empregador, inclusive os que decorrem do funcionamento do escritório virtual. As disposições do artigo 75-D da CLT, relativas à infraestrutura do local de trabalho e aos equipamentos que o guarnecem, demandam análise mais detida<sup>6</sup>. Não se deve entender que o legislador transferiu ao empregado a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento do equipamento tecnológico pela infraestrutura para o teletrabalho, em especial pela incidência do artigo 2º da CLT, que atribuiu ao empregador

4. Súmula 428 do TST: Sobreaviso. Aplicação analógica do art. 244, § 2º da CLT. I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza regime de sobreaviso; II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, a distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

5. Artigo 75-C da CLT: A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. § 1º: Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual”; § 2º: Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

6. Artigo 75-D da CLT: As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único: As utilidades mencionadas no *caput* deste artigo não integram a remuneração do empregado.

a exclusividade pelo risco do empreendimento. O custeio pelo empregador poderá ser feito mediante reembolso de despesas, na forma regulada por contrato escrito, mas não se poderá transferir a responsabilidade por esses custos ao empregado, sob pena de nulidade da disposição contratual. Quanto às despesas ordinárias, que são aquelas pelas quais o trabalhador respondia anteriormente ao início do teletrabalho, apenas os acréscimos nas contas de consumo, como de energia elétrica e de *internet*, deverão ser ressarcidos pelo empregador.

As ferramentas de trabalho não serão classificadas como utilidades ou como salário indireto, pois se destinam a permitir a execução do trabalho e não a remunerar o trabalhador pelo serviço executado. Não basta que o empregador proveja o ambiente de trabalho de equipamentos necessários ao exercício da função pelo trabalhador. Nos termos do artigo 75-E, CLT, precisa orientar os empregados para que se evitem problemas de saúde e acidentes do trabalho, inclusive mediante a assinatura de termo de responsabilidade, sob pena de caracterização de ato de indisciplina e insubordinação (PRETTI, 2018).

Como vantagens decorrentes da adoção do teletrabalho, podem ser relacionadas, entre outras, as seguintes: evita deslocamentos, reduz custos de instalações e permite a inclusão de pessoas com deficiência. Entre as desvantagens, enquadram-se o prejuízo ao convívio familiar e social, a dificuldades para a sindicalização e a maior possibilidade de aquisição de doenças ocupacionais, como tendinite e irritação dos olhos (HERNANDEZ, 2011).

Resta diferenciar os trabalhadores que executam as tarefas no ramo da tecnologia de informação como empregados, por conta alheia (com alteridade), daqueles que o fazem de forma autônoma, assumindo os riscos da atividade empresarial. A jurisprudência já utilizava o princípio do contrato realidade para diferenciar os teletrabalhadores autônomos, principalmente pela presença da subordinação hierárquica na relação jurídica (PRETTI, 2018). Os trabalhadores parassubordinados, que são os que executam seus serviços de forma coordenada à atividade da empresa tomadora de serviços e sem dependência típica, situam-se na ‘zona cinzenta’ entre os empregados e os teletrabalhadores autônomos e terão direito de ação perante a Justiça do Trabalho para a cobrança de títulos próprios da figura contratada (artigo 114, inciso I, da Constituição Federal de 1988).

### 3.3. TRABALHADORES INTERMITENTES

Esta modalidade contratual foi inserida pela Lei nº 13.467/2017, que acrescentou o § 3º, ao artigo 443, da CLT, após incluir previsão em seu *caput*. Também editou o artigo 452-A da CLT, com nove parágrafos específicos sobre o tra-

balho intermitente. O motivo invocado para a criação da nova figura contratual foi possibilitar o aumento das estatísticas de empregabilidade no país. Resta saber se, na prática, terá o pretendido condão de formalizar como empregados trabalhadores eventuais, com a oficialização do chamado ‘bico’, ou se resultará na precarização de direitos trabalhistas (CID, 2017).

Trata-se de nova modalidade de contrato de trabalho, pela qual a prestação de serviços subordinados não é contínua e alterna períodos de inatividade, independentemente do tipo de atividade exercida, exceto para os aeronautas e para os domésticos, que são regidos por legislação própria. Assim, abrangem todas as atividades empresariais e não apenas as intermitentes (COLNAGO, 2018).

Diferentemente do regramento legal de outros países, o trabalho intermitente no Brasil não exige número mínimo de horas de prestação de serviços, o que permite chamá-lo de ‘contrato zero hora’. Em Portugal, exige-se para o mesmo contrato o mínimo de seis meses por ano, dos quais quatro meses de trabalho devem ser consecutivos. Na Alemanha, as atividades devem ser intermitentes e é necessário o mínimo de três horas diárias e de dez horas semanais de trabalho. Na Itália, as atividades intermitentes permitem quatrocentos dias de trabalho a cada três anos, no máximo. Nos EUA, a mesma figura contratual somente é válida para a substituição de mão de obra permanente ou para suprir acréscimo extraordinário de serviços no comércio, de modo semelhante ao contrato de trabalho temporário brasileiro (CID, 2017).

Também se garante, em outros países, valor salarial mínimo para os trabalhadores intermitentes que não forem chamados no mês. No Brasil, contudo, a única garantia é de que o salário não poderá ser inferior ao valor do mínimo nacional por hora ou ao de trabalhador que exerça a mesma função em contrato normal ou intermitente. O instrumento contratual deve especificar o valor da hora a ser remunerada ao trabalhador intermitente (ARARIPE, 2017).

O contrato precisa ser necessariamente celebrado por escrito, o que é da substância do ato jurídico e, se o trabalhador for analfabeto, deverá ser assinado a rogo, na presença de duas testemunhas. Não se confunde com o contrato de trabalho a prazo determinado ou com o trabalho temporário, apesar deste último também exigir a forma escrita para sua validade. São consideradas cláusulas contratuais adicionais no trabalho intermitente as que dispõem sobre os locais de prestação de serviços, os turnos para os quais o empregado será convocado para o trabalho, as formas e os instrumentos de convocação e de resposta para a execução dos serviços e o formato de reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados (COLNAGO, 2018).

A Medida Provisória nº 808/2017 havia alterado o artigo 452-A da CLT, para reforçar a exigência da forma escrita e o registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) para a validade da figura contratual em estudo. Estabelecia, ainda, os seguintes requisitos: a) identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes; b) valor da hora ou do dia de trabalho não inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno e observado o disposto no § 12º. e c) o local e o

prazo para o pagamento da remuneração (COLNAGO, 2018). No entanto, não foi votada pelo Congresso Nacional e caducou após o decurso do prazo de vigência de noventa dias. Foi editada, em substituição, a Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 349, em 14/05/2018, que manteve a maioria das regras instituídas pela Medida Provisória nº 808/2017.

Nos termos do artigo 452-A da CLT, a convocação para o trabalho deverá ser feita por qualquer meio de comunicação eficaz, com pelo menos três dias de antecedência (§ 1º). O trabalhador tem o prazo de um dia útil precedente à data de início do trabalho para responder ao chamado, presumindo-se a recusa no silêncio (§ 2º). De todo modo, não poderá sofrer penalidade pela simples recusa, seja ela expressa ou tácita, pois não caracteriza insubordinação (§ 3º). Na hipótese de descumprimento contratual injustificado, a parte faltante responderá pela multa de 50%, a qual poderá incidir na falta de trabalho após a expressa aceitação do convite, tanto por culpa do trabalhador quanto do empregador (§ 4º.) (JOÃO, 2018). A multa será calculada sobre o salário devido, mas não serão poucas as polêmicas quanto à possibilidade de se descontá-la de pagamentos futuros, caso seja devida pelo empregado, o que a Medida Provisória nº 808/2017, não ratificava pelo Congresso Nacional, visava impedir.

Os períodos de inatividade não serão considerados como tempo à disposição do empregador, o que contraria a redação original do artigo 4º. da CLT. A nova disposição legal remete às escalas móveis, comuns em restaurantes que operam no sistema de *fast food*. A Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) nº 349/2018, em seu artigo 4º, dispõe expressamente que “considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do artigo 452-A da referida lei”. Assim, o trabalhador intermitente poderá prestar serviços a outros tomadores (§ 1º), pois no tempo de inatividade não estará à disposição do empregador e não será remunerado (§ 2º). A situação poderá desagregar o trabalhador do emprego, ao contrário do que pretendeu a legislação trabalhista consolidada em sua origem (COLNAGO, 2018). Antes da alteração legal em estudo, a jurisprudência caminhava no sentido de invalidar a contratação de horas de trabalho por escalas móveis, conforme aresto a seguir copiado:

[...] Jornada móvel e variável. As cláusulas contratuais que estabelecem o cumprimento da jornada móvel e variável de trabalho revestem-se de nulidade absoluta. Isto porque referida forma de contratação, por óbvio, acaba por sujeitar uma das partes contratantes ao arbítrio da outra, o que não pode ser admitido pelo Direito do Trabalho. O empregado, no caso da jornada variável, não tem a possibilidade de ajustar sua vida profissional com a pessoal, pois nunca está totalmente certo do seu horário de trabalho, e tampouco da remuneração que receberá ao final de cada mês, na medida em que no presente caso, tem-se como agravante o fato da reclamante receber por hora trabalhada. Reforma. Processo nº 1001102-16.2015.5.02.0719 (RO) – 6ª. Turma – TRT/SP – Relator: Ricardo Apostólico Silva. [...]

São direitos do trabalhador intermitente (§ 6º): férias anuais, sem possibilidade de convocação pelo empregador no período de fruição em até três períodos e com valores pagos de forma parcelada ao final da prestação de serviços convocada, assim como ocorre com os valores de décimo terceiro salário e de descanso semanal remunerado (§§ 9º. e 10º.). Para que não se caracterize o pagamento complessivo vedado por lei, deve ser entregue cópia de recibo com a discriminação das verbas pagas (§ 7º.). O recolhimento das contribuições previdenciárias e dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) incidentes sobre as parcelas de natureza salarial creditadas ao trabalhador ficará a cargo da empresa (§ 8º.).<sup>8</sup> A polêmica é quanto à base mínima de cálculo das contribuições previdenciárias, pois o regime geral de arrecadação da Previdência Social remete ao salário mínimo mensal, inclusive para que o segurado tenha direito aos benefícios previstos no sistema de contrapartidas (RIGON; TURINA, 2017).

A Portaria MTE nº 349/2018, no artigo 5º., dispõe que “as verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente”, considerando-se na conta apenas os meses em que houve pagamento no último ano de vigência do contrato (§ único). É muito provável que não ocorram dispensas sem justa causa de trabalhadores intermitentes, pois a nova lei permite implicitamente que não sejam convocados, ao deixar de estipular tempo mínimo de trabalho (COLNAGO, 2018).

Na formalização do contrato de trabalho intermitente, a dificuldade prática passará pela possibilidade de coexistirem várias anotações na CTPS do empregado. Também haverá discussões sobre a validade de compartilhamento de atestados de atestado de saúde ocupacional. A maior crítica que se faz ao novo modelo de contrato é de que viola os princípios da continuidade da relação de emprego e da irreduzibilidade salarial e de que transfere os riscos da atividade econômica ao empregado. Também se sustenta que gera insegurança ao trabalhador quanto ao ganho, à integração à atividade empresarial e à cobertura previdenciária, pois não estipula número mínimo de horas de trabalho por mês. Os críticos à medida sustentam ainda que visa apenas mascarar índices de desemprego, com formalizações contratuais que não gerarão postos de serviços na prática, e que gera o risco de alteração das modalidades contratuais atuais, de vínculo de emprego tradicional, para o contrário precário de trabalho intermitente (CID, 2017). Pendem de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 5806, 5826, 5829 e 5950, as quais suscitam esses argumentos críticos para invalidar a nova figura contratual do trabalho intermitente, o que tem norteado a cautela das empresas para sua implantação prática.

8. Artigo 6º. da Portaria MTE nº 349/2018: O empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do empregado e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

7. Artigo 443 da CLT: O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. § 3º: Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

### 3.4. TRABALHO AUTÔNOMO EXCLUSIVO

A Lei nº 13.467/2017 acrescentou o artigo 442-B da CLT, para dispor que “a contratação de autônomos, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no artigo 3º. desta Consolidação”. A justificativa apresentada pelo legislador reformista foi de que visou proporcionar segurança jurídica para o tomador de serviços, para se evitar demandas judiciais com pedidos de reconhecimento de vínculos de emprego. Os críticos à nova disposição legal sustentam que buscou facilitar a subtração de direitos trabalhistas, ao criar obstáculos para que se discuta a forma contratual judicialmente (ARARIPE, 2018).

A contratação é de natureza civil, regida pelo artigo 594 do Código Civil, que dispõe que “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”, e está sujeita aos dispositivos legais seguintes, até o artigo 609. O conceito de trabalhador autônomo é ditado pelo artigo 12, inciso V, da Lei nº 8212/91, ao tratar do contribuinte individual, no sentido de que é aquele que “presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego” (alínea g), como “pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não” (alínea h) (LACERDA, 2018).

A alteração legal em estudo visou destacar os elementos da continuidade e da exclusividade, para prescrever que não caracterizarão o vínculo de emprego na ausência dos outros elementos do artigo 3º. da CLT. O que se verifica é que o legislador reformista buscou evitar declarações judiciais de vínculo de emprego fundamentadas apenas na exclusividade ou na continuidade da prestação de serviços (LACERDA, 2018).

A aplicação prática da nova disposição de lei criará obstáculos para que se profiram decisões declaratórias de vínculos de emprego com base na subordinação meramente estrutural do trabalhador à empresa. O conjunto de provas deverá evidenciar a existência da subordinação hierárquica para permitir que se invalide o contrato de trabalho autônomo e se reconheça o vínculo de emprego (ARARIPE, 2017). Discussões surgirão quanto ao ônus da prova, pois a invocação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos em contraposição ao fato constitutivo da relação de emprego permite conferi-lo ao tomador de serviços, embora se sustente que o contrato de trabalho autônomo formalizado precisará ser desconstituído pelo trabalhador para não ser validado em juízo.

O trabalhador autônomo autêntico é aquele que efetivamente assume os riscos da atividade econômica e estabelece, com liberdade, as condições para a execução de seu trabalho. É o caso, por exemplo, de representantes comerciais autônomos (Lei nº 4886/65), de transportadores de cargas autônomos (Lei nº 11.442/2007) e de corretores de imóveis (Lei nº 6530/78). Uma das figuras contratuais em questão foi validada na decisão regional abaixo colacionada:

[...] Vínculo de emprego. Motorista. Para que seja reconhecida a condição de empregado, ante o teor do art. 3º da CLT, é necessário que haja, de forma cumulativa e

simultânea, pessoalidade, onerosidade, subordinação e não eventualidade na prestação dos serviços. Confirmada pelo conjunto probatório a ausência de subordinação e de fraude e evidenciado que o autor era, de fato, um motorista autônomo, assumindo os riscos de sua atividade, não há que se cogitar de reconhecimento do vínculo de emprego com a reclamada (ainda que estivessem presentes na relação outros requisitos previstos no art.3º da CLT, como a pessoalidade e a onerosidade). Recurso da reclamada a que se dá provimento. Processo TRT/SP Nº 1002868-60.2016.5.02.0205 – RO - 16ª. TURMA - TRT/SP – Relatora: Regina Aparecida Duarte. [...]

A Portaria MTE nº 349 reeditou trechos da Medida Provisória nº 808/2017, para dispor que a contratação formalizada como autônomo, com ou sem exclusividade, não impedirá que se reconheça o vínculo de emprego se estiver presente a subordinação (§§ 1º. e 5º.), para possibilitar a contratação para exercício de atividade fim da empresa (§ 2º.) e para permitir que o trabalhador recuse a atribuição de tarefas sem que se caracterize o descumprimento do contrato de prestação de serviços (§ 3º.). Reforçou, no § 5º., que “motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do *caput*, não possuirão a qualidade de empregado prevista o artigo 3º da CLT”.

De fato, as novidades legislativas no ponto em estudo não foram significativas. Apenas se reforçou a necessidade de avaliação detida do conjunto de provas pelo julgador, para se confrontar a forma contratual eleita pelas partes ao princípio do contrato realidade. Sustenta-se, contudo, que a decisão judicial que reconheça o vínculo de emprego pela mera subordinação estrutural, considerando apenas a exclusividade e a continuidade do serviço prestado, dará ensejo à interposição de recurso de revista, por violação à literal disposição de lei, nos termos do artigo 896, letra ‘c’, da CLT (Súmula 126 do TST) (ARARIPE, 2017).

A novidade legislativa ficou por conta da prescrição expressa de que se caracterizará o vínculo de emprego se o profissional não observar as formalidades legais para sua atuação, como o registro em órgão de classe e o cadastro na Receita Municipal para fins de recolhimento fiscal do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN). Acena-se com o risco do aumento da pejotização, inclusive de ex-empregados e de novos contratados, o que poderá atrair decisão judicial declaratória de vínculo de emprego em continuação se não se observar o interregno de dezoito meses para a contratação de ex-empregados, aplicando-se, por analogia, os artigos 5º.-C e 5º.-D da Lei nº 13.467/2017.

O trabalhador que se valha deste contrato também poderá demandar títulos próprios da figura contratada perante a Justiça do Trabalho em caso de inadimplemento pelo tomador de serviços. Haverá competência material especializada para decidir o pedido, inclusive como sucessivo, como no caso de comissões em atraso.

### 4. COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA EM MATÉRIA DE RELAÇÃO DE TRABALHO

A competência específica da Justiça do Trabalho é delimitada no artigo 114 da Constituição Federal de 1988, que não a restringe às relações de emprego e alcança as relações de trabalho em sentido amplo (NASCIMENTO, 2009). O pólo passivo da lide não precisa ser necessariamente composto pelo empregador, mas pode contar com tomadores de serviços que não se valham do poder diretivo na execução do trabalho. A matéria em discussão e não mais os sujeitos envolvidos no litígio passou a delimitar, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência trabalhista (MALLET, 2005).

Alguns doutrinadores receiam que a ampliação da competência especializada possa comprometer a eficácia da legislação trabalhista consolidada e sustentam que a Justiça do Trabalho deve focar o combate às fraudes na contratação e evitar a equiparação reducionista de direitos materiais dos empregados aos dos trabalhadores autônomos, para o que recomendam leitura mais restritiva do preceito constitucional em estudo (MAIOR, 2007; DELGADO, 2005).

No entanto, o uso da expressão ‘relação de trabalho’ no texto do artigo 114 da Constituição Federal foi significativo quanto à ampliação da competência específica da Justiça do Trabalho. O projeto de emenda constitucional tratava da questão no artigo 115, com o termo ‘relação de emprego’ e recebeu cerca de noventa destaques que resultaram na alteração que passou a permitir o acesso à tutela jurisdicional trabalhista por trabalhadores não empregados (MALLET, 2005). Para identificá-los, relevante divisor é o da dependência econômica, mesmo que mitigada, com inserção na cadeia produtiva que pode ocorrer na prática laboral até mesmo de modo coordenado. Para Giglio e Correa (2007, p. 38-39):

[...] Parece-nos, nada obstante, que o propósito geral da reforma constitucional foi de trazer para o campo das relações legítimas a grande massa dos trabalhadores chamados ‘informais’, não apenas para pôr fim às fraudes de trabalhadores subordinados sem registro, mas também para estender alguma proteção aos autônomos, eventuais, temporários, pequenos artesãos como os mecânicos, pintores, encanadores, eletricitistas, pedreiros e assemelhados, biscateiros, estagiários, cooperados e empreiteiros. [...]

Buscou-se tutelar o direito de ação do trabalhador que, apesar de se aproximar do empregado, com ele não se confunde. São os trabalhadores que ocupam a linha limítrofe entre as relações de emprego e de trabalho autônomo, como, por exemplo, os representantes comerciais, os cooperados e os profissionais parceiros, os quais podem ser identificados como parassubordinados. A figura é muito usual no direito italiano, que classifica referidas relações de trabalho como contínuas e de atendimento às necessidades organizacionais dos tomadores de serviços. É desenvolvido sem o uso do poder diretivo pelo tomador de serviços, embora integre a organização empresarial, pois diz respeito ao conjunto de atividades coordenadas e concatenadas com seu desenvolvimento (SILVA, 2004).

A coordenação caracteriza o trabalho parassubordinado, que não é marcado pela subordinação típica, e tem por característica a continuidade e a pessoalidade na execução dos serviços. O trabalhador é visto como colaborador na atividade empresarial e atua por programas definidos conjuntamente. Devem estar presentes a dependência econômica, a inserção funcional em cadeia produtiva e o proveito econômico do trabalho (SILVA, 2004). A aceitação pela Justiça do Trabalho de demandas propostas por estes trabalhadores unifica a competência e valoriza a celeridade processual. Para Nascimento (2009, p. 211-212):

[...] A unificação da competência contribuirá para maior celeridade nos julgamentos, uma vez que evita duplicidade de demandas quando em uma delas o Judiciário se der por incompetente. Como a Justiça do Trabalho é competente para julgar relações de trabalho, uma ação em que se pede relação de emprego, caso venha a ser comprovado que se trata de prestação de serviços autônomos, poderá, desde logo, ser decidida, não mais sendo necessário propor nova ação em outra Justiça. (...) Com essas modificações, o sistema de competência deixa de ser tão fragmentado, como vinha sendo, e, embora não totalmente concentrado, passa, em um ponto nuclear, a exercer uma força atrativa, trazendo, para o seu âmbito, tipos de relações de trabalho que os juízes do trabalho não estavam até aqui autorizados a julgar. (...) O direito processual do trabalho não pode deixar de acompanhar a força expansionista do direito do trabalho. Há uma lógica comparativa entre os dois setores do Direito, que se reflete, como agora, na modificação de competência do Judiciário Trabalhista, com o que, como princípio, desaconselhável seria limitar a sua competência material, o que dificultaria a composição dos pleitos sobre o trabalho profissional da pessoa física [...].

Não parece existir risco de polarização de trabalhadores e de término da classe dos subordinados, pois não se está transferindo direitos materiais trabalhistas para os semi-autônomos, que continuam regidos pelo direito comum ou por legislação própria, (NASCIMENTO, 2009). De todo modo, é necessária a releitura do conceito tradicional de subordinação no trabalho, sobretudo diante das novas formas de contratação de trabalhadores que tem surgido com a evolução legislativa (PORTO, 2008).

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A denominada flexibilização da legislação trabalhista trouxe para o direito do trabalho brasileiro a Lei nº 12.592/2012 (atualizada pela Lei nº 13.352/2016), a Lei nº 12.551/2011 e a Lei nº 13.467/2017. Tratam de novas figuras contratuais de trabalho, como a do profissional parceiro dos salões de beleza, o trabalhadores por meios telemáticos, os intermitentes e os autônomos exclusivos. O motivo comum invocado para essas alterações legislativas foi possibilitar a geração de novos postos de trabalho, ainda que sem a caracterização do liame de emprego, com vistas a aumentar a formalização da mão de obra que opera no mercado atual.

Espera-se que as novas modalidades contratuais sejam utilizadas com boa fé pelos contratantes. Incentivar o empreendedorismo deve ser o foco das contratações, para que não se valham destas figuras contratuais simplesmente para se levar vantagem no campo tributário, propósito escuso que muitas das vezes norteia a conduta do empresário e, até mesmo, do próprio trabalhador.

As mudanças na legislação ordinária ora estudadas, à evidência, não afastam a incidência dos princípios próprios do direito do trabalho, em especial o da proteção. Sobretudo nas reclamações em que se postule o reconhecimento do vínculo de emprego, com a invalidação da figura contratual formalizada pelas partes, o julgador continuará a se balizar por referido princípio, que tem por expressão, no particular, o do contrato realidade. Identificada a relação de emprego, nos termos do artigo 442 da CLT, a partir da presença dos elementos do artigo 3º da CLT, a declaração da fraude na contratação se imporá.

A maior novidade legislativa ficou por conta da expressa exigência de formalização de todos os registros específicos para a atuação profissional autônoma como condição de validade da figura utilizada para a contratação. Sustenta-se, ainda, que a prova da subordinação deve ser feita de modo mais evidente pelo demandante, para que não se declare a nulidade de contratos apenas com base na figura da subordinação estrutural. Em outras palavras, a prova da subordinação jurídica deve ser apresentada de modo contundente pelo reclamante do vínculo de emprego, não bastando a simples caracterização de habitualidade e de exclusividade na prestação de serviços.

Estes elementos já se faziam presentes no trabalho parasubordinado, sem que sua adoção implicasse na configuração do vínculo de emprego. Trata-se do trabalho que é executado de forma coordenada, mas sem a dependência típica da relação de emprego. Pode ser usado como elemento de identificação dos trabalhadores que passaram a ter direito de ação perante a Justiça do Trabalho para demandar títulos peculiares do modelo contratado, o que se aplica às novas modalidades contratuais ora estudadas.

A competência da Justiça do Trabalho foi ampliada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que mudou o antigo foco dos sujeitos envolvidos no litígio para a matéria discutida. A propositura de reclamações por trabalhadores não empregados, notadamente pelos que se enquadrem na condição de parassubordinados, deve ser entendida como contemplada pela atual competência material específica da Justiça do Trabalho.

Entendimento neste sentido permitirá que se agilize a entrega da prestação jurisdicional, pois evitará a fragmentação dos sistemas decorrente do antigo ajuizamento de duas demandas, com a apresentação de pedidos sucessivos pelo trabalhador. Na hipótese de não obter êxito no pedido de reconhecimento do vínculo de emprego, poderá, por exemplo, cobrar comissões em atraso decorrentes da representação comercial. Não parece existir risco de polarização de trabalhadores e de sobrevivência da classe dos subordinados, pois não se trata de reconhecer títulos próprios destes

aos primeiros. A similitude das características dos trabalhos subordinado e coordenado recomenda a extensão da tutela jurisdicional trabalhista aos trabalhadores deste segundo grupo, de forma a prestigiar a identidade social da atuação da Justiça do Trabalho.

#### REFERÊNCIAS

ADORNO JÚNIOR, H. L. A competência da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos decorrentes das relações de trabalho. **Caderno de Estudos e Pesquisas Universitárias**: uma publicação da Associação Educacional e Assistencial Santa Lúcia. Mogi Mirim: Santa Lúcia, ano 5, n. 8, 2012, p. 125-148.

ARARIPE, L. R. B. A. Trabalho autônomo e intermitente: as novas figuras laborais trazidas com a reforma e os desafios que a mudança acarreta. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**. Brasília, vol. 21, n. 2, 2017, p. 79-88.

CID, C. F.. Contrato de trabalho intermitente e a precarização do direito do trabalho. **Revista Fórum Justiça do Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, ano 34, n. 398, fevereiro/2017, p. 57-66.

COLNAGO, L. de M. R.. Trabalho intermitente. Trabalho “zero hora”. Trabalho fixo descontínuo. Reforma trabalhista: impacto e aplicação da Lei 13.467/2017. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, 2018. p. 33-38

DALLEGRAVE NETO, J. A. O teletrabalho: importância, conceito e implicações jurídicas. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, vol 3, n. 33, setembro/2014, p. 8-27.

DELGADO, M. G.. As duas faces da nova competência da Justiça do Trabalho. **Nova competência da Justiça do Trabalho**. Coordenação de Coutinho, G. F. e Fava, M.N. São Paulo: LTr, 2005, p. 292-305.

FRANCO FILHO, G. S. Cabeleireiro e manicure e contrato de parceria. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, vol 7, n. 66, março/2018, p. 6-7.

GARCIA, G. F. B. Contrato de parceria em salão de beleza: Lei 13.352/2016. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, vol 7, n. 66, março/2018, p. 9-11.

GIGLIO, W.; CORRÊA, C. G. V.. **Direito processual do trabalho**. 16a. edição, São Paulo: Saraiva, 2007, 640p.

HERNANDEZ, M. R. P. **Novas perspectivas das relações de trabalho**: o teletrabalho. São Paulo: LTr, 2011. 96 p.

JOÃO, P. S.. Subordinação e trabalho intermitente: quebra de paradigma. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. Porto Alegre, ano 29, n. 346, abril/2018, p. 40-43.

LACERDA, N. D.. A reforma trabalhista brasileira e o trabalho autônomo. In: MARTINEZ NETO, Aldo Augusto (Coord.). *et al.* **Reforma trabalhista em debate**. São Paulo: LTr, 2018. p. 115-119.

LEITE, C. H. B.. **Curso de direito processual do trabalho**. 5a. edição, São Paulo: LTr, 2007, 1216 p.

MAGANO, O. B. Política do trabalho. São Paulo: LTr, vol. 3, 1997, 286 p.

MAIOR, J. L. S.. **Relação de emprego e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, 113 p.

MALLET, E. Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a emenda constitucional no. 45/2004. **Justiça do Trabalho**: competência ampliada. Coordenação de Coutinho, G. F. e Fava, M.N. São Paulo: LTr, maio de 2005, p. 70-91.

MERÍSIO, P. M.; MAIA, S. L. A.. **Contrato de parceria - o salão-parceiro (Lei n. 13.352/2016)**: aspectos práticos civis e trabalhistas. São Paulo: LTr, 2017, 84 p.

NASCIMENTO, A. M.. **Curso de direito processual do trabalho**. 24a. edição, São Paulo: Saraiva, 2009, 920 p.

PORTO, L. V.. A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo: RT. vol. 130, 2008, p. 119-142.

PRETTI, G.. **Teletrabalho na prática**. São Paulo: LTr, 2018. 103 p.

RIGON, V. R.; TURINA, A. O. A modernização das relações de trabalho e seus impactos previdenciários: o trabalho intermitente e o cálculo do índice FAP. **Revista LTr**, São Paulo: LTr, vol. 81, n. 12, dezembro/2017, p. 1476-1484.

RUSSOMANO, M. V.. **Curso de direito do trabalho**. 4a. edição, São Paulo: LTr, 1991, 466 p.

SILVA, O. P.. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, 207 p.

JOÃO FORTE JÚNIOR

Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/SP – COGEAE

## A FIANÇA BANCÁRIA E O SEGURO GARANTIA JUDICIAL. CARACTERÍSTICAS INDISPENSÁVEIS PARA SUA UTILIZAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

### 1. INTRODUÇÃO.

O presente trabalho tem por objetivo analisar os institutos da fiança bancária e seguro garantia judicial, bem como sua aplicação no processo do trabalho, com enfoque especial no que se refere às limitações das garantias que devedor e instituição garantidora possam contratar que impliquem na sua não aceitação no processo do trabalho.

Embora a Lei 6.830/80, que trata de execuções fiscais, já estabelecesse o uso da fiança em seu artigo 7º, e o próprio Código de Processo Civil revogado também já dispusesse desde 2006 acerca da utilização da fiança bancária ou seguro garantia judicial, o objeto do presente estudo abrangerá as disposições do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que em três momentos menciona a utilização de tais institutos. O primeiro deles, contido no artigo 533, parágrafo segundo, que trata da hipótese de substituição da constituição de capital; o segundo no artigo 835, parágrafo segundo, que equipara os institutos em estudo ao dinheiro para efeito de penhora; e o terceiro, previsto no artigo 848, parágrafo único, que possibilita a substituição da penhora pela fiança bancária ou por seguro garantia judicial.

Também será objeto de análise o artigo 899, parágrafo 11, da Consolidação das Leis do Trabalho, inserido pela Lei 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, que previu a utilização da fiança bancária ou do seguro garantia judicial também como forma de substituição do depósito recursal.

### 2. A FIANÇA BANCÁRIA E O SEGURO GARANTIA JUDICIAL.

Os dois institutos visam transferir a terceiro a responsabilidade pelo pagamento de determinado valor, caso o contratante não o faça, garantindo, assim, o adimplemento do valor prometido.

Para o credor, a vantagem da utilização dos mencionados institutos consiste em ter uma seguradora ou uma instituição financeira garantindo o crédito, todavia, há uma desvantagem em relação ao dinheiro, pois as garantias em análise possuem menor liquidez, já que o valor não está à disposição imediata do juízo, sendo mais demorado o prazo para recebimento.

Para o devedor, a utilização de tais garantias permite que esse não permaneça sem o capital garantidor do crédito ou sem a disposição de seus bens dados em garantia, possibilitando a utilização do dinheiro como fluxo de caixa ou a alienação dos bens. Entretanto, as duas garantias possuem custo para que a instituição garantidora as ofereça e, dependendo da modalidade, como por exemplo na garantia por tempo que não se sujeite a determinada data previamente estabelecida (tema que trataremos adiante), o custo não é baixo.

Para a análise a que nos propomos, não examinaremos as

características administrativas de cada garantia, tampouco a legislação que as regem, apenas analisaremos as consequências práticas para as hipóteses previstas na legislação que possam atingir o processo do trabalho.

### 3. HIPÓTESES LEGAIS PARA UTILIZAÇÃO DOS MEIOS DE GARANTIA.

#### 3.1. SUBSTITUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL (ARTIGO 533, PARÁGRAFO SEGUNDO, CPC):

“Art. 533. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

§ 1º O capital a que se refere o caput, representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do executado, além de constituir-se em patrimônio de afetação.

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.”

Prevê o artigo 533, do Código de Processo Civil, a constituição de capital na hipótese de condenação em prestação de alimentos.

Essa constituição de capital normalmente é feita mediante depósito em instituição bancária de montante que assegure o pagamento de todas as prestações deferidas, ou em um número menor de vezes, garantido por imóveis ou títulos da dívida pública.

O parágrafo 2.º do mencionado artigo 533 do Código de Processo Civil, permite a substituição da constituição de capital por fiança bancária.

Para a admissão dessa substituição, é indispensável que a fiança tenha por características:

a) Garantir a satisfação do débito com a correção pelo índice determinado em sentença.

Diante da finalidade de abarcar os pagamentos periódicos, é indispensável que a garantia seja corrigida de forma que não se esgote antes do término dos pagamentos.

b) Possuir prazo de validade que assegure que a garantia permaneça íntegra durante todo o pagamento das prestações mensais.

Da mesma forma que a característica anterior, a constituição de capital tem como finalidade assegurar o pagamento de todas as parcelas devidas, motivo pelo qual a validade da fiança deve ser igual ao prazo do pagamento deferido.

Se houver limitação temporal definida na decisão, como por exemplo, a estipulação de uma determinada idade do credor para que os pagamentos cessem, essa deverá ser a validade da garantia. Se, por outro lado, o pagamento for vitalício, a fiança deve ser ofertada com vigência até o falecimento do credor.

Apenas a título exemplificativo, a Circular Susep n.º 256, de 16 de junho de 2004, ao tratar de contratos de seguros de danos, dispõe em seu artigo 27 ser necessário que se estabeleça “o critério de fixação do início e término de vigência da cobertura”, ou seja, a apólice tem que possuir um termo (na acepção jurídica da palavra, como elemento do negócio jurídico). A apólice, portanto, deve possuir a fixação de um evento futuro e certo para que expire a cobertura e não necessariamente uma data pré-estabelecida.

O final da vigência deve ser um critério. Esse critério necessariamente deve ser o final do pagamento da obrigação condenada, seja a data em que se complete a idade, seja a ocorrência do evento morte (futuro e certo).

Tal entendimento guarda consonância também com o artigo 8º, inciso II, da Circular Susep n.º 447, de 30 de setembro de 2013, no sentido de que a vigência deve considerar a modalidade de cada risco garantido.

É importante, na análise do instituto, que se mantenha em vista que a fiança bancária é uma garantia substituta e, como tal, deve ter as mesmas características que a garantia substituída, ou seja, a mesma liquidez e a mesma validade.

A noção do parágrafo supra interpreta em conjunto os princípios da primazia do credor trabalhista e da execução menos onerosa para o devedor, permitindo a utilização da fiança, que é o meio menos oneroso, todavia, respeitando a garantia de execução para o credor.

c) Possuir cláusula de renúncia do garantidor ao benefício de ordem (artigo 827, do Código Civil) ou ao direito de exonerar-se da fiança (artigo 835, do Código Civil).

Assegura-se ao fiador, por expressa disposição legal, o direito de exigir o benefício de ordem ou exonerar-se da fiança e, considerando que tais direitos de ordem privada são perfeitamente renunciáveis, essa renúncia deve constar expressamente na fiança apresentada.

Entendimento contrário implicaria em deixar ao arbítrio do fiador a efetiva garantia de pagamentos futuros, desrespeitando a decisão judicial.

Essas características são indispensáveis para que a fiança efetivamente assegure a satisfação das prestações mensais,

tal como as outras modalidades.

Não pode a fiança substituta imprimir restrições que as outras modalidades substituídas não imprimam, sob pena de colocar ao arbítrio do devedor e da instituição garantidora forma de cumprimento diversa daquela pretendida pelo legislador e pela decisão judicial.

#### 3.2. GARANTIA DA EXECUÇÃO (ARTIGOS 835, INCISO I E PARÁGRAFO SEGUNDO E 848, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC):

“Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

(...)

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

Art. 848. As partes poderão requerer a substituição da penhora se:

(...)

Parágrafo único. A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou por seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.”

Os artigos 835, inciso I e parágrafo segundo e 848, parágrafo único, do CPC possibilitam a substituição da penhora por fiança bancária ou seguro garantia judicial, partindo da premissa de que as garantias são equiparáveis ao dinheiro.

Determinam os dispositivos legais que a garantia substituta não corresponda a valor inferior ao débito acrescido de trinta por cento.

A penhora tem por finalidade a identificação de qual bem responderá pela execução, seja para a imediata satisfação, seja para a garantia da execução que se processa, reservando o necessário para a satisfação do débito.

Para que a substituição seja admitida, a garantia ofertada deve ter os mesmos parâmetros que o dinheiro, uma vez que a legislação equipara a fiança bancária e o seguro garantia judicial ao montante em espécie.

Uma vez que a lei equipara as garantias em estudo ao dinheiro, colocando-as em primeiro lugar na gradação de penhora, a garantia ofertada em substituição (fiança ou seguro garantia) deve ter as mesmas características da garantia substituída (dinheiro), ou seja, deve ter a mesma vigência (até o pagamento da execução) e liquidez (imediata e sem restrições).

A finalidade da substituição é garantir a execução, para que o credor possa discutir o débito.

A interpretação acima também preserva os princípios da primazia do credor e da execução pelo meio menos oneroso.

As seguintes características devem ser observadas na admissão da fiança bancária ou do seguro garantia judicial:

a) Observância do acréscimo de trinta por cento em relação ao débito em execução devidamente atualizado, incluídos os recolhimentos fiscais e previdenciários, além de custas e demais despesas processuais.

Não obstante os dispositivos legais transcritos indicarem que o valor de partida é o “débito constante da inicial”, é certo que esse débito sofre alterações no curso da marcha processual pela incidência dos juros de mora, da correção monetária, da incidência de recolhimentos previdenciários e fiscais, ou mesmo de outros valores processuais.

A interpretação a ser feita não é a literal, que induziria à falsa conclusão de que bastaria considerar o quanto se pediu na inicial e acrescer trinta por cento.

A melhor interpretação é a que analisa o sistema da penhora que está sendo substituída.

Como o objetivo da penhora é garantir o juízo, e isso compreende todos os valores advindos da execução, o valor de partida a ser considerado deve ser efetivamente o valor bruto devido, já atualizado, servindo os trinta por cento adicionais como eventual saldo para novas despesas e acréscimos que ocorram no curso da execução.

b) Vigência pelo prazo da execução.

A garantia da execução tem, justamente, a finalidade de que, quando resolvidas todas as questões de execução, após o esgotamento de todos os recursos, exista penhora suficiente nos autos para o pagamento do valor finalmente apurado.

Qualquer garantia que tenha prazo determinado em dias ou outras cláusulas restritivas não atende ao próprio sentido da expressão “garantia do juízo”.

Seria temerário e revelaria desconhecimento dos percalços executórios (embargos, recursos de natureza ordinária e extraordinária, eventual readequação de cálculo com novos recursos), estimar a duração de uma execução.

Não é a parte ou a instituição garantidora que definem o tempo do processo. O tempo do processo é determinado por sua própria tramitação, sendo impossível sua definição ou até mesmo a sua estimativa.

Admitir uma forma de garantia limitada temporalmente com critério que não seja o final do processo, seria olvidar que, ao término da discussão sobre o valor exequendo, pode ser que o juízo não esteja mais garantido pela expiração da validade, ou seja, seria frustrada toda a forma procedimental do processamento da execução.

Deixar ao arbítrio do devedor a renovação da garantia ou sua substituição por outro bem no futuro subverte toda a lógica da penhora de identificar o bem que responderá pela execução, gravando-o até o término do processo com a chancela estatal, para que o devedor não mais dele disponha como desejar.

O artigo 835, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil não autoriza que a parte contrate as garantias em estudo com prazo de validade que não seja o tempo de duração do processo.

Exemplificando com o seguro garantia, o critério previsto no artigo 27 da Circular Susep n.º 256, de 16 de junho de 2004, deve ser o final do processo executivo. Trata-se de um

evento futuro e certo, uma vez que, esgotados todos os recursos, a execução terá fim.

Rememore-se que tal entendimento guarda consonância também com o artigo 8º, inciso II, da Circular Susep n.º 447, de 30 de setembro de 2013, no sentido de que a vigência deve considerar a modalidade de cada risco garantido.

Como já analisado, a garantia substituída deve ter as mesmas características da garantia substituída. A penhora em dinheiro não possui qualquer prazo de validade, logo, as garantias em análise também não podem ostentar tal prazo.

O artigo 884 da CLT prevê que o processamento dos embargos à execução, da impugnação à sentença de liquidação e todos os recursos a eles inerentes dependem da garantia do juízo e, com uma garantia limitada temporalmente, poderíamos ter a teratológica e ilegal situação de que, ao término da discussão sobre o valor exequendo, o juízo não esteja mais garantido, pois expirada a garantia sem que o devedor tenha apresentado nada que a substituísse.

c) Possuir cláusula de renúncia do garantidor ao benefício de ordem (artigo 827, do Código Civil) ou ao direito de exonerar-se da fiança (artigo 835, do Código Civil).

Reportamo-nos à característica, já exposta em relação à constituição de capital, da necessidade de constar expressamente na fiança a renúncia a dispositivos legais que possibilite ao fiador permanecer ou não nessa condição e que implique em qualquer restrição ao recebimento imediato da quantia afiançada.

Não é demais lembrar que a lei, ao equiparar a fiança à penhora em dinheiro, imputou-lhe no âmbito do processo judicial características singulares que conferem a ela maior liquidez, não podendo se sujeitar a restrições que o dinheiro não possuía.

### 3.3. SUBSTITUIÇÃO DO DEPÓSITO RECURSAL (ARTIGO 899, PARÁGRAFO ONZE, DA CLT):

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

(...)

§ 4º O depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança.

(...)

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

O parágrafo onze do artigo 899 da CLT foi incluído pela Lei 13.467/2017, possibilitando ao recorrente obrigado ao depósito recursal que substitua o valor por fiança bancária ou seguro garantia judicial.

Para a análise das características da garantia, inicialmente é importante ressaltar a finalidade do depósito recursal.

Este depósito, nos exatos termos da Instrução Normativa

nº 3, de 05 de março de 1993 do TST, tem natureza de garantia do juízo recursal, limitado a um valor máximo.

Sua natureza fica ainda mais evidente quando verificado que, se a condenação for inferior ao valor máximo estipulado, apenas o valor da condenação é que será depositado.

Feita essa ponderação inicial, concluímos que as características da fiança bancária ou do seguro garantia judicial como substituto do depósito recursal são semelhantes às já analisadas anteriormente.

São elas:

a) Vigência pelo prazo de duração do processo.

Como já analisado, a finalidade do depósito recursal é justamente a de garantia do juízo, obviamente até o final da execução, e não apenas até o término da vigência da apólice.

Da mesma forma como já analisado, é impossível a definição ou até mesmo a estimativa do tempo do processo, todavia, é certo que ele terminará. Trata-se de evento futuro e certo.

A finalidade do depósito recursal é a de que, quando forem resolvidas todas as questões de conhecimento, liquidação e execução, após o esgotamento de todos os recursos, exista valor nos autos para o pagamento da quantia finalmente apurada, ou, pelo menos, de parte dela, na hipótese em que o depósito recursal for recolhido pelo teto, sendo inferior ao valor da condenação.

Também nessa hipótese, uma garantia que tenha prazo determinado em uma data não atende ao próprio sentido da expressão ‘garantia do juízo’. O valor deve estar à disposição do juízo a qualquer tempo.

Não é admitida garantia que não esteja disponível após o prazo de vigência. Sua vigência deverá ser pelo critério da duração do processo, ou seja, a garantia deve vigor até o final do processo, critério a ser estipulado para a vigência, conforme normas da Susep estudadas anteriormente.

O artigo 899, parágrafo onze, da CLT, ao prever a possibilidade de substituição de depósito recursal por fiança bancária ou seguro garantia judicial, não autoriza que a parte o faça com prazo de validade em determinado dia, justamente para não frustrar o objetivo do instituto.

b) Possuir cláusula de renúncia do garantidor ao benefício de ordem (artigo 827, do Código Civil) ou ao direito de exonerar-se da fiança (artigo 835, do Código Civil).

Remetemo-nos à análise exposta anteriormente no que tange à presente característica, que assegura não deixar ao arbítrio do garantidor a manutenção e escolha do tempo de execução da garantia.

### 4. SUBSÍDIO JURISPRUDENCIAL

Diante de tudo o que estudamos acima, colacionamos abaixo algumas decisões colegiadas:

“SEGURO GARANTIA JUDICIAL. PRAZO DETERMINADO. MANUTENÇÃO DA PENHORA EM DINHEIRO. AUSENTE OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. De fato, a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho equipara

ra a carta de fiança e o seguro garantia judicial a dinheiro para efeito da gradação legal de bens penhoráveis, consoante OJ 59 da SBDI-2 do C. TST. Tal entendimento, entretanto, se aplica às hipóteses em que a fiança bancária ou seguro garantia judicial atingem a finalidade de efetiva garantia da execução, o que não ocorre quando a apólice ofertada tem prazo determinado e exíguo em relação à duração do processo. No caso dos autos, o seguro garantia judicial apresentado tem vigência até 12/07/2018, apenas, e, nesse sentido, a manutenção do bloqueio de ativos financeiros da impetrante não fere direito líquido e certo, nos termos do artigo 835 do NCPC e Súmula 417, I do C. TST.” (TRT 2.ª Região – Proc. 1003650-66.2017.5.02.0000 – SDI-4 – Rel. Des. Valdir Florindo – DJE 19/06/2018) (grifei)

“Ainda que em sede de execução provisória, a garantia do Juízo deve ser concreta e efetiva, sendo incompatível fixação de prazo de vigência e imposição de condições para a validade da carta de fiança bancária. Segurança denegada.” (TRT 2.ª Região – Proc. 1002304-80.2017.5.02.0000 – Rel. Des. Margoth Giacomazzi Martins – DJE 26/09/2017) (grifei)

“MANDADO DE SEGURANÇA. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA EM DINHEIRO POR SEGURO GARANTIA COM PRAZO DE VIGÊNCIA DETERMINADO. IMPOSSIBILIDADE. De acordo com a regra inserta no §2º do art. 835 do NCPC, a carta de fiança bancária e a apólice do seguro garantia judicial estão no mesmo patamar do dinheiro. No entanto, para que o Impetrante tenha direito líquido e certo à substituição postulada é imprescindível que a carta de fiança bancária e a apólice do seguro garantia judicial tenham prazo de validade indeterminado.” (TRT 5.ª Região – Processo 0001136-13.2016.5.05.0000, Origem PJE, Relator(a) Juiz(a) Convocado(a) LEA REIS NUNES DE ALBUQUERQUE, Dissídios Individuais II, DJ 22/08/2018) (grifei)

O Colendo STJ há muito já se pronunciou sobre o tema. Transcrevo ementas:

“EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. FIANÇA BANCÁRIA COM PRAZO DETERMINADO. IMPRESTABILIDADE. I - O ditame de que a execução fiscal deve ser operada de modo menos gravoso ao executado deve ser entendido cum grano salis, tendo em vista que a referida ação é feita no interesse do credor, no intuito de realizar a efetiva satisfação do crédito. II - A carta de fiança bancária com prazo de validade determinado não se presta à garantia da execução fiscal, pois, com a longa duração de um processo judicial, pode haver o risco de inexistirem efeitos práticos à penhora oferecida. Precedente: REsp nº 910.522/SP, Relator Ministro ARI PARGENDLER, DJ de 01/08/07. III - Recurso especial provido.” (STJ - REsp 1022281 / RS – Rel. Min. Francisco Falcão – 1.ª Turma – DJe 27/08/2008) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO.

GARANTIA DO JUÍZO. FIANÇA BANCÁRIA COM PRAZO DE-TERMINADO. IMPRESTABILIDADE. - Esta Corte tem orientação no sentido de que a carta de fiança bancária com prazo de validade determinado não se presta à garantia da execução fiscal, pois existe o risco de inexistirem os efeitos práticos da penhora oferecida, considerando a notoriedade da afirmação de que os processos executivos fiscais têm longa duração. Agravo regimental improvido.” (STJ - AgRg no REsp 1216345 / SP - Rel. Min. César Asfor Rocha - 2.ª Turma - DJe 07/08/2012) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA. EM DINHEIRO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SATISFAÇÃO DO CREDOR. 1. - A preterição da ordem estabelecida no artigo 655 do Código de Processo Civil só pode ser admitida quando comprovada não somente a manifesta vantagem para o executado, mas também a ausência de prejuízo para o exequente. 2. - No caso dos autos a executada ostenta grande capacidade financeira, não sendo prejudicada pela imobilização do valor penhorado. Por outro lado, o seguro garantia judicial ofertado em substituição não garante o exequente tanto quanto a penhora em dinheiro, até porque, além da natural dificuldade processual de satisfação de garantia, dadas as possibilidades recursais, no caso concreto, o seguro garantia está submetido a validade determinada, após o trânsito em julgado, o que fatalmente se exaurirá no decorrer da previsível recorribilidade. 3. - Uma vez realizada a penhora em dinheiro, não cabe a sua substituição por fiança bancária de prazo determinado para após o trânsito em julgado, de complexa e incerta realização tendo em vista, o princípio da satisfação do credor. Precedentes. 4. - Recurso Especial provido.” (STJ - REsp 1168543 / RJ - Rel. Min. Sidnei Benetti - 3.ª Turma - DJe 13/03/2013) (grifei)

##### 5. CONCLUSÃO.

Embora a utilização de instituições como garantidoras não seja algo novo (já havia previsão na legislação atinente às execuções fiscais e também no Código de Processo Civil revogado), a forma como elas são apresentadas e contratadas entre devedor e instituição garantidora tem grande importância na análise de sua aceitação ou não no processo.

A garantia precisa ser em valor compatível com o total da dívida e deve ser corrigida pelo mesmo critério definido em sentença para a constituição de capital, com acréscimo de, no mínimo, trinta por cento do valor total da execução atualizada quando substituta da penhora.

Não pode ser aceita como substituta de constituição de capital qualquer fiança que tenha limitação temporal inferior ao número de parcelas deferidas, sendo, inclusive, necessário que a garantia se estenda até o final da vida do credor para o caso de pensões vitalícias.

Quando a natureza da garantia substituta for garantir a execução, seja na hipótese de substituição da penhora, ou de depósito recursal, não pode haver nenhuma limitação temporal que implique na perda da garantia antes do final do proces-

so. Qualquer garantia que tenha limitação temporal anterior a tal marco não atinge a finalidade de garantia do juízo por ser impossível definir qual será a duração do processo até o momento de pagamento. Mesmo qualquer estimativa seria muito temerária.

O critério de vigência da garantia deve ser o final do processo ou término do pagamento do pensionamento.

Embora, por vezes, utilize-se a palavra indeterminada para especificar a vigência da garantia, essa deve ser entendida não no sentido literal da própria palavra, mas no sentido de que a vigência não deve ser estipulada como uma data dissociada do término do pagamento da pensão mensal ou do tempo de duração do processo. A vigência se subordinará ao critério de um evento futuro e certo, embora não seja possível aferir a certeza da data de sua verificação.

Importante nunca olvidar que a lei trata as garantias em estudo como substitutas e, nessa condição, devem ter as mesmas características da garantia substituída. A partir dessa noção, a conclusão é a de que as garantias substitutas não podem trazer, na sua utilização, restrições que a garantia substituída não ostentava (ex. prazo de vigência ou cláusulas limitadoras do pagamento que deturpem a garantia).

Admitir que o devedor contrate restrições à garantia do juízo significa deixar ao arbítrio daquele a existência ou não de garantia de satisfação do crédito ao final. Em sendo o objetivo da execução a satisfação da obrigação, o devedor não pode se utilizar de garantias substitutas que deixem ao seu próprio critério (ex. renovação da garantia) a satisfação do crédito.

A conjugação dos princípios da primazia do credor e da execução pelo meio menos oneroso permite que sejam ofertadas tais garantias. Todavia, não permite que o devedor simplesmente as contrate da forma mais barata possível (com prazo de validade que se esgote antes do pagamento do processo e com cláusulas restritivas que possam inviabilizar sua efetiva utilização).

Por derradeiro, importante observar que a garantia ofertada não pode ter nenhuma restrição que impeça ou dificulte sua utilização no momento em que o juízo vier a executá-la, sendo indispensável que, no caso da fiança, haja renúncia por parte do fiador aos direitos atinentes ao benefício de ordem e de exonerar-se da fiança.

Concluímos, portanto, que tais institutos representam uma forma alternativa à garantia da execução e sua utilização é plenamente compatível com o procedimento trabalhista, todavia, as garantias devem ser analisadas com cautela quando de sua apresentação, posto que não podem apresentar cláusulas que possibilitem ao devedor ou à instituição garantidora frustrar a mencionada garantia da execução.

LEONARDO ALIAGA BETTI

Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - São Paulo.

Mestrando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Professor de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Universidade de Mogi das Cruzes/SP (UMC). Professor Convidado no Curso de Pós-Graduação da Escola Paulista de Direito (EPD), na Escola Superior de Advocacia (ESA) de Mogi das Cruzes, na Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI) e no Centro Preparatório Jurídico (CPJur). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (GPTC-USP)

## NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO: ANÁLISE DO FENÔMENO DA ULTRATIVIDADE E DE SUAS REPERCUSSÕES NO BRASIL E EM PORTUGAL COLLECTIVE BARGAINING OF LABOR: ANALYSIS OF THE PHENOMENON OF ULTRA-ACTIVITY AND ITS REPERCUSSIONS IN BRAZIL AND PORTUGAL

**Resumo:** A partir dos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, o presente artigo analisa as repercussões do término do período de vigência de instrumentos de negociação coletiva de trabalho nos contratos individuais de trabalho, quando tais instrumentos não são sucedidos por novos ajustes coletivos. Para tanto, é feito o exame da evolução legislativa e jurisprudencial nos dois países, com o fim de detectar as semelhanças e diferenças, bem assim a adequação jurídica do fenômeno da ultratividade e de seus efeitos nas respectivas realidades sociais. O resultado revela a existência de distinção importante entre os impactos nas relações individuais de trabalho numa e noutra nação, mas certamente suscita, nos dois casos, relevante preocupação quanto à condição dos trabalhadores afetados.

**Palavras-chave:** Negociação coletiva de trabalho. Ultratividade. Sobrevigência.

**Abstract:** Based on the legal systems of Brazil and Portugal, this article analyzes the repercussions of the end of the period of validity of instruments of collective bargaining in individual contracts of employment, when these instruments are not succeeded by new collective adjustments. In order to do so, it examines the legislative and jurisprudential evolution in both countries, in order to detect the similarities and differences, as well as the legal adequacy of the phenomenon of ultra-activity and its effects on the respective social realities. The result reveals the existence of an important distinction between the impacts on individual labor relations in one nation and another, but it certainly gives rise to significant concern in the two cases regarding the condition of the workers affected.

**Keywords:** Collective bargaining. Ultra-activity. Survival.

### INTRODUÇÃO

A possibilidade de uma norma coletiva produzir efeitos para além do período pactuado pelos contratantes, a chamada ultratividade ou sobrevigência, é tema sobre o qual a doutrina e a jurisprudência do Brasil e de Portugal vêm se debruçando

há bastante tempo.

Em Portugal, o assunto ganhou importância a partir de alterações legislativas empreendidas no início do presente século. No Brasil, embora a primeira regra expressa a respeito do tema date ainda do início dos anos 1990, é possível perceber a existência de uma vacilante jurisprudência até os dias atuais, e a edição de uma lei tratando do assunto a partir de fins de 2017 é a prova de que a questão ainda está longe de ser pacificada.

Enquanto se verifica intensificação da preocupação estatal com o estabelecimento de limites à ultratividade nos dois países, também se observa que tal fenômeno caminha lado a lado com a paulatina redução dos direitos garantidos pelas respectivas legislações. Ao mesmo tempo, percebe-se que a existência de crises econômicas cíclicas inerentes ao sistema capitalista de produção interfere diretamente nos dois temas (limitação à ultratividade e redução a direitos), causando nítido desequilíbrio entre as partes envolvidas na relação de trabalho.

O presente artigo visa analisar a questão do ponto de vista jurídico, mais precisamente em relação aos reflexos na atuação sindical e nos contratos individuais dos trabalhadores afetados pela limitação à ultratividade. Por isso, a ideia é efetuar um estudo da evolução legislativa e jurisprudencial em Portugal e no Brasil e avaliar, de modo comparativo, o atual estágio do exercício da vontade coletiva da classe trabalhadora, bem assim a condição do trabalhador individualmente considerado frente aos dois ordenamentos.

Para a consecução do objetivo proposto serão detectadas, em princípio, particularidades na ordem constitucional dos dois países ligadas ao tema proposto, o que permitirá estabelecer as diferenças do nível de proteção constitucional a que estão sujeitos os trabalhadores portugueses e brasileiros, tanto do ponto de vista da garantia no emprego como no tema ligado à atuação sindical.

Na sequência, realizar-se-á análise sobre os meios de negociação coletiva dispostos nos ordenamentos dos dois países, para, então, debruçar-se sobre o tema central deste artigo, que diz respeito à ultratividade dos instrumentos de regulação coletiva e aos reflexos da imposição de limites a tal instituto. A partir daí, serão então observados os impactos das

reformas legislativas recentes introduzidas nas ordens infraconstitucionais portuguesa e brasileira na atuação sindical e na esfera de proteção individual dos trabalhadores.

Ao fim, será então possível correlacionar os temas analisados, o que possibilitará demonstrar que o nível de proteção dos trabalhadores e do próprio poder de barganha das entidades sindicais está atualmente em situação de risco, ainda que em grau distinto nos dois países.

Eis a proposta deste trabalho.

### 1. PONTOS DE CONTATO E DE DISTÂNCIA NAS ORDENS JURÍDICAS PORTUGUESA E BRASILEIRA

Brasil e Portugal são países, que, embora geograficamente distantes, apresentam semelhanças dignas de notas no aspecto jurídico. Essa proximidade, evidentemente resultante de uma história cujos caminhos se cruzaram a partir do século XV, revela-se aparentemente de forma um pouco mais aguda quando o ponto comum de observação é a Constituição dos dois países.

A Constituição brasileira foi promulgada em 1988, doze anos depois da portuguesa. Tem marcado conteúdo programático, com feição seguramente *dirigente*<sup>1</sup>, o que é resultado de reconhecida inspiração do texto da Constituição lusitana. Assim, não deve causar estranheza que mestres como Jorge Miranda e Joaquim José Gomes Canotilho, que tanta influência exercem no direito constitucional brasileiro, sejam dos mais renomados constitucionalistas portugueses. Aliás, mesmo que seus escritos tenham como ponto de partida mais primitivo o modelo de ordenamento português (estudos que hoje se espraiam ao ponto de constituírem uma análise dos sistemas constitucionais de quase todo o mundo), é possível dizer que, no Brasil, qualquer análise mais aprofundada sobre o sentido da Constituição somente se revela verdadeiramente completa quando também amparada nas obras dos festejados autores portugueses.

Assim como a Constituição brasileira possui um rol específico de direitos sociais – reservando um artigo com mais de trinta incisos elencando os direitos dos trabalhadores (7º), outro destacando os direitos das associações sindicais (8º), e ainda outro consagrando o exercício do direito de greve (9º) –, a Constituição portuguesa também o faz, seja garantindo direitos aos trabalhadores (artigo 59º) ou mesmo o próprio emprego (artigos 53º e 58º), seja preservando a liberdade sindical (artigo 55º), o direito à contratação coletiva<sup>2</sup> (artigo 56º), ou o fundamental direito à greve (artigo 57º).

Porém, quando se faz uma análise um pouco mais acurada dos diversos dispositivos legais mencionados, tem-se então

uma impressão um pouco diferente: na verdade, existem sérias diferenças no tema ligado à tutela dos direitos sociais em Portugal e no Brasil. Dois importantes exemplos que dizem respeito ao objeto deste artigo merecem menção: a garantia no emprego e a liberdade sindical.

O artigo 53º da Constituição de Portugal estabelece que “é garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”. Já o seu “similar” brasileiro, o artigo 7º, inciso I, dispõe ser direito dos trabalhadores a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (o destaque é apenas desta transcrição).

Pelo comparativo, já de antemão se percebe que, enquanto a norma lusitana tem eficácia plena, aplicabilidade imediata, e na prática corresponde à total inviabilidade de qualquer dispensa imotivada naquele ordenamento, a brasileira tem um conteúdo meramente orientador, que acaba por ter, enquanto não suficientemente regulamentado por norma infraconstitucional, eficácia limitada<sup>3</sup>.

Essa diferença revela-se, aliás, na própria atuação do legislador infraconstitucional. Enquanto o Código do Trabalho (CT) português estabelece freios ao chamado “despedimento coletivo”, autorizando-o apenas na hipótese de “encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos” (conforme o Artigo 359º, 1 do CT de Portugal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) brasileira prevê, desde 2017, que “as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação” (artigo 477-A).

O segundo traço da marcante diferença no grau de proteção dos dois ordenamentos diz respeito à ingerência na atuação das organizações sindicais.

A Constituição lusa, depois de reconhecer em seu artigo 55º, número 1, “aos trabalhadores a liberdade sindical, condição e garantia da construção da sua unidade para defesa dos seus direitos e interesses”, estabelece a premissa de que “no exercício da liberdade sindical é garantido aos trabalhadores, sem qualquer discriminação, designadamente, (...) liberdade de constituição de associações sindicais a todos os níveis”

3. Vale dizer que a “lei complementar” exigida pelo Constituinte mais de trinta anos atrás ainda não foi editada. Por isso, ainda hoje, mesmo depois de três décadas, regula-se a questão por meio de uma “disposição constitucional transitória” (o artigo 10, inciso I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), que estipula apenas uma “multa” para o empregador que dispensa o empregado de forma injustificada. Nesse tema, por sinal, vale lembrar que o Brasil, embora tenha ratificado em 1995 a Convenção 158 da OIT (que prevê justamente a necessidade de motivação da dispensa), denunciou-a ainda no ano de 1996, denúncia essa cuja validade encontra-se em discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1625, ajuizada no ano de 1997 e até hoje sem julgamento.

(número 2 do artigo 55º). Ou seja: consagra a liberdade sindical, na linha preconizada pela Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>4</sup>.

Por sua vez, o Brasil tem uma realidade certamente mais restritiva. Afinal, embora a Constituição brasileira preveja em seu artigo 8º que “é livre a associação profissional ou sindical”, logo restringe esta liberdade ao dispor, no inciso II do mesmo artigo 8º, que “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”. Não por acaso, o Brasil até hoje não ratificou a Convenção 87 da OIT<sup>5</sup>, eis que, além da restrição mencionada, que ainda vigora, previu, até 2017, o financiamento sindical obrigatório<sup>6</sup>.

Assim, a partir dos exemplos citados, segurança no emprego e liberdade sindical, é possível perceber que, a despeito das semelhanças genericamente observadas em análise ainda superficial das ordens constitucionais de Portugal e Brasil, muito há de diferente quando a observação se aprofunda. Em outros termos: a inspiração que o ordenamento português confere ao brasileiro resume-se mais à forma que ao conteúdo, e, quando diz respeito a esse, é mais aparente que real.

Vejamos então se tal situação também se verifica no fenômeno relacionado à negociação coletiva (tema diretamente relacionado com liberdade sindical e amplitude da segurança no emprego), e, mais especificamente, à possibilidade de produção de efeitos para além do seu período de vigência.

### 2. ASPECTOS GERAIS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO BRASIL E EM PORTUGAL

Como já foi pontuado, o artigo 56º da Constituição portuguesa trata de direito sindical. Pelo n.º 3 do dispositivo, o Constituinte estabelece que “compete às associações sindicais exercer o direito de contratação coletiva, o qual é garantido nos termos da lei”. É no Subtítulo II do Título III da Parte Geral do Código do Trabalho português que se encontra a regulação no âmbito infraconstitucional de tal direito, mais precisamente nos artigos 476º a 503º do Código do Trabalho. Não havendo, pela exclusiva conjugação de interesses das partes, contratação frutífera, o Código do Trabalho prevê ainda mecanismos de resolução de conflitos coletivos de trabalho que serão brevemente analisados.

Em Portugal, quando a negociação coletiva é frutífera, tem-

4. Em Portugal, a Lei 45/77, publicada no “Diário da República” de 07 de julho de 1977, estampa a ratificação do instrumento em questão, que foi aprovado na 31ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Conferência de São Francisco, 1948) e entrou em vigor em 1950.

5. Ainda assim, o Brasil ratificou a Convenção n.º 98 da OIT, que trata dos “princípios do direito de organização e de negociação coletiva”, o que, para muitos, poderia significar a consagração do modelo de liberdade sindical, tese esta, porém, não colocada em prática pelas organizações sindicais, até mesmo em função da literalidade do artigo 8º, II, da Constituição brasileira.

6. A partir da introdução da Lei n.º 13.467/2017 no ordenamento brasileiro, tal contribuição passou a ser facultativa.

se a convenção coletiva, gênero no qual se incluem três espécies: os contratos coletivos de trabalho, os acordos coletivos e os acordos de empresa. Nos primeiros, os ajustes resultam de celebração entre sindicatos de trabalhadores e associações de empregadores. Nos acordos coletivos, as convenções são fruto de ajuste entre uma pluralidade de entidades empregadoras em nome de uma pluralidade de empresas e as respectivas associações profissionais sindicais. Já nos acordos de empresa, o ajuste se dá entre a entidade empregadora na condição de representante de uma só empresa em face das associações sindicais.

Não há, como se pode observar, a figura do “sindicato de empregadores”, mas típica associação sem caráter sindical. Daí concluir, ainda sob o ponto de vista constitucional, que a garantia fixada pelo Constituinte português no n.º 3 do artigo 56 é voltada especificamente para a classe trabalhadora (não necessariamente, portanto, também à classe empresarial)<sup>7</sup>.

Na hipótese de a negociação ser infrutífera, a legislação portuguesa prevê três mecanismos de solução do conflito: a conciliação, a mediação e a arbitragem. Em todos os casos, introduz-se um terceiro, que participará da negociação a partir de diferentes níveis: enquanto na conciliação o conciliador participa apenas como uma espécie de conselheiro, na mediação o interveniente propõe a própria solução do conflito, que pode ou não ser aceita pelas partes; já na arbitragem, o que se tem é a delegação da própria solução do conflito a árbitros, havendo, então, uma decisão arbitral com efeitos vinculantes e equivalentes aos de uma negociação coletiva<sup>8</sup>.

É apenas nas duas primeiras situações, conciliação e mediação, que o Estado intervém diretamente, e, ainda assim, mediante manifestação de vontade expressa de uma ou das duas partes. A respectiva competência é reservada a um órgão do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social português, a “Direção-Geral do Emprego e das Relações de Trabalho” (DGERT).

Na arbitragem, que pode ser voluntária, obrigatória ou necessária (a depender do interesse das partes e da condição dos trabalhadores atingidos pela ausência de regulação por meio de instrumentos antecedentes de contratação coletiva), o Estado não intervém, mantendo-se tão somente a obrigatoriedade do envio do “texto da decisão arbitral às partes e ao serviço competente do ministério responsável pela área laboral, para efeitos de depósito e publicação” (conforme o n.º 2 do artigo 505 do Código do Trabalho), tal qual acontece nas demais modalidades de resolução, mas por intermédio

7. É que, como constatado, o exercício do direito constitucionalmente assegurado de contratação coletiva compete “às associações sindicais”, e nestas não se incluem as associações de empregadores. Nesse sentido, qualquer interveniência legislativa infraconstitucional no exercício da negociação coletiva representa, ao fim e ao cabo, uma possível limitação ao próprio sentido e alcance do texto constitucional. A constatação é de FERNANDES, António Monteiro. **Escritos de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2018.

8. Neste caso, não se tem propriamente instrumento negocial, o que também se verifica com os mecanismos da portaria de extensão e portaria de condições de trabalho, os chamados instrumentos não negociais previstos no número 4 do artigo 2º do Código do Trabalho.

1. A notória expressão é do mestre constitucionalista CANOTILHO, Joaquim José Gomes, em **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra Editora, 2001.

2. A locução “contratação coletiva” é definida, no ordenamento português, como sinônimo de negociação coletiva, não como alguma forma empregatícia grupal de contratação, como o nome poderia sugerir para a realidade brasileira, cuja compreensão afigura-se mais clara quando se substitui a expressão por “negociação coletiva”.

das próprias partes interessadas.

No Brasil, o artigo 8º da Constituição prevê que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”, e, ao mesmo tempo, estabelece o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” como direito fundamental dos trabalhadores.

A Consolidação das Leis do Trabalho brasileira – que não é um Código do Trabalho, mas o feixe das normas mais relevantes que se aplicam às relações de trabalho no país –, regula a negociação coletiva, prevendo duas modalidades regulares de pactuação: a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho. Enquanto na primeira o ajuste se concretiza entre sindicatos representativos dos empregadores (que constituem a chamada categoria econômica) e sindicatos representativos dos trabalhadores (categoria profissional), no acordo coletivo o pacto é firmado entre o sindicato da categoria profissional e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica<sup>9</sup>.

Inexistindo negociação exitosa, surge a possibilidade de intervenção de um terceiro na solução do conflito. À maneira do que ocorre em Portugal, tanto pode haver a intervenção estatal, como as partes podem delegar a decisão a um árbitro. A intervenção estatal pode ocorrer por três fontes: Ministério do Trabalho e Emprego, por meio de suas Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego; Ministério Público do Trabalho<sup>10</sup>; ou pelo próprio Poder Judiciário, surgindo, neste último caso, uma anômala forma de atuação: o órgão jurisdicional age como se fosse o legislador, resolvendo o chamado “dissídio coletivo”, na linha estipulada pelo artigo 114, §2º da Constituição brasileira:

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

A disposição merece duas observações pontuais.

A primeira é a de que os dissídios coletivos podem ter, no Brasil, duas naturezas: a econômica, que responde à qua-

9. No caso dos acordos coletivos de trabalho não há, como se vê, qualquer entidade sindical representando a categoria dos empregadores envolvidos. Há alguma perplexidade quanto ao direcionamento da jurisprudência brasileira acerca da recepção de tal mecanismo a partir da Constituição de 1988 (que se deu em sentido positivo). Afinal, a Constituição, como observado, dispõe ser “obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”, sem distinção entre representatividade profissional e econômica: reconhecendo-se validade à negociação empreendida sem representação sindical de um dos lados (o do empregador), tem-se literal inconstitucionalidade na espécie.

10. Conforme o disposto no artigo 83 da Lei Complementar n.º 75/1993: Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...] XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho.

se totalidade dos enfrentamentos, caracterizada quando a discussão trata da pactuação de cláusulas que dizem respeito ao próprio rol de direitos aplicáveis à categoria, como o pagamento de algum benefício ou a extensão de algum direito legalmente previsto; e a natureza jurídica, que consiste na resolução de um conflito meramente interpretativo de cláusulas já previstas, a exemplo, a própria abrangência de algum benefício ou da extensão de algum direito legalmente previsto.

A segunda observação a ser feita é a de que o legislador exige “comum acordo” para que as partes (em conflito) submetam a questão ao Poder Judiciário. Não é preciso maior esforço para perceber a dificuldade do atendimento a esse pressuposto, na medida em que, não havendo interesse de uma das partes em submeter a questão ao Poder Judiciário, o problema fica sem solução, em clara situação de desequilíbrio, que, como se verá mais adiante, penderá em desfavor do trabalhador.

De todo modo, se, em função da ausência do “comum acordo”, a categoria profissional deflagrar greve, e esta atingir atividade considerada pela legislação brasileira como “essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito” (conforme o §3º do próprio artigo 114 da Constituição brasileira).

Independentemente de quem suscitar o conflito (se as próprias categorias ou o Ministério Público), a decisão do Poder Judiciário gera, então, normas aplicáveis ao âmbito das categorias em conflito. Tal decisão tem o nome de “sentença normativa”, e deverá vigorar, de acordo com o ordenamento brasileiro, por até quatro anos, podendo ser substituído no período por instrumentos privados de negociação coletiva (os acordos e convenções).

A questão da vigência é o tema a ser enfrentado daqui por diante.

### 3. VIGÊNCIA E SOBREVIGÊNCIA DOS INSTRUMENTOS DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Tanto em Portugal como no Brasil, a atividade de produzir normas aplicáveis às relações de trabalho tem por finalidade a pacificação das relações entre trabalhadores e empregadores. Ao mesmo tempo em que os instrumentos respectivos têm caráter normativo (já que são dotados das características comuns a todo tipo de norma, quais sejam, abstração, generalidade e impessoalidade), são também fruto de negociação entre as partes diretamente atingidas por sua regras, o que, de certo modo, confere caráter democrático a esse especial tipo de norma.

Em que pese a confluência de vontades para a elaboração da maioria dos instrumentos de negociação – uma vez que, tanto no Brasil como em Portugal, a caracterização de conflitos é vista sempre de modo subsidiário, já que deve suceder exaustivas tentativas de conciliação, que em sua maior parte obtêm sucesso –, não se pode esquecer que as convenções coletivas<sup>11</sup> regulam interesses diametralmente opostos, quais

11. Expressão aqui utilizada como gênero para os dois países.

sejam, os do capital e os do trabalho. Interesses, como se presume, bastante sensíveis à conjuntura econômica incidente sobre a atividade envolvida.

Sintomático considerar, nessa linha de raciocínio, que, conforme a realidade do país indique retração econômica, passa a ser interessante para os trabalhadores que as condições fixadas por meio de negociação coletiva anterior permaneçam intocadas, na medida em que as dificuldades dos respectivos empregadores têm de ser enfrentadas exclusivamente por estes, sem qualquer rescaldo para os seus empregados. O raciocínio inverso também é verdadeiro: conforme as condições econômicas mostrem-se favoráveis à atividade empresarial, deixa de haver interesse por parte dos empregadores na modificação das respectivas cláusulas de ajustes coletivos, uma vez que, inviabilizando-se sua reformulação, a distribuição dos lucros em época de bonança não se faz proporcionalmente aos ganhos obtidos pelo capital.

O fato é que o sistema capitalista de produção vive de ciclos de fartura e de retração. A má notícia é que os períodos de fartura vêm sendo cada vez menores no mundo ocidental. E, embora o objeto deste artigo não seja propriamente econômico ou sociológico, é forçoso ter por premissa, mesmo em uma análise exclusivamente jurídica, que os longos períodos de retração acabam por refletir diretamente na legislação dos países atingidos, especialmente na legislação trabalhista<sup>12</sup>, o que será objeto de aprofundamento mais à frente. Mais que isso: é fenômeno comprovado que, em países com economias subdesenvolvidas, a retração tem efeitos mais deletérios à classe trabalhadora, o que é resultado da própria fraqueza dos respectivos empregadores, despreparados para superar períodos mais longos de crise.

Sendo de conhecimento comum que a realidade econômica europeia encontra-se em um patamar muito superior ao que se encontra a realidade latino-americana, também se há de ter por certo que, analisado sob um ponto de vista exclusivamente econômico, são menores (mas existentes) as preocupações da classe trabalhadora portuguesa em comparação com a brasileira, no que diz respeito à influência das crises econômicas nas respectivas negociações de trabalho. Aliás, o próprio rol de direitos estipulados pelo legislador demonstra essa diferença, o que quer dizer que o ponto de partida da negociação coletiva é diferente num e noutro país. A título de exemplo: para o trabalhador brasileiro, uma cláusula negocial prevendo garantia no emprego em tempos de crise econômica seria uma conquista indiscutível da categoria (talvez a mais relevante delas), ao passo que, para o

12. Até porque, do ponto de vista econômico e/ou filosófico, enquanto a classe trabalhadora é vista por alguns como a verdadeira fonte de toda e qualquer riqueza, para grande parte da classe empresarial o trabalhador é considerado um “custo”. Consequentemente, a depender do viés (liberal ou intervencionista) adotado pelo Governo, o trabalhador representará “custo” ou “fonte de riqueza”, e, nesse sentido, as alterações legislativas empreendidas partirão de um outro desses pressupostos. Daí o evidente conteúdo economicista de toda e qualquer mudança operada no direito do trabalho. Nesse sentido, MARX, Karl. **O capital**: Livro I. Boitempo Editorial, 2017.

trabalhador português, tal cláusula seria simplesmente inútil, por representar mera reprodução de texto legal, e, portanto, já integrada ao patrimônio do empregado.

Ao mesmo tempo, a negociação coletiva em tempos de economia retraída acaba por concretizar menor gama de vantagens para os trabalhadores. Afinal, especialmente em países com um nível de desemprego mais elevado, o bem a ser assegurado é o próprio emprego, ficando em segundo plano a introdução de direitos por assim dizer “circunstanciais”.

Certamente também em função de uma maior estabilidade econômica vivida em Portugal, até 2003 pouco se preocupou com a necessidade de adaptação dos instrumentos de negociação coletiva de trabalho às interferências da conjuntura econômica, tanto que, como regra, o instrumento coletivo permanecia vigente até que uma nova regulação o substituísse. Nesse caso, inexistindo negociação frutífera, o instrumento em vigência permanecia hígido, o que, como destacado, em casos de retração econômica, seria uma salvaguarda em prol da classe trabalhadora. Esse fenômeno é intitulado pela doutrina brasileira como “aderência limitada por revogação” ou “ultratividade relativa”: as cláusulas convencionais aderem aos contratos individuais de trabalho das categorias abrangidas pelos instrumentos coletivos até que outro instrumento negocial seja formalizado. Nesse caso, o período de vigência instrumentalizado na pactuação coletiva perde relevância, mas a sua eficácia é festejada por Maurício Godinho Delgado, para quem:

Tal posição se mostra, tecnicamente, mais correta, por se estar tratando de norma jurídica – e norma provisória é, regra geral, uma excepcionalidade. Doutrinariamente é também mais sábia, por ser mais harmônica aos objetivos do Direito Coletivo do Trabalho, que são buscar a paz social, aperfeiçoar as condições laborativas e promover a adequação setorial justralhista. Ora, a provisoriedade conspira contra esses objetivos, ao passo que o critério da aderência por revogação instaura natural incentivo à negociação coletiva.<sup>13</sup>

Ao lado desse critério, Godinho ainda menciona a existência de outros dois: o da “aderência irrestrita”, ou seja, o fenômeno pelo qual os dispositivos convencionados em instrumentos coletivos agregam-se em definitivo aos contratos individuais de trabalho – não podendo mais ser suprimidos mesmo na hipótese de introdução de novo convênio coletivo –, e o da “aderência limitada pelo prazo”, ou seja, situação em que os direitos previstos em instrumentos coletivos aderem aos contratos apenas pelo período de vigência da norma correspondente<sup>14</sup>.

O primeiro desses dois parâmetros é francamente contrário à própria natureza jurídica da negociação coletiva. É que a ideia nele disposta parte do pressuposto de que as cláusulas

13. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. Página 1664.

14. Op. cit. Página 189/190.

las do instrumento de regulação teriam a natureza jurídica de cláusulas contratuais, não de verdadeiras normas, sujeitas a revogações. Exatamente por isso, não tem qualquer prestígio tanto no ordenamento português como no brasileiro, até porque tal critério inviabilizaria, em curto espaço de tempo, a própria negociação coletiva.

Já a ideia da aderência limitada pelo prazo é a que se verifica atualmente tanto no Brasil como em Portugal, inserindo-se a controvérsia justamente no que diz respeito à possibilidade de produção de efeitos para além do termo de vigência nas situações em que a negociação coletiva subsequente não vem a ser frutífera.

No Brasil, o fenómeno em análise é chamado de “ultratratividade”, tal qual ocorre na Espanha. Em Portugal, fala-se em “sobrevigência”. Embora seja possível extrair alguma diferença de conteúdo semântico, do ponto de vista jurídico a ideia é rigorosamente a mesma: tanto na sobrevivência como na ultratividade, o que se analisa é até que ponto determinada norma coletiva pode continuar a produzir efeitos após o encerramento da vigência estabelecida no próprio instrumento de negociação, e quais são os direitos que se integram aos contratos individuais de trabalho atingidos pelo termo final (se é que existe algum nessa condição).

Foi no Código do Trabalho português de 2003 (com aprofundamento na revisão de 2009) que se inseriu a possibilidade de uma das partes manifestar-se contrariamente à continuidade de uma convenção. E, conforme o mecanismo introduzido, a partir do instante em que a parte interessada exterioriza tal contrariedade (fenómeno identificado por “denúncia”), passa a existir o chamado período de sobrevivência da norma coletiva, que se consubstancia, como mencionado, na manutenção da produção de seus efeitos por certo tempo, enquanto as partes estiverem negociando uma nova convenção.

Essa contextualização legislativa é demonstrada de forma bastante didática no Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal n.º 338/2010:

O artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de Dezembro (Lei dos Instrumentos de Regulamentação Colectiva) estipulava a regra da *continuidade* das convenções colectivas. Estas vigoravam pelo prazo que delas constasse expressamente (n.º 1), prevendo-se ainda a manutenção da respectiva vigência até serem substituídas por outro instrumento de regulamentação colectiva (n.º 2). A cessação da vigência de um IRC dependia, portanto, do surgimento de novo instrumento substitutivo.

O Código do Trabalho de 2003 veio alterar esta orientação, a qual é confirmada e aprofundada pela revisão de 2009. Com efeito, o artigo 10.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, visa fazer cessar o regime de *vigência contínua* das convenções colectivas celebradas anteriormente que continham cláusula que reproduzia o conteúdo do referido artigo 11.º da Lei dos Instrumentos de Regulamentação Colectiva<sup>15</sup>.

Pelas novas regras, efetuada a denúncia, superado o tempo de sobrevivência – que atualmente é de doze meses –, e não havendo novo instrumento negociado, passa a imperar o disposto no atual n.º 8 do artigo 501.º do Código do Trabalho português:

Após a caducidade e até à entrada em vigor de outra convenção ou decisão arbitral, mantêm-se os efeitos acordados pelas partes ou, na sua falta, os já produzidos pela convenção nos contratos de trabalho no que respeita a retribuição do trabalhador, categoria e respetiva definição, duração do tempo de trabalho e regimes de proteção social cujos benefícios sejam substitutivos dos assegurados pelo regime geral de segurança social ou com protocolo de substituição do Serviço Nacional de Saúde.

Portanto, em Portugal, estando presente a denúncia por uma das partes, mas desacompanhada de novo instrumento de regulação coletiva após doze meses, o que hoje se resguarda aos trabalhadores atingidos é o salário até então negociado, o enquadramento profissional, a jornada de trabalho e os regimes de proteção social especificados no Código. Demais direitos, ainda que negociados e previstos no ajuste coletivo, devem ser simplesmente suprimidos da categoria.

Diversas vozes levantaram-se no sentido de que a nova regulação seria inconstitucional, em função do princípio da autonomia coletiva estampado no n.º 3 do artigo 56 da Constituição de Portugal: na forma já mencionada neste artigo, o raciocínio seria o de que o direito constitucional de contratação coletiva, reservado exclusivamente à classe trabalhadora, seria afrontado pela disposição infraconstitucional, que estaria conferindo ao empregador o poder de estabelecer limites à negociação, o que nem mesmo o Constituinte fez. Esta linha é exposta por António Monteiro Fernandes, para quem:

[...] a Lei Fundamental portuguesa refere-se, no art. 56.º/3 – artigo intitulado *Direitos das associações sindicais e contratação colectiva* – ao “direito de contratação coletiva” cujo exercício compete “às associações sindicais”, ou seja, refere-se a um só dos pólos da autonomia colectiva, o das organizações de trabalhadores. Esta abordagem constitucional não incide, pois, directamente, sobre a autonomia colectiva, [...], mas sobre um “direito colectivo dos trabalhadores”, cujo exercício é entregue às associações sindicais, e cujo objecto é a participação na definição normativa das condições de trabalho na empresa ou sector, envolvendo duas valências convergentes: a partilha de um poder determinativo que, de outro modo, seria unilateralmente assumido pelo empregador, e a abertura de uma via de realização de interesses colectivos dos trabalhadores, no sentido da progressiva melhoria da sua condição, dentro das possibilidades existentes em cada conjuntura económica, social e política.”<sup>16</sup>

Monteiro Fernandes também menciona que a constitucionalidade do dispositivo legal em questão foi contestada em

tc/acordaos/20100338.html> Consulta realizada em 20.12.2018.

16. FERNANDES, António Monteiro. Op. cit.

duas ocasiões<sup>17</sup>, mas em ambas o Tribunal Constitucional português considerou a nova regra constitucional, sob o fundamento de que a negociação coletiva seria não um instrumento de tutela dos direitos dos trabalhadores, mas de dinâmica das partes envolvidas, tendo por finalidade adaptar os regimes de trabalho à realidade económica das empresas envolvidas, devendo ser, por consequência, mais flexível. Porém, o autor deixa clara sua inconformidade com a decisão ao afirmar crer “em suma, que a questão da conformidade constitucional do regime de sobrevivência limitada, no ordenamento jurídico português, deve considerar-se em aberto, face ao tratamento insatisfatório que lhe foi dado pelo Tribunal Constitucional”. Nesse sentido, a fundamentação dos autores do pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 501.º do Código do Trabalho, assim relatada no Acórdão 338/2010:

O artigo 501.º do Código do Trabalho e o artigo 10.º da Lei Preambular vêm estabelecer um sistema de sobrevivência e caducidade das convenções colectivas que atenta contra a liberdade sindical e o direito de contratação colectiva.

A posição dos parceiros sociais nunca é de verdadeira igualdade, como, aliás, a própria Constituição reconhece ao dar protecção específica apenas às associações sindicais, enquanto representantes dos interesses dos trabalhadores em face das entidades patronais.

A desigualdade das partes nas relações laborais assume particular importância nos direitos de exercício colectivo e, particularmente, na contratação colectiva. De facto, foi através da contratação colectiva que os trabalhadores conquistaram um significativo acervo de direitos (como é o caso da limitação da jornada de trabalho), que as normas agora previstas, ao fazer caducar as convenções colectivas, põem em causa mesmo relativamente aos direitos adquiridos.

O legislador determina, verificados os pressupostos aí previstos, a «morte» das convenções colectivas, mesmo aquelas que contenham uma disposição no sentido de que apenas caducarão quando forem substituídas por nova convenção.

Ora, como se constata a partir dos avisos sobre a data da cessação da vigência de convenções colectivas publicadas até ao presente, na esmagadora maioria dos casos, para não dizer a totalidade, à publicação do referido aviso não se seguiu a celebração de nova convenção colectiva, originando a criação de um vazio contratual, vazio este que constitui uma verdadeira negação/violação da obrigação constitucional que impende sobre a lei de garantir o exercício do direito de contratação colectiva, que assiste às associações sindicais (artigo 56.º, n.ºs 3 e 4 da Constituição).

A presente lei, à revelia da Constituição, vem reconhecer às associações de empregadores o direito de fazerem caducar as convenções colectivas e o direito de não nego-

17. Acórdãos 338/2010 e 602/2013 do Tribunal Constitucional, ambos disponíveis no endereço eletrónico <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>>. Consulta aos dois realizada em 20.12.2018.

ciarem/celebrarem convenções colectivas.

Criam-se, assim, situações de vazio normativo em que não há qualquer convenção colectiva em vigor. Em consequência, as associações sindicais são obrigadas a negociar novas convenções colectivas sob a pressão da caducidade das convenções colectivas anteriores e os trabalhadores ficam, entretanto, privados dos direitos nelas consignados.

Porém, conforme reconheceu o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 306/2003, a garantia do direito da contratação colectiva (art. 56.º, n.º 3, da Constituição) “implica uma actuação positiva do legislador no sentido de fomentar a contratação colectiva, alargar ao máximo o seu âmbito de protecção, manter a contratação vigente e evitar o alastramento de vazios de regulamentação”.

O Tribunal, apesar da fundamentação aduzida contra a caducidade das convenções colectivas não substituídas e dos diversos votos de vencido, acabou por não declarar a inconstitucionalidade da norma em causa, mas apenas no pressuposto “de que a caducidade da eficácia normativa da convenção não impede que os efeitos desse regime se mantenham quanto aos contratos individuais de trabalho celebrados na sua vigência e às respectivas renovações.”

Ora é precisamente este pressuposto que o n.º 6 do artigo 501.º (em conjugação com o disposto no restante artigo e com o artigo 10.º da Lei Preambular) vêm deitar por terra.

Nos termos da lei, apenas se mantêm em vigor os efeitos em que as partes acordem ou, na sua falta, os relativos a: retribuição do trabalhador, categoria e respectiva definição; duração do tempo de trabalho, e regimes de protecção social cujos benefícios sejam substitutivos dos assegurados pelo regime geral de segurança social ou com protocolo de substituição do Serviço Nacional de Saúde.

As disposições legais relativas à caducidade e sobrevivência das convenções colectivas, que agora se impugnam, revogam, de uma penada, o regime de inderrogabilidade das convenções colectivas e deixam por terra o princípio do *favor laboratoris* que dá corpo ao Direito Constitucional do Trabalho.

Tais normas implicam uma espécie de «estaca zero» da contratação colectiva, cada vez que uma convenção caduque, voltando, por essa via, à «estaca zero» a luta por melhores condições de trabalho, o que acontecerá ciclicamente por força da caducidade imposta pelo n.º 1 do artigo 501.º.

Subscvem-se, a este respeito, as afirmações da Conselheira Maria Fernanda Palma, em declaração aposta ao Acórdão n.º 306/03: «a caducidade das convenções colectivas de trabalho (...), permite um vazio de regulamentação que atinge sobretudo as medidas protectoras dos trabalhadores e desequilibra a posição destes perante os empregadores na negociação de convenções de trabalho. Na verdade, os trabalhadores são constrangidos a negociar novas convenções e a aceitar, eventualmente, cláusulas menos favoráveis, na medida em que se perfila como alternativa a caducidade das convenções anteriores e um eventual vazio de regulamentação ou as condições mínimas previstas na

15. Disponível na íntegra em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>

lei. (...) O sentido do direito à contratação colectiva como direito fundamental fica, assim, desvirtuado, operando-se uma mutação funcional de conceitos valorativos que pressupõe, aqui como no ponto anterior, uma revisão pela lei ordinária da “Constituição laboral».

Obviamente, afirmar-se que a negociação coletiva deve “adaptar-se à realidade econômica” significa torná-la mais flexível, o que, de certo modo, representa fomento à própria negociação. Porém, quando se verifica que essa flexibilidade é institucionalizada com mais força pela legislação justamente em momentos de crise econômica, consolida-se claro prejuízo à parte economicamente mais fraca da relação considerada, pois é evidente que toda a pressão resultante das dificuldades sociais atravessadas pende em desfavor daquele que tem a reivindicação como principal instrumento de conquistas que conduzem à sua afirmação social.

A existência de limitação de sobrevivência traz, em verdade, diversas preocupações do ponto de vista do trabalhador. Em primeiro, por possibilitar a existência de um limbo normativo, uma vez que, enquanto não firmado novo instrumento negociado, os direitos previstos exclusivamente na norma caducada simplesmente deixam de existir. E em segundo pelo fato de que, em tal situação, a classe trabalhadora atingida, em vez de reivindicar a elaboração de novo instrumento a partir de um patamar mais elevado de direitos (a convenção revogada), acaba por partir de um quadro de inexistência desses mesmos direitos. Obviamente, o poder de barganha passa a ser muito reduzido, e, nesse sentido, a limitação em questão serve como disposição cominatória e, ao mesmo tempo, como ferramenta de gestão de trabalho nas empresas, claramente alheia aos interesses dos trabalhadores<sup>18</sup>.

Nesse sentido, não há dúvidas de que a existência de limitação à sobrevivência dos instrumentos de regulação coletiva serve como forma de aprofundar instabilidade para a classe trabalhadora, que, a par de amargar diretamente os reflexos perniciosos das crises econômicas, é “obrigada a negociar” sobre temas em relação aos quais os patrões estarão prontos a opor obstáculos, muitas vezes com algum respaldo da própria sociedade, a depender das “estatísticas de desemprego” e de como elas são relacionadas à classe trabalhadora enquanto “custo” da atividade econômica.

O resultado de tais negociações é refletido no rol dos direitos transacionados, normalmente em patamares mínimos. Como consequência, será considerada conquista a mera manutenção de direitos anteriormente previstos em instrumento coletivo, o que, em tempos passados (de vigência garantida até a introdução de novo instrumento de regulação, a “aderência limitada por revogação”) era obtido sem o desgaste da própria negociação.

O Brasil tem um caminho muito mais tortuoso que o português a respeito do tema em comento, tanto do ponto de vista legislativo como jurisprudencial. A começar pelo próprio período de vigência do instrumento de regulação coletiva: a lei brasileira, ao menos desde 1967, peremptoriamente esta-

18. Assim pensa FERNANDES, António Monteiro. Op. cit.

belece que “não será permitido estipular duração de convenção ou acordo superior a 2 (dois) anos” (artigo 614, §3º da CLT, com redação conferida pelo Decreto-lei n.º 229/1967). Ao lado disso, até o ano de 2017, a lei não era expressa sobre a ultratividade dos instrumentos negociais, o que certamente representava ponto de aflição para os trabalhadores em um país normalmente sujeito às oscilações econômicas, como é o caso brasileiro.

De todo modo, tanto a restrita vigência dos mecanismos de negociação como o silêncio da lei quanto à ultratividade eram de alguma forma compensados do ponto de vista do interesse das partes envolvidas pela ampla possibilidade de acesso ao Judiciário, que, por meio dos dissídios coletivos, era provocado a regular as questões que lhe eram submetidas, produzindo decisões com conteúdo normativo (as já mencionadas “sentenças normativas”). O problema é que o próprio Poder Judiciário Trabalhista brasileiro, por meio do Tribunal Superior do Trabalho (TST), vedou qualquer eficácia às suas sentenças normativas para além do termo final nelas fixado, estipulando, em sua antiga Súmula 277, que “as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”.

Era simplesmente negada, portanto, a ultratividade das sentenças normativas, mantendo-se, ao mesmo tempo, total silêncio quanto ao fenômeno com relação aos instrumentos negociais de regulação, os acordos coletivos e às convenções coletivas de trabalho, em manifesta situação de insegurança para os trabalhadores.

A omissão legislativa mencionada perdurou até 23 de dezembro de 1992, quando foi promulgada a Lei n.º 8.541/1992, dispondo, em seu artigo 1º, §1º, que “as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho”. Houve, portanto, a introdução no ordenamento brasileiro do mecanismo da “aderência limitada por revogação”, justamente o que era consagrado àquela época na realidade portuguesa.

O problema é que a norma em questão foi revogada pouco mais de dois anos depois de sua promulgação, retomando-se, então, o estado anterior de silêncio legislativo quanto à ultratividade das normas coletivas negociadas. A revogação deu-se por Medida Provisória, que, no ordenamento brasileiro, é instrumento legislativo anômalo, pois reservado ao chefe do Poder Executivo, e, portanto, estranho às suas atribuições<sup>19</sup>. Apenas seis anos depois, a revogação foi transformada em lei, que apenas consolidou o fim da ultratividade, sepultando consigo a efêmera sensação de segurança para a classe trabalhadora.

Já no ano de 2004, uma alteração constitucional especificamente para os casos de negociação coletiva frustrada trou-

19. A medida provisória podia, à época, ser reeditada pelo Presidente da República indefinidamente, até que fosse apreciada definitivamente pelo Poder Legislativo. No caso analisado no texto, a medida provisória foi a de n.º 1.709/1995, com dezenas de reedições até sua conversão na Lei n.º 10.192/2001.

xe novo componente à discussão. A Emenda Constitucional n.º 45, além de introduzir no ordenamento brasileiro o já mencionado “comum acordo” como pressuposto para o dissídio coletivo, alterou o §2º do artigo 114 da Constituição, modificando também as bases sobre as quais tal mecanismo deveria partir. O comparativo entre os dispositivos vem abaixo:

Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. (redação revogada)

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, **de comum acordo**, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, **respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente**. (redação atual, com destaque apenas nesta transcrição)

A partir da nova redação, passou a ganhar força a interpretação de que, em se tratando de dissídio coletivo (não negociação coletiva propriamente dita), as condições convencionadas anteriormente por meio de regular instrumento de regulação coletiva ou outro dissídio coletivo seriam o pressuposto mínimo para a sentença normativa. Com isso, muitos estudiosos do direito do trabalho<sup>20</sup> passaram a entender que o legislador encampou a ideia de ultratividade, uma vez que a necessidade de se respeitar o que teria sido convencional implicaria no reconhecimento da manutenção dos efeitos produzidos por norma convencional anterior para além de seu termo de vigência.

Aliás, grande parte da doutrina passou a entender que o raciocínio exposto serviria também para o caso de negociação coletiva, o que, porém, não foi abraçado de imediato pelo Tribunal Superior do Trabalho brasileiro, que, no ano de 2009, decidiu por bem ser ainda mais expresso a respeito da inaplicabilidade de qualquer tipo de ultratividade tanto em caso de dissídios coletivos como no que dizia respeito à negociação coletiva. É o que se verifica da redação então modificada da Súmula 277:

**Sentença normativa. Convenção ou acordo coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho.**

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

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

20. Por todos, DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2017.

Porém, revendo sua jurisprudência consolidada, no ano de 2012 o Tribunal Superior do Trabalho mudou completamente a orientação interpretativa: alterou novamente a Súmula 277, passando a considerar totalmente aplicável a tese da ultratividade, ao assinalar o seguinte:

**CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE.**

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

A mudança foi comemorada, por representar maior garantia de pacificação social, e, ao mesmo tempo, por consistir interpretação mais consentânea com a mudança introduzida ao §2º do artigo 114 da Constituição Federal, o que se observa da pena de Enoque Ribeiro dos Santos:

A atual redação da Súmula n. 277 do TST, alterada em 14.9.2012, representa nova posição daquela Corte. [...] De nossa parte, já defendíamos o cancelamento desta Súmula, na redação antiga, pela total incompatibilidade com os dizeres do § 2º do art. 114 da Constituição Federal. Ora, a referida súmula colidia com o mandamento constitucional estampado na parte final do § 2º, do art. 114 da Constituição Federal de 1988, que aludia ao termo “respeitadas as condições mínimas legais e as convencionadas anteriormente”. Desde o advento da Emenda Constitucional n. 45/04, que alterou a redação deste artigo constitucional, já era certo que a negociação coletiva de trabalho deveria ter por limites não apenas as condições mínimas legais, quer dizer, as leis, sejam de que natureza for, tendo como ápice a norma constitucional, mesmo que em face da teoria da pirâmide invertida, bem como as normas convencionadas anteriormente, ou seja, as cláusulas normativas oriundas dos acordos e convenções coletivas de trabalho. A alteração da Súmula n. 277 do TST nada mais veio fazer do que compatibilizar a sua nova redação com o mandamento constitucional.<sup>21</sup>

O fato é que, não bastasse toda a insegurança oriunda das idas e vindas da jurisprudência trabalhista brasileira (que aparentemente seria solucionada com a nova redação da Súmula 212), houve o acréscimo de mais um capítulo: suscitou-se, junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), órgão que cumula as funções de Corte Constitucional e instâncias originária e recursal, a inconstitucionalidade da interpretação conferida pelo verbete sumular, o que se deu por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 323. E, nela, em decisão monocrática que ainda pende de apreciação colegiada, o relator Ministro Gilmar Mendes,

21. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Negociação coletiva de trabalho nos setores público e privado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. Páginas 179/180.

entendeu que “sem legislação específica sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho realiza verdadeiro ‘zigue-zague’ jurisprudencial, ora entendendo ser possível a ultratividade, ora a negando, de forma a igualmente vulnerar o princípio da segurança jurídica”. O Ministro decidiu, então, pela “suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas”. Como consequência, foi determinada a suspensão da aplicação da Súmula 277 do TST até julgamento final da questão.

O que chama a atenção tanto na decisão do STF como na do TST (por ocasião da mais recente alteração da Súmula 277) é a maneira pela qual um mesmo dispositivo legal pode ser interpretado: o que para o TST significou uma mudança importante do texto constitucional (a redação do §2º do artigo 114), foi interpretado pela Corte Máxima brasileira como uma situação em que “a Justiça Trabalhista segue reiteradamente aplicando a alteração jurisprudencial consolidada na nova redação da Súmula 277, claramente firmada sem base legal ou constitucional que a suporte” (conforme excerto da decisão do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 323).

De todo modo, independentemente do conteúdo constitucional exposto, a própria redação do artigo 614, §3º da CLT foi modificada pela Lei n.º 13.467/2017, que passou a estabelecer expressamente que “não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”. A redação é lacônica, insere a ideia da aderência limitada pelo prazo, e não exceção qualquer direito existente na norma coletiva atingida pela caducidade. A própria inserção do tema pela reforma trabalhista de 2017 no âmbito infraconstitucional é discutível, tanto que vem gerando críticas como as do Professor Homero Batista Mateus da Silva, para quem:

[...] É nesse estágio que a reforma trabalhista de 2017 apanha a discussão sobre a ultratividade. Entretanto, na verdade, pensamos que simples lei ordinária não é o local apropriado para esse debate. O julgamento do STF deveria prosseguir em qualquer hipótese, seja para alcançar as situações pretéritas, sobretudo aquelas de setembro de 2012 a outubro de 2016, seja para traçar uma diretriz para o futuro. Ou seja, caso o STF acompanhe o entendimento do TST, no sentido de que o art. 114, §3º, sinaliza favoravelmente à ultratividade das cláusulas normativas, o art. 614, §3º, terá de ser declarado inconstitucional, por desafiar norma de hierarquia superior. Caso, ao revés, seja considerado equívoco no entendimento da Súmula 277, o art. 614 ficará apenas como um símbolo refratário à ultratividade. A reforma trabalhista de 2017, no particular, desempenha papel mais de chamariz do que de conteúdo histórico sobre o fenômeno da incorporação das cláusulas.<sup>22</sup>

Também na linha da inconstitucionalidade do novo dispositivo, assinala Enoque Ribeiro dos Santos:

A novidade agora vem por conta da Lei n. 13.467/2017 que afastou a possibilidade de ultratividade das normas dos instrumentos coletivos, o que levará a uma revisão da Súmula n. 277 do Colendo TST, muito embora a redação da novel legislação colida com o parágrafo 2º do art. 114 da Constituição Federal de 1988.

De nossa parte, entendemos que o dispositivo legal expresso no art. 614, par. 3º, parte final é inconstitucional por colidir com a parte final do art. 114, parágrafo 2º, do texto constitucional.<sup>23</sup>

Tem-se, então, o panorama relativo à vigência e sobrevivência (ultratividade) de instrumentos de regulação coletiva: tanto no Brasil como em Portugal, as alterações legislativas consolidaram a perda de eficácia dos ajustes coletivamente negociados para além dos períodos de vigência neles consignados, o que, como observado no início deste tópico, acaba por contribuir para o desequilíbrio entre as partes envolvidas na negociação coletiva.

#### 4 A INFLUÊNCIA DAS “REFORMAS TRABALHISTAS” NOS DOIS PAÍSES

O Brasil, além de submeter-se a uma evidente insegurança jurídica em função da sucessão desordenada de atos legislativos e jurisdicionais no tema da sobrevivência dos instrumentos de regulação coletiva, também enfrenta uma dificuldade que não atinge (ou ao menos afeta em menor grau) o sistema português.

Como se observa da atual redação do artigo 614, §3º da CLT, no Brasil nenhum direito negociado é garantido aos destinatários da norma cuja vigência se encerra. Diferentemente, portanto, do que ocorre em Portugal, em que, mesmo em contexto de caducidade de normas coletivas, alguns direitos são conservados por imperativo de lei, tais como o salário até então negociado, o enquadramento profissional, a jornada de trabalho e os regimes de proteção social especificados no Código do Trabalho.

Além disso, como já antecipado, no Brasil há barreira constitucional ao próprio encaminhamento dos conflitos coletivos, uma vez que, diante da exigência de “comum acordo” para a solução judicial de uma negociação infrutífera, é possível dizer que o exercício do direito de ação é praticamente condicionado à vontade da parte contrária. Ainda assim, embora o “comum acordo” tenha sido motivo de diversas contestações quanto à sua possível inconstitucionalidade do ponto de vista da criação de obstáculo ao livre acesso ao Poder Judiciário, a jurisprudência brasileira já é pacífica quanto à validação do texto. Nesse sentido:

#### **RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO SUSCITANTE. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔ-**

23. SANTOS, Enoque Ribeiro. *Fundamentos do Direito Coletivo do Trabalho nos Estados Unidos, na União Europeia, no MERCOSUL e a Experiência Sindical Brasileira*. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2018. Página 230.

**MICA. AUSÊNCIA DE COMUM ACORDO. PRESSUPOSTO PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO.** Conforme a jurisprudência firmada pela Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, a partir da exigência trazida pela Emenda Constitucional n.º 45/05 ao art. 114, § 2.º, da *Constituição Federal*, o comum acordo constitui pressuposto processual para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica, o que em nada afronta o art. 5.º, XXXV, da *Constituição Federal*, pois não se cogita de lesão ou ameaça a direito, mas se objetiva a criação de normas e condições de trabalho. No caso concreto, verifica-se que o não preenchimento desse requisito foi expressamente indicado pelo suscitado, na contestação, o que implica óbice ao chamamento da Justiça do Trabalho para exercício do Poder Normativo. Assim, não merece reforma a decisão do Tribunal Regional que acolheu a preliminar de ausência de comum acordo e julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, por ausência de pressuposto processual (CPC, art. 267, VI). Recurso ordinário conhecido e não provido.” (Processo: RO- 2855-29.2010.5.09.0000, Data de Julgamento: 15/5/2012, Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 25/5/2012)

Analisando a questão, o eminente Professor Davi Furtado Meirelles sintetiza a posição do TST e, ao mesmo tempo, dimensiona os efeitos práticos que se seguiram a ela, em especial quanto ao desequilíbrio negocial causado a partir de então:

A posição adotada pelo TST, ao que parece, visou incentivar as partes a buscarem na negociação coletiva direta a melhor forma de solucionar seus conflitos coletivos. Mas não foi o que ocorreu, em regra geral. A exigência de “comum acordo” sob pena de extinção dos dissídios coletivos econômicos levou a um vazio legislativo em muitas categorias.

Os sindicatos profissionais mais representativos, que praticam a negociação coletiva constantemente, não sofreram esses efeitos e não tiveram seus direitos diminuídos ou suprimidos. São sindicatos representativos de certas categorias que têm uma boa prática de negociação coletiva, que passam longe dos Tribunais do Trabalho. Mas, aqueles sindicatos sem poder de fogo, que não conseguem mobilizar a categoria, que não se utilizam do instrumento legal da greve, sobretudo os que representam categorias diferenciadas, esses sim, sofreram (e ainda sofrem) os resultados de uma decisão extinguindo o dissídio coletivo por ausência de concordância das partes.

Quem mais se beneficiou dessa posição do TST foram os sindicatos representativos das categorias econômicas. Na prática, quase sempre quem ingressa com o dissídio coletivo é o sindicato profissional. Em defesa, o sindicato patronal arguia como preliminar a necessidade de “comum acordo” para o processamento do dissídio coletivo, e consequente uso do poder normativo, negando tal direito. Com isso, o vazio legislativo era inevitável, já que os instrumentos coletivos anteriores (sentença normativa, acordo cole-

tivo ou convenção coletiva) chegavam ao seu prazo final de vigência sem qualquer renovação.<sup>24</sup>

Por outro lado, no Brasil a arbitragem, que seria o meio eficaz para sanar o problema exposto, ainda é um fenômeno pouco utilizado na resolução de conflitos coletivos, havendo, em verdade, grande desconfiância por parte dos respectivos interessados.

Em outros termos: no Brasil, ao mesmo tempo em que se inviabiliza a ultratividade das normas coletivas cujo termo máximo de vigência é de apenas dois anos, praticamente se condiciona a solução de eventuais divergências surgidas na elaboração de novos instrumentos de negociação coletiva à vontade de uma das partes. Em Portugal, apenas a primeira premissa se confirma, uma vez que, havendo conflito, mantém-se a perspectiva da conciliação ou mediação assistidas por provocação de qualquer das partes interessadas (CT, artigos 524, n.º 1 e 527, n.º 1).

Como observado em outro ponto, essa inflexibilidade do legislador (e, como visto, do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, em função do que restou decidido na ADPF 323) pode ter efeitos favoráveis ou nocivos aos trabalhadores e aos empregadores, a depender da conjuntura econômica incidente às relações sociais: em períodos de fartura, é até recomendável que o legislador pouco interfira na relação capital-trabalho, mas em períodos de crise a preocupação vem exatamente em sentido contrário.

A questão é que, de maneira concomitante com as limitações destacadas, tanto Portugal como Brasil, em função de crises econômicas recentes, aprofundaram reformas legislativas com a intenção de diminuir o nível de proteção dos trabalhadores. De acordo com seus idealizadores, as mudanças deveriam permitir à classe empresarial uma queda do custo de produção, gerando algum fôlego do ponto de vista da competitividade<sup>25</sup>.

Embora a crise econômica portuguesa tenha eclodido a partir de 2010 (como desdobramento da crise financeira global de 2008), observa-se que as restrições quanto à sobrevivência dos instrumentos de regulação coletiva iniciaram-se bem antes disso, no ano de 2003. Porém, é possível perceber que, entre 2003 e 2009, não houve grande repercussão da mudança do ponto de vista da estagnação de direitos, o que confirma a ideia de que, em momentos de tranquilidade econômica, a classe trabalhadora consegue alguma margem negocial favorável, utilizando das perspectivas de negociação coletiva como meio de aumento de direitos sem grande resistência do patronato.

Porém, já no contexto econômico mais crítico, em fun-

24. MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva em tempos de crise*. São Paulo: LTr, 2018.

25. Um componente que deveria entrar nessa equação, mas que raramente (ou nunca) é considerado é que, reduzindo-se o grau de proteção à classe trabalhadora, também se diminui sua respectiva capacidade de consumo. Com isso, a produtividade não aumenta, e a perda de direitos não é acompanhada por qualquer efeito prático favorável aos trabalhadores.

22. SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT Comentada*. 2. ed. São Paulo: RT Editora, 2018. Página 458.

ção do Memorando de Entendimento de maio de 2011<sup>26</sup>, foi aprovada em Portugal a Lei n.º 23/2012, conjunto de regras que, além de reduzir uma série de direitos não só para a classe trabalhadora<sup>27</sup>, também criou restrições no campo previdenciário.

A partir de então, ao mesmo tempo em que a sociedade portuguesa conviveu com a intensa retração econômica, cresceu para os trabalhadores o temor do desemprego, tanto em função do enorme número de falências como em razão da flexibilização das possibilidades de dispensa<sup>28</sup>. Tudo isso convivendo com restrições às reivindicações coletivas (provocadas pelas dificuldades econômicas) e limitação à sobrevivência dos instrumentos negociais, o que é sintetizado no seguinte estudo:

Desde a crise financeira internacional de 2008 e, em particular, desde a chamada crise das dívidas soberanas de 2010, algumas das características fundamentais da legislação laboral e dos sistemas de relações laborais, com incidência direta e indireta na negociação coletiva, foram profundamente alteradas em vários países da União Europeia (UE). A análise comparativa recente sobre a evolução das relações laborais e da negociação coletiva nos estados membros da UE (Marginson, 2014; Marginson e Welz, 2015) tem vindo a sublinhar que as transformações observadas variaram entre a erosão moderada e o desmantelamento dos sistemas de negociação coletiva. A negociação coletiva de âmbito setorial, envolvendo associações de empregadores e sindicatos e abrangendo a maioria dos trabalhadores que constituía a

pedra angular da determinação das condições e relações de emprego nos países da Europa ocidental, foi o alvo principal das mudanças. Nos países do Sul da Europa, a corrosão da capacidade das convenções setoriais para definir normas universais aplicáveis a todos os trabalhadores fez parte do “assalto frontal” à negociação coletiva (Marginson, 2014).<sup>29</sup>

Conjugando-se os elementos, constata-se, então, nítida situação de preocupação para a classe trabalhadora portuguesa: ao mesmo tempo em que o nível de barganha perante o empresariado foi reduzido em função da crise econômica, os trabalhadores passaram a ter de “correr contra o relógio” da limitação da sobrevivência dos instrumentos de regulação coletiva, o que evidentemente resultou em severo desequilíbrio negocial.

Ainda assim, em Portugal a situação econômica está mais próxima de estabilizar-se, tanto que o Governo promoveu a antecipação de grande parte do pagamento do empréstimo tomado como socorro financeiro junto ao Fundo Monetário Internacional<sup>30</sup> e já vem promovendo algumas propostas de modificação na legislação trabalhista, de modo a tornar mais brandas as reduções de direitos promovidas no período de crise.

Ao contrário, no Brasil, as dificuldades impostas aos trabalhadores tanto do ponto de vista individual como especialmente no âmbito da negociação coletiva, que já são dignas de realce, ainda tendem a piorar. Isso porque, com a edição da Lei n.º 13.467/2017, introduziu-se a maior flexibilização da legislação trabalhista já vivenciada no país, sem notícia de qualquer regressão<sup>31</sup>.

Em rigor, o que vem se consolidando é verdadeira desregulamentação de direitos, atuação que, no campo do direito coletivo, é no mínimo preocupante, pois as alterações vêm para aprofundar a situação de desigualdade entre trabalhador e empregador sem a contrapartida da atuação sindical. Sobre o sentido e o alcance da desregulamentação, pontua Guilherme Guimarães Feliciano:

A *desregulamentação* compreende [...] uma tendência político-legislativa de través ultraliberal que aproxima os modelos jurídicos intervencionistas, comuns nos sistemas de raiz romano-germânica, do modelo anglo-saxão de “normatização autônoma e privatista” (DELGADO, 2003: 115-116), desarticulando ao máximo o cabedal normativo heterônimo (estatal) que informa o Direito do Trabalho. Em sentido mais estrito, vai bem além das estratégias de flexibilização

29. LIMA, Maria da Paz Campos. *Cadernos do Observatório #8: O desmantelamento do regime de negociação coletiva em Portugal, os desafios e as alternativas*. Periódico da Universidade Coimbra, Portugal, 2016.

30. A informação está disponível em <[https://www.rtp.pt/noticias/economia/portugal-endivida-se-para-antecipar-pagamento-de-mais-uma-tranche-ao-fmi\\_v1111444](https://www.rtp.pt/noticias/economia/portugal-endivida-se-para-antecipar-pagamento-de-mais-uma-tranche-ao-fmi_v1111444)> Consulta efetuada em 18.12.2018.

31. Ao contrário, de acordo com o presidente eleito no Brasil em outubro último, em entrevista concedida em 04.12.2018, “é horrível ser patrão no Brasil com essa legislação que está aí”, dando a entender que as mudanças deverão ser aprofundadas. Apenas a título de exemplo, o salário mínimo brasileiro equivale hoje a pouco mais de 215 euros, menos de 1/3 do salário mínimo português.

*tout court*. Como o Estado simplesmente *se retira* do marco regulatório em derredor de certo plexo temático, sem parametrizar minimamente os contratos individuais ou as negociações coletivas vindouras, não “flexibiliza” propriamente nada, mas apenas *desregulamenta*, deixando à autonomia privada (individual ou coletiva) a tarefa de reger a matéria.<sup>32</sup>

Alguns exemplos da desregulamentação hoje sentida no Brasil são dignos de nota.

A nova lei brasileira passou a prever que “as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação” (CLT, Artigo 477-A). Com isso, criou um claro desprestígio à atuação sindical, considerando-a “dispensável” exatamente no momento em que a crise econômica é mais profunda, quando as empresas acabam por promover dispensas coletivas, o que a partir de então poderá ser feito sem qualquer espécie de entendimento prévio.

Na mesma linha da desconsideração à relevância do órgão de representação coletiva dos trabalhadores encontra-se a disposição prevista no parágrafo único do artigo 444 da CLT alterada. A nova regra passou a estabelecer que empregados que tenham diploma de nível superior e que recebam salário de pouco mais de 2500 euros mensais poderão estipular regras no contrato de trabalho individualmente com preponderância sobre os instrumentos coletivos de trabalho (seja a alteração para melhor ou pior), o que é no mínimo afrontoso à ideia de unidade que deve nortear a classe trabalhadora.

Por outro lado, dispensas de trabalhadores com mais de um ano de emprego, que até 2017 exigiam homologação da entidade sindical, a partir de 2017 podem ser efetivadas livremente, o que, além de afastar o sindicato de um ato de extrema relevância em desfavor do trabalhador, certamente favorecerá a ocorrência de fraudes. Não sem deixar de levar em conta que a medida facilita ainda mais a dispensa imotivada do trabalhador.

Ao mesmo tempo, as alterações vieram acompanhadas da criação de obstáculos à atuação corretiva jurisdicional, o que se verifica, apenas como exemplos, em disposições como a do §2º do novo artigo 611-A da CLT (“A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico”) ou a do parágrafo único do artigo 611-B também da CLT, que, após fixar que “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho” não podem ser negociadas coletivamente, consignou expressamente que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

Tem-se, então, um verdadeiro turbilhão de mudanças em desfavor da atuação sindical e dos trabalhadores individualmente considerados. Alterações que, quando somadas à vedação à ultratividade das normas coletivas (sem a manutenção de quais-

quer direitos nelas previstos) e, ao mesmo tempo, à imposição de empecilho importante à busca da tutela jurisdicional (o “comum acordo”) denunciam a flagrante condição de desproteção e de desequilíbrio por que passa a ser submetido o trabalhador brasileiro.

As disposições mencionadas são de constitucionalidade no mínimo duvidosa. Afinal, ainda que se reafirme que o nível de proteção constitucional conferida ao trabalhador brasileiro é muito menor do que o almejado (até mesmo tomando como ponto de comparação o exemplo de Portugal), não se deve desconsiderar a existência de regras que, a despeito de figurarem como inspirações ao legislador infraconstitucional, vêm sendo solenemente ignoradas, como é o caso dos artigos 1º, IV, 3º, III, 7º e 170, que estabelecem, respectivamente, o valor social do trabalho como um dos fundamentos da República, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais como objetivos da República, a busca pela melhoria da condição social do trabalhador, e o reconhecimento de que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Evidentemente, a despeito do caráter programático das regras mencionadas, não se pode perder de vista que elas devem servir como guia ao legislador infraconstitucional<sup>33</sup>, condição essa ignorada quando se analisa o teor das mudanças legislativas operadas no direito do trabalho brasileiro.

Em Portugal, a constatação não é diferente. Basta considerar que a expressiva redução de direitos, mesmo mais branda que no exemplo brasileiro, contraria diversas diretrizes estampadas na Constituição lusa, em especial as que preveem que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 1º), ou que, para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover a execução de políticas de pleno emprego (artigo 58º, número 2, a), assim também que todos têm direito à segurança social (artigo 63º, número 1).

Sob esse ponto de vista, tanto no Brasil como em Portugal, a limitação à sobrevivência ou ultratividade dos instrumentos de regulação coletiva deve ter sua constitucionalidade bastante questionada. Especialmente quando a restrição em questão tem o efeito de reduzir o nível de proteção dos trabalhadores considerados e a própria efetividade da atuação sindical, o que se configura a partir da clara desigualdade a que é submetida a classe trabalhadora, especialmente como resultado da conjuntura econômica nos períodos de recessão, que não tem, por certo, o condão de permitir a introdução de mecanismos alheios aos preceitos constitucionais norteadores do ordenamento jurídico das duas nações.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

33. Nesse sentido, SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. De acordo com o autor, “tais normas estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-la, mas requer uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados”.

32. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. Páginas 139/140.

A limitação à ultratividade ou sobrevivência dos instrumentos de regulação coletiva é fenômeno hoje institucionalizado tanto no ordenamento brasileiro como no português.

Com o presente texto, buscou-se destacar que, a despeito de o mecanismo em questão representar, em certa medida, fomento à própria negociação coletiva, ele pode ter o efeito de aumentar o desequilíbrio já existente entre as partes envolvidas.

Somados às crises cíclicas vivenciadas no capitalismo, que contribuem para a realização de mudanças legislativas estruturais redutoras da esfera de proteção ao trabalhador, os obstáculos impostos à sobrevivência de normas coletivas acabam por destinar à parte mais fraca da relação um reduzido poder de negociação. Afinal, sob o pretexto de contribuir com a flexibilização da negociação, a limitação à ultratividade pressiona a classe trabalhadora a negociar direitos em patamar inferior a conquistas anteriormente consolidadas, já que o risco do desemprego é maior que a busca pela melhoria da condição social do trabalhador.

No caso brasileiro, as modificações destacadas têm efeito que vai além da flexibilização: servem como meio de desregulamentação não apenas da legislação trabalhista, mas também da própria atuação sindical, o que gera ainda mais preocupação que em Portugal, fato que se evidencia a partir da constatação de que, enquanto no país europeu alguns importantes direitos são preservados mesmo após o término da vigência de instrumento coletivo não sucedido por outro, no Brasil a legislação hoje vigente é absolutamente silente a respeito. Essa situação contribui para a sensação de insegurança já instalada a partir de um texto constitucional que não assegura garantia no emprego ou mesmo liberdade sindical plena, ao contrário do que se verifica em Portugal.

Como se todo o exposto já não fosse suficiente, no Brasil existe uma dificuldade de acesso ao Poder Judiciário para o trato das questões ligadas aos dissídios coletivos, o que certamente contribui para a redução das perspectivas da classe trabalhadora, no sentido da consolidação de direitos por instrumentos de regulação, ainda que por meio dessa anômala forma de solução dos conflitos coletivos.

De todo modo, o presente estudo procurou evidenciar que a limitação à ultratividade e as mudanças legislativas flexibilizadoras de direitos sociais são questionáveis também do ponto de vista de sua constitucionalidade, eis que tanto no Brasil como em Portugal contrariam o direcionamento conferido pelos Constituintes brasileiro e português. Isso quer dizer que, independentemente da constatação de que o grau de proteção à parte mais fraca da relação de trabalho (considerada tanto do ponto de vista coletivo como individual) é maior em Portugal que no Brasil, em ambos, guardadas as proporções, os efeitos das mudanças devem gerar significativa preocupação, tanto do ponto de vista social como jurídico.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed.

Coimbra Editora, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Coletivo do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. **Escritos de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2018.

LIMA, Maria da Paz Campos. **Cadernos do Observatório #8**: O desmantelamento do regime de negociação coletiva em Portugal, os desafios e as alternativas. Periódico da Universidade Coimbra, Portugal, 2016.

MARX, Karl. **O capital**: Livro I. Boitempo Editorial, 2017.

MEIRELLES, Davi Furtado. **Negociação coletiva em tempos de crise**. São Paulo: LTr, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Lisboa: Petrony, 1976.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva**: Teoria e Prática Jurisprudencial. São Paulo: LTr, 2004.

\_\_\_\_\_. **Negociação coletiva de trabalho nos setores público e privado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Direito Coletivo do Trabalho nos Estados Unidos, na União Europeia, no MERCOSUL e a Experiência Sindical Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Lumen Júris, 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada**. 2. ed. São Paulo: RT Editora, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Disponível em: <[https://www.rtp.pt/noticias/economia/portugal-endivida-se-para-antecipar-pagamento-de-mais-uma-tranche-ao-fmi\\_v1111444](https://www.rtp.pt/noticias/economia/portugal-endivida-se-para-antecipar-pagamento-de-mais-uma-tranche-ao-fmi_v1111444)>. Acesso em 18.12.2018.

Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordados/20100338.html>>. Acesso em 20.12.2018.

MARCELO AZEVEDO CHAMONE

Juiz do Trabalho Substituto. Doutorando em direito pela PUC/SP

## JORNADA DE TRABALHO DOS BANCÁRIOS

A regra contida no §2º, do art. 224, da CLT – reprodução quase literal do art. 7º, do Decreto n. 23.322, de 03.11.1933<sup>1</sup> –, excepciona a regra geral do *caput* – que, por sua vez, tem origem no art. 1º, do referido decreto –, e como regra restritiva de direitos deve necessariamente ser interpretada restritivamente.

O conteúdo e a abrangência da exceção são de definição controvertida graças à redação genérica, que se limita a fazer referência a rótulos sem definir o seu conteúdo. É preciso definir, então, o que seriam funções de “direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes” e “outros cargos de confiança”. As obras doutrinárias (desde as mais genéricas aos trabalhos mais específicos) são via de regra vagas, e as decisões judiciais adotam parâmetros intuitivos e fluídos, impedindo a utilização de um padrão único e uniforme.

O primeiro ponto que se deve fixar é que – sob pena de ferir a regra de ouro contida no *caput* do art. 5º, da CF, dando tratamento igual a pessoas em situações desiguais – deve haver equivalência entre as funções exercidas pelos ocupantes dos cargos a que se referem as duas partes do dispositivo: diretores, gerentes, fiscais, e chefes, de um lado; ocupantes de cargos de confiança, do outro. Não é qualquer fidúcia, portanto, que levará ao enquadramento do trabalhador na regra exceptiva, mas somente aquela equivalente à dos diretores e gerentes.

Em seguida é preciso definir o que são cargos de *direção* e *gerência* – chaves para a desvelar a regra sob análise e que permitem definir com maior clareza o alcance da norma, pois obviamente não é *diretor* e *gerente* para fins de aplicação da lei aquele a quem o empregador atribui este rótulo sem que haja a necessária correspondência com as suas atribuições.

A resposta pode ser encontrada ao se analisar a legislação comercial contemporânea ao Decreto n. 23.322, de 03.11.1933, e à CLT (Decreto-lei n. 5.452, de 01.05.1943). Assim, uma breve consulta ao Código Comercial (Lei n. 556, de 25.06.1850), à Lei das Sociedades por Ações de 1940 (Decreto-lei n. 2627, de 26.09.1940), e à Lei das Sociedades Anônimas de 1976 (Lei n. 6404, de 15.12.1976), revela que *diretor* e *gerente* são sem-

pre referidos no mesmo contexto como funções exercidas pelos próprios sócios ou alguém que lhes faça as vezes.

Ocupante de cargo de *gerência* (que significa o mesmo que cargo de *gestão*, pois ambos remetem ao verbo *gerir*) é aquele que tem mandato legal para atuar em nome do empregador – “os diretores e gerentes são **órgãos**, através dos quais a pessoa moral procede no mundo jurídico” (Caio Mário da Silva Pereira, *Gerência de banco*, in: *Revista LTr* v. 52, n. 7, jul.1988, p. 777-779). *Gerir* é administrar, e neste contexto deve ser compreendido como administração do próprio negócio, e não certas relações com clientes da empresa.

Se no passado era possível enquadrar diversas funções na regra exceptiva, a automação das relações e das funções (realizada em proveito não dos trabalhadores, mas do próprio negócio, garantido maior volume de negócios, menos perdas, e maiores lucros), esvaziaram o conteúdo especial que possuíam os ocupantes de alguns cargos, que eram dotados até mesmo de status social destacado. Essa alteração se reflete inclusive no padrão salarial relativamente reduzido dos empregados que as empresas bancárias pretendem ver enquadrados na regra do §2º. Hoje já não são mais profissionais destacados, mas meras peças numa engrenagem que funciona de modo quase automático (naquilo que já não foram substituídos por máquinas e programas de computador).

Não é possível, portanto, enquadrar empregados que se limitam a assinar contratos de adesão em nome do empregador, sem efetiva participação na gestão do negócio ou qualquer poder negocial, atuando estritamente dentro de um fluxo formulário pré-determinado de procedimentos. Obrigar o empregador por seus atos não é prerrogativa de nenhum cargo especial, como revela exemplarmente o art. 932, III, do Código Civil.

Mesmo as chamadas “alçadas” se enquadram dentro desse padrão, não havendo qualquer margem para a atuação de vontade própria do empregado, que fica limitado à verificação ou não de cenários já previamente desenhados, sem qualquer autonomia.

Entender de forma diversa é validar a banalização do conteúdo e sentido do §2º – segundo pesquisas do DIEESE, pelo menos desde o início dos anos 1980 os empregados habitualmente enquadrados no §2º do art. 224 representam bem mais da metade do total de empregados das instituições bancárias.<sup>2</sup>

Relevante, neste momento, voltar a atenção para a origem

2. Pesquisa de emprego bancário, disponível em [www.dieese.org.br](http://www.dieese.org.br), referentes a diversos anos. No mesmo sentido, indicando que em meados da década de 1980 já atingiam o impressionante percentual de 80%: João José Sady, *Introdução ao direito do trabalho do empregado bancário*, LTR, 1993, p. 74.

MAURO SCHIAVI

Juiz Titular da 19ª Vara do Trabalho de São Paulo. Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor Universitário

das regras contidas nos arts. 62 e 224, §2º, da CLT: aquela vinda da regra aplicável aos comerciários em geral, e esta da norma especial dos bancários que continha regra exceptiva equivalente à da lei dos comerciários. Os decretos pré-CLT não tinham relação de norma geral vs. norma especial; ambos eram normas especiais.

Assim, quando foram aglutinados na CLT as regulamentações especiais sobre jornada, dentre as quais a dos bancários, via de regra não tinham qualquer relação com a regra geral, regulando de modo exaustivo o tema, ser atrair a aplicação supletiva dos arts. 58 e ss., da CLT, tanto que o frequentemente esquecido art. 57, que inaugura o capítulo de *duração do trabalho*, afirma expressamente que “Os preceitos deste Capítulo aplicam-se a todas as atividades, salvo as expressamente excluídas, constituindo exceções as disposições especiais, concernentes estritamente a peculiaridades profissionais constantes do Capítulo I do Título III”.

Conclui-se, então, que a regra do art. 224, §2º, da CLT, não remete ao art. 62, II, da CLT (ambos referem-se à *função de gerência*), tratando-se de regra especial aplicável àqueles que não estão sujeitos a qualquer controle de jornada e de aplicação restrita aos empregados que atuam como *longa manus* do empregador, enquadrando-se todos os demais, no caso dos bancários, na regra geral do *caput*. Foi superada pelos fatos sociais a conclusão que consta na Súmula n. 287, do TST.

## UM ANO DE VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA): ASPECTOS DO GRUPO ECONÔMICO E DA SUCESSÃO DE EMPREGADORES<sup>1</sup>

### Do grupo econômico no Direito do Trabalho:

A Consolidação das Leis do Trabalho trata do empregador e do grupo econômico em seu art. 2º, “in verbis”:

**Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência) § 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)**

Segundo a CLT, empregador típico é a empresa, que assumindo os riscos da atividade econômica, contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

De nossa parte, empregador é a entidade, individual, ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, contrata, remunera e dirige a prestação pessoal de serviços. O empregador pode ser empresa devidamente constituída, ou não, que tenha ou não personalidade jurídica, que se dedique, ao lucro ou não, ou a pessoas físicas.

**Empresa é unidade econômica de produção destinada ao lucro. Trata-se de entidade abstrata, cuja existência é reconhecida pelo Direito. Na verdade, empresa é atividade destinada à produção ou circulação de bens e serviços.**

Nesse sentido dispõe o artigo 966 do Código Civil:

*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natu-*

*reza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.*

**Estabelecimento é o conjunto de bens materiais e imateriais destinados a atividade econômica empresarial. Trata-se de unidade corpórea, contento os bens necessários para o exercício da atividade empresarial.**

**O Código Civil, no artigo 1142, nos define, por meio de interpretação autêntica o conceito de estabelecimento. Dispõe o referido dispositivo legal: Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.**

Ensina Mauricio Godinho Delgado<sup>2</sup>:

“O grupo econômico aventado pelo Direito do Trabalho define-se como a figura resultante da vinculação trabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, ou financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica.”

Antes da alteração dos parágrafos 2º e 3º do artigo 2º, da CLT, dadas pela Lei 13.467/17, parte da doutrina exigia uma relação de hierarquia (*holding*) entre as empresas componentes do grupo para a configuração do grupo econômico para fins trabalhistas. No entanto, a moderna doutrina, à qual nos filiamos, numa interpretação mais benéfica do parágrafo segundo do artigo 2º, da CLT, à luz dos princípios da função do contrato de trabalho e da proteção efetiva do crédito trabalhista, já vinha admitido a formação do grupo econômico por coordenação, onde não há a supremacia de uma empresa sobre as outras, o chamado grupo por coordenação. O novo parágrafo 3º do artigo 2º da CLT ao se referir *ao interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes*, consagra a teoria do reconhecimento do grupo econômico horizontal.

Nesse sentido sustenta com propriedade Edilton Meirelles<sup>3</sup> em exaustiva monografia sobre o assunto:

“É evidente que o referido dispositivo buscou a maior proteção dos trabalhadores e deve ser interpretado e aplicado de acordo com os fins sociais a que se dirige. Logo, não se pode afastar a possibilidade de configuração do grupo

1. Adaptação de exposição realizada em 30.11.2018 no Seminário: Um ano da Reforma Trabalhista promovido pela AMTRA 2.

2. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017, p. 399.

3. *Grupo Econômico Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002, p. 152.

econômico trabalhista quando as empresas se agrupam de forma horizontal, sem relação de controle ou domínio entre elas. “Seria uma injustiça negar-se a existência do grupo, para fins de fixação de responsabilidade pecuniária de todas as empresas em face dos direitos dos empregados e uma ou algumas delas.”

No mesmo sentido *Mozart Victor Russomano*<sup>4</sup>:

“Não nos parece que, sempre se deve pressupor uma organização piramidal de empresas, no vértice delas atuando, na plenitude do seu controle, a empresa líder. É preciso pensar-se em outras possibilidades, que a prática pode criar e que, resultando das variadas formas de aglutinação de empresas, nem por isso desfiguram a existência do grupo e, portanto, a corresponsabilidade econômica de todas as empresas que o integram, em face dos direitos do trabalhador. É o caso de um grupo de empresas constituído horizontalmente, isto é, sem a existência de uma empresa líder ou controladora, mas todas elas sujeita a um controle de fato exercido através da detenção, por determinadas pessoas, do capital investido.”

Há discussões na doutrina e jurisprudência sobre ser a solidariedade que decorre do grupo econômico, além de passiva, conforme previsto textualmente no citado dispositivo legal, também ativa.

Pensamos, com suporte em sólida doutrina (Magano Süsekind, Martins Chatarino, dentre outros), que o grupo econômico constitui empregador único, sendo a solidariedade, que dele decorre, ativa e passiva, vez que o trabalho do empregado de qualquer uma das empresas beneficia todo o grupo.

Nesse sentido ensina *Octavio Bueno Magano*<sup>5</sup>:

“A apontada idéia de empregador único corresponde à concepção do empregador real, contraposto ao empregador aparente, consoante a qual a existência daquele fica geralmente encoberta pelo véu da personalidade jurídica atribuída a cada uma das empresas do grupo, ressurgindo, porém, toda vez que se levante o mesmo véu, *lifting the corporate veil*, para satisfazer tal ou qual interesse, como o da representação de trabalhadores no âmbito do grupo (...).”

Nesse sentido é a Súmula n. 129 do C. TST, *in verbis*:

“CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO — A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.”

Esse entendimento, foi firmado na redação anterior do parágrafo 2º do artigo 2º, da CLT, que fixava a solidariedade das empresas “para efeitos da relação de emprego”, sendo certo que esta relação envolve obrigações e prestações recíprocas

tanto do empregado como do empregador, o que também justifica o entendimento no sentido da solidariedade ativa.

Cumprido destacar que vários autores de renome (Arion Romita, Amauri Mascaro Nascimento, dentre outros) defendem a teoria da solidariedade apenas no aspecto passivo, argumentando que a CLT somente fixa a responsabilidade solidária das empresas do grupo. Além disso, há o argumento de que cada empresa componente do grupo que contrata um empregado tem personalidade jurídica própria e autonomia em face do grupo. Portanto, seria a única empregadora e não o grupo como um todo.

Entendendo-se a solidariedade como ativa, o empregado tem direito à equiparação salarial com empregados de outras empresas do grupo, direito ao mesmo salário de outros empregados de empresas que compõem o grupo, direito à aplicação das mesmas normas coletivas de outras empresas do grupo, etc.

A alteração da redação do parágrafo 2º do artigo 2º, da CLT ao fixar a expressão: “**pelas obrigações decorrentes da relação de emprego**”, trouxe novamente a discussão sobre a natureza da solidariedade. Para muitos ela deixou de ser ativa, sendo apenas passiva, inclusive, fora revogada a teoria do grupo como empregador único.

Nos termos do § 3º do artigo 2º, da CLT, “não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.”

Diante do referido dispositivo legal, para a caracterização do grupo econômico:

- a) **duas ou mais empresas tendo, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra;**
- b) **a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.**

Como nos ensina Márcio Mendes Granonato<sup>6</sup>: “**por ‘interesse integrado’ deve-se compreender que as empresas mantêm uma relação de reciprocidade na forma como atuam. Ou seja, elas operam de maneira complementar ou subsidiária em seus negócios. Como exemplo, pode-se citar o caso de duas empresas, uma atuando na terceirização de serviços de limpeza e a outra de serviços de vigilância. As negociações de seus contratos com clientes certamente são favorecidas com a oferta de um maior número de serviços, advindo daí o interesse integrado. O requisito da ‘comunhão de interesses’ pode ser entendido como a necessidade de que exista entre as empresas reciprocidade de vantagens, perdas e ganhos, benefícios e prejuízos. Elas compartilham o sucesso e a ruína de seus empreendimentos, de sorte que o negócio de uma influência**

**no da outra, surgindo daí o interesse comum. Mantendo o exemplo acima, fica claro que as duas empresas sofreriam, caso o trabalho de uma delas fosse mal prestado e ocasionasse a perda do cliente. O último requisito legal reside na ‘atuação conjunta das empresas’. Isso quer dizer que elas devem necessariamente ter uma vida em comum.** Não podem atuar de forma totalmente independente uma da outra, porque se completam e interagem no exercício de suas atividades empresariais. No exemplo das empresas de limpeza e vigilância isso se evidencia com a existência de vendas ‘casadas’ de serviços, clientes comuns em número expressivo e até pela migração de trabalhadores de uma pessoa jurídica para outras. Mesmo a identidade de sócios entre as empresas pode levar à presunção de atuação conjunta, configurando o grupo econômico horizontal.”

O grupo econômico pode ser demonstrado por qualquer meio de prova admitido em direito. Não obstante, já estava sedimentado na doutrina e jurisprudência que a existência do grupo, por parte do empregado, pode ser demonstrada por indícios e presunções. Tradicionalmente, são indícios da existência do grupo econômico: a) identidade de sócios; b) interesse comum; c) utilização de empregados comuns; d) mesmo estabelecimento; e) interesse integrado; f) preponderância acionária de uma empresa sobre outras, etc.

A Lei 13.467/17 fixou orientação no sentido de que a mera identidade de sócios não é suficiente para configuração do grupo econômico, exigindo, além disso: a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

De nossa parte, ainda que se considere a mera identidade de sócios não ser suficiente para a configuração do grupo econômico, tal elemento é um indício bastante relevante de sua existência, assim como apenas a demonstração do interesse integrado, ou efetiva comunhão de interesses, ou atuação conjunta das empresas dele integrantes (**prova prima facie**), podendo o Juiz do Trabalho, no caso concreto, aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova e atribuir o encargo probatório à empresa que negar a existência do grupo econômico (nova redação do artigo 818, da CLT<sup>7</sup>).

7. Art. 818, da CLT: O ônus da prova incumbe: [\[Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017\]](#) I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; [\[Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\]](#), II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. [\[Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\]](#) § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. [\[Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\]](#) § 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. [\[Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\]](#) § 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessiva-

Na hipótese do grupo econômico, o Juiz do Trabalho poderá aplicar a teoria do ônus dinâmico da prova, atribuindo-o às empresas executadas, quando houver a demonstração de uma das seguintes hipóteses: a) identidade de sócios; b) interesse integrado; c) efetiva comunhão de interesses; d) atuação conjunta.

Nesse sentido advertem *Jorge Luiz Souto Maior e Vaudete Severo*<sup>8</sup>:

“A alteração proposta para o art. 2º, § 3º, da CLT, no sentido de que não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes” não nos deve impressionar. A realidade das lides trabalhistas revela que duas empresas, com mesmos sócios, explorando uma mesma atividade geralmente possuem essa comunhão de interesses, algo aliás, que pode ser inclusive presumido pelo Juiz, na medida em que não houve alteração do conteúdo do art. 765 da CLT, que a ele dá ampla liberdade para a condução do processo.”

Num primeiro momento, a jurisprudência consagrou o entendimento no sentido de que a empresa do grupo econômico que não participou da fase de conhecimento não poderia ser responsabilizada na fase de execução, conforme a **Súmula n. 205 do C. TST**, hoje cancelada, que assim dispunha: **GRUPO ECONÔMICO. EXECUÇÃO. SOLIDARIEDADE — CANCELADA — Res. n. 121/2003, DJ 21.11.2003 — O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.**

Mesmo na vigência da referida Súmula, entendíamos em sentido contrário, pois o grupo econômico constitui empregador único e a solidariedade é instituto de natureza econômica, e não processual. Além disso, não havia prejuízo à empresa do grupo que não tivesse participado da fase de conhecimento, pois o direito de defesa havia sido exercido por outra empresa do grupo que participou. Felizmente, a Súmula foi cancelada, atendendo à moderna doutrina e à jurisprudência mais recente.

No mesmos sentido:

Execução. Grupo econômico. A responsabilidade com fundamento no art. 2º, parágrafo segundo, da CLT é solidária e, por isso, possibilita ao credor cobrar de qualquer um dos devedores solidários o seu crédito, inclusive no curso da execução da demanda em que se reconheceu a dívida (art. 275 do Código Civil). Agravo de Petição a que se nega provimento. (TRT/SP - 00022155620155020061 - AP

mente difícil. [\[Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\]](#)

8. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista — ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista.* Disponível em: <<http://www.jorgesoutomaior.com/blog>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

4. *Comentários à CLT*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 8.

5. Os grupos de empresas no Direito Brasileiro. São Paulo, RT, 1979, p. 253.

6. Reforma Trabalhista: de acordo com a Lei 13.467/17. São Paulo: Foco, 2017, p. 5

- Ac. 17ªT 20170612486 - Rel. Flávio Villani Macedo - DOE 06/10/2017)

Acompanhando o mesmo entendimento, é o Enunciado n. 3 da 1ª Jornada Nacional de Execução Trabalhista da ANAMATRA realizada em novembro de 2011, *in verbis*:

EXECUÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. Os integrantes do grupo econômico assumem a execução na fase em que se encontra.

**2. DA SUCESSÃO DE EMPREGADORES:**

A Consolidação das Leis do Trabalho trata da sucessão de empregadores em seus arts. 10, 448 e 448, “*in verbis*”:

**Art. 10:** Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

**Art. 448:** A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

**Art. 448-A:** Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) **Parágrafo único.** A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Nos ensina *Mauricio Godinho Delgado*<sup>9</sup>:

“Sucessão de empregadores é figura regulada pelos arts. 10 e 448 da CLT. *Consiste no instituto justralhista em virtude do qual se opera no contexto da transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de crédito e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos*”.

Alguns doutrinadores preferem utilizar a expressão sucessão de empregadores<sup>10</sup>, pois a alteração se dá em face do

9. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 408.

10. Nesse sentido defende Délio Maranhão: “sucessão é substituição de sujeitos, ‘empresa’ é atividade e ‘estabelecimento’ é objeto de direito. De la Cueva, a quem não se pode imputar a ‘pecha’ de civilista, salienta que as consequências jurídico-trabalhistas da substituição de empregadores ‘não autorizam a concluir que a relação de trabalho se estabeleça entre os empregados e a empresa, pois não é possível ignorar o direito de propriedade do empregador e menos ainda afirmar-se um direito de propriedade dos empregados sobre os bens que integram a empresa (*Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 306). No mesmo sentido Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes: “A indevidamente chamada sucessão

empregador e não da empresa que continua. Outros, sustentam a possibilidade de haver sucessão de empresas<sup>11</sup>.

Segundo a melhor doutrina a sucessão trabalhista, disciplinada nos arts. 10 e 448, da CLT tem fundamento nos princípios da continuidade do contrato de trabalho, despersonalização do empregador, e na inalterabilidade do contrato de trabalho. Por isso, quem responde pelo crédito trabalhista é a empresa e não quem esteja no seu comando.

Dispõe o art. 10, da CLT:

“Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.”

No mesmo sentido é o art. 448, da CLT: *A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados*.

Como bem adverte Wagner D. Giglio<sup>12</sup>, responsável pelo pagamento da condenação é, portanto, a empresa, ou seja, o conjunto de bens materiais (prédios, máquinas, produtos, instalações etc.) e imateriais (crédito, renome etc.) que compõe o empreendimento. São esses bens que, em última análise, serão arrecadados através da penhora, para satisfazer a condenação, pouco importando quais são as pessoas físicas detentoras ou proprietárias deles.

São hipóteses típicas de sucessão para fins trabalhistas: a transferência de titularidade da empresa, fusão, incorporação e cisão de empresas, contratos de concessão e arrendamento e também as privatizações de antigas estatais.

Para a doutrina clássica, são requisitos da sucessão para fins trabalhistas: a) transferência de uma unidade empresarial econômica de produção de um titular para outro; b) inexistência de solução de continuidade do contrato de trabalho, vale dizer: o empregado da empresa sucedida deve trabalhar para a empresa sucessora<sup>13</sup>. Para a moderna doutrina, à qual me

de empresa nada mais é do que a sucessão de empregadores – isto sim – dentro da mesma empresa” (*Introdução ao Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 261).

11. Nesse sentido é a visão de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena: “A sucessão pode se dar na empresa, o que torna abrangente a vinculação trabalhista, ou de estabelecimento ou no estabelecimento ou na atividade hipótese em que a vinculação trabalhista seria parcial e se referiria somente aos empregados do estabelecimento ou da atividade objeto da sucessão” (*Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 330). Na visão de Amauri Mascaro Nascimento: “sucessão de empresas significa mudança na propriedade da empresa e efeitos sobre o contrato de trabalho que é protegido” (*Curso de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 680).

12. GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 537.

13. Nesse sentido é a doutrina clássica de Délio Maranhão (*Instituições de Direito do Trabalho*. vol. I. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 309). No mesmo sentido destaca-se a seguinte ementa: *Sucessão de empregadores. Configura-se a sucessão de empregadores quando ocorre a transferência do estabelecimento de um titular para outro sem que seja interrompida a prestação de serviços*. (TRT – 12a R – 2a T. – Ac. n. 3.286/2001 – Rel. Moreira Cacciari – DJSC 16.4.2001 – p. 84) (RDT 5/2001, p. 67).

filio, com apoio da atual jurisprudência dos Tribunais, não há necessidade de que o empregado ou o reclamante em processo trabalhista ter prestado serviços para a empresa sucessora, basta apenas que tenha havido a transferência total ou parcial de uma unidade de produção de uma empresa para outra para que ocorra a sucessão para fins trabalhistas.

Nesse sentido a seguinte ementa:

“*Sucessão*. A sucessão é a transferência total ou parcial, provisória ou definitiva da titularidade de empresa, pública ou privada, desde que haja continuidade, pelo sucessor, da atividade-fim, explorada pelo sucedido. Apoiam-se nos princípios da continuidade da relação de emprego, da despersonalização da pessoa jurídica e da intangibilidade salarial, tendo como escopo a regra dos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho.” (TRT – 1a R. – 5a T. – RO n. 6605/2000 – Rel. João Mário de Medeiros – DJRJ 28.6.2001 – p. 223) (RDT 07/2001, p. 65).

Pensamos estar correta a moderna doutrina ao exigir apenas o requisito da transferência da unidade econômica de produção de um titular para outro para que se configure a sucessão, pois os arts. 10 e 448, da CLT não exigem que o empregado tenha trabalhado para a empresa sucedida. Além disso, tal interpretação está em consonância com o princípio protetor e propicia maior garantia de solvabilidade do crédito trabalhista.

Nesse mesmo diapasão adverte *Jorge Luiz Souto Maior*<sup>14</sup>:

“A circunstância de não ter o empregado prestado serviços para a nova pessoa jurídica constituída é totalmente irrelevante, apesar de se ter firmado na doutrina trabalhista o entendimento de que a sucessão trabalhista somente tem lugar quando se dá o fenômeno da continuidade da prestação de serviço por parte do trabalhador para a nova pessoa jurídica. Uma leitura atenta dos arts. 10 e 448, da CLT, entretanto, desautoriza tal entendimento.”

No mesmo sentido *Mauricio Godinho Delgado*<sup>15</sup>:

“(…) a sucessão pode se verificar sem que haja, necessariamente, a continuidade na prestação de serviços. Tal singularidade é que foi percebida nos últimos anos pela jurisprudência, ao examinar inúmeras situações novas criadas pelo mercado empresarial; nessas situações ocorriam mudanças significativas no âmbito da empresa, afetando significativamente (ainda que de modo indireto) os contratos de trabalho, sem que tivesse se mantido a prestação laborativa e a própria existência de tais contratos.”

A moderna doutrina defende a existência da sucessão,

14. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego*. vol. II. São Paulo: LTr, 2008. p. 141.

15. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 411.

mesmo na transferência parcial de uma unidade econômica de produção empresarial, desde que afete de forma significativa os contratos de trabalho. Por exemplo, a transferência de propriedade da produção de um determinado produto de uma empresa para outra.

Nesse sentido, *Mauricio Godinho Delgado*<sup>16</sup>:

“(…) também configura a situação própria à sucessão de empregadores a alienação ou transferência de parte significativa do(s) estabelecimento(s) ou da empresa de modo a afetar significativamente os contratos de trabalho. Ou seja, a mudança na empresa que afete a garantia original dos contratos empregatícios provoca a incidência do tipo legal dos arts. 10 e 448 da CLT. Isso significa que a separação de bens, obrigações e relações jurídicas de um complexo empresarial, com o fito de se transferir parte relevante dos ativos saudáveis para outro titular (direitos, obrigações e relações jurídicas), preservando-se o restante de bens, obrigações e relações jurídicas no antigo complexo — agora significativamente empobrecido —, afeta, sim, de modo significativo, os contratos de trabalho, produzindo a sucessão trabalhista com respeito ao novo titular (arts. 10 e 448, da CLT).”

Acompanhando o presente entendimento, destaca-se a seguinte ementa:

“*Sucessão parcial. Responsabilidade do sucessor pelas obrigações trabalhistas a ela relativas*. A alteração na estrutura jurídica da empresa, ainda que parcial, não afeta o direito dos empregados e dos trabalhadores já desligados da parte do empreendimento por ela abrangida. A sucessão pode ser parcial, como ocorre na cisão, caso em que o sucessor responde pelas obrigações trabalhistas que a ela dizem respeito, nos termos do art. 10 da CLT.” (TRT 12a R – 2a T. – AG-PET n. 238.2003.009.12.00-8 – Rela. Martha M. V. Fabre – DJSC 23.4.2004 – p. 189) ( RDT n. 5 – Maio de 2004)

A sucessão não exige prova formal, pode ser demonstrada por indícios e presunções, tais como: a transferência do fundo de comércio, transferência do principal bem imaterial da atividade, dentre outros elementos. De outro lado, a simples transferência de maquinários ou compra do imóvel empresarial não configuram a sucessão.

Nesse sentido destaca-se a seguinte ementa:

“*Sucessão de empresas*. A sucessão se consubstancia quando a nova pessoa jurídica ocupa o mesmo lugar, explora o mesmo ramo e se utiliza dos mesmos utensílios. Portanto, é caracterizada pelos elementos fáticos que conduziram a alteração na propriedade sucedida, independentemente da forma legal adotada, sendo que o patrimônio que guarnece o estabelecimento se constitui na garantia para os créditos trabalhistas.” (TRT – 12a R –

16. *Ibidem*, p. 412.

1a T. – Ac. n. 2550/2000 – Rel. Juiz Idemar Antônio Martini – DJSC 21.03.2000 – p. 137)

A sucessão de empresas pode ser reconhecida pelo Juiz do Trabalho em qualquer fase do processo, inclusive na execução, uma vez que o sucessor tem a chamada responsabilidade patrimonial, independentemente de ter figurado na fase de conhecimento, seus bens podem ser atingidos. Nesse sentido:

“Sucessão de empregadores. Responsabilidade patrimonial. A legitimidade do sucessor para figurar no polo passivo da execução em nada é afetada pelo fato de não ter participado da fase de conhecimento. O direito constitucional de resposta foi devidamente resguardado, sendo concedido ao sucedido a oportunidade de defender-se amplamente, passando o novo titular a responder imediatamente pelos contratos de trabalho que lhe forem transferidos, de acordo com o que dispõe os arts. 10 e 448 da CLT.” (TRT – 1a R – 3a T. – Ap. n. 3.542/2001 – Rel. Ma. das Graças C. V. Paranhos – DJRJ 7.2.2002 – p. 144).

A empresa sucessora poderá cobrar a empresa sucedida dos débitos trabalhista que teve que quitar do período laborado para a empresa sucedida. Desse modo, a empresa sucedida pode integrar a lide como terceira juridicamente interessada. Nesse sentido, destacamos a seguinte ementa:

“Sucessão trabalhista. Direitos do sucedido. O sucedido, no âmbito do processo trabalhista, é parte legítima para interpor recursos na fase executória do feito, em respeito ao princípio da ampla defesa, mormente quando, na fase de conhecimento, era o legítimo e único devedor, e, na execução, foi quem efetivou o depósito garantidor do juízo.” (TRT – 15a R. – 1a T. – Ac. n. 7235/2001 – Rel. Luiz Antônio Lazarim – DJSP 5.3.2001 – p. 33) (RDT N. 04 – p. 68).

Como regra geral, o sucessor responderá pela integralidade da dívida, salvo em caso de fraude, em que a empresa sucedida responderá solidariamente, nos termos dos arts. 9o, da CLT e 942 do Código Civil.

Autores há que defendem a responsabilidade da empresa sucedida mesmo não havendo fraude. Nesse sentido a opinião de Ísis de Almeida<sup>17</sup>:

“Mesmo sem fraude, o sucedido responde, solidária ou subsidiariamente, com o sucessor, pelas reparações de direitos sonegados ao empregado, não só com referência ao período anterior como ao posterior à sucessão. Isto ocorre quando o sucessor não tem possibilidade de cumprir as obrigações contratuais ou legais.”

Eventual cláusula no contrato de sucessão de irresponsabilidade da empresa sucessora pelos débitos trabalhistas da empresa sucedida não tem validade perante a legislação trabalhista, pois as normas dos arts. 10 e 448, da CLT são de

17. ALMEIDA, Ísis. *Curso de Legislação do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981. p. 83.

ordem pública.

A jurisprudência dominante fixou entendimento no sentido de que a responsabilidade do crédito trabalhista é apenas da empresa sucessora, pois é esta que possui o fundo de comércio e o patrimônio.

Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa:

“Sucessão trabalhista. Responsabilidade. A Flumitrens é sucessora da CBTU, pois, havendo contrato de cisão, operou-se a sucessão trabalhista, cabendo ao novo empregador responder por todos os débitos trabalhistas dos empregados e ex-empregados da empresa sucedida, independentemente do contrato civil firmado entre ela e sua antecessora. Ademais, o Instrumento de Protocolo que regulou a referida cisão, caracterizou a sucessão trabalhista, sendo certo que, no Direito do Trabalho, o sucessor responde por todos os débitos trabalhistas, desobrigando a sucedida de tal responsabilidade. Recurso de revista não conhecido. Honorários advocatícios. Os honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, não decorrem da sucumbência, mas do preenchimento dos requisitos previstos nos termos da Lei n. 5.584/70. Aplicação dos Enunciados de ns. 219 e 329 do TST. Revista conhecida e provida.” (TST – 1a T – RR n. 588.912/1999-0 – Rel. Lélío B. Corrêa – DJ 6.8.2004 – p. 615)(RDT n. 9 Setembro de 2004).

De nossa parte, subsiste a responsabilidade solidária da sucessora em caso de fraude (arts. 9o e 942 do CC) e também subsidiária, mesmo não havendo fraude, nas hipóteses em que a empresa sucessora não apresenta patrimônio suficiente para solver o crédito trabalhista, ou para maior efetividade do recebimento deste. A responsabilidade subsidiária da empresa sucedida se justifica como medida inibidora de fraudes e encontra suporte nos princípios constitucionais da livre-iniciativa, valores sociais do trabalho, dignidade da pessoa humana do trabalhador (arts. 1o e 170, da CF) e também da função social da empresa e da propriedade (art. 5o, da CF).

O art. 448-A, da CLT consagra o entendimento preponderante de que o sucessor responderá pela integralidade da dívida, salvo em caso de fraude, em que a empresa sucedida responderá solidariamente, nos termos do parágrafo único do art. 448-A, da CLT.

De nossa parte, pensamos que subsiste a responsabilidade subsidiária, mesmo não havendo fraude, nas hipóteses em que a empresa sucessora não apresenta patrimônio suficiente para solver o crédito trabalhista, ou para maior efetividade do recebimento deste. A responsabilidade subsidiária da empresa sucedida se justifica como medida inibidora de fraudes e encontra suporte nos princípios constitucionais da livre-iniciativa, valores sociais do trabalho, dignidade da pessoa humana do trabalhador (arts. 1o e 170, da CF) e também da função social da empresa e da propriedade (art. 5o da CF).

No aspecto, pensam Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo<sup>18</sup>:

18. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista — ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista*. Disponível em: <<http://www.jorgesoutomaior.com/blog>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

“Há a introdução de um art. 448-A para estabelecer a responsabilidade do sucessor em caso de caracterização da sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448. O parágrafo único desse novo artigo refere que “a empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência”. Certamente responderá. E nada na nova legislação impedirá o juiz do trabalho de reconhecer a mesma responsabilidade em outras hipóteses, desde que devidamente fundamentadas, nas quais evidencie que o patrimônio auferido com a força de trabalho passou às mãos da sucedida. Ao referir uma hipótese de responsabilidade solidária, o texto de lei, que não deve ser interpretado/aplicado isoladamente, certamente não descarta outras que também determinarão a persecução do patrimônio da sucedida, para a satisfação dos créditos alimentares do trabalhador. Quem adquire um empreendimento torna-se solidariamente responsável, com o sucedido, pelas dívidas trabalhistas, exatamente porque está adquirindo o capital, que se beneficiou diretamente do trabalho humano. O sucedido, que contraiu a dívida trabalhista, segue sendo responsável. A relação de trabalho se estabelece entre trabalho e capital, e é exatamente isso que a CLT reconhece ao fixar tanto o conceito quanto a extensão da responsabilidade de quem toma trabalho. A mudança na estrutura jurídica da empresa, que identifica o fenômeno da sucessão, ocorre toda vez que houver modificação na titularidade da empresa, no poder que comanda, dirige e assalaria o trabalhador. A sucessão de empregadores promove uma espécie de quebra da garantia e da confiança que se presume existentes no momento da contratação. Daí porque ambos, sucedido e sucessor, são responsáveis pelos créditos alimentares trabalhistas, como aliás seguem afirmando os arts. 10 e 448 da CLT, não alterados. A noção de continuidade da empresa, que decorre diretamente da proteção, e que está prevista nesses dois dispositivos, consagra a ideia de solidariedade, de resto reafirmada no art. 2o, § 2o, ou no art. 455, da CLT, cujas redações também são mantidas.”

Nesse sentido, vale transcrever o Enunciado n. 4 da 1a Jornada Nacional de Execução Trabalhista, realizada em novembro de 2010, *in verbis*:

“Sucessão trabalhista. Aplicação subsidiária do Direito Comum ao Direito do Trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, art. 8o, parágrafo único). Responsabilidade solidária do sucedido e do sucessor pelos créditos trabalhistas constituídos antes do trespasse do estabelecimento (CLT, arts. 10 e 448, c/c Código Civil, art. 1.146).”

THEREZA CHRISTINA NAHAS

Doutora e pós-doutora pela UCLM ; Doutora pela PUC/SP, Professora e pesquisadora do LawInst, Juíza do Trabalho TRT/2, titular da 2ª Vara de Itapeverica da Serra

## REFORMA TRABALHISTA: UM CAMINHO PARA REDUZIR A DESIGUALDADE E A PRECARIÉDADE?

**RESUMO:** as insistentes reformas que vem sendo implementada no direito do trabalho em vários países do Ocidente tem em comum o fundamento de que servem para trazer desenvolvimento social, criação de postos de trabalho e inclusão de trabalhadores. Todavia, há que refletir se os movimentos de capitais e as novas tecnologias efetivamente poderão se enquadrar nos modelos propostos para realizar os objetivos prometidos, situação esta que vem sendo negada pelos índices que são apontados pela OIT, CEPAL e Banco Mundial quanto a conciliação entre movimentos sociais e empresarias. Não estamos preparados para o que nos propõe e quarta revolução tecnológica e o direito brasileiro, recém reformado, nasce com atrasos significativos que certamente servirão para precarizar, ainda mais, as relações de trabalho, pois reformas legislativas sem concretização de políticas públicas adequadas não servem aos fins que se idealiza para a sociedade brasileira.

**PALAVRAS-CHAVES:** revolução tecnológica e relações de trabalho – reforma trabalhista – precarização e vulnerabilidade da mão de obra – desenvolvimento social e econômico

**SUMMARY:** The insistent reforms that have been implemented in labor law in several countries of the West have in common the foundation that they serve to bring about social development, creation of jobs and inclusion of workers. However, it is necessary to reflect whether capital movements and new technologies can effectively fit the models proposed to achieve the promised objectives, a situation that has been denied by the indicators that are pointed out by the ILO, ECLAC and the World Bank regarding the reconciliation between movements social and business. We are not prepared for what we are proposing and the fourth technological revolution and Brazilian law, recently reformed, is born with significant delays that will certainly serve to make labor relations even more precarious, since legislative reforms without concrete public policies do not serve the purposes that is idealized for Brazilian society. **KEYWORDS:** technological revolution and labor relations - labor reform - precarization and vulnerability of labor - social and economic development

Um das perguntas mais inquietantes que se vem mostrando após tanta discussão em torno das reformas legislativas propostas e implementadas na área trabalhista é a de saber se, efetivamente, uma nova legislação seria capaz de reduzir desigualdade social e criar empregos.

O discurso dos governos que implementam as mudanças nas legislações sociais e que se vê largamente no ocidente, é de que as reformas são necessárias para recuperar a economia e modernizar as relações de trabalho. Acompanhado das reformas estruturais no direito do trabalho, indiscutivelmente de uma profundidade ímpar, capaz de causar o que representa aquilo que se pode chamar de desmanche do direito do trabalho, se propõe arrochos fiscais, redução salarial e de benefícios sociais. Tudo em nome da falácia da modernização do direito do trabalho e do combate a crise econômica instalada em diferentes lugares do mundo, mas todos dependentes um do outro.

O Estado “encolheu”. Perdeu as rédeas de sua administração e aceitou ver sucumbir sua soberania em troca das propostas liberais implementadas principalmente dos anos 70. A promessa de uma economia de mercado moderna, permitiu acreditar que a descentralização e a privatização aceleradas com a transferência de funções sociais para a iniciativa privada permitiria um “milagre”: a redução dos custos públicos com a eficiência do serviço que prometia o Estado de bem estar social. Tinha início a orgia dos cartões de crédito e dos financiamentos, a ilusão da inclusão e acesso das pessoas da classe média e média baixa a bens de consumo antes só adquiridos pela classe alta; a sedução do mercado para que consumissem cada vez mais permitindo a vazão daquilo que as indústrias não podiam fazer circular pelos métodos tradicionais, isto é, a produção em larga escala exige que se alcance cada vez mais o número maior de consumidores ávidos por adquirir produtos e serviços a preços baixos.

O que era produzido na Europa e nos EUA já não tinha um mercado de consumo satisfatório naqueles territórios. Era necessário extravasar e fazer com que a produção chegasse além das fronteiras americanas e europeias e o ideal seria que chegasse aos países periféricos e mais pobres ainda recém saídos da escravidão, frágeis e politicamente incipientes; com desigualdade sociais profundas, corrupções e uma população histórica e culturalmente explorada, ingredientes estes muito adequados para escoar produtos e serviços e buscar mão de obra barata. Era o auge de ouro da fase da exploração da matéria prima, a qual os países em desenvolvimento eram grandes fornecedores.

Todavia, pensar que o liberalismo tenha implementado uma ausência absoluta de intervencionismo não é falacioso. Prevê-se que a chamada revolução tecnológica (capitalismo avançado) será responsável nos próximos anos pelo desaparecimento de 50% postos de trabalho tradicionais<sup>1</sup>, o que vem

1. NAVARRO, Vicenç, *Nao culpem os robôs*, disponível em [www.aceso.org](http://www.aceso.org).

a ser uma consequência natural do desenvolvimento da tecnologia cujo processo de desenvolvimento esta sendo financiado pelos próprios Estados<sup>2</sup>. Os países têm seus próprios interesses que não são necessariamente de natureza social e, muitos deles, não estão preocupados em desenvolver políticas sociais eficientes ou na mesma proporção daquelas que reclamam a economia e tecnologia.

Estamos numa encruzilhada, que tende a ser mais perversa, que vai além de reconsiderar o que o trabalho significa, como apontado por Deborah Greenfield<sup>3</sup> diante de todas as transformações que estão ocorrendo no sistema de produção e na sociedade de modo geral. Compreendemos pouco dos movimentos globais de capitais e insistimos em tratar dos temas de modo interno sem considerar que os problemas

so em janeiro de 2018.

2. “La profesora Mazzucato muestra que Apple no habría existido si no hubiera sido por la activa intervención del Estado federal. En realidad, no solo Apple, sino toda la industria electrónica, no hubiera existido sin el gobierno federal, que financió en gran parte los “descubrimientos” que se atribuyen a los grandes emprendedores privados, incluyendo Steve Jobs. La autora señala en su libro el proceso de creación de Apple (paso a paso) y de los elementos innovadores que se atribuyen a esta empresa, mostrando cómo detrás de cada uno de ellos había un trabajo previo, financiado públicamente, y desarrollado ya sea en instituciones públicas o en privadas (financiadas públicamente). En realidad, fueron las Fuerzas Armadas del gobierno federal las que introdujeron el *GPS positioning* y los *voice-activated “virtual assistants”*, utilizados por Apple. Y fueron las mismas Fuerzas Armadas las que financiaron los primeros pasos de la industria electrónica del famoso Silicon Valley. Y fueron también fondos públicos los que financiaron el *touchscreen* así como el *lenguaje HTML*, también utilizados por Apple. Y fue, de nuevo, el propio gobierno el que prestó en términos súper favorables los primeros 500.000 dólares que Apple necesitó para establecerse como empresa” (NAVARRO, Vicenç, *Los mitos sobre la superioridad de lo privado sobre el publico, acceso em* <http://blogs.publico.es/dominiopublico/17328/los-mitos-neoliberal-sobre-la-superioridad-de-lo-privado-sobre-lo-publico/>, em janeiro de 2018).

3. “Tras la Gran Recesión que elevó los niveles de desempleo a 200 millones y generó una inseguridad generalizada, los mercados laborales de todo el mundo están experimentando profundas transformaciones. Estos cambios nos obligan a reconsiderar lo que el trabajo significa e implica. También son un desafío para que nuestras sociedades encuentren la manera de garantizar que el trabajo ofrezca los empleos y los ingresos que las personas necesitan (...) Hoy en día, el mundo del trabajo está presenciando una erosión de la clásica relación empleado-empleador. Una proporción cada vez mayor de la población activa está empleada en lo que la OIT define formas atípicas de empleo. Éstas comprenden el empleo temporal, el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a pedido, la relaciones de trabajo multipartitas como la “cesión temporal”, y el empleo encubierto y por cuenta propia económicamente dependiente. En los últimos años, el incremento de la “economía de plataformas de Internet” o el “trabajo por encargo” donde el trabajo es mediado a través de plataformas Internet o aplicaciones por celular, ha renovado el interés hacia estas formas de trabajo. Además, el lugar de trabajo también ha cambiado, con un número mucho mayor de trabajadores que aprovechan la evolución de las tecnologías de la información para trabajar desde el hogar o por cuenta propia”. (GREENFIELD, Deborah, Comentário em [www.ilo.org](http://www.ilo.org), em janeiro de 2018).

são globais com grandes dificuldades de se lograr soluções locais, principalmente quando se insiste em ignorar a transnacionalização e acentuada descentralização a nível global.

Apesar do desenvolvimento industrial no país mantivemos a estrutura legislativa dos contatos pensados na economia rural, da empresa local e do trabalhador não especializado e absolutamente subordinado. O direito coletivo fundado no modelo fascista de controle absoluto do Estado na vida dos sindicatos, manteve os movimentos sindicais na zona de acomodação, em que as greves e negociações tem pouco (ou nenhum resultado), pulverizando cada vez mais a representatividade sindical que cada dia está mais difusa e inoperante. Após mais de 20 anos de Constituição democrática e da (falsa) propaganda de que os sindicatos são livres, seguimos discutindo contribuição sindical, sem nos darmos conta de que a representatividade sindical esta cada vez mais comprometida num mundo de cadeias de produção tecnológica e modos de produção cada vez mais descentralizadas.

Sofremos mais profundamente pela nossa ignorância em admitir que não existe algo mais além do que as fronteiras, que as empresas se movimentam numa velocidade incompatível com a nossa ilusão de controle e que o próprio Estado não tem solução (quicá condição?) de criar métodos alternativos que possam ser capazes de compatibilizar medidas globais com impactos globais/transnacionais e locais<sup>4</sup>.

Some-se a tudo isso os índices de crescimento que as tabelas econômicas mostram quando se cuida de avaliar os impactos das reformas trabalhistas no mercado de trabalho: em todos os países o número de ocupação de postos de trabalho cresceu timidamente em proporção, apresentando uma leve redução chegando a 5,5% no mundo em 2018, contra 5,6 % de 2017<sup>5</sup>. A pergunta que segue é, a que custo? Qual a qualidade?

O informe mundial da OIT sobre Proteção Social nos da conta que 29% da população mundial está protegida por um sistema de seguridade social e os déficits que se apontam tem fundamento na falta de investimento em proteção social, o que leva as pessoas a ficarem mais expostas a pobreza e aumenta da exclusão e desigualdade social. O ODS visa precipuamente a proteção social universal, atribuindo aos governos a responsabilidade pelo sistema de proteção social a um nível mínimo da seguridade social. Apenas 8% dos trabalhadores no mundo tem direito a prestações de seguro desemprego e apenas 27,8% da população com incapacidade severa tem direito a prestação por invalidez. Tao somente se gasta 3,2% do PIB mundial com proteção social para pessoas em idade de trabalho, apesar que este grupo é de grande proporção no cenário mundial. “Considerando os problemas observados no mercado de trabalho, bem como o persistente desemprego e subemprego, emprego precário e informal, assim como o aumento de trabalhadores pobres, o sistema de proteção social, incluídos os pisos de proteção social,

4. NAHAS, Thereza Christina, *Reflexões sobre o Capital Globalizado nas Relações de Trabalho – Especial Referencia a UE e Mercosul*, Editora LTR, São Paulo, 2016

5. *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo –Informe/OIT 2018*, disponível em [www.ilo.org](http://www.ilo.org), em janeiro de 2018.

constituem políticas essenciais para garantir a segurança dos ingressos e o trabalho decente, especialmente nos casos em que estão bem coordenados com políticas públicas de empregados, salários e fiscais<sup>6</sup>.

Ainda, segundo dados da OIT, o número de empregos precários mostra uma tendência de aumento em todo o mundo, bem como o aumento do desemprego, sendo certo que os trabalhadores que entram no mercado de trabalho ano a ano mostram-se em número muito maior do que o aumento de postos de trabalho. A consequência disso é que não haja redução da pobreza e tampouco é possível promover a inclusão do trabalhador.

Abro, todavia, um parêntesis quanto ao tema relacionado a pobreza. Recentemente o Banco Mundial publicou o resumo de 2018 e constatou que, “en 1990, más de un tercio de la población mundial vivía en situación de pobreza extrema, es decir con menos de USD 1,90 al día. En 2015, el último año en que se tienen datos sólidos, la pobreza extrema llegó al 10 %, el valor más bajo del que se tenga registro en la historia. En las últimas tres décadas, más de 1000 millones de personas salieron de la pobreza extrema, y esta se ha reducido a menos del 3 % en alrededor de la mitad de los países del mundo. Esto es uno de los grandes logros de nuestro tiempo, pero tenemos mucho más trabajo que hacer, ya que 736 millones de personas aún viven en la pobreza extrema, el ritmo de la reducción de la pobreza se está desacelerando, y será más difícil llegar a aquellos que viven en esa situación. La tasa de pobreza en zonas afectadas por fragilidad, conflictos y violencia subió del 34,4 % en 2011 al 36 % en 2015, y es probable que esa tasa aumente”<sup>7</sup>.

Tenha-se em conta, ainda, que a perda de controle sobre o fluxo de capital e financeiro permitiu o acirramento da competição entre Estados (externo e interno) provocando uma rachadura ainda maior no sistema: não há soluções globais para os problemas das relações de trabalho que continuam sendo locais e ainda mais precárias nos países periféricos e subdesenvolvidos (ou em desenvolvimento). Os Estados acabam por sofrer com os impactos dos resultados da precarização da mão de obra, que acabam por gerar déficits maiores, principalmente ligados a segurança pública e previdência social, com aumento da pobreza e, por via reflexa, redução do consumo debilitamento da atividade empresarial, principalmente nas pequenas e médias empresas.

Esta concorrência que se estabelece entre países, também se vê no mercado de trabalho, quer pelas alterações que vem ocorrendo nas organizações empresariais e pelo impacto que a tecnologia tem incidido sobre as relações, quer pela absoluta ausência de políticas públicas que possam preparar o trabalhador para este novo mercado que se apresenta e que

6. *Informe Social sobre Protección Social*, disponível em [www.ilo.org](http://www.ilo.org), em janeiro de 2018.

7. Informe disponível em [https://databank.worldbank.org/data/download/hci/HCI\\_2pager\\_BRA.pdf](https://databank.worldbank.org/data/download/hci/HCI_2pager_BRA.pdf) em <http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2018/12/21/year-in-review-2018-in-14-charts>, acesso em fevereiro de 2019, acesso em fevereiro de 2019.

exige conhecimento específicos. O nível de educação nunca esteve tão alto. Todavia, na mesma proporção cresceram as diferenças quanto a aprendizagem nas escolas: menos da metade dos estudantes dos países em desenvolvimento alcançaram formação mínima para ascender ao mercado de trabalho. Numa análise que abarcou 160 economias no mundo, chegou-se a diferença entre países de metade da pontuação, o que se deve, principalmente pelas deficiências de saúde e nutrição. O projeto de Capital Humano do Banco Mundial se baseou em saúde e educação: no Brasil, apurou-se que das crianças que nascem hoje, 56% serão produtivas e terão condições de completar o ciclo de educação e ter boa saúde. A expectativa de idade escolar das crianças e de 11,7anos e não há um programa de inserção da massa de trabalhadores que esta hoje no mercado e que não tem conhecimentos suficientes para acender a melhores empregos e tampouco um programa capaz de formar aqueles que acenderam ao mercado nos próximos anos.

Alguns desafios devem ser considerados para dar uma resposta eficiente a chamada “modernização da relações” e “transformação do crescimento”: recuperar os custos sociais que foram massacrados nas últimas décadas; resolver os desequilíbrios estruturais do padrão de crescimento tradicional; estabelecer novos objetivos diante da mudança causada pela tecnologia e mudança climática.

Modernizar relações de trabalho não significa regulamentar tipos contratuais que sempre existiram, mas que eram ignorados pela legislação. Tampouco se pode afirmar que o modelo contratual do início do século XX possa ser adequado para o tipo social e empresarial deste século XXI que guarda um diferencial tremendo em razão do uso indiscriminado da tecnologia e responde pela maior mudança no modo de produção, somente conhecida na Revolução Industrial.

Os métodos de produção e empresarial mudaram e o modelo de trabalhador, necessariamente, acompanha estas transformações. Os investimentos internacionais tem sido feitos em países com alto conhecimento tecnológico, em que os custos empresariais e as necessidades sociais estão associados a nonotecnologia, aos softwares, aos robôs, ao Big Date e a guerra das empresas pelos trabalhadores com maior talentos e mais conhecimentos. Os empregos se transformam e a matéria prima já não é o ponto mais atrativo para a maioria das grandes multinacionais que lideram o movimento de capital do mundo.

Em estudo promovido pela OIT sobre o futuro do trabalho no Brasil, destacou-se que a crise do emprego no país decorre de vários fatores, entre eles as mudanças globais e a forma de produção foram destacados como fator impactante que resultaram nos processos de precarização e redução de postos de trabalho, somado ao desenvolvimento tecnológico e a manufatura avançada. O estudo realizado pela consultoria McKinsey estimou uma perda de até 50% dos postos de trabalho no Brasil “em função do crescente uso de processos automatizados, tecnologia de informação e inteligência artificial, capazes de progressivamente substituir trabalhos rotinizados, até mesmo aqueles exercidos por trabalhadores altamente especializados. Em que pese a inserção brasileira

nas cadeias globais de fornecimento que se dá, prioritariamente, por meio de exportação de commodities agrícolas e minerais, e, em menor escala, através de atividades intensivas em trabalho, os desafios trazidos pelas tendências mundiais na produção industrial e na especialização dos serviços foram caracterizados como cruciais. Esses desafios somam-se à necessidade de revitalização da indústria nacional, diante da diminuição da participação das atividades da indústria da transformação em torno a 10% do PIB<sup>8</sup>. O Brasil é um país com grande potencial, mas para ser competitivo deve mudar a economia baseada “nos baixos custos de mão e obra, de matéria prima e de produção, para o conhecimento, mão de obra qualificada e avanços tecnológicos (...) Para aproveitamento das oportunidades que se delineiam para o mercado de trabalho, é fundamental a prevalência de educação de qualidade e homogeneamente distribuída pela população. A aquisição de habilidades e de qualificações básicas para aprender constitui a base à qual a formação profissional e continuada deve se somar, no intuito de garantir a igualdade de oportunidades. Assim como a educação e qualificação para o trabalho, os serviços públicos direcionados à captação e encaminhamento de vagas são de fundamental importância”<sup>9</sup>.

Os enfreamentos entre capital e trabalho não cambem mais no modelo da empresa que permitiu que Marx se tornasse imortal com a frase: “trabalhadores de todo o mundo, uni-vos”. A dificuldade é ainda maior a se considerar a linha de produção cada vez mais difusa e tecnológica, atividade empresarial absolutamente descentralizada e a impossibilidade de união entre trabalhadores no mesmo ambiente em que o direito do trabalho e suas perspectivas de melhoria de condições de vida do trabalhador eram discutidas. É comum que num mesmo ambiente de trabalho estejam reunidos trabalhadores vinculados a diferentes empregadores e contratos de trabalho, trabalhadores com empregos precários e a temporários, de diferentes nacionalidades, costumes, culturas e contratos, e que sequer conseguem relacionar-se em razão da distinção de idiomas<sup>10</sup>. Tudo isso contribui para o debili-

8. Informe da OIT *Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites*, disponível em [www.ilo.org](http://www.ilo.org), acesso em fevereiro de 2019.

9. Informe da OIT *Futuro do Trabalho no Brasil...*

10. Reportagem no Jornal *El País* (Espanha): *Dos polacos por el sueldo de un francés*, disponível [https://elpais.com/internacional/2018/01/26/actualidad/1516992987\\_892079.html](https://elpais.com/internacional/2018/01/26/actualidad/1516992987_892079.html), em janeiro de 2018): “El trabajador desplazado tras ser contratado en su país de origen —no confundir con el ciudadano que emigra de forma voluntaria para buscar empleo— deberá beneficiarse de los mismos convenios que sus colegas del país de acogida que ejerzan las mismas labores, según la reforma que se pactó en octubre en Bruselas y que todavía tardará al menos un par de años en empezar a ser efectiva. La UE repite como un mantra el principio básico de la reforma: misma remuneración por un mismo trabajo en un mismo lugar. Un ejemplo: los eslovacos que estén subcontratados en una obra en Viena tendrán derecho a la misma paga navideña que sus compañeros austriacos. Entre los vehículos aparcados en los alrededores del puerto o de los astilleros escasean las matrículas francesas. Abundan las furgonetas patentadas en Polonia, Hungría y en los países bálticos. También es

tamento de movimentos coletivos e para a precarização da mão de obra, dificultando o agrupamento de trabalhadores e a formação de suas respectivas associações fundamentais para a luta por conquistas (ou simplesmente manutenção) de direitos.

A atividade empresarial esta cada dia mais fragmentada e virtual. Isso permite que trabalhadores a cada dia se dediquem mais ao trabalho à distância em localidades diversas daquela em que a organização empresarial esta e onde dinâmica do trabalho se concretiza. Contratos precários e atípicos, grosso modo, quer dizer, que o modelo contratual que hoje se vê não cabe mais no tradicional contrato de trabalho idealizado pela CLT. Este modelo continua existindo e esta atrelado ao trabalho absolutamente subordinado, estrutura esta que cada dia mais se destina a trabalhadores com baixo conhecimento técnico e destina sua força de trabalho ao setor de serviços em geral. A segurança do emprego e a fidelidade são conceitos que cada dia estão mais distantes e sendo substituídos pela necessidade de produção; a competitividade no mercado de trabalho é cada dia mais acirrada e a busca do trabalho decente, por vezes, parece um objetivo distante, não obstante os esforços que se tem envidado.

As reformas estruturais propostas pela lei 13467/2017 seriam capazes de promover o crescimento, criar postos de trabalho, incluir trabalhadores e reduzir desigualdade?

A olhar para as reformas realizadas em Espanha, Itália, Portugal, todas com o mesmo desenho que se faz a brasileira, chilena e mexicana nos leva a afirmação de que estamos longe de uma modernização de relações de trabalho e inclusão social. O que se assiste é um aumento notável dos contratos temporais, intermitentes e as mais diversas formas de trabalhos semi-dependentes e contratos atípicos, os salários foram reduzidos e não há segurança jurídica. A nova economia busca retribuir apenas o trabalho efetivamente prestado e afeta definitivamente a noção e conceito de tempo de trabalho, tempo à disposição e direito a desconexão. A nova economia se baseia na produção efetiva.

O que se pode afirmar é que, sem que haja políticas públicas eficientes e de inclusão, nenhuma reforma legislativa poderá resultar nas promessas do governo de cumprir com a agenda da OIT do trabalho decente e realizar as intenções que se vem implementando pela ONU para o cumprimento de uma Agenda para o Desenvolvimento Sustentável (Agenda ONU/2030).

Além do que, os movimentos empresariais não permitem que se promova medidas sem considerar os reflexos do capital externo no mercado interno. Some-se que a crise brasileira amarga um ingrediente ainda mais cruel: a corrupção dos

fácil encontrar algún coche español, portugués o griego, incluso de Estados no comunitarios como Serbia o Ucrania. Los sindicatos calculan que generalmente hay más de 2.000 trabajadores desplazados en Saint-Nazaire. “Esto se ha convertido en una Torre de Babel. Es complicado y perjudicial trabajar con colegas con los que no te puedes comunicar ni para transmitir una sencilla orden de trabajo”, apunta Georget, quien ejerce como delegado sindical de la Confederación General del Trabajo (CGT)”

governos e a cultura de que atos irregulares são normais e podem ser superados ou relevados, isto é, a enfermidade endêmica que contribui para o aumento da pobreza. Tudo isso se soma a perda de legitimidade dos três poderes em todas as suas instâncias e que permite a fragilidade e desconfiança nas instituições nacionais.

Não aplicar uma lei vigente ou aplicar-la em contrário é o mesmo que negar a jurisdição e implantar a insegurança jurídica. A maneira como as instituições estão tratando da reforma trabalhista, a aparente resistência pública e irresponsável de declarações falaciosas, o enfrentamento entre os três poderes e a ausência de punibilidade, podem ser elencados como ingredientes para o retrato de que, não somente os contratos de trabalho são precários, mas também nossas instituições e leis. Exemplo disso, é a Medida Provisória 808/2017 publicada na mesma semana em que entrava em vigor a maior e mais profunda reforma trabalhista.

Some-se a tudo isso uma absoluta ausência de políticas públicas que possa estabelecer um sistema de proteção inclusivo, bem como uma proteção social universal que possa efetivamente erradicar a pobreza e promover o emprego decente, permitindo a inserção daqueles que fazem parte da economia informal e facilitando a transição para a economia formal.

Há que se ter em conta que a CTPS na é a tábua de salvação dos trabalhadores brasileiros. A tutela ao trabalhador e a busca ao trabalho decente vai mais além; há outros tipos contratuais e formas de trabalho que contribuem para o desenvolvimento social, aperfeiçoamento do trabalhador e preenchimentos de seus objetivos e expectativas. Nem todo contrato atípico é prejudicial ou a forma necessária de precarização. Há que se respeitar a liberdade de profissão e de contratação, criando métodos que possam permitir, tanto ao empregado subordinado como ao autônomo ou parasubordinado (semi-dependente), tranquilidade para exercer sua profissão, com meios, recursos, incentivos e políticas que possam permitir um leque de opções, todas tratadas e regulamentadas no sentido de desenvolver a sociedade.

O direito do trabalho merece uma leitura nova, inclusive dentro do contexto das novas relações tecnológicas e de acordo com os novos tempos já iniciados há pelo menos trinta anos, sem olvidar-se de voltar os olhos para os próximos anos, integradas pelas novas gerações dos baby boomers, X, Y e Z<sup>11</sup>. Não será suficiente interpretar-lo no modelo da empresa fordista e, pior ainda, sem considerar o desmantelamento do Estado após sua sujeição ao modelo liberal.

É chegada a hora de reinventar o direito do trabalho, nos termos da agenda do trabalho decente e cumprindo os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS) para conseguir realizar a agenda 2030 buscando alcançar uma condição melhor de vida e uma sociedade mais justa e mais igual em termos globais.

11. NAHAS, Thereza Christina, *Reflexões sobre o Capital Globalizado nas Relações de Trabalho*, Editora LTr, São Paulo, 2016

**PJe TRT/SP nº 1001259-62.2017.5.02.0090- 4ª Turma RECURSO ORDINÁRIO RECORRENTE(S):**  
**(1) PET CENTER COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES S.A.**  
**(2) EDY CRISTIANO GUERRA**

**DANOS MORAIS. EMPREGADO VÍTIMA DE CONSTRANGIMENTOS E OFENSAS EM RAZÃO DE ORIENTAÇÃO SEXUAL. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA DE SUPERIOR HIERÁRQUICO. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA**

Contra a r. sentença de fls. 173/176, cujo relatório adoto, que julgou os pedidos formulados procedentes em parte, recorre a reclamada apresentando as razões de fls. 181/193. Requer a reforma da r. sentença no que pertine ao acúmulo de funções.

O reclamante, às fls. 198/200, por sua vez, requer a reforma da r. decisão de origem quanto à dispensa discriminatória. Contrarrazões às fls. 206/211 e fls. 212/215. Custas às fls. 196/197. Depósito recursal às fls. 194/195.

É o relatório.

**V O T O**

**I – DOS PRESSUPOSTOS**

Conheço dos recursos ordinários interpostos por preenchidos os pressupostos processuais de admissibilidade. Aprecio-os conjuntamente.

**II.1. APLICAÇÃO DA REFORMA TRABALHISTA ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS EM CURSO**

Conforme entendimento pacificado pela C. 4ª Turma deste E. Regional, não há dúvidas, desde o Direito Antigo, de que *Hominum causa omne jus constitutum sit* (o fim do Direito é o Homem) e como tal devem ser analisadas e interpretadas as regras jurídicas.

A partir do instante em que o Estado chamou para si o dever de dizer o direito ao caso concreto, em substituição à vontade das partes, obrigou-se a pacificar de forma satisfatória os conflitos de interesses.

Tal exige não apenas a prestação de uma atividade jurisdicional justa, mas também efetiva, assim entendida a decisão consentânea com os princípios e regras vigentes num determinado sistema jurídico, observado, sempre, o devido processo legal.

O escopo precípua da jurisdição é a pacificação dos conflitos sociais, o que é afastado de forma absoluta pela incerteza jurídica, principalmente quanto tal fato decorre da constante mudança da legislação, a que a doutrina, encabeçada por Mauro Cappelletti denominada “orgia legiferante”, como citado pelo MM. Ministro Marco Aurélio Mello (RE 793181, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 13/02/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 21/02/2014 PUBLIC 24/02/2014)

Considerando que o poder jurisdicional é monopólio estatal e o constituinte determinou a observância dos princípios do livre acesso ao Judiciário, da segurança jurídica das relações e do *due process of law*, a aplicação da lei no tempo deve respeitar tais premissas sob pena de ofensa aos mais mezinhos direitos dos jurisdicionados.

Em suma, quando o titular busca a proteção estatal, mesmo porque vedada, em regra, a autotutela, o faz por ter sido incorporado determinado direito ao seu patrimônio, de acordo com a lei vigente à época da constituição da obrigação e de seu desenvolvimento. A grande dúvida repousa da hipótese de vigência de nova lei que altera o conteúdo de relação jurídica constituída sob império de outra norma.

Ensina Canotilho que:

*“Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial”.* (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257)

Afirma o constitucionalista português, ainda, que o princípio da segurança jurídica desenvolve-se em razão de dois conceitos:

(1) *estabilidade* ou *eficácia ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

(2) *previsibilidade* ou *eficácia ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos. (*op. cit.* p. 380)

Insta ressaltar que o espírito da lei tem se direcionado no sentido de evitar surpresas às partes, tanto que o atual Código de Processo Civil, em seu artigo 10, positivou o contraditório

substancial ao proibir a denominada decisão surpresa, ainda quando decidida a questão com fundamento em norma de ordem pública, cognoscível de ofício.

É cediço que a máxima *Lex non habet oculos retro* fundamenta a posição de Paul Roubier, inspirador da grande maioria das legislações modernas quanto ao direito intertemporal, sendo que, embora Roubier seja árduo defensor da eficácia imediata da norma, formula importante exceção a esse princípio ao analisar os contratos de trato sucessivo. Neste caso a lei velha deve sobreviver, aplicando-se aos contratos até a sua efetiva consumação.

Afirma Roubier que:

*“Temos dito que no domínio das situações legais é a unidade do direito o que constitui a regra e no domínio das situações contratuais é, pelo contrário, a diversidade. As leis novas não podem voltar sobre a eleição que havia sido acordada pelas partes no dia em que o contrato foi celebrado; essa eleição tem um sentido que é o de permitir aos contratantes estabelecer suas previsões, e seria insuportável que quando as partes delimitaram dentro de um tipo jurídico dado, a lei, desmentindo previsões, venha a ordenar de outra maneira suas relações contratuais. É por essa razão que em matéria de contratos o princípio da irretroatividade cede lugar a um princípio de proteção mais amplo: a sobrevivência da lei velha”* (apud, Guilherme Borda, *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, pág. 95, trad. nossa)

O C. STF, em voto da lavra do Excelentíssimo Ministro Moreira Alves, já decidiu que *“Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. O disposto no art. 5o, XXXVI da CF se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF. Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido”* (JSTF – Lex 168/70).

Traçados os fundamentos básicos do conflito de leis no tempo, podem ser extraídas as seguintes conclusões quanto à aplicação das normas estabelecidas pela Lei 13.467/17, nos âmbitos do direito material e processual:

### 1.1. DIREITO MATERIAL

No caso concreto, não obstante a interpretação da constitucionalidade, legalidade e harmonia com os princípios que regem o direito do trabalho, das alterações advindas da reforma trabalhista, em tese, as novas normas apenas poderão ser aplicadas aos fatos ocorridos após sua vigência, não tendo o condão de alterar as relações já estabelecidas e consumadas entre as partes quando já incorporado o direito ao patrimônio jurídico dos titulares.

### 1.2. DIREITO PROCESSUAL

Quanto às regras processuais, há que se distinguir a natureza das normas.

As normas processuais secundárias e legítimas, também

denominadas processuais em sentido estrito, ou seja, que não afetam a prestação jurisdicional em si e não causam prejuízo material às partes, devem ser aplicadas de imediato, a partir da vigência da norma, observada a imutabilidade dos atos já praticados, ou seja, sua incidência se dará apenas para os atos pendentes e futuros, como por exemplo, a contagem do prazo em dias úteis (artigo 775, da CLT).

As regras que instituem obrigações para as partes ou podem causar prejuízo ao litigante, apenas serão aplicadas aos processos iniciados após a vigência da reforma trabalhista, eis que se tratam de normas processuais ilegítimas, de natureza bifronte, com aspectos que se esbarram no direito material e sua aplicação aos casos em curso ofende a estabilidade que deve existir nas relações jurídicas entre as partes.

Neste sentido o Enunciado 1, da Comissão 7, da 2ª Jornada de Direito Processual e Material do Trabalho.

## III- DOS RECURSOS

### III.1. DO ACÚMULO DE FUNÇÃO

Razão não assiste à reclamada.

O autor afirma que cumulava a função de caixa com as atividades de abastecimento, limpeza de gondolas e baias, bem como de atendimento na farmácia. O contrato de trabalho confirma a contratação como Operador de Caixa Jr 1, sem qualquer ressalva como pode ser visto às fls. 101/102.

A testemunha convidada pela defesa não a favoreceu ao informar *“(...) que o reclamante era operador de caixa, informando que às vezes repunha mercadoria mas não com frequência, afirmando que isso aconteceu desde o início do contrato (...)”*, fls. 158. Além disso, a testemunha trazida pelo reclamante disse: *“(...) que era operadora de caixa, assim como o reclamante; que também fazia abastecimento, reposição, limpeza e precificação e o reclamante também fazia essas atividades; que entrou com caixa, depois foi para recepcionista mas com a troca da gerência, no começo de 2017, voltou para caixa e começou a desempenhar essas atividades acima descritas, afirmando que no primeiro período como caixa não desempenhava essas funções (...)”*, fls. 158, confirmando a tese da exordial de que exercia funções incompatíveis com sua condição e com o cargo para o qual fora contratado.

Com relação à limitação requerida, nada a reparar, eis que a testemunha por ela convidada confirmou que o acúmulo de funções ocorreu desde a contratação do reclamante. Além disso, não há que se falar em limitação do pagamento à data da saída, eis que o contrato de trabalho finda-se ao término do aviso prévio.

Mantenho a r. sentença.

## II. DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. HOMOFOBIA

Com razão o trabalhador.

Restou comprovado em audiência que a demandada dispensou vários empregados homossexuais, tendo, ainda confessado a contratação posterior de outros em substituição.

Assim confessou o preposto: *“(...) que na reclamada havia cerca de 4 empregados homossexuais, dos quais 2, além do reclamante, também foram desligados no mesmo período, mas afirma que outros foram contratados (...)”*, fls.158.

Além disso, a testemunha trazida pelo reclamante disse: *“(...) que na época em que o reclamante foi dispensada não houve dispensa de outros empregados homossexuais; que melhor esclarecendo a depoente foi dispensada em seguida e a depoente é homossexual; que inquirida se mais alguém foi dispensada no período informa que Dirceu e este também é homossexual (...)”*, fls. 158 – g.n.

Comprovada, assim, a tese da exordial de que, com a vinda da gerente Gizeli, o autor e mais 2 empregados, todos homossexuais, foram dispensados (fls. 4). E, diferentemente, apesar de a defesa mencionar a existência de outros trabalhadores de igual orientação sexual, nada prova neste sentido (fls. 89), a fim de afastar a discriminação que lhe é imputada.

A prática da empresa mostra-se uma das mais retrógradas e repugnantes formas de discriminação: preconceito por orientação sexual. Destaca-se, ainda, que o fato apurado nos autos, além de discriminatório, também é ato atentatório ao inciso IV, do artigo. 3º da CF, que prevê como objetivo fundamental desta República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outros.

Interessante observar o recente julgamento do E. STF, na ADIn 4277 e ADPF n.º 132, que confirma a posição vanguardista do Judiciário Brasileiro na luta pela igualdade.

In casu, restou caracterizado o atentado à dignidade do empregado, que se viu humilhado em sua intimidade e vida privada (art. 5º, X, CF), malferindo o empregador, por preposto, os princípios da igualdade (art. 5º, caput) e da dignidade humana (art. 1º, III, CF), práticas intoleráveis numa sociedade que se alça a um novo patamar civilizatório.

Ainda, não se pode ignorar a Reunião de Especialistas realizada em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, coordenada pela *Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos*, que apresentou os **“Princípios de Yogyakarta, sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero”**, e que logo em sua introdução estabelece que: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso”*, merecendo destaque os seguintes princípios:

**“PRINCÍPIO 2: DIREITO À IGUALDADE E A NÃO-DISCRIMINAÇÃO.** Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as

pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações. A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico. (...)”

**“PRINCÍPIO 3: DIREITO AO RECONHECIMENTO PERANTE A LEI.** Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero. (...)”

**“PRINCÍPIO 12: DIREITO AO TRABALHO.** Toda pessoa tem o direito ao trabalho digno e produtivo, a condições de trabalho justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para eliminar e proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero no emprego público e privado, inclusive em relação à educação profissional, recrutamento, promoção, demissão, condições de emprego e remuneração;
- Eliminar qualquer discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero para assegurar emprego e oportunidades de desenvolvimento iguais em todas as áreas do serviço público, incluindo todos os níveis de serviço governamental e de emprego em funções públicas, também incluindo o serviço na polícia e nas forças militares, fornecendo treinamento e programas de conscientização adequados para combater atitudes discriminatórias.”

#### “PRINCÍPIO 28: DIREITO A RECURSOS JURÍDICOS E MEDIDAS

**CORRETIVAS EFICAZES.** Toda pessoa vítima de uma violação de direitos humanos, inclusive violação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, tem direito a recursos jurídicos eficazes, adequados e apropriados. As medidas adotadas com o objetivo de fornecer reparação a pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, ou de garantir o desenvolvimento apropriado dessas pessoas, constituem elementos essenciais do direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes. Os Estados deverão:

- Estabelecer os procedimentos jurídicos necessários, incluindo a revisão de leis e políticas, para assegurar que as vítimas de violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero tenham acesso a medidas corretivas plenas, através de restituição, compensação, reabilitação, satisfação, garantia de não repetição e/ou qualquer outro meio que seja apropriado;
- Assegurar que esses recursos jurídicos sejam aplicados e implementados em tempo hábil;
- Garantir que sejam estabelecidas instituições e padrões eficazes para a provisão de recursos jurídicos e medidas corretivas, e que todo o seu pessoal seja treinado nos temas de violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual e identidade de gênero;
- Assegurar que todas as pessoas tenham acesso a todas as informações necessárias sobre os procedimentos para buscar recursos jurídicos e medidas corretivas;
- Garantir que seja fornecida ajuda financeira às pessoas que não possam arcar com os custos das medidas corretivas e que seja eliminado qualquer outro obstáculo para assegurar essas medidas corretivas, seja ele financeiro ou de outro tipo;
- Assegurar programas de treinamento e conscientização, incluindo medidas voltadas para professores/as e estudantes em todos os níveis do ensino público, organismos profissionais, e violadores/as potenciais de direitos humanos, para promover o respeito e adesão aos padrões internacionais de direitos humanos de acordo com estes Princípios, assim como para combater atitudes discriminatórias por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.”

Desta forma, comprovado a dispensa discriminatória de trabalhador, por homofobia, deve ser observada a Lei n. 9029/95, cujo artigo 1º dispõe que:

“É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação

profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal.” (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (g.n.)

Nem se argumente que a referida lei não é aplicável ao caso, eis que a redação deixa em aberto outros casos (“entre outros”), donde pode ser incluída a discriminação por orientação sexual.

Assim, configurada a dispensa discriminatória por orientação sexual, decorrente de conduta abusiva e discriminatória de superior hierárquico, aplica-se o disposto no art. 4º da Lei nº 9.029/95<sup>1</sup> para deferir ao autor o pagamento de indenização em dobro do período de afastamento da data da ilegal dispensa até a data do ajuizamento da ação, por ser o critério mais razoável. Nesse sentido o seguinte precedente: ED-ARR - 27000-03.2010.5.17.0009 , Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 23/05/2018, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/05/2018.

Para o cálculo, deverá ser utilizada a média remuneratória da contratualidade (fls. 141/150).

No que pertine à reparação do dano moral, comprovado o comportamento reprovável da reclamada, faz jus o trabalhador, ainda, à quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que atende aos parâmetros comumente utilizados para a fixação da reparação, quais sejam: a gravidade, a natureza e a repercussão da lesão (a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e a amplitude do dano); a situação econômica do ofensor; a intensidade dos efeitos da lesão em face da vítima, baseada em suas condições pessoais e o grau de culpa ou a intensidade do dolo. Além disso, o valor é hábil a fazer com que o agressor evite outras infrações danosas de mesma natureza.

Nesse sentido, o julgado:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. A caracterização do dano moral, em regra, prescinde da comprovação objetiva de dor, sofrimento ou abalo psicológico, especialmente diante da impossibilidade de sua comprovação material. Considera-se, assim, a ocorrência do dano in re ipsa, sendo necessária apenas a comprovação do fato lesivo, o qual, por si só, representa agressão aos direitos da personalidade e, por conseguinte, dano moral à vítima. Recurso de Revista não conhecido. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO EM

1. Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

DECORRÊNCIA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL E PUBLICIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE PORTADOR DO VÍRUS HIV. 1. Diante da ausência de critérios objetivos norteando a fixação do quantum devido a título de indenização por danos morais, cabe ao julgador arbitrá-lo de forma equitativa, pautando-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como pelas especificidades de cada caso concreto, tais como: a situação do ofendido, a extensão e gravidade do dano suportado e a capacidade econômica do ofensor. Tem-se, de outro lado, que o exame da prova produzida nos autos é atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, cujo pronunciamento, nesse aspecto, é soberano. Com efeito, a proximidade do julgador, em sede ordinária, com a realidade cotidiana em que contextualizada a controvérsia a ser dirimida habilita-o a equacionar o litígio com maior precisão, sobretudo no que diz respeito à aferição de elementos de fato sujeitos a avaliação subjetiva, necessária à estipulação do valor da indenização. Conclui-se, num tal contexto, que não cabe a esta instância superior, em regra, rever a valoração emanada das instâncias ordinárias em relação ao montante arbitrado a título de indenização por danos morais, para o que se faria necessário o reexame dos elementos de fato e das provas constantes dos autos. Excepcionam-se, todavia, de tal regra as hipóteses em que o quantum indenizatório se revele extremamente irrisório ou nitidamente exagerado, denotando manifesta inobservância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aferível de plano, sem necessidade de incursão na prova. 2. No caso dos autos, o egrégio Tribunal Regional, ao reduzir o valor da indenização devida por danos morais para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), levou em consideração a culpa patronal, a extensão do dano, bem como o caráter pedagógico e repressor da medida. Resultam, assim, observados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Hipótese em que não se cogita na revisão do valor da condenação, para o que se faria necessário rever os critérios subjetivos que levaram o julgador à conclusão ora combatida, à luz das circunstâncias de fato reveladas nos autos. 3. Recurso de Revista não conhecido. RECURSO DE REVISTA ADESIVAMENTE INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. Não se conhece do recurso interposto de forma adesiva quando não conhecido o apelo principal. Inteligência do artigo 500, III, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da interposição do apelo. Recurso de Revista não conhecido. (RR - 3635200-40.2009.5.09.0013, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Perence, Data de Julgamento: 13/04/2016, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2016)

Reformo a r. sentença para acrescer à condenação o pagamento de indenização em dobro do período de afastamento da data da ilegal dispensa até a data do ajuizamento da ação, bem como a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação por danos morais, cuja atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento, sendo que os juros incidem desde o ajuizamento da ação, conforme entendimento da Súmula nº 439 do E.TST.

#### IV-DISPOSITIVO

Isto posto,

**ACORDAM** os Magistrados da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em conhecer dos Recursos Ordinários das partes e, no mérito, **negar provimento ao da demandada e dar provimento ao do autor** para acrescer à condenação o pagamento de indenização em dobro do período de afastamento da data da ilegal dispensa até a data do ajuizamento da ação, bem como a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação por danos morais, cuja atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento, sendo que os juros incidem desde o ajuizamento da ação, conforme entendimento da Súmula nº 439 do E.TST, nos termos da fundamentação do voto da Relatora. Custas, pela ré, no importe de R\$ 600,00 (seiscentos reais), calculados sobre o valor da condenação rearbitrado para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

**IVETE RIBEIRO**

Desembargadora Relatora

**TRT/SP Nº 1000118-71.2017.5.02.0263 - 4ª TURMA**  
**ORIGEM: 03ª VARA DO TRABALHO DE DIADEMA**  
**RECURSO ORDINÁRIO**  
**RECORRENTE: HELIO JORGE ALVACHIAN FERNANDES**  
**RECORRIDOS: (1) HOSPITAL DIADEMA LTDA,**  
**(2) BETA HOSPITAIS ASSOCIADOS LIMITADA**  
**(3) INNOVA HOSPITAIS ASSOCIADOS LTDA - ME**

RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. MÉDICO SÓCIO MAJORITÁRIO DE PESSOAS JURÍDICAS QUE PRESTAM SERVIÇOS A HOSPITAIS. ALEGAÇÃO DE “PEJOTIZAÇÃO”. ATUAÇÃO APENAS EM CASOS DE ALTA COMPLEXIDADE. INEXISTÊNCIA. Não é empregado o médico sócio majoritário de diversas pessoas jurídicas que prestam serviços a hospitais, quando comprovado que sua atuação restringia-se a operações de alto grau de complexidade. Subordinação inexistente, pois o reclamante detinha total autonomia na prestação de serviços. Pessoaalidade ausente, uma vez que eram os demais prepostos e sócios da pessoa jurídica que realizavam plantões no hospital, além do fato de que a pessoa jurídica prestava serviços a outras unidades hospitalares.

Contra a r. sentença de id. a267d7a, cujo relatório adoto, que julgou os pedidos formulados improcedentes, recorre o reclamante apresentando as razões de id. 7002428.

Suscita, preliminarmente, cerceamento de defesa por não ter tido oportunidade de se manifestar sobre documentos juntados após a audiência.

No mérito, postula a reforma da r. sentença no que tange aos temas de reconhecimento de vínculo empregatício, majoração do valor da causa de ofício e multa por litigância de má-fé.

Contrarrazões de id. ab81a52.

É o relatório.

**VOTO**

### 1. DO NÃO CONHECIMENTO POR AUSÊNCIA DE PREPARO

Aduz a 3ª reclamada que o recurso não deve ser reconhecido, por não ter sido recolhido o preparo recursal.

Sem razão.

O reclamante, que não é beneficiário da justiça gratuita, recolheu as custas processuais corretamente e não era obrigado a garantir a multa por litigância de má-fé para fins de preparo recursal.

Nesse exato sentido é a OJ n. 409 da SDI-1 do TST:

“409. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECOLHIMENTO. PRESSUPOSTO RECURSAL. INEXIGIBILIDADE. (nova redação em decorrência do CPC de 2015) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

O recolhimento do valor da multa imposta como sanção por litigância de má-fé (art. 81 do CPC de 2015 - art. 18 do CPC de 1973) não é pressuposto objetivo para interposição dos recursos de natureza trabalhista.”

Rejeito. Conheço do recurso ordinário interposto por preenchidos os pressupostos processuais de admissibilidade.

### 2. DO CERCEAMENTO DE DEFESA

Suscita o reclamante preliminar de cerceamento de defesa pelo fato de a r. sentença não ter concedido a ele oportunidade para ele se manifestar sobre documentos juntados pelas rés após concessão de prazo em ata de id. 273c3d6.

Sem razão.

Toda e qualquer nulidade apenas pode ser arguida na primeira oportunidade que tiver para manifestar-se nos autos. No caso, em ata de id. 273c3d6, o d. juízo de 1º grau concedeu às rés prazo de 10 dias para juntarem relatório das cirurgias realizadas pelo Autor no período da Beta e da Inova, sem oferecer prazo de manifestação à parte reclamante.

Contudo, na ocasião, não houve insurgência do reclamante nesse sentido, tampouco em sua petição de id. 9a5f13e. Destaco que o d. juízo concedeu prazo para apresentação de razões finais e não foi feito qualquer questionamento nesse aspecto.

Rejeito.

### 3. DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Insurge-se o reclamante contra o capítulo de sentença que indeferiu o reconhecimento de vínculo empregatício. Argumenta que, em 1983, iniciou emprego não registrado junto a dois hospitais então mantidos por pessoas jurídicas distintas, de nomes *São Lucas* e *Diadema*, trabalhando diariamente, recebendo ordens diretas de seu diretor à época, e percebendo salários pagos mensalmente. Ainda, que a partir de 2002, passou a exercer a coordenação dos médicos ortopedistas das rés e realizava apenas cirurgias de alta complexidade, momento em que teria sido obrigado a constituir uma pes-

soa jurídica (AGH Serviços Médicos Ltda.) “para perfazer não apenas os seus devidos pagamentos, mas acerca de todos os médicos ortopedistas plantonistas que se lhe faziam assim coordenados”.

Sem razão.

Para a caracterização da prestação de serviços, necessário se faz a cumulação dos seguintes requisitos: prestação de serviços por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Contudo, à exceção da onerosidade, nenhum dos requisitos foi preenchido no caso presente.

Desde a exordial, o autor reconhece que não fazia plantões, mas apenas cirurgias de alta complexidade, o que denota o caráter eventual da prestação de serviços. Tanto isso é verdade que, em ata de id. 273c3d6, ele admite que comparecia em média apenas 5 dias por mês no hospital:

“que cerca de 5 dias por mês, considerando finais de semana, feriados e horário noturno, trabalhava em favor do hospital.” (g.n.)

No mesmo depoimento, percebe-se também que faltava-lhe pessoalidade, pois tinha autonomia para decidir quem iria em seu lugar, caso não fosse pessoalmente realizar as cirurgias:

“32) que se houvesse afastamento do reclamante, ele nomearia um colega com competência técnica para a realização de cirurgias já agendadas.” (g.n.)

A prestação de serviços ainda era realizada, predominantemente, por meio da pessoa jurídica da qual o reclamante era sócio, a “AGH SERVIÇOS MÉDICOS LTDA.”, de forma atuante e independente.

Conforme confissão expressa do próprio reclamante, ele é sócio de 4 pessoas jurídicas diferentes que prestam serviços médicos a diversos hospitais, além de ter sido sócio de um hospital em Tatuí. Inclusive, a sociedade AGH, que segundo a inicial era utilizada para mascarar a relação de emprego, prestava serviços dessa natureza para outros hospitais.

“2) que possui uma clínica em Diadema desde 2006; 3) que já foi sócio de um hospital em Tatuí; (...) 6) que além da AGH tem a Neo Clínica e Coffi, que é um centro de ortopedia em São Paulo, que na verdade é um consultório (...) 40) que a AGH presta serviços para outros hospitais” (g.n.)

O demandante também reconheceu que não era o único sócio de nenhuma dessas empresas, tanto que, no caso da AGH, ele sequer se recordava do número de sócios, o que sugere ser um número considerável. Mencionou, contudo, que seu filho e o plantonista Lucas possuem participação societária no empreendimento:

“13) que de cabeça não sabe quantos sócios são na AGH; 14) que na clínica de Diadema são dois sócios; 15) que na Coffi são dois sócios; (...) 17) que é sócio da M Empreendimentos e Participações, que tal empresa foi aberta para

administrar bens pessoais; 18) que é sócio majoritário na AGH; 19) que tem um único filho médico e tal filho é sócio há um ano. (...) que Lucas era plantonista; 39) que Lucas é sócio da AGH com 1%. que é sócio, ao que se recorda, de dois anos para cá.” (g.n.)

Destaca-se que aludida empresa igualmente tinha diversos empregados, além de secretarias particulares do próprio reclamante, responsáveis pelos agendamentos de suas cirurgias, tais como as Sras. Vanessa e Auristela:

“20) que tinha uma secretária que inicialmente lhe ajudava nos agendamentos; que Vanessa era empregada pessoal do autor; 21) que depois os agendamentos passaram a ser feitos pela Sra. Auristela, que também era empregada pessoal do autor.” (g.n.)

Observa-se que a empresa do reclamante é tão atuante que já firmou 4 contratos junto à prefeitura de Diadema, de 2004 até 2014, no valor total de R\$ 8.924.000,00, conforme id. dd5c1f2.

Só em 2014, conforme prova o mesmo documento, foi firmado um no valor de R\$ 4.400.000,00, que foi reconhecido em depoimento pessoal:

“12) que atualmente sua empresa fechou contrato com a empresa de Diadema, mas não se recorda do montante envolvido.” (g.n.)

Além desse, foram firmados dois em 2010, um no importe de R\$ 3.312.000,00 e outro de R\$ 828.000,00. E, em 2004, um de R\$ 384.000,00.

Como se não bastasse, o autor alega, na exordial e em seu recurso, que coordenava uma série de médicos plantonistas, pois exercia também a função de coordenador.

No entanto, no mesmo apelo, o recorrente confessa que os médicos por ele orientados recebiam sua remuneração por meio da empresa de sua titularidade:

“A remuneração de tais médicos ortopedistas plantonistas coordenados pelo reclamante, como parte da sua, dava-se paga através das remunerações estabelecidas entre as reclamadas e empresas a si credenciadas de planos e seguros-saúde, e por via transversa, ou seja originariamente oriunda das reclamadas para o reclamante, e por via da AGH Serv. Médicos Ltda., e daí para os mesmos, sendo que o controle das jornadas de trabalho dos plantonistas (ID db17b48), e ordens diretas de serviços administrativos e alguns profissionais se davam por diretoria interna das reclamadas, representada na pessoa dos Drs. Ângela Aparecida Bossetto e Samuel Souza Pereira (ID 1b1eaf0, página 8, § 2º).” (g.n.)

Ainda, há que ser observado que o plantonista Lucas era sócio do autor com 1% de cotas.

Não se desconhece que o autor sustenta que essa situação foi gerada pelas próprias rés, mas não houve prova nes-

se sentido. Apenas há prova de que a vinculação era com a empresa de propriedade do autor, cujo ônus em sentido contrário caberia ao recorrente, do qual não se desincumbiu por qualquer meio.

Nem se alegue, ainda, a existência de subordinação de qualquer espécie, mesmo porque não foi produzida qualquer prova nesse sentido.

Não se ignora que a testemunha Lucas de Oliveira Gonçalves atestou, em audiência, que o reclamante tinha jornada controlada e se reportava ao diretor clínico do hospital, inicialmente Dr. Renato, sucedido pela Dra. Ângela.

Contudo, depreende-se que seu depoimento é frágil e não merece completa credibilidade.

Em primeiro lugar, observa-se que a relação estabelecida entre o testigo e o autor é pessoal, extraprocessual e com confessado “affectio societatis”, eis que o depoente é sócio do reclamante. Essa condição, se não gera suspeição sumária, gera ao menos redução da credibilidade, o que também foi ressaltado pelo d. juízo primevo, que teve contato direto com a prova produzida.

Em segundo lugar, o depoente contradisse o próprio reclamante em seu favor, pois afirma que este realizava todas as cirurgias do hospital:

“2) que o Hélio é responsável por todos os pacientes do hospital, fazendo todas as cirurgias e indicando o tratamento adequado” (g.n.)

No entanto, desde seu recurso, o recorrente diz que realizava apenas as cirurgias de alta complexidade:

“Antes o seu trabalho se dava como simples plantonista diário, quando a partir do ano de 2002 passou a exercer a coordenação dos médicos ortopedistas das reclamadas que não seriam formalmente contratados por elas, na responsabilidade e orientação técnica dos mesmos, passando então a realizar apenas cirurgias de considerada alta complexidade técnica, sendo certo que tais atividades somadas às cirurgias implicavam numa remuneração mensal variável, fixada na demanda inicial entre R\$ 15.000,00 e R\$ 20.000,00, período este em que foi forçado pela sua contratante a constituir pessoa jurídica (a AGH Serv. Médicos Ltda.) para perfazer não apenas os seus devidos pagamentos, mas acerca de todos os médicos ortopedistas plantonistas que se lhe faziam assim coordenados (vide ID 1b1eaf0, página 3, final, e página 4, início - g.n.).”

Como se não bastasse, a testemunha Rosemary Fernandes Moita Vasconcelos esclareceu que o autor, quando prestava serviços às reclamadas, era quem definia o valor dos honorários com os convênios. E que assumia os riscos do negócio, uma vez que, se não fosse realizado o pagamento ou “glosa”, seria ele a ficar com o prejuízo:

“6) que o autor negociava honorários com os convênios; 7) que mesmo quando fazia cirurgias no hospital o valor era pago pelatabela, cujanegociaçãoerarealizada pelo autor; (...)”

9) que se houvesse o não pagamento ou “glosa”, o recte amargaria o prejuízo.” (g.n.)

Obtempera-se que o próprio reclamante reconheceu que, quando presidiu a associação médica de Diadema, tratava com os convênios a tabela de honorários:

“33) que foi presidente da associação médica de Diadema; 34) que nesse período tratava com os convênios sobre a tabela de honorários.”

Também é digno de nota esclarecer que parte das cirurgias realizadas fisicamente no hospital não era sequer de clientes das rés, mas de pacientes próprios do autor, sem qualquer vinculação funcional com as demandadas:

“28) que exibido o e-mail de fl 515 aduz que o contato se dava entre a sua clínica e o hospital, para realização de cirurgias eletivas de pacientes próprios; 29) que nesses casos a empresa do autor recebia diretamente do convênio.” (g.n.)

Por conseguinte, por qualquer ângulo que se analise o processo, não há que se falar em vínculo de emprego.

Mantenho.

#### 4. DA CORREÇÃO DO VALOR DA CAUSA DE OFÍCIO

Recorre ordinariamente o reclamante contra a majoração, de ofício, do valor da causa por parte do d. juízo de 1º grau. Argumenta que a correção deveria ter sido realizada no despacho inicial, sendo ilegal a correção extemporânea apenas no momento da prolação da r. sentença.

Com razão.

Não se nega que o d. juízo poderia ter corrigido, de ofício, o valor atribuído à causa, por força do novel § 3º, do art. 292 do CPC.

Contudo, no caso, a alteração foi exorbitante e redundou em notório prejuízo ao autor. Isso porque o valor atribuído originalmente, de R\$ 100.000,00, foi alterado para R\$ 5.283.243,00, gerando um valor de custas da ordem de R\$ 105.664,86, a cargo do autor (eis que não foi concedido o benefício da justiça gratuita).

Tal conduta acabou por violar os arts. 9º e 10º do CPC, pois uma decisão dessa envergadura, com consequência tão gravosa ao reclamante, deveria ter sido tomada apenas após oferecimento às partes do contraditório, ainda que pudesse ter sido realizada de ofício.

Tratou-se, na realidade, de verdadeira “decisão surpresa”, inesperada para ambas as partes, já que nenhuma das 3 rés impugnou o valor da causa.

Por conseguinte, reformo a r. sentença para determinar que o valor da causa é de R\$ 100.000,00, com custas por parte do autor no importe de R\$ 2.000,00.

#### 5. DA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Pretende o autor o afastamento da imposição de multa à demandante, por litigância de má-fé.

Com razão.

Não vislumbro atitude do autor que pudesse configurar atuação temerária ou dolosa ou que estivesse buscando induzir o Juízo a erro. Com efeito, somente devem ser punidas as atitudes que retardam, de modo proposital, o curso da ação ou que demonstram ações levianas praticadas pelas partes ou por seus representantes, o que não é o caso do processo em epígrafe.

A alegação de fatos não provados na inicial, bem como a improcedência dos pedidos, por si só, não enseja multa por litigância de má-fé, mesmo porque a contradição mencionada não implica artil fraudulento capaz de gerar a aplicação da penalidade em comento.

Reformo, pois, a r. sentença para afastar a multa por litigância de má-fé.

Isto posto,

**ACORDAM** os Magistrados da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em, por unanimidade de votos, **CONHECER** do recurso interposto e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para reformar a r. sentença e: (i) determinar que o valor da causa é de R\$ 100.000,00; (ii) excluir a condenação ao pagamento de litigância de má-fé. Tudo nos termos da fundamentação do voto da Relatora. Custas por parte do reclamante, no valor ora recalculado de R\$ 2.000,00.

#### IVETE RIBEIRO

Desembargadora Relatora

**PROCESSO TRT/SP 0295200-96.2005.5.02.0033**  
**AGRAVO DE PETIÇÃO**  
**AGRAVANTE: JOSE ALBERTO MESSIAS DOS SANTOS**  
**AGRAVADOS:**  
**1. SQUAD SERVICE SYSTEM S/C LTDA - ME**  
**2. FATIMA REGINA ROMANELLI RIBEIRO**  
**3. NATA MIRANDA RIBEIRO**  
**ORIGEM: 33ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO/SP**

**PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INÉRCIA EM INDICAR MEIOS PARA O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. INTIMAÇÃO OCORRIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. NÃO CABIMENTO.** Em que pese a recente alteração legislativa, que acrescentou o artigo 11-A ao texto da CLT, com a previsão de prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos, entendo que, para os casos em que o ato não fosse de exclusiva responsabilidade do exequente, a melhor exegese é no sentido de que tal prazo deve ser considerado para as intimações ocorridas a partir da vigência da lei 13.467, em 11 de novembro de 2017, nos termos dos artigos 1º e 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

A numeração de folhas indicada no decorrer deste voto foi obtida após gerar o arquivo dos autos eletrônicos, no formato PDF em ordem crescente.

Agravo de petição interposto pelo autor (fls. 298/305), contra a r. decisão de fl. 294, em que se pronunciou a prescrição intercorrente.

Não foram apresentadas contraminutas.

É o relatório.

#### VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço.

#### PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

O agravante se insurge contra a decisão, na qual foi reconhecida, de ofício, a ocorrência de prescrição intercorrente.

Em 14/12/2005, o reclamante ajuizou a presente reclamação trabalhista em face de SQUAD SERVICE SYSTEM S/C LTDA, pleiteando verbas decorrentes de extinto contrato de trabalho. Na audiência realizada em 30/1/2006 as partes firmaram acordo, cujo descumprimento foi noticiado pelo reclamante em 17/3/2006. A execução prosseguiu, sem sucesso.

Em 28/2/2014, foi autorizado o levantamento dos valores bloqueados nos autos pelo reclamante, determinando-se que ele deveria orientar o prosseguimento da execução, em trinta dias, sob pena de arquivamento (fl. 278).

Assim, em 19/1/2018, foi pronunciada a prescrição intercorrente da ação, com fundamento no artigo 11-A, §2º, da CLT, com a redação dada pela Lei n.º 13.467/2017 (fl. 297).

De início, registro que, até o advento da Lei n.º 13.467/2017, a declaração da prescrição intercorrente somente era possível nos casos em que o exequente não praticava atos necessários de sua exclusiva responsabilidade. Neste sentido, é a jurisprudência:

“PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - EXECUÇÃO - APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO. De acordo com a Súmula 327 do C. STF: ‘O direito do trabalho admite a prescrição intercorrente.’ A aplicação da prescrição intercorrente no processo do trabalho tem previsão legal tanto no parágrafo 1º, do artigo 884 da CLT, quanto no parágrafo 4º do artigo 40 da Lei n.º 6.830/1980. A inércia do exequente que deixa de praticar atos que dependem exclusivamente de sua iniciativa, abandonando a causa por período superior a dois anos, autoriza a declaração de prescrição intercorrente (Súmula n.º 150, STF) e a extinção da execução. Agravo de Petição provido.” (TRT-2ª- TIPO: AGRAVO DE PETIÇÃO EM RITO SUMARÍSSIMO - RELATOR(A): RITA MARIA SILVESTRE -PROCESSO Nº: 01668-2001-313-02-00-3 - DATA DE PUBLICAÇÃO: 16/10/2009) – grifo nosso.

Destaco, ainda, que a condução da execução compete tanto à parte interessada, como também ao juiz, de ofício, consoante dispõe o artigo 878 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação vigente à época do despacho de fl.278.

No caso em exame, a mora na entrega da prestação jurisdicional decorreu de dificuldades na localização de bens devedores, e não, propriamente, da inércia do exequente, eis que o autor foi intimado apenas para a retirada dos alvarás (fl. 294).

Além do mais, a indicação de novos meios para o prosseguimento do feito é ato que poderia ser realizado de ofício pelo juízo, conforme o teor até então em vigor do artigo 878, da CLT, bem como do artigo 149, §1º a 3º, da Consolidação das Normas da Corregedoria do TRT da 2ª Região.

Dito isso, em que pese a recente alteração legislativa, que acrescentou o artigo 11-A ao texto da CLT, com a previsão de prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos, entendo que, para os casos em que o ato não fosse de exclusiva responsabilidade do exequente, a melhor exegese é no sentido de que tal prazo deve ser considerado para as intimações ocorridas a partir da vigência da lei n.º 13.467, em 11 de novembro de 2017, nos termos dos artigos 1º e 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que limitam a incidência retroativa de lei nova.

Ademais, o ordenamento jurídico veda a decisão surpresa, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício, nos exatos termos do artigo 10 do CPC.

Nesse passo, destaco que, no despacho de fl. 297, constou que a consequência em caso de inércia do reclamante seria o arquivamento do feito e não a fluência do prazo prescricional, sendo que, conforme já mencionado, nem mesmo dessa penalidade o autor foi intimado.

Sobre o tema, assim discorreu o i.doutrinador e magistrado, Mauro Schiavi:

“...pensamos cumprir ao magistrado, antes de reconhecer a prescrição intimar o exequente, por seu advogado e, sucessivamente, pessoalmente, para que pratique o ato processual adequado ao prosseguimento da execução, sob

consequência de se iniciar o prazo prescricional” (*in*: Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p.529-530)

Reformo, portanto, a decisão para afastar a declaração de prescrição intercorrente e determinar o retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento do feito.

#### É o voto.

Diante do exposto, **ACORDAM** os Magistrados da 16ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: **DAR PROVIMENTO** ao agravo de petição para afastar a declaração de prescrição intercorrente e determinar o retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento da execução, nos termos da fundamentação do voto da Relatora.

**REGINA DUARTE**

Desembargadora Relatora

**PROCESSO TRT/SP 1000680-30.2018.5.02.0042**  
**RECURSO ORDINÁRIO**  
**RECORRENTE: DORACI ARTUR WENCESLAU**  
**RECORRIDO: INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MEDICA**  
**AO SERVIDOR PUBLICO ESTADUAL**  
**ORIGEM: 42ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO**

#### EMENTA

**PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 840, DA CLT. PROCESSO AJUIZADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017.** O artigo 840, da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, não impõe a liquidação pormenorizada dos pleitos na inicial, com a apresentação de cálculos específicos destes, mas a simples indicação de valores, inferindo-se ser possível o apontamento de quantias totais estimadas.

#### RELATÓRIO

A numeração de folhas indicada no decorrer deste voto foi obtida após gerar o arquivo dos autos eletrônicos, no formato PDF em ordem crescente.

Recurso ordinário interposto pela reclamante (fls. 38/43), em face da r. sentença (fls. 34/35), no tocante à extinção do feito sem resolução do mérito.

Preparo dispensado.

Sem contrarrazões.

Manifestação do D. Representante do Ministério Público do Trabalho (fls. 49/50), pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

#### VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço.

#### EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO DA AÇÃO

A presente ação foi ajuizada em 8/6/18, sendo aplicáveis à hipótese os requisitos da petição inicial e previsões constantes do art. 840, da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017:

“Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal.

§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

§ 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.

§ 3º Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1º deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito.”

Consoante se depreende do exposto, a norma acima transcrita não impõe a liquidação pormenorizada dos pleitos na inicial, com a apresentação de cálculos específicos destes, mas a simples indicação de valores, inferindo-se ser possível o apontamento de quantias totais estimadas.

Da análise de fls. 14/16, verifico que a recorrente formulou pedidos que considero certos e determinados, indicando valores (ainda que estimados) de todos os principais de natureza pecuniária.

Considero aceitável a apresentação de montantes totais naqueles envolvendo reflexos de verbas principais pleiteadas, ou estas acrescidas de seus respectivos adicionais, da maneira efetuada, diversamente do que consta da r. sentença.

Observo, ademais, que a autora apontou as verbas salariais que compunham a base de cálculo das horas extras, assim como indicou, por amostragem, o valor mensal a título destas últimas, acrescidas dos reflexos, conforme os itens “24” a “29” da causa de pedir (fls. 9/10). A reclamante indicou, até mesmo, diferentes valores de horas extras com base em divisores diversos, a fim de demonstrar que a quantia paga a título de plantões era inferior ao valor devido pela sobrejornada.

Ressalto, também, que a recorrente utilizou o valor por ela calculado a título de horas extras e reflexos no mês de dezembro de 2017, na forma descrita na causa de pedir, para indicar o valor total do pedido durante o período não prescrito.

Entre as pretensões sem valor discriminado na inicial, todas são de natureza declaratória ou sem conteúdo econômico, da forma como apresentadas (como por exemplo, aquela relacionada ao reconhecimento da jornada de trinta horas semanais), e que há algumas cujo apontamento da quantia, nesta fase processual, pode-se reputar dispensável (v.g. juros e correção monetária).

Concluo, assim, terem sido cumpridos os requisitos impostos pelo art. 840, § 1º da CLT, notadamente no tocante ao pedido de diferenças de horas extras e reflexos, cujo valor corresponde à soma de parcela principal e seus acessórios.

Dou provimento ao recurso ordinário, portanto, a fim de declarar a nulidade da r. decisão recorrida (fls. 34/35), afastando a extinção da ação sem resolução de mérito e, não se tratando de hipótese de imediato julgamento da lide, determino o retorno dos autos à MM. Vara de Origem, para prosseguimento do feito, como se entender de direito, e novo julgamento.

#### É o voto.

Presidiu o julgamento a Exma. Desembargadora Regina Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Desembargadores Regina Duarte (relatora), Nelson Bueno do Prado (revisor) e Dâmia Avoli.

Sustentação oral realizada pelo(a) Dr(a).

Diante do exposto, **ACORDAM** os Magistrados da 16ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: Por unanimidade, **DAR PROVIMENTO** ao recurso ordinário interposto pela reclamante a fim de declarar a nulidade da r. decisão recorrida (fls. 34/35), afastando a extinção da ação sem resolução de mérito, e determinar o retorno dos autos à MM. Vara de Origem, para prosseguimento do feito, como se entender de direito, e novo julgamento, nos termos da fundamentação do voto da Relatora.

**REGINA DUARTE**

Desembargadora Relatora

**PROCESSO TRT/SP Nº 1001100-85.2017.5.02.0069**  
**RECURSO ORDINÁRIO**

**RECORRENTES:**

**FERNANDA CRISTIANE DA SILVA**  
**GREEN LINE SISTEMA DE SAÚDE S/A**

**RECORRIDOS:**

**FERNANDA CRISTIANE DA SILVA**  
**GREEN LINE SISTEMA DE SAÚDE S/A**  
**ORIGEM: 69ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO**

**HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 13.467/2017.** Algumas regras processuais da Lei nº 13.467/2017, mormente aquelas com aspectos materiais (honorários de advogado sucumbenciais, novas regras quanto à justiça gratuita, etc.), devem ser aplicadas apenas aos processos distribuídos quando de sua vigência (a qual iniciou em 11 de novembro de 2017), sob pena de violação à segurança jurídica e ao devido processo legal (art. 9º, 10 e 14 do CPC). Ajuizada a ação antes da referida data, não há que se cogitar de condenação das partes ao pagamento de honorários de sucumbência com base no disposto no art. 791-A da CLT, acrescentado pela Lei nº 13.467/17. Neste sentido é o art. 6º da IN nº 41/18, do C. TST. Recurso das partes aos quais se dá provimento quanto à matéria.

Recurso ordinário interposto pela reclamante (fls. 439/456), em face da r. sentença de fls. 404/419, complementada pela r. decisão de embargos de declaração de fl. 437. Alega a nulidade do julgado em razão da imposição de honorários de

sucumbência e periciais e pede, sucessivamente, a reforma da sentença quanto a tais aspectos. Impugna o julgado, ainda, com relação à nulidade do pedido de demissão, verbas rescisórias, liberação de guias para levantamento do FGTS e indenização de 40% e recebimento de seguro-desemprego, indenização por danos morais, diferenças de adicional noturno e aos domingos e feriados trabalhados.

Contrarrazões às fls. 459/467.

Recurso ordinário adesivo manejado pela reclamada às fls. 468/470. Impugna a r. sentença no que concerne ao intervalo interjornada, correção monetária e aos honorários de advogado.

Preparo às fls. 471/474.

Contrarrazões às fls. 477/479.

É o relatório.

#### VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço. Aprecio em conjunto os recursos das partes no que concerne aos honorários de advogado, por tratarem de matéria comum.

#### RECURSOS ORDINÁRIOS DAS PARTES- MATÉRIA COMUM- HONORÁRIOS DE ADVOGADO

De início, afasto a alegação de nulidade constante do apelo da reclamante, pois não vislumbro a ocorrência de julgamento *extra petita* no que tange à aplicação dos honorários de sucumbência e considero que eventual equívoco cometido pelo julgador de origem quanto a este aspecto é passível de correção por esta instância revisora.

A Lei nº 13.467/2017, vigente a partir de 11/11/2017, acrescentou o artigo 791-A à Consolidação das Leis do Trabalho, introduzindo a possibilidade de fixação de honorários de sucumbência no âmbito do processo do trabalho.

Aponto, entretanto, no que concerne ao direito intertemporal e à aplicação da Lei nº 13.467/2017, que se impõe a modulação dos efeitos da citada norma ante a necessidade de proteção da segurança jurídica das partes, sendo certo que ao lado do direito adquirido em sua dimensão material, deve ser prestigiado também o direito processual adquirido da parte. Desta forma, algumas regras processuais da Lei nº 13.467/2017, mormente aquelas com aspectos materiais (honorários de advogado sucumbenciais, novas regras quanto à justiça gratuita, etc.), devem ser aplicadas apenas aos processos distribuídos quando de sua vigência, sob pena de violação à segurança jurídica e ao devido processo legal (art. 9º, 10 e 14 do CPC).

Consigno, ainda, que o C. Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa nº 41/2018, firmou o seguinte posicionamento no art. 6º:

“Art. 6º Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nos 219 e 329 do TST.”

Distribuída a presente demanda em 30/6/17, antes da entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, não há que se cogitar, portanto, de condenação das partes ao pagamento dos honorários de sucumbência com base no disposto no art. 791-A da CLT, na forma efetuada na r. sentença.

Dou provimento.

#### RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE

##### HONORÁRIOS PERICIAIS

Verifico dos autos que houve a realização de única perícia com um laudo para apuração de insalubridade e/ou periculosidade, cuja conclusão apontou a existência apenas da primeira (fls.367/381), tendo o d. juiz *a quo*, em sentença, afastado a periculosidade e acolhido o pedido relacionado às diferenças de adicional de insalubridade. Observo, ainda, que embora tenha constado na parte dispositiva do julgado de origem a responsabilidade do reclamante pelo pagamento de honorários periciais, tal questão não foi abordada na fundamentação e não foi fixado o valor da verba.

Nesse panorama e considerando que a ré, sucumbente na pretensão objeto da única perícia realizada, já foi condenada a arcar com honorários de perito no montante de R\$ 1.500,00, afasto a responsabilidade do autor pelo pagamento da verba.

Dou provimento.

#### RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

##### PEDIDO DE DEMISSÃO- NULIDADE

A reclamante alegou na inicial a nulidade do pedido de demissão em razão da ausência de homologação e em virtude de vício de consentimento, pois teria se dirigido até o "(...) Departamento Pessoal, a fim de tratar de assuntos relacionados com o contrato de trabalho mantido com a Recda., quando a funcionária deste setor, Sra. Rita fez uma carta e lhe entregou para assinatura mencionando que estava sendo desligada. A Obreira assinou a carta e não se deu conta exatamente de que se tratava de um pedido de dispensa e que, após tanto tempo de serviço,, estava abrindo mão de seus direitos rescisórios.(...)" (fl. 10).

O pedido de demissão tem natureza jurídica de prova pré-constituída, visando a uma possível demanda futura, cabendo à parte que alega sua nulidade, no caso, a reclamante, o ônus de prová-la (artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC), do qual não se desvencilhou a contento.

É incontroverso que a autora redigiu e assinou o pedido de demissão de fl. 309, não tendo sido demonstrada a ocorrência de qualquer vício de consentimento em sua elaboração, sendo certo que a única testemunha nada esclareceu a respeito da forma de encerramento do contrato de trabalho (fl. 400).

A manifestação de vontade externada no documento de fl. 309 prevalece, portanto, para todos os efeitos, eis que não desconstituído por elemento eficaz.

A exigência constante do art. 477, § 1º, da CLT, com a redação vigente à época dos fatos (anterior à Lei nº 13.467/17), constitui formalidade que não subsiste em face da prova produzida em juízo. Neste sentido é a Súmula 30 deste E. TRT da Segunda Região:

"30 - Pedido de demissão. Contrato de trabalho com mais de um ano de vigência. Ausência de homologação. Efeitos. (Res. TP nº 02/2015 - DOf Eletrônico 26/05/2015). A ausência de homologação, de que trata o artigo 477, § 1º, da CLT, não invalida o pedido de demissão demonstrado por outros meios de prova."

O ato não pode, assim, ser considerado inválido pela simples ausência da homologação de que tratava o art. 477, §1º, da CLT, com a redação conferida pela Lei nº 5.584/70 (vigente no período da extinção do contrato).

Prevalecendo o pedido de demissão, são indevidas as verbas rescisórias atinentes à hipótese de dispensa imotivada, assim como a entrega de guias para levantamento do FGTS e recebimento de seguro-desemprego e o pagamento de indenização por danos morais.

Nego provimento.

##### ADICIONAL NOTURNO

Verifico dos controles de ponto que a reclamante cumpriu em parte do contrato jornadas mistas que abrangiam o total do período noturno, aproximadamente das 19h às 7h, com uma hora de intervalo.

Nesse contexto, aplica-se às horas trabalhadas após 5h00 (em prorrogação do horário noturno), o disposto no artigo 73, §5º, da CLT, sendo devido o adicional correspondente, conforme entendimentos pacíficos constantes da Súmula 60, II, do C. TST e da Orientação Jurisprudencial nº 388 da SDI-1 da referida corte.

Embora no item 5 da inicial a autora não especifique os critérios de cálculo das diferenças de adicional noturno ali apontadas (inferindo-se que se utilizou de premissas equivocadas, como a jornada indicada na causa de pedir), acolho as alegações no sentido de que a reclamada quitava a parcela com base em soma incorreta do número de horas, descumprindo a legislação. Isto porque, do simples cotejo entre os horários anotados nos espelhos de ponto e recibos de pagamento, concluo que em diferentes períodos a reclamada computou e remunerou quantidades totais de horas noturnas inferiores àquelas efetivamente trabalhadas. Cito a título de exemplo que de 21/6/13 a 20/7/13, a autora prestou serviços em 10 dias, em jornadas iniciadas e encerradas por volta das 18h45 e 7h, com cerca de uma hora de intervalo (ou menos, em grande parte dos dias), trabalhando aproximadamente 9 horas noturnas diárias, entretanto, recebeu apenas 70 horas com adicional noturno (como se verifica de fls. 266 e 33).

São devidas, assim, diferenças de horas noturnas.

Dou parcial provimento ao recurso, portanto, para deferir à reclamante diferenças de horas noturnas, a serem apuradas em liquidação de sentença, com adicional de 40% (ora acolhido em atenção aos limites do pedido inicial e porquanto compatível com os percentuais indicados nos controles de ponto e normas coletivas apresentadas pela ré), observando-se a prescrição quinquenal declarada na origem, os horários anotados nos controles de ponto e a evolução salarial constante dos documentos encartados. A fim de evitar o enriquecimento indevido da autora, autorizo a dedução dos valores compro-

vadamente pagos sob idêntico título, indicados nos recibos e fichas financeiras apresentadas.

Ante a habitualidade e natureza salarial da parcela, são devidos os reflexos em 13º salários, férias+1/3, DSR's e FGTS (que deverá ser depositado na conta vinculada da demandante).

##### DOMINGOS E FERIADOS

Tendo em vista as escalas de trabalho cumpridas pela reclamante indicadas nos controles de ponto (por exemplo, 12 X 60), as quais continham mais de um dia de descanso por semana, considero que eventuais domingos trabalhados eram compensados.

No mais, a autora não apontou especificamente na inicial ou na manifestação à defesa feriados eventualmente trabalhados e não compensados. Em consequência, ainda que estes não estejam abrangidos pela compensação decorrente das escalas normais cumpridas (aplicando-se, por analogia, a diretriz constante da Súmula 444 do C. TST), não é possível o deferimento da remuneração em dobro daqueles porventura laborados.

Nego provimento.

#### RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

##### INTERVALO INTRAJORNADA

A reclamada apresentou controles de ponto, considerados válidos, nos quais se verifica, entretanto, a partir de agosto de 2015 (época a que se restringe a condenação), a ausência de pré-assinalação do intervalo e de marcação deste, nos dias em que a autora cumpriu jornada de 6 horas, o que não se coaduna com as obrigações impostas no art. 74, §2º da CLT. Aplica-se ao caso, assim, a presunção de veracidade das alegações iniciais quanto à sonegação da pausa sob análise após agosto de 2015 (interpretação do referido dispositivo e da Súmula 338 do C. TST), não afastada por prova ou elemento eficaz em sentido contrário.

Consigno que a única testemunha nada esclareceu a respeito do intervalo para refeição e descanso.

Mantenho, pois, a condenação imposta em sentença, rejeitando os argumentos recursais de que a autora não teria se desvencilhado de seu encargo probatório.

Nego provimento.

##### CORREÇÃO MONETÁRIA

A respeito da questão, há Tese Prevalente nº 23 no âmbito deste Tribunal (abaixo transcrita), a qual acolho por questão de disciplina judiciária:

"23 - Índice de atualização monetária - Aplicação da TR. (Res. TP nº 07/2016 - DOf Eletrônico 19/12/2016)

A TR continua sendo o índice aplicável para a atualização monetária dos débitos trabalhistas."

Não bastasse, o artigo 879, §7º, da CLT, enuncia 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".

Conclui-se, portanto, que permanece válida a aplicação da TR como índice de correção monetária

Dou provimento.

É o voto.

Diante do exposto, ACORDAM os Magistrados da 16ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso ordinário interposto pela reclamante a fim de: a) excluir as condenações da referida parte ao pagamento de honorários de sucumbência e de honorários de perito; e b) deferir diferenças de horas noturnas, com adicional de 40% e reflexos em 13º salários, férias+1/3, DSR's e FGTS (depositado na conta vinculada da demandante); e **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso ordinário manejado pela reclamada para: a) determinar a aplicação da TR como índice de atualização monetária; e b) afastar a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência à autora, nos termos da fundamentação do voto da Relatora, mantendo, no mais, a r. sentença.

REGINA DUARTE

Desembargadora Relatora

**PROCESSO TRT/SP Nº 0190000-76.2000.5.02.0033  
AGRAVO DE PETIÇÃO DA 33ª VARA DO TRABALHO DE  
SÃO PAULO**

**AGRAVANTE: FABIANA FAUSTINO ELEUTERIO**

**1º AGRAVADO:**

**NAUTILUS CONFEC ART PARA PESCA LTDA E OUTRO**

**2º AGRAVADO: ROBERTO LEAL**

EXECUÇÃO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. APLICAÇÃO POR ANALOGIA NA SUCESSÃO OU NO GRUPO ECONÔMICO. “MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO”. CONTRADITÓRIO E VEDAÇÃO À “DECISÃO-SURPRESA”. EQUILÍBRIO ENTRE AUTORIDADE E LIBERDADE. Um dos efeitos derivados do “modelo constitucional de processo” é o “Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”, que justifica aplicação por analogia a outras situações em que terceiros possam vir a ter seus patrimônios atingidos pela execução. Por igualdade de motivos com a desconsideração da personalidade jurídica, antes de se agredir o patrimônio do suposto sucessor ou integrante do grupo econômico cujo nome não figure na sentença condenatória ou no título executivo, é necessário que, assim como sucede com o sócio, sejam eles citados de maneira a que tenham a oportunidade de participar na formação da decisão sobre a eventual legitimação passiva para a execução. Se as “partes” têm direito ao contraditório antes de sofrerem os efeitos de um provimento desfavorável, com maior razão os “terceiros”, que sequer têm conhecimento formal do processo. Não colhe a recusa à aplicação do Incidente a pretexto de assegurar a “surpresa” do suposto sucessor ou devedor solidário, visto que o objetivo da Lei, em linha com a regra do artigo 9º do Código, é justamente evitar a “surpresa” ao terceiro. Apelo da exequente a que se dá provimento parcial para, à luz dos indícios de formação de grupo econômico, determinar ao MM. Juízo de origem a instauração do Incidente a fim de que se apure eventual alteração da legitimidade passiva para a execução.

Cuida-se de agravo de petição interposto pela exequente contra a r. decisão de fls. 312/312v, ratificada às fls. 320, que indeferiu o requerimento formulado às fls. 263/264v e 315/317 para prosseguimento da execução em face de empresas supostamente integrantes de um grupo econômico com a sociedade devedora.

Não foi oferecida contraminuta.

É o relatório.

V O T O

Conheço do agravo de petição, pois preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Um dos efeitos derivados do “modelo constitucional de processo” valorizado pelo Código de Processo Civil de 2015 é o “Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”, que, já incorporado ao processo do trabalho, seja pela Instrução Normativa nº 39 do C. Tribunal Superior do Trabalho, seja pela Lei nº 13.467/2017, justifica aplicação por analogia em outras situações em que terceiros possam a vir a ter seus

patrimônios atingidos pela execução.

Pelos mesmos motivos que justificam a figura da desconsideração da personalidade jurídica, antes de se agredir o patrimônio do suposto sucessor ou de integrante do grupo econômico cujo nome não figura na sentença condenatória ou no título executivo é necessário que, assim como sucede com o sócio, sejam citados de maneira a que tenham a oportunidade de defesa. Se as partes têm direito ao contraditório antes de sofrerem os efeitos de um provimento desfavorável, com maior razão os terceiros, que, ao contrário das partes, nem sequer têm conhecimento formal do processo.

Como qualquer outro ramo do direito público, o direito processual opera de maneira a equilibrar a tensão entre a autoridade do Estado e a liberdade dos indivíduos ou grupos. No campo do direito processual, essa tensão é equilibrada por meio dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal, que, exprimindo as bases políticas do sistema judiciário, constituem os pontos de partida que devem orientar a interpretação e a aplicação das regras de direito processual.

Enquanto o acesso à justiça representa a autoridade, ou seja, o direito à jurisdição, a garantia de que as pretensões dirigidas ao sistema judiciário serão aceitas, processadas e julgadas de maneira a atribuir tutela jurisdicional a quem tem razão, o devido processo legal representa a liberdade, ou seja, o direito não apenas ao processo, mas a um processo justo, qualificado por um conjunto de garantias conquistadas ao longo das lutas da humanidade contra o despotismo dos soberanos.

A liberdade tem duas dimensões. Uma dimensão negativa, de feição liberal, em que é concebida como proteção contra o arbítrio, e uma dimensão positiva, de feição democrática, que envolve a oportunidade de participação na formação das decisões do poder público e de acesso a prestações essenciais à dignidade da pessoa humana, como é o caso especialmente da justiça.

O processo, por definição, é um procedimento em contraditório. Ao passo que o procedimento é a garantia de legalidade, de que as atividades realizadas no processo, destinadas à aplicação da lei, serão também guiadas pela lei, o contraditório é a garantia de que os litigantes terão ciência dos atos praticados no processo para que possam reagir e participar da formação do convencimento do juiz, formulando alegações, produzindo provas, interpondo recursos para o fim de obter um provimento favorável à própria esfera de interesses (Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O princípio do contraditório” in Fundamentos do processo civil moderno, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 90).

Por esse ângulo, o direito processual é um espelho do Estado democrático de direito. Assim como é a possibilidade de participação da sociedade em eleições regulares, com o direito à informação que resulta da liberdade de imprensa, que legitima o exercício do poder dos governantes, é, “mutatis mutandis”, a oportunidade de participação dos litigantes em contraditório, com o devido conhecimento dos atos do processo, que confere legitimidade política ao provimento de poder que o juiz emite no processo (Cf. CÂNDIDO RANGEL

DINAMARCO, “O princípio do contraditório”, cit., p. 93).

Não é demais lembrar que o conceito de “parte”, bem como o de “terceiro”, é “puramente processual”, o que significa dizer que independe de qualquer consideração relacionada à legitimidade do sujeito para sofrer os efeitos do provimento. Nesse sentido processual, “terceiro” é todo aquele que não é parte no processo, enquanto “parte” é apenas quem participa do contraditório instaurado perante o juiz, condição esta que o autor adquire por meio da demanda, o réu da citação e o terceiro da intervenção (Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Instituições de direito processual civil”, II, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 276).

Ora, ainda que o sucessor e o integrante do grupo econômico possam ser sujeitos da “relação jurídica controvertida”, dotados, portanto, de legitimidade para a execução, apenas adquirem o direito de participação na formação do convencimento do juiz, com os poderes de formular alegações, produzir provas e interpor recursos, quando se tornam “partes”, o que, no regime do Código de Processo Civil de 2015, ocorre por meio de citação para o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Ao contrário do regime processual anterior, em que a presunção de legitimidade do título em sentido amplo permitia a inversão da clássica ordem segundo a qual o conhecimento precede a execução, volta a prevalecer o velho esquema dos romanos: primeiro, conhece; depois, executa. Operou-se uma inflexão de política processual que deslocou o pêndulo para o lado da liberdade, o que não significa um enfraquecimento da autoridade, mas apenas uma calibragem no binômio face às circunstâncias do momento histórico.

Nesse sentido, não se justifica a resistência à aplicação do Incidente a pretexto de assegurar a “surpresa” do terceiro, o que, em tese, aumentaria a probabilidade de afetar patrimônio à execução, visto que o objetivo do Incidente, em linha com a regra do artigo 9º do Código de Processo Civil, é justamente evitar a “surpresa”. Eventual risco de ocultação ou dilapidação de patrimônio deve ser prevenido por meio dos mecanismos de tutela de urgência dispostos em lei, não com o sacrifício do devido processo legal.

Ainda que existam indícios, a confirmação da existência do grupo econômico somente será possível com a participação de seus supostos integrantes em contraditório, quando terão a oportunidade de oferecer os seus argumentos sobre a responsabilidade patrimonial que lhe é atribuída. Ao mesmo tempo, a providência permitirá uma cognição de certeza sobre os contornos do liame supostamente existente entre as pessoas morais, levando o MM. Juízo da execução a uma decisão com maior qualidade e com legitimidade política compatível com a severidade do ato de constrição patrimonial que pode se seguir.

Por tudo isso, impõe-se, de ofício, a instauração do “Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica” e a consequente citação das pessoas morais indicadas como responsáveis secundárias pela satisfação da dívida a fim de que se pronunciem sobre as alegações e documentos que respaldam a pretensão ao reconhecimento do grupo econômico, após o que o MM. Juízo de origem decidirá como prosseguir no que concerne à legitimidade para a execução.

Diante do exposto,

ACORDAM os Magistrados da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: CONHECER do agravo de petição e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para o fim de ordenar a instauração e o julgamento de incidente processual destinado a apurar a existência do grupo de empresas alegado pela credora, observado o procedimento dos artigos 134 a 137 do Código de Processo Civil, nos termos da motivação.

**SALVADOR FRANCO DE LIMA LAURINO**

Desembargador Relator

**10A TURMA PROCESSO TRT/SP Nº:  
10021214520175020086  
RECURSO AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO  
ORDINÁRIO  
AGRAVANTE VALDOMIRO CAMPOS  
AGRAVADO INSTITUTO LYGIA JARDIM  
ORIGEM 86ª VT DE SÃO PAULO**

Adoto o relatório da r. decisão de id. cffde0d, que determinou o arquivamento da presente ação ante o não comparecimento do autor à audiência e condenou-o ao pagamento das custas processuais, no importe de R\$ 366,99, sob pena de execução, nos termos do art. 884, §2º da CLT.

Inconformado recorreu o reclamante (id. da85696), pleiteando o deferimento da gratuidade de justiça em seu favor e pretendendo a reforma do julgado para excluir sua condenação ao pagamento de custas. Argumentou tratar-se de pessoa pobre no sentido legal, fazendo juiz aos benefícios da gratuidade de justiça e que a condenação em custas viola o direito da parte de ter acesso à justiça, além do fato de que a assistência judiciária gratuita é integral e deve ser prestada pelo Estado. Deixou de recolher custas.

Negado processamento ao recurso, por deserto (id. eae8ba8), **agravou de instrumento o reclamante** (id. aa2088c), apontando para a juntada de declaração de pobreza onde demonstra a ausência de condições de arcar com o ônus do pagamento das custas, restando preenchidos os requisitos da Lei 10.537/02, pretendendo o seguimento do recurso.

A ré apresentou contraminuta ao Agravo de Instrumento (id. f138110).

Sem considerações do D. Ministério Público (art. 2º, Portaria 03, de 27.01.05 do MPT, que regulamentou seu procedimento nesta Região, em cumprimento ao disposto no §5º, do art. 129, da CF, com redação da EC 45/2004).

É o relatório.

**V O T O**

**I – DO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**1. Admissibilidade:** Pressupostos legais presentes. Conheço.

**2. Mérito:** Dou Provimento.

**2.1. Gratuidade Judicial. Requisitos. Lei 13.467/2017. Art. 790, §§1º ao 4º, da CLT. CPC/2015:** Primeiramente, cumpre observar que a ação em tela foi proposta em 06.12.2017, sob a égide, portanto, da atual legislação, que alterou as disposições da CLT, Lei nº 13.467/17, cujo art. 6º estabeleceu que a norma entraria em vigor 120 dias após a sua publicação oficial, o que se deu no dia 11.11.2017. Portanto, ao ingressar com a ação, o reclamante já tinha ciência da nova sistemática vigente. Pois bem.

Na petição inicial, informou o Agravante ter sido contratado pela Agravada em 01.03.2016, na função de “auxiliar de serviços gerais/operacional”, percebendo último salário no

importe de R\$ 1.115,40, vindo a ser imotivadamente dispensado em 10.02.2017.

O Agravante acostou declaração de hipossuficiência de recursos sob id. 3dc1b5d, mediante a qual declarou ser pessoa pobre na acepção jurídica do termo, não tendo condições de custear o processo sem prejudicar seu sustento e de sua família, postulando a concessão dos benefícios da assistência judiciária nos termos da Lei 1.060/50.

No entanto, o demandante se fez ausente quanto da audiência a que se referiu o termo de audiência id 55dedab, razão pela qual foi determinado o arquivamento da ação trabalhista com amparo no art. 844 da CLT, tendo o D. Juízo de Origem consignado que

“... em razão da ausência do reclamante, determino o arquivamento do feito, observando-se o disposto no art. 844 da CLT, alterado pela Lei n. 13.467/2017, em vigor a partir de 11 de novembro de 2017. O prazo estabelecido no referido artigo, deverá ser aguardado antes do efetivo arquivamento. Exaurido o prazo, sem comprovação do motivo legalmente justificado, execute-se. Ressalto que a comprovação da ausência, em nenhuma hipótese, implicará no desarquivamento dos autos... Custas pelo reclamante no importe de R\$ 36,99 calculadas sobre R\$ 18.349,49, que deverá ser recolhidas no prazo de 5 dias, sob pena de execução, caso não apresente justificativa plausível, no prazo de 15 dias, nos termos do artigo 844, §2º, da CLT...”.

De frisar que o reclamante, ora Agravante, através do id 300ce85 apontou ao D. Juízo de Origem que não teria comparecido à audiência em que teria se dado o arquivamento da ação em face de não ter sido validamente intimado, haja vista que a intimação não chegou à sua residência, podendo ter ocorrido extravio nos Correios, pedindo a reconsideração das custas que lhe foram imputadas, além de arguir inconstitucionalidade aos §§2º e 3º do art. 844 da CLT.

Ao apresentar seu Recurso Ordinário, o qual teve seu seguimento denegado, por deserção, o reclamante reiterou o pedido de gratuidade de Justiça, assim como formulou o mesmo pleito em sede de Agravo de Instrumento, onde, em síntese, pretendeu o destrancamento do recurso, identificando fazer jus ao benefício da justiça gratuita e que a condenação em sentença ao pagamento de custas viola o amplo acesso ao judiciário, além de gratuidade de justiça ser ampla, devendo abarcar as custas processuais, ainda que decorrentes do arquivamento por ausência em audiência.

Postos os fatos que envolvem a presente demanda, nesta sede de Agravo de Instrumento entende-se que a r. decisão de Origem deve ser reformada.

De acordo com a nova sistemática processual trabalhista, infere-se que o legislador buscou restringir a concessão dos benefícios da gratuidade de Justiça aos que comprovadamente tenham insuficiência de recursos (art. 790, §4º da CLT) e, à luz da nova redação do referido do art. 790, §3º, da CLT, facultou ao julgador de qualquer uma das instâncias conceder a benesse àqueles que percebam salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de

Previdência Social, a saber:

“Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

§ 1º Tratando-se de empregado que não tenha obtido o benefício da justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

§ 2º No caso de não-pagamento das custas, far-se-á execução da respectiva importância, segundo o procedimento estabelecido no Capítulo V deste Título. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)”

Como se verifica, preconiza o §3º, do art. 790 da CLT em vigor, ser facultade dos juízes deferir os benefícios da justiça gratuita, impondo o limite de que tais benesses sejam endereçadas àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, cujo valor a partir de 1º.02.2018 encontra-se fixado em R\$5.645,00, apontando para a isenção aos que percebem até R\$ 2.258,00 mensais.

No mesmo passo, apontou recém §4º do mesmo dispositivo consolidado, que o benefício da justiça gratuita será concedido àquele que comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Conforme se pode bem observar pela consideração das regras apontadas em ambos os parágrafos citados acima, o §3º contém permissivo relativo à concessão da isenção pura e simplesmente, independentemente de qualquer comprovação relativa à insuficiência de recursos para a quitação das despesas processuais, bastando para essa concessão a averiguação da situação de pobreza representada pelo ganho igual ou inferior ao valor estipulado considerado (40% do limite máximo dos benefícios regime geral da previdência), vindo o §4º para indicar em complementação a essa regra, impondo outro parâmetro de isenção para situação diversa, ou seja, relativamente aos casos em que o demandante possui ganho até mesmo superior àquele considerado (40% do limite máximo dos benefícios regime geral da previdência), mas que comprove não deter recursos para fazer frente às custas do processo.

Em suma, compreende-se que a previsão do §3º diz respeito à presunção de pobreza, em regra que se assemelha àquela contida na Lei 7.115/83, no sentido de que já informado a parte perceber ou ter percebido até a data da propositura da ação salário igual ou inferior ao valor estipulado (40% do limite máximo dos benefícios regime geral da previdência) impositivamente será considerado isento, tal qual o seria sob o manto da legislação anterior apenas diante da apresentação da declaração de pobreza prevista no art. 1º da Lei 7.115/83 referida, emergindo a necessidade de observar a regra do §4º somente quanto àqueles casos em que o demandante não detenha essa presunção de pobreza, seja pelo cargo ocupado anteriormente, seja pelo salário que vinha recebendo, seja por que outro fator capaz de afastar dele a referida presunção, caso em que, impositivamente, deverá comprovar não deter naquele momento os necessários recursos para enfrentar as custas processuais.

Essa interpretação, a par de considerar a finalidade social a que se destina a norma, vai ao encontro das previsões do novo Código de Processo Civil que, nessa edição em vigor a partir de 16.03.2016, passou a contemplar a gratuidade da justiça a partir de seus arts. 98/seguintes, abarcando uma infinidade de despesas, dentre as quais as custas judiciais, os honorários de advogado e de perito, a remuneração do intérprete ou do tradutor, etc. (art. 98, §1º), ainda que algumas dessas despesas possam prevalecer em condição suspensiva (art. 98, §§2º e 3º), sempre se presumindo verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural (art. 99, §3º) e somente podendo ser indeferidos os benefícios se houver nos autos elementos que evidenciem a falta de pressupostos legais para a sua concessão, devendo o juiz, antes do indeferimento da benesse determinar a comprovação do preenchimento de todos os pressupostos para a sua concessão (art. 99, §2º), *verbis*:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de

outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguiu-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 4º A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 7º Aplica-se o disposto no art. 95, §§ 3º a 5º, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1º, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva.

§ 8º Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrares, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o §6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular

não impede a concessão de gratuidade da justiça.

§ 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.

§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.

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

No caso dos autos, o ora Agravante em sua peça inicial alegou ter percebido por último na reclamada o salário mensal de R\$ 1.115,40 pelo exercício das funções de "auxiliar de serviços gerais/agente operacional", cujo pacto laboral teve término em 10.02.2017 e a ação proposta em 06.12.2017 com o encarte da declaração id 3dc1b5d firmada pelo ex-obreiro em 28.11.2017, data em que sua situação econômico financeira não havia, segundo ali exposto, se modificado a ponto de possibilitar-lhe a assunção das despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento e de sua família.

Tal declaração aliada ao padrão salarial do ora Agravante ao final do pacto laboral mantido por ele com a ora Agravada, deve, de acordo com as regras antes referidas, ou seja, pela comunhão do art. 790, §3º, da CLT com o art. 99, §3º, do CPC/2015, ser tida como verdadeira, fazendo emergir incólume a presunção de hipossuficiência de recursos.

Ademais, não houve, como determina o art. 99, §2º, do CPC/2015 – na eventual desconfiância de que o demandante pudesse possuir suficiência de recursos no momento em que dele foi exigido o valor das custas – a concessão de prazo específico para a comprovação das circunstâncias que ensejariam a isenção dos encargos processuais, anteriormente ao decreto de deserção ao recurso interposto, momento, no qual, segundo se interpretada da legislação de regência, deveria ter sido aberta a oportunidade para a juntada de cópia da CTPS à demonstrar a vigência ou não de outro contrato de trabalho ou mesmo o encarte de eventual recibo salarial à comprovar as condições salariais naquele momento.

Destarte e por estes fundamentos, deve ser reconhecido o ora Agravante como beneficiário da gratuidade judicial, na medida em cumpriu os requisitos legais exigidos.

## 2.2. ARQUIVAMENTO. CUSTAS PROCESSUAIS. LEI 13.467/2017. ART. 844, §§ 2º E 3º, DA CLT:

No presente caso, conforme já se verificou anteriormente, no item 2.1. supra, o reclamante, ora Agravante, por não comparecimento à audiência designada, teve sua reclamatória arquivada, sendo certo que, posteriormente veio aos autos para alegar que a ausência se dera em virtude de não ter sido validamente intimado, haja vista que a intimação não chegou à sua residência, podendo ter ocorrido extravio nos Correios, pedindo a reconsideração das custas que lhe foram imputa-

das, além de arguir inconstitucionalidade aos §§2º e 3º do art. 844 da CLT (id 300ce85), apresentando Recurso Ordinário, cujo processamento foi denegado por deserção.

Tal não deve, contudo, prevalecer.

Isto porque, em efetivo, deve-se ter que o ora Agravante, forneceu ao D. Juízo de Origem motivação plausível para justificar o seu não comparecimento à audiência designada, ou seja, colocou em destaque através de sua manifestação de id 300ce85 que não foi validamente intimado com relação àquela sessão, não tendo a notificação expedida lhe chegado à residência, de modo que desconhecia a data para a qual teria sido aprazada, sendo-lhe, por essa razão, impossível estar presente.

Destarte, não há se falar em condenação ao pagamento de custas processuais, na forma do art. 844, §2º, da CLT, com a redação que lhe emprestou a Lei 13.467/2017, *verbis*:

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

O reclamante, conforme exposição do item 2.1. supra foi reconhecido como efetivo beneficiário da justiça gratuita, e, ainda, a partir do arquivamento da ação trabalhista por sua ausência, logrou apresentar motivo legalmente justificável, impondo-se, por essas razões, o afastamento da obrigação de recolher as custas processuais arbitradas.

Destranco, portanto, o Recurso Ordinário.

## II – DO RECURSO ORDINÁRIO

- 1. Admissibilidade:** Pressupostos legais presentes, conheço.
- 2. Mérito:** Tendo em vista que o tema do Agravo de Instrumento se confunde com o do Recurso Ordinário, eis que se refere à condenação do autor ao pagamento de custas processuais, diante do já fartamente explanado, deve ser reformada a r. sentença proferida apenas para isentar o obreiro do pagamento das custas processuais.

**Posto isso**, ACORDAM os Magistrados da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: conhecer do Agravo de Instrumento, **dando-lhe provimento** para destrancar o recurso ordinário apresentado pelo reclamante, dele conhecendo e, no mérito, **dando-lhe provimento** para isentar o reclamante do recolhimento das custas processuais.

SÔNIA APARECIDA GINDRO  
Relatora

10ª TURMA PROCESSO TRT/SP NO: 1001456-30.2017.5.02.0021

RECURSO: ORDINÁRIO

RECORRENTE: ARAKEN RIBEIRO DIAS TRINDADE

RECORRIDOS:

PORTICO CONSTRUcoes LTDA, CONSÓRCIO

HONCOSE e WVG CONSTRUcoes E INFRAESTRUTURA LTDA.

ORIGEM: 21ª VT DE SÃO PAULO

Adoto o relatório da r. sentença de id. 01ca58f, que indeferiu a petição inicial, julgando o feito extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, I, do CPC, porquanto o autor não teria observado o estabelecido no art. 840, § 1º, da CLT, ao deixar de liquidar "vários" dos pedidos formulados em exordial, *isentando-o do pagamento das custas processuais*.

Inconformado, recorreu o **reclamante** (id. ff34fc5 - Pág. 1,) alegando a não aplicação do artigo 840, §1º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, ante a irretroatividade da lei e o princípio da segurança jurídica, posto ter sido a ação distribuída antes da chamada Reforma Trabalhista, arguindo, ainda, que ao contrário do que restou consignado na Origem, não foram vários os pedidos não liquidados, mas apenas três entre os formulados, havendo justificativa para tanto, bem como o D. Juízo realizou interpretação equivocada da legislação, ao extinguir toda a ação e não apenas os pedidos não líquidos.

A despeito de intimadas, as reclamadas não apresentaram contrarrazões (lds. bfa0b05 - Pág. 1, b9dcef4 - Pág. 1 e ca4e49b - Pág. 1).

Sem considerações do D. Ministério Público do Trabalho (art. 2º, Portaria 03, de 27.01.05 do MPT, que regulamentou seu procedimento nesta Região, em cumprimento ao disposto no §5º, do art. 129, da CF, com redação da EC 45/2004).

É o relatório.

**VOTO**

### I – ADMISSIBILIDADE

Pressupostos legais presentes. Conheço do recurso interposto.

### II – MÉRITO

**1. Liquidação de pedidos:** O recorrente demonstrou inconformismo quanto à decisão de Origem que indeferiu a petição inicial, julgando o feito extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, I, do CPC, porquanto o autor não teria observado o estabelecido no art. 840, §1º, da CLT, ao deixar de liquidar "vários" dos pedidos formulados em exordial. Argumentou o reclamante pela não aplicação do artigo 840, §1º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, ante a irretroatividade da lei e o princípio da segurança jurídica, posto ter sido a ação distribuída antes da chamada Reforma Trabalhista, arguindo, ainda, que ao contrário do que restou consignado na Origem, não foram vários os pedidos não liquidados, mas apenas três entre os formulados, havendo justificativa para tanto, bem como o D. Juízo realizou interpretação equivocada da legislação, ao extinguir toda a ação e não apenas os pedidos não líquidos.

Pois bem.

No caso, verifica-se que o autor ingressou com ação cautelar de arresto, que denominou de “*Tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente com pedido de liminar*”, em 18.08.2017, tendo postulado, com fulcro no artigo 308 do CPC<sup>1</sup>, a concessão do prazo de 30 dias para formular o pedido principal.

Foi proferida decisão pelo D. Juízo de Origem que, por não convencido quanto à probabilidade do direito postulado, indeferiu as medidas requeridas, julgando improcedente a ação. (Id. 4f46425 - Pág. 1).

O reclamante apresentou Embargos de Declaração (Id. d528a2a), tendo sido acolhidos para tornar sem efeito a decisão anterior quanto à improcedência da ação, dado que o simples indeferimento do requerimento liminar não implica improcedência do feito e concedendo ao Autor prazo de 05 dias para emendar a petição inicial, requerendo o que entendesse de direito, sob as penas do §6º, do art. 303, do CPC. (Id. 67e4f40 - Pág. 1).

O reclamante, atendendo o comando judicial, apresentou emenda à petição inicial, com a formulação dos pedidos que seriam os principais, em relação à medida cautelar antecedente (Id. e697f2d).

O D. Juízo de Origem, fundamentando sua decisão no art. 840, §1º, da CLT, dispositivo inserido pela Lei nº 13.467/2017, decidiu pelo indeferimento da petição inicial nos seguintes termos: “...*Verifica-se que, a despeito do estabelecido no art. 840, § 1º, da CLT, o autor deixou de liquidar vários dos pedidos formulados em exordial. Assim, por não preenchidos os requisitos legais, indefiro a petição inicial, julgando o feito EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, nos termos do art. 485, I, do CPC. Custas pelo autor, no valor de R\$ 3.574,13, dispensadas, na forma da lei...*” (Id. 01ca58f - Pág. 1).

Merece reforma.

O art. 840, §1º, da CLT, com a redação introduzida pela lei 13.467/2017, dispõe que, *verbis*: “*sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de sua representante.*”, estando o §3º do mesmo dispositivo, por sua vez, a estabelecer que: “*os pedidos que não atendam ao disposto*

*no §1º deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito.*”.

Entretanto, em sentido contrário ao entendimento lançado pelo D. Juízo de Origem, tal dispositivo apenas pode ser aplicado às ações ajuizadas a partir do início de sua vigência.

Isso porque a parte, ao distribuir a reclamatória, o fez sob a égide da legislação antiga, a qual naquele momento vigorava, não sendo cabível o reconhecimento de direitos ou obrigações originárias de legislação posterior que, à época da propositura da ação, sequer eram aplicáveis, podendo ainda o direito de ação ser exercitado conforme dispositivo naquele momento vigente.

Ressalte-se, no presente caso, tendo em vista que o art. 308, do CPC/2015, autoriza a concessão de prazo para a parte autora formular o pedido principal, nos próprios autos da ação cautelar precedente, patente que prevalece a data de 18.08.2017, como da distribuição da ação *in casu*, porquanto a emenda à inicial, formulada posteriormente, em 30.11.2017, não pode ser entendida como nova ação.

Assim, à luz da norma vigente no momento da distribuição da ação (18.08.2017), inaplicável a exigência de liquidação dos pedidos, visto que os dispositivos consolidados acerca dessa matéria, na redação dada pela Lei nº 13.467/17, guardam total incompatibilidade com o previsto anteriormente.

De ressaltar que a novel legislação foi publicada em 13.07.2017, contendo em seu art. 6º as regras atinentes ao período de *vacatio legis*, passando a vigorar 120 dias após sua publicação, ou seja, a partir de 11.11.2017, ensejando que nenhuma de suas regras tem aplicação ao feito, mesmo que proposta a ação no curso da *vacatio legis*, haja vista a necessidade de resguardar ao litigante o direito de ação segundo as normas que vigiam no momento em que exercitou esse direito, não podendo ser colhido de surpresa ao longo do processado em face de lei que modifique de alguma forma a legislação em que se embasou para formular seu pleito, até porque o contrato de trabalho vigorou segundo as normas não alteradas pela Lei 13.467/17.

Impor as novas regras aos processos em curso importa em violação ao princípio da segurança jurídica e do devido processo legal, além do que impõe retroação ilegítima da nova lei para atingir ação ajuizada antes de sua vigência, quando sequer eram conhecidos os seus efetivos termos.

Destaco que mesmo se tratando de legislação de cunho processual a qual, via de regra, passa a vigorar imediatamente e a atingir as situações no primeiro dia de vigência da norma, não se pode olvidar da existência do princípio da não surpresa, que deve orientar o julgador no momento da análise da aplicação da novel normativa. Nesse sentido, preconiza o art. 10 do NCPC, aplicável subsidiariamente ao processo de trabalho, *verbis*: “...*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*”

Reformo, afastando o defeito apontado para a petição inicial e determinando o retorno dos autos à Origem, para apreciação do mérito respectivo, evitando-se com isso a supressão de uma instância, em prestígio ao princípio do duplo grau

de jurisdição.

23r

**Posto isso**, ACORDAM os Magistrados da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: conhecer do recurso interposto pelo Reclamante e, no mérito, **dar-lhe provimento**, afastando o indeferimento da petição inicial e a extinção do feito sem resolução do mérito, devendo os autos retornar à Origem a fim de que o feito tenha processamento regular, com a prolação de decisão de mérito que abarque todos os pontos da lide e todos os pedidos formulados na inicial, restando prejudicada a apreciação dos demais temas devolvidos no recurso. *Nihil* de custas nesta fase processual.

SÔNIA APARECIDA GINDRO

Relatora

**10ª. TURMA PROCESSO TRT/SP PJe Nº: 1000895-2018.5.02.0068**

**RECURSOS ORDINÁRIO e ADESIVO em PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO**

**1º RECORRENTE COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM**

**2º RECORRENTE MANOEL MAURICIO DA SILVA ORIGEM 68ª VT DE SÃO PAULO**

**PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO**

*Relatório dispensado (art. 895, §1º, da CLT).*

**V O T O**

**I – ADMISSIBILIDADE**

Pressupostos legais presentes. Conheço dos apelos interpostos.

**II – RECURSO DA RECLAMADA**

**1. Justiça gratuita:** Recorreu a reclamada atacando o deferimento dos benefícios da justiça gratuita ao autor, referindo que o obreiro possui emprego regular e formal, percebendo remuneração superior a 40% do teto do regime previdenciário. Nada a deferir.

Nada há para ser modificado na r. sentença, sendo de assinalar a inexistência de sucumbência a esse respeito que pudesse legitimar a recorrente a insurgir-se.

A questão da concessão da Justiça Gratuita, realmente, na medida em que trata de relacionamento entre a parte e o próprio Estado, porquanto a isenta do pagamento de eventuais custas, emolumentos ou outras taxas, excluir a parte passiva, não acarretando o deferimento ou o indeferimento dessas benesses em qualquer espécie de prejuízo ou benefício à recorrente.

**2. Honorários advocatícios:** Pretendeu a reclamada a condenação do reclamante em honorários advocatícios sucumbenciais, invocando o artigo 791-A, da CLT e artigo 85, §14º, do CPC.

Nada a modificar.

Isto porque a questão não foi apreciada pela instância de Origem, quedando-se a reclamada inerte em arguir tal omis-

são na primeira oportunidade que teve de falar nos autos, qual seja, na audiência de id. 1589fe9, ou ainda, poderia ter oposto embargos declaratórios, nada havendo a ser deferido, sob pena de supressão de instância.

**III – RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE**

**Nulidade da r. sentença. Arquivamento. Liquidação de pedidos:** Constatou da r. decisão de Origem que “*Tendo em vista que, apreciando a petição inicial, observo que o reclamante embora tenha apresentado planilha, não deu valor aos pedidos de letras b, c, d e f, apresentando no rol do item 8 pedido de integração do anuênio e respectivos reflexos, o qual não se referem e não são condizentes com os pedidos supra mencionados de letras b, c, d e f, no entender do Juízo, a referida peça inicial não atende o disposto no art. 852-B, inciso I da CLT, razão pela qual resolvo determinar o ARQUIVAMENTO do feito com fundamento no parágrafo primeiro do mesmo artigo.*” (Id. 1589fe9).

Inconformado, recorreu o autor adesivamente, referindo que a insegurança jurídica gerada pela Reforma Trabalhista ganha especial relevo na interpretação dada à exigência do Art. 840, § 1º, diante da grande dificuldade de se ter acesso a dados e documentos que sustentam os cálculos exigidos. Referiu que mesmo diante da indicação aproximada dos valores e juntada de planilha, entendeu o Juízo *a quo* a necessidade da indicação dos valores em cada pedido, o que, não encontra amparo na letra fria da redação da nova norma. Asseverou que a lei não refere expressamente a necessidade de liquidação dos valores iniciais, mas unicamente a indicação de seu valor. Argumentou que a liquidação prévia dos valores pleiteados fere frontalmente princípios basilares da Justiça Trabalhista, tais como o da simplicidade, informalidade e do amplo acesso à justiça. Invocou pela aplicabilidade dos princípios da cooperação, economia processual e celeridade processual, postulando seja reconhecida a nulidade do arquivamento na audiência realizada em 16 de julho de 2018 e reabertura de nova instrução, concedendo prazo para réplica, diante do sigilo da contestação apresentada pela recorrida (5e9612b) e posterior julgamento para que se reconheça a procedência dos pedidos veiculados nesta ação.

Primeiramente, cumpre observar que a ação em tela foi proposta em 06.06.2018, sob a égide, portanto, da atual legislação, que alterou as disposições da CLT, Lei nº 13.467/17, cujo art. 6º estabeleceu que a norma entraria em vigor 120 dias após a sua publicação oficial, o que se deu no dia 11.11.2017. Portanto, ao ingressar com a ação, o reclamante já tinha ciência da nova sistemática vigente.

Pois bem.

Extrai-se da petição inicial a propositura de reclamação trabalhista, sob o rito sumaríssimo, tendo o reclamante indicado o seguinte rol de pedidos no item “6”, *verbis*:

- “a) ANULAÇÃO DOS EFEITOS CONTIDOS NA LETRA “C” DO ITEM 1.3.13. DO PCCS/2014;  
b) CONDENAÇÃO DA RECLAMADA À INCORPORAÇÃO DO ADICIONAL TRANSITÓRIO DE GRATIFICAÇÃO DE

1. Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

**FUNÇÃO AO SALÁRIO E RETIFICAÇÃO DO SALÁRIO DO AUTOR, COM O PAGAMENTO DE DIFERENÇAS EM VERBAS VENCIDAS E VINCENDAS COM REFLEXO EM: Horas Extras 100% diurnas e noturnas, Adicional Noturno, Férias + 2/3, 13º Salário, Gratificação Anual (Anuênio), Sobreaviso, PPR - Participação nos Resultados, DSR e FGTS. ...SUCESSIVAMENTE REQUER: c) CONDENAÇÃO DA RECLAMADA À INTEGRAÇÃO DO ADICIONAL TRANSITÓRIO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO AO SALÁRIO DO AUTOR COM O PAGAMENTO DE DIFERENÇAS EM VERBAS VENCIDAS E VINCENDAS COM REFLEXO EM: Horas Extras 100% diurnas e noturnas, Adicional Noturno, Férias + 2/3, 13º Salário, Gratificação Anual (Anuênio), Adicional de Periculosidade, Sobreaviso, PPR - Participação nos Resultados, DSR e FGTS; d) CONDENAÇÃO DA RECLAMADA AO PAGAMENTO das diferenças do INSS com a apuração e recolhimento mês a mês dessas contribuições, devendo a reclamada arcar com tais despesas, sem qualquer desconto do crédito do autor, na remota hipótese de reclamante ter que arcar com tais despesas, requer seja fixado ao valor de 11% do teto previdenciário. e) Requer também, que a aplicação das alíquotas do Imposto de Renda seja feita mês a mês e não sobre o valor total a ser recebido pelo reclamante, nos termos da Instrução Normativa nº 1127/2011 da Receita Federal. f) CONDENAÇÃO DA RÉ À INTEGRAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO ANUAL AO SALÁRIO para fins de pagamento de horas extras com adicional de 100% e adicional noturno de 50%, respondendo pelas correspondentes diferenças desses títulos. Devido à habitualidade dos pagamentos, as diferenças aqui pleiteadas deverão gerar reflexos em repouso remunerado, em férias + 2/3, nos 13º salários e nas parcelas de FGTS, tudo em prestações vencidas considerando todo o quinquênio imprescrito e vencidas; g) CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA; h) CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, no importe de 20% sobre o valor da condenação.”, vindo no item “8” apresentar “estimativa de liquidação”, apontando os valores estimados de integração de gratificação anual e reflexos, FGTS, INSS do empregador e honorários advocatícios, sem nada referir quanto ao pedido de “adicional transitório de gratificação de função” (id. 67f6354 - destaquei).**

Entende-se que deve prevalecer a r. decisão de Origem. Isto porque, antes mesmo das alterações promovidas pela Lei nº 13.467/17, que alterou a redação do artigo 840, §1º, da CLT, passando a exigir a indicação do valor dos pedidos, as demandas submetidas ao rito sumaríssimo já encontravam-se submetidas às exigências de indicação de pedido certo e determinado, com indicação do valor correspondente, sob pena de arquivamento da ação, conforme previsto no artigo 852-B, I e §1º, da CLT, acrescentados pela Lei nº 9.957/00.

Logo, de saber comezinho, que mesmo antes da reforma trabalhista, os pedidos contidos nas ações promovidas por

meio do rito sumaríssimo deveriam indicar o respectivo valor, mostrando-se irrelevantes as alegações do recorrente quanto a eventual insegurança jurídica promovida pela Reforma Trabalhista.

Em se tratando de dissídio individual submetido ao rito sumaríssimo, impositivamente a parte deveria ter observado todos os requisitos contidos no art. 852-B, da CLT, notadamente aquele que estabelece seu inciso I, *verbis*: “o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente”, o que não foi realizado pelo autor, sendo de registrar que assim agiu em face de patente descaso e incúria, haja vista que o importe atinente ao pleito formulado a título de adicional de gratificação anual foi demonstrado, razão pela qual também poder-se-ia ter apurado, ainda que por estimativa, os valores atinentes ao adicional transitório de gratificação de função.

Deixando o autor de indicar a estimativa dos pedidos constantes nas alíneas “b”, “c”, “d” e “e”, da prefacial, mais especificamente no que tange à integração do “adicional transitório de gratificação de função”, prevalece a r. sentença de Origem que determinou o arquivamento da ação.

Destarte, tem-se que no presente caso, havia a efetiva possibilidade de o autor lançar ao longo da peça inicial o valor líquido do pedido, de molde a dar cumprimento ao quanto estabelecido por lei, não o tendo realizado e tendo restado estabelecido que a ação deve tramitar pelo rito sumaríssimo, a extinção é medida que se impõe, à luz do quanto previsto nos arts. 485, I e IV, em combinação com o 330, I, do CPC, bem como Súmula 263, do C. TST, vez que descumpridos os requisitos legais exigidos, sendo inepta a peça exordial.

Mantenho.

**Posto isso, ACORDAM** os Magistrados da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: conhecer dos recursos interpostos e, no mérito, **negar-lhes provimento**.

SÔNIA APARECIDA GINDRO

Relatora

Autos n.º 1001236-07.2018.5.02.0018

## SENTENÇA

**PATRICIA LOPES LIMA**, parte já qualificada nos autos, aforou Reclamação Trabalhista em face de **BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.**, aduzindo os fatos articulados na exordial (fls. 02/16), formulando as consequentes pretensões descritas na inicial. Atribuiu à causa o valor de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais) e juntou documentos.

Audiência realizada (fls. 339/340). Diante da discrepância entre o valor da causa apresentado e a pretensão para acordo, foi determinada a emenda da inicial para adequação ao artigo 840, parágrafo primeiro, da CLT.

Inicial substitutiva às fls. 342/357, com valor da causa de R\$ 290.000,00.

Defesa apresentada às fls. 367/427, contendo preliminar de inépcia diante do valor atribuído aos pedidos.

Audiência às fls. 428/430.

Manifestação sobre defesa e documentos às fls. 446/455.

Diante da alegação de inépcia, os autos vieram à conclusão.

É o relatório.

Passo a decidir.

### DO VALOR ATRIBUÍDO AOS PEDIDOS:

Diante das questões atinentes ao valor atribuído aos pedidos pela reclamante e também aos questionamentos da reclamada em sede de preliminar de inépcia em relação a tal tema, passo a analisar o cumprimento pela parte autora do disposto no artigo 840, parágrafo primeiro, da CLT.

Como ponderação inicial, destaco que na petição inicial a reclamante destacou em letras maiúsculas, sublinhadas e em negrito que os valores que estavam sendo apresentados eram por “**ESTIMATIVA**” e “**SEM VINCULAÇÃO**” a liquidação dos pedidos” (fls. 15), sendo que às fls. 16, atribuiu à causa o valor de R\$ 160.000,00.

Chegado o momento da audiência, quando da tentativa conciliatória, a reclamante apresentou uma pretensão para acordo de R\$ 270.000,00 (fls. 339), ou seja, quase 70% (setenta por cento) superior ao valor que tinha estimado (ela própria disse na inicial que os valores eram estimados) para o resultado da demanda.

Tal fato chamou a atenção desse magistrado, posto que, ou teria acontecido um erro na indicação dos valores, ou a reclamante estaria subestimando o valor da causa para efeito de despesas processuais, já que sabia que o resultado dos pedidos era bem maior do que aquilo que tinha indicado na inicial, tanto que o valor para acordo era bem superior.

Diante de tal fato, especifiquei que não havia necessidade de liquidação da petição inicial (último parágrafo de fls. 339), mas estimativa adequada de valores, e determinei que fosse emendada a petição inicial para que demonstrasse como chegou a tais valores estimados, ou seja, que apresentasse um esboço de como chegou a tal estimativa.

Nessa mesma audiência foram apresentados protestos

pelo patrono da reclamante no sentido de que os valores apresentados eram por estimativa o que, sob a ótica desse magistrado, certamente não estava minimamente estimado, já que a pretensão para acordo era superior em R\$ 110.000,00, restando mantida a determinação.

Diante de tal determinação a reclamante apresentou inicial substitutiva (fls. 342/357) em que apresentou valores maiores, somando um valor da causa de R\$ 290.000,00, apenas pouco maior do que pretendia para acordo, sem fazer nenhuma menção ao critério que utilizou para estimar tais valores.

Tal fato não passou despercebido à reclamada, que às fls. 368/370 questionou em sede de preliminar.

Tecido esse histórico do processado, passo a analisar a questão atinente aos valores.

A Lei nº 13.467/2017 deu nova redação ao parágrafo primeiro do artigo 840. Passou-se a exigir a indicação do valor dos pedidos.

Não há exigência de liquidação dos pedidos, entendida esta como o cálculo, mês a mês, dos exatos valores pleiteados, mas uma simples indicação do valor que, por óbvio, deve ser a mais próxima possível do real.

A desnecessidade de liquidação decorre da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, já que não houve supressão da fase de liquidação, momento em que serão realizados os cálculos matemáticos exatos para aferição do *quantum debeatur*.

Tal entendimento foi afirmado pelo C. TST quando da edição da Instrução Normativa 41/2018, que previu em seu artigo 12, parágrafo segundo, que “*para fim do que dispõe o art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil*”.

O verbo adotado pelo C. TST foi estimar. Estimar significa apresentar o valor aproximado de algo e não indicar o seu exato valor, que seria decorrente de uma liquidação (que não é o que se exige na petição inicial).

Estimar não é simplesmente escolher um valor aleatório, muito inferior, inclusive, à pretensão que a parte tinha inicialmente para acordo.

A primeira audiência denota que a reclamante buscou se esquivar em atender à Instrução Normativa 41/2008 do Colendo TST que ela mesma invocou em manifestação.

Ao indicar que, para acordo, pretendia o montante de R\$ 270.000,00, a reclamante sabia que sua pretensão era maior até do que tal montante, caso contrário não seria uma pretensão para acordo. Todavia, como relatado acima, o valor da causa era de apenas R\$ 160.000,00. Não houve uma estimativa para os pedidos, e sim atribuição de valores sabidamente menores, que culminariam, em caso de insucesso no mérito da demanda, com a diminuição o valor de despesas processuais que pudesse ter que suportar.

A atual redação da CLT tem justamente o escopo de possibilitar que os valores sejam os mais próximos dos reais, para que as despesas processuais sejam arbitradas da forma mais estimada possível (veja-se que novamente utilizei o vocábulo estimado).

A ausência de indicação do critério utilizado para estimar

os valores, após determinação desse magistrado, já conduz à conclusão pela extinção do feito sem resolução do mérito de acordo com o disposto no artigo 321, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Todavia, evitando uma extinção que possa parecer prematura, embora a parte não tenha apresentado um esboço de como estimou os valores, passo a analisar, exemplificativamente, o valor do pedido 10.3 de fls. 355 (horas extras considerando o caput do artigo 224, da CLT, com adicional de 50% e divisor 150 no período de fevereiro de 2015 até a dispensa).

Através de um critério de estimativa, tenho que a reclamante, no período de fevereiro de 2015 até a dispensa em 07/12/2017 pretende o pagamento de quatro horas extras por dia, com o adicional de 50%, considerando o divisor 150, considerando todas as parcelas salariais como base de cálculo.

Para estimar o valor do pedido, parto da remuneração de março de 2016, que representa uma média aproximada do recebido no período. Tal remuneração importa em R\$ 8.718,40 (R\$ 5.575,23 do salário base acrescidos de R\$ 3.143,17 de gratificação de função).

Considerando o divisor 150 pleiteado, o salário hora seria de R\$ 58,12. Com o adicional de horas extras, importaria em R\$ 87,18 cada hora pleiteada.

Diariamente, o valor pretendido é de R\$ 348,72 (equivalente a quatro horas). Ponderando que, considerando o aviso prévio, o período em análise é de aproximadamente três anos, já incluindo os DSR's teríamos o valor estimado de R\$ 381.848,40. Ressalto que o valor não contempla os reflexos pretendidos em férias, 13.º salários, aviso prévio e FGTS com indenização de 40%.

Em poucas linhas, sem qualquer liquidação de pedidos, apenas por mera estimativa, verifico que o valor apresentado pela reclamante está extremamente subestimado, uma vez que disse que esse pedido corresponderia a R\$ 140.000,00.

Portanto, não houve uma estimativa, e sim nova indicação de valores aleatórios, bem inferiores aos que se aproximariam dos reais, que compromete a credibilidade da inicial para aferição de despesas processuais.

A parte não pode usar tal expediente para desvirtuar ou frustrar a aplicação da legislação processual trabalhista.

Embora repetitivo, novamente destaco que em nenhum momento foi exigida a liquidação dos pedidos, mas sim uma estimativa que atendesse ao próprio sentido do verbo estimar.

De forma gritante – tamanha a diferença de valores – a reclamante não estimou nenhum valor, apenas atribuiu valores aleatórios bem mais baixos, o que ficou claro desde a primeira petição inicial e primeira audiência. A legislação determina a indicação de valor com uma finalidade e a conduta da reclamante acaba por desviar essa finalidade.

Esse magistrado adota o mesmo entendimento da ementa transcrita pela reclamante em manifestação de fls. 448, exarado no acórdão proferido nos autos 1000715-42.2018.5.02.0057. Não é necessária a apresentação de pedido liquidado.

Uma vez que a reclamante juntou a íntegra do acórdão objeto da emenda de fls. 448, importante ressaltar que a fundamentação dele é totalmente convergente com a presente fundamentação.

Ao tratar do artigo 840, parágrafo primeiro da CLT, o Exce-lentíssimo Desembargador Relator destacou em sua fundamentação que:

*“A leitura atenta deste dispositivo demonstra que a parte autora deve indicar o valor do pedido. Entretanto, indicar o valor do pedido é diferente de apresentar pedido calculado, liquidado e demonstrado.*

*O verbo transitivo direto ‘indicar’ foi utilizado na oração com o sentido de ‘mencionar, esboçar levemente.’ (Dicionário Aurélio ‘on line’: <https://dicionariodoaurelio.com/indicar> - consulta realizada em 16/08/2018 às 14:55 horas).*

*A indicação do valor é, como a própria expressão sugere, mero delineamento ou esboço da idéia de valor que o pedido pode ter, sem a pretensão de ser exato ou matematicamente demonstrado com planilha de cálculos.” (fls. 457)*

É exatamente isso que foi exigido da reclamante, um esboço de como chegou ao valor (tal como fiz em poucos parágrafos) e não um “pedido calculado, liquidado e demonstrado”. Não se exigiu exatidão, e sim mera aproximação de valores.

Invoco ainda o seguinte trecho da fundamentação do acórdão trazido pela reclamante:

*“Destarte, dois caminhos são possíveis: (a) ou a Justiça do Trabalho vai permitir que a indicação do valor seja feita da forma aproximada (como já acontece no rito sumaríssimo) e, principalmente, que tais valores não vinculem o valor a ser calculado na fase de liquidação de sentença, ou (b) terá que permitir o procedimento de tutela de urgência preparatória para exibição de documentos a fim de que o autor possa elaborar seus cálculos com exatidão, o que implica duplicar o trabalho já existente.*

*Esta segunda alternativa, porém, não parece ser a que atenda ao fim social da norma e às exigências do bem comum, na medida em que atenta contra a duração razoável do processo (direito constitucional de primeira grandeza) e dificulta o acesso ao Poder Judicial (outro direito constitucional de primeira grandeza) e, ainda, atravancaria o funcionamento da Justiça do Trabalho, afrontando a regra da eficiência da administração pública (outra garantia constitucional), porque traria para a fase de cognição a discussão sobre acertos e desacertos de cálculos sobre direitos que sequer foram reconhecidos, além da proliferação de tutelas de urgência para produção antecipada de provas.” (fls. 459 – os grifos são meus)*

Esse magistrado também adota o entendimento no sentido de que deve-se “permitir que a indicação do valor seja feita da forma aproximada” (como exaustivamente tratado acima), mas não de forma gritantemente subestimada (como foi notado desde a primeira audiência), frustrando a aplicação das normas processuais atinentes a despesas processuais.

Mesmo diante da oportunidade de emenda, a reclamante relutou em estimar os valores, ou seja, relutou em indicar um valor aproximado, estimado do que pretende, o que conduz à conclusão de que não respeitou o disposto no artigo 840, parágrafo primeiro, da CLT.

Com fundamento no artigo 840, parágrafos primeiro e terceiro, da CLT, e também com fundamento nos artigos 321 e seu parágrafo único e 485, inciso I, ambos do Código de Processo Civil extingo o feito sem resolução do mérito.

#### DA JUSTIÇA GRATUITA:

Deferi-se à parte reclamante os benefícios da Justiça Gratuita, eis que formulado em consonância com o artigo 99, § 3.º, do Código de Processo Civil, e artigo 790, § 4.º, da CLT, diante da declaração de fls. 19.

ISTO POSTO, nos autos da Reclamação Trabalhista ajuizada por **PATRICIA LOPES LIMA** em face de **BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.** extingo o feito sem resolução do mérito.

Deferidos os benefícios da justiça gratuita para a parte autora.

**Tudo nos termos da fundamentação supra que fica fazendo parte do presente dispositivo.**

Custas no importe de R\$ 5.800,00 (cinco mil e oitocentos reais) a cargo da parte reclamante, calculadas sobre o valor que atribuiu à causa de R\$ 290.000,00 (duzentos e noventa mil reais), dispensada.

**Ressalta-se que o não conhecimento de Embargos de Declaração, conforme as hipóteses legais, importará na não interrupção do prazo recursal; e que as razões de embargos deverão limitar-se a discutir as hipóteses expressamente previstas em lei para a sentença trabalhista, sob pena de serem considerados protelatórios. Destaca-se que os Embargos de Declaração não se prestam à rediscussão da lide, tampouco para questionar avaliação do conjunto probatório.**

**Intimem-se as partes.**

Nada mais.

São Paulo, 30 de janeiro de 2019.

**(assinada eletronicamente)**  
**JOÃO FORTE JÚNIOR**

Juiz do Trabalho

**AUTOS 1001139-74.2018.5.02.0707**  
**RECLAMANTE: MILENA TENORIO FREITAS**  
**RECLAMADA: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**  
**DATA: 26.10.2018**  
**HORÁRIO: 13H40**

#### SENTENÇA

Vistos.

**Relatório.** Intentou, a Reclamante, ação por meio da qual pretendeu receber as verbas que entendeu inadimplidas. Pleiteou, em síntese: incorporação da gratificação de função ao salário e reflexos. Requereu os benefícios da justiça gratuita e honorários advocatícios. Deu valor à causa de R\$ 40.000,00. Pugnou pela procedência. Juntou procuração e documentos.

Na audiência uma realizada em 18.10.2018, presentes as partes, foi recebida a defesa com documentos, apresentada pela Reclamada na forma do art. 29 da Resolução nº 136/2014 do CSJT.

Em defesa a Ré arguiu, preliminarmente, a inépcia da inicial. Afirmou que a Autora continua exercendo cargo de confiança e percebendo gratificação de função não havendo diferenças devidas; que o CTVA não se incorpora ao salário. Refutou os demais pedidos e pugnou pela improcedência. Juntou documentos.

Réplica (fls. 1118/1159).

Não havendo mais provas, foi encerrada a instrução processual.

Todas as propostas de conciliação restaram infrutíferas.

Razões finais remissivas.

É o relatório.

Decido.

**Da impugnação ao valor da causa.** O valor atribuído a causa pela autora atende ao disposto nos artigos 840, §1º da CLT, tendo em vista que guarda pertinência com os valores pleiteados.

Afasto a impugnação.

**Da falta de interesse de agir.** O que define o interesse processual é o binômio necessidade e utilidade do provimento a que se visa alcançar. Pelo fato do autor ter necessitado acionar o Poder Judiciário para obter a tutela pretendida, possui interesse de agir no presente feito.

Rejeito, portanto, a preliminar arguida.

**Da prescrição.** Considero prescritas as pretensões anteriores a 11.09.2013.

Interpretando a S. 294 do TST de forma mais favorável e a luz do art. 7º, XXIX da Constituição Federal, considero abarcada pela prescrição quinzenal a pretensão de declaração de ilegalidade da alteração contratual que cindiu as gratificações de função em variadas rubricas, por ato único.

**Da natureza das verbas objeto da presente. Do direito Intertemporal.** Entre as características do contrato de traba-

lho noticiadas pela Doutrina - bilateralidade, consensualidade, comutatividade, onerosidade, pessoalidade, continuidade e alteridade -, entendo que há outra característica, qualificada de acidental e implícita: a existência da vinculação das partes às cláusulas benéficas. Acidental porque, embora seja um elemento caracterizador do contrato, ausentes seus pressupostos, sua incidência não ocorrerá.

Tal qual ocorre em contratos que prevejam condição ou encargo, que são elementos ou cláusulas acidentais do negócio jurídico, um contrato de trabalho pode manter-se vigente com as cláusulas originárias que prevejam apenas os direitos assegurados em lei e nada mais. Implícita, porque a cláusula pode não ser expressa, mas ainda estará plenamente vigente, uma vez observados seus pressupostos: (i) concessão do benefício previsto em lei (não obrigatório) ou contratual, (ii) habitualidade.

A característica ou cláusula acidental e implícita da vinculação das partes às cláusulas benéficas decorre da norma princípio - este último visto como pressuposto lógico, ainda que não expresso, e que dá significado e causa à norma -, inserta no “caput” artigo 468 da CLT.

Assim é que as partes se vinculam às cláusulas benéficas, expressas ou tácitas, sendo vedada sua alteração, sem consentimento do empregado, e em seu prejuízo, salvo em caso de situações de fato específicas, das quais se falará adiante.

É preciso esclarecer que a habitualidade - propriamente dita ou vista apenas sob o prisma do empregador que concede o benefício a todos os empregados, embora um deles tenha recebido somente uma única vez-, dá origem à cláusula vinculativa independentemente de seu fundamento de existência. Assim, observada a habitualidade da paga de um benefício por liberalidade, ou previsto em contrato ou, ainda, em dispositivo legal não obrigatório, ou, finalmente, até por adesão da empresa à jurisprudência consolidada sobre o tema, formar-se-á a cláusula vinculativa, ainda que acessória ao contrato firmado inicialmente.

Todavia as cláusulas vinculativas benéficas, que aderem ao contrato e o caracterizam quando existentes, podem não ser permanentes, pois podem **exigir uma situação de fato específica e que só vincula as partes se e enquanto tal situação existir**. Exemplo de tais cláusulas são as que definem o pagamento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e, após a Lei 13467/17, a gratificação de função de confiança (CLT, art. 468, parágrafos 1º e 2º), dentre outras.

A introdução foi feita de forma a se verificar, sob a luz do direito intertemporal, se a lei nova atinge os contratos de trabalho em curso em suas cláusulas benéficas vinculativas não permanentes e em que medida.

Pois bem. O CTVa foi instituído pela ré para complementar a remuneração do empregado ocupante de cargo de confiança, a fim de lhe assegurar o valor do piso de referência de mercado. Fato é que, independentemente da denominação que foi atribuída e do caráter complementar, indiscutível a natureza de gratificação pelo exercício de cargo em comissão.

A parcela denominada Porte foi criada em 2010 e gratifica a função exercida em unidade de porte considerável, a gratificar, pois, a maior complexidade da função de confiança exercida.

Independente das nomenclaturas e especificidades, as gratificações são pagas somente aos que exercem a função de confiança e possuem natureza salarial reconhecida pela empregadora, uma vez que compõem o salário para todos os fins contratuais - considerando os pactos previdenciários privados como extracontratuais -, nos exatos termos do parágrafo 1º do art. 457 da CLT.

A alteração contratual - considerada ato único - que cindiu as gratificações em espécies de um mesmo gênero, ocorreu em período já abarcado pela prescrição, não havendo, pois, que considerar existente a afirmada ilicitude de tal ato.

É certo que a Autora recebe gratificação de função de variadas nomenclaturas desde 2002 e, por tal razão, entende que a aplicação da Lei 13467/17 ao contrato não poderia ocorrer, tendo em vista os 10 anos de exercício de que fala a Súmula 372 do C. TST.

Ocorre que a **Lei nova qualificou o pagamento da gratificação de função de confiança como cláusula benéfica vinculativa não permanente**, ao prever que, uma vez revertido ao cargo efetivo, com ou sem justo motivo, a verba não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da função (CLT, art. 468, parágrafos 1º e 2º).

São três questões a se considerar: (i) se a Jurisprudência assentada - S. 372 do C. TST - tem o condão de afastar a aplicação da lei nova; (ii) se a reversão a cargo de menor confiança permite a aplicação do art. 468 da CLT, em sua nova redação; e (iii) se a previsão regulamentar da verba a tornaria permanente ou incorporada definitivamente ao salário.

As normas de direito intertemporal impõem que: (i) a **hipótese** e, (ii) o **preceito legal** sejam apurados quando da vigência da lei em que, de fato, ocorreram.

Supondo que a **hipótese** em tela seria análoga à **reversão ao cargo efetivo**, tal reversão ocorreu quando o **preceito** vigente foi a **Lei 13467/17**. Assim temos a hipótese fática ocorrida sob a vigência da nova, a definir, então, a aplicação do art. 468 da CLT, em sua nova redação.

Mas, não teria a Súmula 372 do C. TST tornado imutável a remuneração da Reclamante quando foram completados 10 anos de recebimento das gratificações? Não. A Súmula foi criada na lacuna da lei e sua aplicação ocorreu somente quanto aos conflitos dirimidos pelo Judiciário. Sua “força de lei” ocorreu, pois, somente entre as partes dos processos que tiveram pedidos desse jaez. A Súmula não tem efeito para além da coisa julgada -efeito “*inter pars*” e, portanto, não pode impedir a aplicação da Lei nova que tem efeito “*erga omnes*”.

De se discorrer sobre o fato de que não houve reversão para o cargo efetivo, mas para um cargo de confiança de menor complexidade.

Aqui vale a máxima “*in eo quod plus est semper inest et minus*” ou, quem pode reverter o empregado ao cargo efetivo, pode reverter a um cargo de menor confiança.

De início, a possibilidade de reversão, em qualquer de suas espécies, parece injusta, uma vez que não é preciso sequer a motivação do ato. Mas trata-se da ampliação do “*jus variandi*” do empregador que recebeu da lei nova a ampliação de seu poder diretivo.

Isso não quer dizer que o empregador pode, de forma abu-

siva e discriminatória, fazer uso de seu poder diretivo ampliado. Cabe ao Judiciário tolher abusos e penalizar a discriminação. Mas, aqui a causa de pedir e a prova silenciam sobre tal tema.

Por último e não menos importante, a previsão regulamentar de pagamento da verba não tem o condão de afastar a aplicação da lei nova, que se sobrepõe ao regulamento criado apenas para adequação do contrato à jurisprudência consolidada à época.

Assim, julgo improcedentes os pedidos.

**Da gratuidade.** Ante a robusta prova documental produzida, que demonstra o salário ainda recebido pela Autora, indefiro a gratuidade, com fundamento no disposto no artigo 790, parágrafo 3º, da CLT.

**Dos honorários de sucumbência.** A inconstitucionalidade da Lei 13.467/17, pelo controle de convencionalidade, não vingou ou vingará, pela fragilidade jurídica do fundamento. Dispositivos constantes da CLT antiga foram considerados constitucionais ainda que não tivessem observado, de forma estrita, as Convenções Internacionais sobre temas de Direito do Trabalho. Exemplo disso está na edição da Súmula 171 do TST, em confronto com a Convenção 132 da OIT, no tocante às férias proporcionais ante a dispensa do empregado por justa causa.

Já, o princípio da “não surpresa”, inserido no sistema processual pela clara redação dos art. 9º e 10 do NCPD, informa que o juiz tem o poder-dever de ouvir as partes sobre todas as questões do processo, inclusive as conhecíveis de ofício. Todavia, tal princípio parece não ser salvo conduto para o inadimplemento dos honorários de sucumbência, ante a existência do art. 14 do NCPD, que indica a aplicação imediata da lei processual aos processos em curso, respeitados os atos consolidados. Não há surpresa na aplicação da lei nova aos processos em curso, e a ninguém é dado alegar o desconhecimento da lei em seu benefício. No presente processo o Autor quer receber honorários advocatícios, e, portanto, não pode alegar surpresa quando deve custeá-los.

Mas, não se pode falar apenas na aplicação de regras processuais quanto aos honorários de sucumbência, ante sua natureza híbrida. Tais honorários devem ser inseridos nas regras de intertemporalidade de direito material dada sua qualificação de verba alimentar, conjugando sua natureza com o instrumento único de sua existência, que é o processo.

Pois bem. As regras de direito intertemporal demandam a verificação do momento da incidência da hipótese descrita na lei nova e do preceito nela contido. A hipótese, no caso dos honorários de sucumbência, é a derrota, e o preceito, a sucumbência.

Somente quando da prolação da sentença é que se verifica se houve derrota para a consequente aplicação do preceito legal da sucumbência e consequente condenação em honorários. É esse o momento, segundo as regras de direito intertemporal, de se verificar a aplicação da lei vigente à hipótese nela contida.

De se concluir que para as sentenças prolatadas após a

edição da Lei 13.467/17, como na presente, é legal a condenação em honorários de sucumbência para o vencido.

Devidos honorários advocatícios à Ré, no importe de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, no montante de R\$ 2000,00.

**Do dispositivo.** Ante o exposto julgo o processo, com resolução do mérito, acolhendo a prescrição das pretensões anteriores a 11.09.13; julgo **IMPROCEDENTES** os pedidos formulados por MILENA TENÓRIO FREITAS em face de CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

Devidos honorários advocatícios à Ré, no importe de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, no montante de R\$ 2000,00.

Custas, pelo Reclamante, incidentes sobre o valor da causa de R\$ 40.000,00, no importe de R\$ 800,00.

Int. Nada mais.

OLGA VISHNEVSKY FORTES

Juíza do Trabalho

**PROCESSO: 1001145-32.2018.5.02.0303**  
**REQUERENTE: CASA GRANDE HOTEL S A**  
**REQUERENTE: RAIMUNDO FERNANDES BARBOSA**

Em 24 de janeiro de 2019, na sala de sessões do CEJUSC-JT BAIAXADA SANTISTA, perante o(s) conciliador(es) Paulo de Tarso Silva do Nascimento, sob a supervisão da Exmo(a). Juíza SANDRA SAYURI IKEDA, realizou-se audiência relativa ao processo identificado em epígrafe.

Às 10h44min, aberta a audiência, foram, de ordem da Exmo(a). Juíza do Trabalho, apregoadas as partes.

Ausente o requerente, Sr(a). RAIMUNDO FERNANDES BARBOSA, acompanhado(a) do(a) advogado(a), Dr(a). JULIO HENRIQUE FERREIRA DA SILVA, OAB nº 112517/SP.

Presente o preposto do requerente CASA GRANDE HOTEL S A, Sr(a). Helio Miranda Chagas, acompanhado(a) do(a) advogado(a) Dr(a). NELSON GOLDENBERG, OAB nº 62291/SP.

Considerando a ausência justificada do(a) trabalhador(a), o seu patrono, ora presente, requer seja ratificado o acordo por meio do Whatsapp, com o que concorda a requerente empregadora. A fim de atender o princípio da celeridade e economia processual e atendida a norma do art. 6º, § 1º, da Res. 174 do C. CSJT, defiro o pedido. Utilizando-se de chamada de vídeo whatsapp, a(o) mesma(o) foi contatada(o) neste momento, utilizando-se do aparelho celular de número 13-98826-2627, de propriedade da Sra.. Brenda França, empregada do Casa Grande Hotel.

Durante a chamada, o(a) trabalhador(a) foi inicialmente identificado(a) pelas partes presentes e, ademais, por meio de apresentação de documento de identidade RG a este Juízo supervisor, ao conciliador e aos patronos presentes, permitiu confirmar a identidade do trabalhador. Em seguida, lidos os

termos da avença em voz alta por este Juízo e esclarecido de todas as consequências, o(a) trabalhador(a) foi inquirido(a) e esclarecido sobre os efeitos do acordo e manifestou expressa e livre concordância.

1. Custas já recolhidas, conforme guias juntadas aos autos.
2. Os requerentes, de comum acordo, esclarecem que a transação abrange a quitação das verbas discriminadas de forma individualizada na petição inicial/emenda, quais sejam: diferenças de FGTS

O(A) trabalhador(a) foi inquirido(a) e esclarecido sobre os efeitos do acordo e manifestou expressa e livre concordância. Os presentes também foram advertidos sobre os efeitos da quitação limitada exclusivamente aos direitos (verbas) especificados de forma individualizada. Os presentes manifestaram concordância com os termos ora expostos.

**Passo a prolar a sentença nos seguintes termos:**

## SENTENÇA

### I – RELATÓRIO.

Trata-se de Ação para Homologação de Acordo Extrajudicial, distribuída conjuntamente pelos requerentes acima identificados, todos já qualificados na petição inicial.

Em conjunto e no exercício da jurisdição voluntária, os requerentes postulam homologação de termo extrajudicial de acordo, noticiado nos autos. Juntaram documentos.

Os autos foram remetidos a este CEJUSC, para apreciação do acordo, atendendo à Recomendação GP/CR nº 1/2017.

Concluídas as diligências determinadas no despacho saneador.

Em audiência, presença registrada na forma da ata. Os termos do acordo foram explanados ao trabalhador. Os interessados foram esclarecidos sobre a extensão e os efeitos da homologação do acordo e, inquiridos, manifestaram expressa e livre concordância.

É o breve relatório.

### II – FUNDAMENTAÇÃO.

#### - ACORDO EXTRAJUDICIAL. VALIDADE E EFICÁCIA.

Para a validade do ato jurídico, os requerentes devem ser plenamente capazes, o objeto transacionado deve ser lícito, possível e determinado e os motivos declarados igualmente lícitos, nos termos dos arts. 166 do CC e 9º da CLT. Ademais, é requisito essencial o atendimento da forma prevista nos arts. 855-B a 855-E da CLT.

De outra parte, no tocante ao objeto, a validade da transação está condicionada à existência de dúvida razoável quanto ao devido, impondo, assim, a existência de concessões mútuas (CC, artigo 840), sendo vedada a renúncia de direitos incontroversos, bem como afronta a preceitos de ordem pública.

No que concerne à licitude do objeto, é vedada a transação de direitos não patrimoniais (CC, artigo 841), bem como do prazo estabelecido no § 6º do art. 477 e da multa prevista no § 8º do art. 477, ambos da Consolidação (CLT, artigo 855-C).

Nesse passo, registra-se, ainda, que são requisitos mínimos para o equilíbrio e a eficácia do acordo a declaração da

obrigação assumida (valor, tempo e modo de pagamento), a cláusula penal e a discriminação dos direitos ou verbas nele especificadas.

Os requerentes foram alertados, conforme despacho saneador e audiência, sobre a extensão da homologação, com os efeitos da quitação limitada aos direitos (verbas) especificados de forma individualizada. Isso porque a quitação envolvendo sujeito estranho ao processo ou relação jurídica não deduzida em juízo somente é possível no caso de autocomposição judicial em processo contencioso (CPC, art. 515, II e § 2º).

Conforme art. 843 do Código Civil, a transação interpreta-se restritivamente, não sendo possível a quitação genérica de parcelas que não constem na petição de acordo. Nesse sentido, cabe a interpretação analógica ao art. 855-E da CLT, dispositivo no qual o próprio legislador determina a suspensão do prazo prescricional aos direitos especificados na petição de acordo.

**No caso em exame**, conforme ata de audiência, os requerentes fixaram que o objeto do acordo abrange a quitação das verbas conforme discriminação individualizada nos autos, ratificadas em audiência, tudo conforme item 2 da ata de audiência.

Sendo assim, acolho o pedido, a fim de homologar o acordo, valendo a obrigação assumida - valor, tempo, modo de pagamento e cláusula penal estabelecidos nos termos da petição inicial -, com quitação limitada exclusivamente aos direitos (verbas) especificados de forma individualizada no acordo, não podendo mais reclamar a respeito destes títulos. .

#### - RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS.

Para os fins do art. 832, § 3º, da CLT, são de natureza indenizatória as verbas do art. 28, § 9º, da Lei 8.212/91, sobre as quais não incidem contribuições previdenciárias. Já sobre as verbas de natureza salarial - se houver - as contribuições previdenciárias devem ser recolhidas mês a mês, na forma da Súmula nº 368, III, do TST.

Considerada a **natureza indenizatória** do(s) título(s) ora transacionado(s), não há recolhimentos fiscais ou previdenciários a serem efetivados. Ainda que assim não fosse, eventual recolhimento previdenciário e fiscal ficará a cargo empregador (cota parte empregado e empregador), tendo em vista que o valor acordado na petição inicial foi líquido em favor do trabalhador.

**- JUSTIÇA GRATUITA AO TRABALHADOR.** Diante do pedido de gratuidade da justiça formulado na petição inicial, da declaração juntada aos autos e da ausência de nos autos de elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade (art. 790, § 4º da CLT), os benefícios da justiça gratuita foram deferidos ao trabalhador. Inteligência dos artigos 15 e 99, § 3º e 374, I do CPC.

**- CUSTAS.** Não se aplica aos processos de homologação de acordo extrajudicial o art. 789 da CLT quanto ao momento de recolhimento das custas (§ 3º) ou responsabilidade pelo pagamento (§ 1º). Isso porque nessa espécie de procedimento não existem vencidos (§ 3º) ou litigantes (§ 1º). Evidencia a omissão, por força do art. 769 da CLT, as custas de 2% sobre o valor do acordo devem ser recolhidas conforme art.

88 do CPC, aplicado subsidiariamente: nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas serão adiantadas pelos requerentes e rateadas entre os interessados.

**No caso em exame**, o empregado fica dispensado do recolhimento de sua cota parte em face da concessão dos benefícios da justiça gratuita. As custas devidas pelo empregador já foram recolhidas.

**- HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** Tendo em vista a ausência de litígio e correspondente sucumbência (art. 791-A da CLT), cada requerente arcará com os honorários advocatícios de seu patrono.

### III – DISPOSITIVO.

Pelo exposto, na Ação de Homologação de Acordo Extrajudicial, ajuizada pelos requerentes em petição conjunta de acordo, conforme fundamentação, que integra este dispositivo: **ACOLHER** o pedido para homologar o acordo extrajudicial com quitação limitada exclusivamente aos direitos (verbas) especificados de forma individualizada, tudo nos termos e conforme parâmetros da fundamentação, para que surta seus efeitos legais.

Custas pelo empregado dispensadas, em razão do benefício da Justiça Gratuita. Custas pelo empregador já recolhidas.

Tendo em vista a inexistência de sucumbência no presente procedimento, cada requerente arcará com os honorários advocatícios de seu patrono.

Dispensada a intimação da União.

Cientes os presentes.

Nada mais.

SANDRA SAYURI IKEDA

Juíza do Trabalho

## SENTENÇA

Trata-se de reclamação trabalhista proposta por **RONALDO ROSA VIANA** em face de **REFRIO ARMAZÉNS GERAIS LTDA**, todos qualificados nos autos, aduzindo, em síntese, que submeteu-se a processo seletivo junto à reclamada mas, pelas razões que aponta a contratação não foi concretizada o que lhe teria causado prejuízo de ordem moral e material. Entendendo que a reclamada violou seus direitos, requereu a procedência dos pedidos elencados na inicial. Atribuiu à causa o valor de R\$ 25.125,00 e juntou documentos.

Dispensado o relatório nos termos do artigo 852-I/CLT, da CLT.

DECIDO

### DA INCOMPETÊNCIA

Diante dos termos da narrativa apresentada na petição inicial, denota-se que os fatos estão relacionados ao modo pelo qual a reclamada conduz o seu processo seletivo e assim, não restam dúvidas que se tratam de eventuais danos extrapatrimoniais na fase pré-contratual, nos termos do artigo 422, do Código Civil.

Em sendo assim, entendo que competência desta Justiça Especializada abrange também esta fase do contrato de trabalho, nos termos do artigo 114, VI, da CF bem como, inclusive, eventuais danos extrapatrimoniais ocorridos após o término do contrato de trabalho, pois ao final, todos eles estão relacionados com o trabalho e os seus efeitos.

Rejeito.

### DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL

**A inépcia da inicial se caracteriza nas situações dispostas no inc. I do art. 330, CPC e concerne ao libelo em si. Ensina Moacyr Amaral Santos que no libelo “se concentram os fatos, dos quais resulta o direito pleiteado, e os fundamentos jurídicos do pedido – causa de pedir, e o pedido (Cód. cit. art. 282, III e IV), este como conclusão daqueles, que são as premissas do silogismo que deve conter-se no libelo. Libelo inepto será aquele em que as premissas são falhas ou falsas, ou, não o sendo, delas não se chega à conclusão consistente no pedido” (primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152, vol. 2). Portanto, será inepta a inicial quando ocorrer qualquer das situações fáticas descritas no parágrafo único do dispositivo 330 do CPC, o que, in casu, não se verifica, tornando-se forçosa a rejeição da preliminar argüida.**

### DO PROCESSO SELETIVO. DANOS MORAIS E MATERIAL. PERDA DE UMA CHANCE. EXIGÊNCIA DE ATTESTADO CRIMINAL

O reclamante disse na petição inicial que no dia 06/08/2018 compareceu à entrevista de emprego na sede da Reclamada e, em 07/08/2018, preencheu um formulário relativo a utilização de uniforme e vale transporte, bem como a lista de documentos e exames que deveria se submeter para admissão no cargo. Informou que no dia 09/08/2018 se dirigiu ao Banco Santander e, como já tinha uma conta corrente naquela instituição financeira, submeteu-se a um procedimento interno para que pudesse receber o seu salário por esta conta, segundo orientação do banco. Esclareceu que a reclamada lhe entregou encaminhamento para a realização de exames médicos e que estes foram realizados no dia 09/08/2018. Por fim, no dia 10/08/2018 compareceu na sede da reclamada para a entrega dos documentos e, em 13/08/2018 foi comunicado por telefone que a vaga de emprego fora fechada e não seria mais admitido, frustrando toda a expectativa que tinha com a promessa de admissão, bem como a possibilidade de empregar-se em outra empresa para a qual, a mesma época, fazia entrevistas de admissão. Com isso requer a condenação da reclamada ao pagamento de danos morais, materiais, por perda de uma chance, pois, ao que soube, a admissão não se deu por que possuía antecedentes criminais.

A reclamada por sua vez resiste a pretensão, dizendo que o procedimento adotado para a contratação de trabalhadores não fere a legislação pátria e nem o núcleo de interesses individuais destes, uma vez que pauta-se nas cautelas necessárias para o desenvolvimento da sua atividade empresarial. Diz que rechaçou a contratação do autor porque tinha ele antecedentes criminais por roubo e que, todavia, para não cons-

trangê-lo lhe comunicou por telefone que a contratação não seria concretada porque teria outra pessoa já sido contratada e que a próxima vaga que abrisse seria sua. Que este procedimento utiliza para não ter que dizer que a contratação não se dá por um problema de antecedentes criminais. Entende que, em razão da atividade que exerce, qual seja, transporte e guarda de produtos e bens de terceiros e que o autor poderia representar um perigo a sua atividade financeira. Diz que “o autor, neste feito, tenta inverter os valores de nossa sociedade, ao pretender que o Decreto Condenatório se transforme no passaporte para abrir as portas de qualquer emprego. É evidente que o motivo da não contratação decorreu da condenação penal, do tipo do crime praticado, incompatível com as necessidades da Ré de selecionar os candidatos mais confiáveis. Como se constata das cópias da sentença condenatória e acórdão que deu provimento parcial ao apelo, o perfil do autor não se presta para a contratação por parte da Ré” (fls. 66). Entende que o autor teria omitido o atestado de antecedentes que era documento que necessariamente deveria apresentar, justamente para esquivar-se o que foi inócuo já que logrou obter a informação do impedimento que teria o autor para a contratação.

Esta é a apertada síntese da ação proposta. Passo a análise do direito.

É incontroverso nos autos que o autor submeteu-se a processo seletivo para preenchimentos da vaga de emprego oferecida pela reclamada e que, senão fosse pelos antecedentes criminais que possui, teria logrado obter a colocação. Tal procedimento consiste basicamente no preenchimento de uma ficha e entrega dos documentos relacionados às fls. 21; encaminhamento do candidato para a realização de exames médicos (pagos pela reclamada) e; posterior avaliação da empresa sobre a pertinência ou não da contratação. Como se vê, para o posto que concorreu o autor, não era necessário qualquer exigência ou especialidade mais específica.

A questão deve ser analisada sob três ângulos consequentes um do outro: se a empresa tem o direito de exigir atestados de antecedentes criminais ou investigar a vida pregressa do candidato a vaga de emprego; se, havendo antecedentes criminais, pode recusar a contratação sob este fundamento; se o trabalhador tem o direito de omitir ou mentir sobre uma situação particular da qual não pretende que esteja em seu passado funcional.

No que concerne a questão da investigação da vida pregressa do autor, a exigência de atestados criminais ou análise do seu passado privado ou funcional é, como afirma a ré, uma rotina sua. Tal situação é pública e notória no expediente de várias empresas públicas e privadas no país o que, segundo entendo, por si só, não constitui qualquer ilícito ou irregularidade de procedimento. O empregador tem direito de conhecer aquele que está contratando com todas as suas virtudes e deficiências, até mesmo para empregá-lo no posto que melhor se adequar. Além disso, especificamente com relação a questão de antecedentes criminais é certo que, para determinadas situações, a atividade do tomador de trabalho poderá servir de empecilho ou recusa fundada a contratação do trabalhador (por exemplo, uma escola que recusa a contratação

de um professor para crianças porque tenha sido condenado por crime de pedofilia).

Portanto, tenho que a exigência da apresentação de atestado de antecedentes criminais ou investigação da vida pregressa do trabalhador, não viola, por si só, o núcleo de direitos individuais fundamentais do trabalhador e, em algumas situações, torna-se requisito necessário pra sua contratação.

No caso dos autos, há que reconhecer que é incontroverso que o autor possui antecedentes criminais em razão da condenação em 1ª e 2ª instâncias pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do CP. Os documentos juntados às fls. 69/87 provam que o reclamante em conjunto com o Sr. Jhuliano Jhames Machado de Jesus - e mais 01 menor de nome Richard que não foi processado - praticaram roubo qualificado pelo uso de arma de fogo, quando no dia 19/01/2015. Consta do relato criminal que, neste dia, por volta das 16:45hs, ingressaram nas dependências da Drogaria Bifarma, localizada no Município de Embu das Artes e, mediante grave ameaça aos consumidores e funcionários que estavam no local e, com utilização de arma de fogo, subtraíram R\$200,00 daquele estabelecimento. Quando empreenderam fuga com a utilização de veículo foram abordados por policiais militares e conduzidos à Delegacia de Polícia. Na instrução probatória criminal, o Sr. Jhuliano e o autor foram reconhecidos por uma das vítimas, tendo inclusive sido encontrado com ambos a exata importância em dinheiro que foi subtraída do estabelecimento comercial. Foram indiciados, processados e condenados pela prática do crime descrito no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do CP junto ao Juízo da 1ª Vara Criminal de Embu das Artes. Recorreram da sentença e o E. TJ/SP, confirmou a condenação embora com uma pequena redução da pena. Pelo que se vê da condenação criminal, houve suficientes provas que não deixaram dúvidas quanto a autoria e materialidade do crime e seu resultado.

Instando a juntar o atestado, o autor não o fez o que não impediu que a ré investigasse sua vida pregressa.

Como já afirmei, não há qualquer irregularidade, por si só em investigar a vida pregressa do trabalhador ou exigir o atestado de antecedentes criminais. Todavia, a pergunta que se segue é se, existindo um ilícito penal como ocorre no caso dos autos, poderia a ré ter recusado a contratação do autor. Daí torna-se necessário perscrutar a atividade da ré e o cargo a que o autor seria admitido para saber da incompatibilidade ou não da contratação.

A ré é empresa estabelecida no ramo de armazenamento de cargas e mercadorias de terceiros. A orientação de precedente do C. TST em julgamento de recurso sob o regime de recurso repetitivos e citado por ambas as partes, conforme fls. 09 e 63, a exigência de apresentação do referido atestado de antecedentes criminais não enseja o pagamento de indenização, quando realizada em razão da atividade desenvolvida assim se pode exigir a apresentação do documento. Observe-se que o precedente mencionado não limita a proibição da referida exigência para os casos nos quais há previsão legal, mas engloba também as atividades quando justificadas em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia, a exemplo (não exaustivo) de: “(...) empregados domésticos,

cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas” C. TST, IRR 243000-58.2013.5.13.0023 (Grifei).

No mesmo diapasão conforme já decidiu o Tribunal Laboral, pode-se concluir que, em tese, o ramo de atividade da ré permite que se imponha restrições a contratação de um trabalhador que tenha sido condenado por decisão criminal. Sendo assim, sabendo-se que a reclamada é empresa do ramo de armazéns gerais, resta indene de dúvidas que da mesma maneira que as empresas transportadoras de mercadorias, tem a reclamada tem o dever de guarda e vigilância dos produtos e mercadorias que estão no seu armazém e que são de propriedade dos embarcadores ou proprietário da carga. Vale dizer, que os seus depósitos de mercadorias são por extensão e pela própria natureza da atividade, locais de permanência temporária da própria carga até que chegue ao seu destino final, o que lhe permite impor algumas restrições nas respectivas contratações.

Há que ponderar que, no ramo de atividade desenvolvida pela reclamada transitam quase 100 (cem) caminhões por dia (fls. 88/704) e assim, resta claro que além da integridade das mercadorias, a reclamada deve guardar especial zelo com a rotina de entrada e saída dos caminhões e cargas sendo certo que no cumprimento do seu dever de guarda não pode descurar da manutenção básica da segurança necessária do seu estabelecimento. Tudo como acima dito para o fim de preservação do patrimônio de terceiros que é posto sob a sua guarda e vigilância na movimentação de cargas que por ali passam temporariamente.

Portanto, considerando a atividade empresarial da ré, é certo que poderia exigir que nenhum trabalhador contratado pudesse ter qualquer mácula criminal em sua vida.

Mas, não se pode utilizar como único critério a questão da atividade empresarial, e sim perguntar-se se a atividade para a qual fosse contratado o autor, poderia importar na tipificação daquela restrição suportada, considerando o motivo da condenação criminal e permitindo que se harmonize o direito fundamental ao acesso ao trabalho e a liberdade empresarial bem como suas responsabilidades perante terceiros.

A resposta que se chega é negativa. O autor teria se candidatado a vaga de operador de máquina, supondo-se que estaria sujeito a uma chefia, subordinado a organização empresarial e sem qualquer cargo de confiança ou que importasse em guarda ou transporte de bens de terceiros ou da própria ré. Uma atividade que poderia ser exercida por qualquer pessoa com um mínimo de qualificação que, pelo procedimento a que se submeteu, conclui-se que a própria ré o teria considerado apto a função.

Há que considerar que o autor está cumprindo pena em regime semiaberto, o que importa em dizer que a finalidade de tal penalidade é justamente a de que possa ressocializar-se, por isso em um largo período do dia não está sujeito a pena de restrição de liberdade, repito, para que seja possível que

se reintegre a sociedade e possa ter uma vida honesta.

Para que isso seja possível, faz-se necessário que seja possível que se lhe dê a chance de trabalhar, pois sem isso, não terá como manter-se ou subsistir. Agir como fez a ré é negar-lhe a oportunidade de poder se reintegrar a sociedade, atuando contra a própria finalidade da punição aplicada é condená-lo eternamente a não poder se recuperar. Isto é, se todas as empresas e instituições negarem ao trabalhador condenado por algum crime a oportunidade de trabalhar é condenar tais pessoas a nunca se recuperarem e a forçarem que se marginalizam.

A empresa tem uma função social desde o momento em que o Estado permite que, pela atribuição da personalidade jurídica, possa exercer sua atividade na sociedade, produzindo riqueza não somente para ela mesma, mas também, para a sociedade em si. Por isso, o direito permite que entes fictícios possam exercer uma atividade na sociedade, emprestando-lhes personalidade jurídica, tornando-os impessoais. Senão fosse por um bem maior, seria desnecessário que se tornasse certos tipos de relações impessoais.

No caso dos autos, o autor, receoso que sua contratação pudesse não ocorrer em razão de seus antecedentes, omitiu o fato de sua condenação. A pergunta que se faz é até que ponto poderia fazê-lo, e a resposta mais razoável é que, em situações que tais, tem direito a mentir (ou simplesmente omitir) um dado de seu passado em prol de um benefício maior qual seja, o de buscar uma nova vida e poder recuperar sua dignidade e um lugar na sociedade e na família. Como ele mesmo afirma na inicial, queria uma chance de poder gozar de uma vida longe da marginalidade e do ilícito. Assim ele mesmo se empenhou, bem como sua família o apoiou. A vaga a que se candidatou era destinada a uma pessoa jurídica, dentro de uma organização empresarial, um cargo que não importaria em contato com numerários ou qualquer outra situação que importasse na desconfiança que não pudesse se recuperar. O autor bem entendeu o sentido da pena privativa de liberdade que foi sujeito e, inclusive para o cumprimento fiel dela, agiu como deveria: procurar uma vaga de emprego e reinserir-se socialmente.

Condenar o autor a não trabalhar em qualquer lugar que seja, será pior que fornecer-lhe a mesma arma ou outra maior ainda, para que seja condenado eternamente a vida criminal. O problema de violência no País, como se vê, não decorre somente da ação ou omissão policial, mas sim diz respeito a conduta de todos como membros da sociedade que pretendemos viver e que queremos que vivam nossos descendentes.

Deve ser registrado, a boa-fé da reclamada na exigência da certidão de atestado de antecedentes criminais entre os documentos que pede para a contratação, o que demonstra que não pretende agir às costas dos trabalhadores que contrata. A ré não escamoteia ou encobre tal exigência da sua rotina de contratação mas, ao contrário, conforme documento juntado às fls. 21, relaciona o referido documento para todos aqueles que buscam um emprego no seu estabelecimento e assim, não discrimina nenhum trabalhador em específico uma vez que tem no seu procedimento rotineiro a entrega do referido documento para a seleção de pessoal, quando por outro lado,

o poderia fazer por meios não oficiais e por vezes, mediante uma mera consulta na internet sem que ninguém soubesse do procedimento que adota para as contratações. Isso, por outro lado, faz surgir ao candidato a vaga um outro direito, que é o de mentir sobre um dado de sua vida para que possa ver realizado o seu direito de ter um trabalho. E, ambos os limites e restrições devem ser analisados segundo as circunstâncias do caso, como já disse acima.

No mesmo sentido, há que ser registrada a boa fé e a boa técnica da defesa. A sinceridade da defesa apresentada e dos fundamentos que a ré não hesitou em esconder, quando na verdade o mais provável era que fizesse, trazem a baila uma questão importante e que muitas vezes encontra-se escondida nas relações: o direito a mentir das duas partes contratuais e seus limites. Há que aplaudir a sua boa fé processual e contratual.

Portanto, de todas as razões expostas, a resposta a todas as perguntas seria a de que, pode a empresa exigir os antecedentes criminais e estes somente poderão representar uma restrição a contratação a partir do momento que isso efetivamente puder colocar em risco outros direitos da mesma grandeza ou maiores na escala da análise dos direitos fundamentais. Especificamente, no caso dos autos, (a) a atividade da ré permite que investigue o passado do autor, candidato a vaga de emprego; (b) o autor pode mentir sobre um dado importante pois, como demonstrado pela ação da própria ré, não teria tido acesso ao emprego se a empresa soubesse da sua condenação criminal, de modo que está justificado que tenha omitido o fato, pois o direito ao trabalho que é fundamental; (c) a restrição imposta na contratação, não se justifica em razão do cargo que o autor iria ocupar e a vigilância que estaria submetido; (d) a função social da empresa ré impõe que efetivasse a contratação do autor pois, se não fosse pelos antecedentes, tinha ele absolutas condições de ocupar o posto de trabalho; (e) não houve má-fé, seja do autor, seja da ré, mas uma conduta natural e esperada de pessoas que estivessem na situação que se encontravam: do autor pela necessidade que tem de se reinserir na sociedade, a ser condenado eternamente estar marginalizado; da ré, em razão dos preconceitos que rondam a sociedade brasileira e de onde de insegurança pela violência que existe no país, ambas as atitudes que não justificam que o ato de repita.

Reconheço, pois, que o rechaço da ré à contratação do autor, resultou na frustração de uma expectativa de vida, não só pelo ângulo pessoal, mas em razão do ambiente familiar, isto é, a frustração da expectativa de iniciar uma nova vida, ser alguém produtivo e poder realizar um objetivo nobre, reparando um erro passado, não só para si mesmo, mas também perante seus familiares e círculo social que frequenta.

A Constituição Federal estabelece no art. 7º, XXVIII, que o empregador somente responderá em casos de culpa ou dolo pelos eventos danosos causados aos empregados. Pautou-se o legislador para a reparação do dano moral trabalhista, em regra geral, na responsabilidade subjetiva, o que se verifica no caso tratado em razão da negligência da ré em administrar esta questão sem que houvesse prejuízo a liberdade econômica e violação a um direito fundamental do trabalhador,

especialmente quando condenado por um crime.

Relembrando o Professor Yussef Cahalli as lições de Carlos Bittar, “qualificam-se como morais os danos em razão da esfera de subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou do da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)”. Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, as situações de constrangimento moral (...)“pelos seus próprios elementos, “como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz e a tranqüilidade de espírito, a liberdade física, a honra e os demais sagrados afetos”, classificando-se desse modo, em dano que afeta a “ parte social do patrimônio moral” (honra, reputação etc) e dano que molesta a “parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc); dano moral que provoca diretamente ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante) e dano moral puro (dor, tristeza etc.)” (O Dano Moral e sua Reparação, 2ª edição, São Paulo: RT, 2000, pp. 20-21).

Houve sim, a frustração de uma expectativa e com isso, inegavelmente o autor teve afetada a sua esfera íntima e principalmente a esperança e expectativa que lhe foi gerada pela promessa de uma contratação que não se realizou em razão da condenação criminal que sofreu. Negou-se, em última análise, ao autor, a oportunidade de refazer sua vida e reinserir-se na sociedade através do trabalho decente numa das empresas mais conceituadas da região.

Por tais razões, e pelo que dos autos consta, julgo procedente o pedido, para condenar a ré a pagar ao autor pelos danos morais sofridos o valor de três vezes o salário do operador de máquinas.

Observo que considerando os requisitos para fixação da indenização trazidos no art. 223G, há que se ter em conta que o autor, quando omitiu o fato dos antecedentes, assumiu o risco de que o resultado pudesse ter ocorrido, daí que, o bem jurídico tutelado tem natureza de direito fundamental (direito ao trabalho), mas a intensidade do sofrimento e a humilhação sofridas certamente faziam parte da álea da omissão do fato.

O dano poderá ser recomposto e a situação não impedirá que o autor encontre outra colocação, o que poderá dar-se na mesma empresa, desde que haja interesse das partes e oportunidade de trabalho. Considero, por todas as circunstâncias que o dano sofrido foi de natureza leve e, como o autor não logrou começar o trabalho, mas a vaga que havia concorrido

era de operador de máquina, fixo o montante da indenização em 3 vezes o salário de um operador de máquina, no importe de R\$ 4.377,00, valor este aplicado dentro da empresa ré e sem acréscimos legais ou contratuais. Tudo nos termos do art. 223-G par. 1º, da CLT.

Desde logo esclareço que, se houve arrependimento posterior e contratação do autor, a indenização ora fixada será reduzida a um salário. Tudo a ser apurado no momento próprio do pagamento.

Por fim, passo a analisar a questão do pedido de indenização por dano moral em face da perda de uma chance.

Quanto ao fundamento utilizado pelo autor quanto a perda de uma chance, não deve prosperar. Diz o autor que teria optado por trabalhar na ré quando em prejuízo de outra empresa que também o havia convidado a vaga de emprego. Todavia, o que se vê dos autos é que a aludida empresa sequer chegou a entrevistar o autor para a vaga de trabalho, beirando a má fé a atitude do autor em utilizar tal argumento para tentar lograr a indenização pleiteada. Vê-se que o documento carreado pela empresa Legal Indústria e Comércio de Embalagens Ltda às fls. 725 prova que o reclamante não foi entrevistado e nem lhe foi ofertada vaga de emprego, sendo certo ainda que as declarações da testemunha ouvida não se sobrepõem ao conteúdo do documento, uma vez que *ouviu dizer* pelo próprio reclamante que o fato (oferta de emprego) teria ocorrido, até mesmo pela relação de amizade que possuem e certamente por conhece de fatos que lhe foram narrados pelo próprio autor.

**Quanto ao pedido de condenação em perdas e danos por contratação de profissional para representá-lo nesta ação, não procede. Isso porque a opção do autor é pessoal e para tanto o legislador já impõe a fixação de honorários da sucumbência. O pedido de perdas e danos não tem respaldo jurídico algum e por isso é desde logo rejeitado. Não há qualquer dano material a ser reparado.**

**A ação é procedente em parte unicamente pelo acolhimento do fundamento exaustivamente já analisado nesta sentença.**

#### DA JUSTIÇA GRATUITA

Requeru a reclamante a concessão dos benefícios da justiça gratuita, sob o argumento de não possuir meios para o custeio da demanda, sem que prejudique o seu sustento e de sua família.

Nos termos do §4º, do artigo 790, da CLT, o benefício da justiça gratuita será concedido àquele que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

A despeito de receber, à época da vigência do contrato de trabalho, remuneração superior a 40% do limite máximo do benefício do Regime Geral de Previdência Social, não se enquadrando, portanto, no disposto no §3º do mesmo dispositivo, a parte autora firmou declaração de insuficiência econômica nos autos.

**Nesse sentido, sentido, sabendo-se que tal declaração goza de presunção de veracidade e que não há nos autos outros elementos que elidam tão presunção, não sendo a mera assistência prestada por advogado particular elemen-**

**to incompatível com a sistemática da gratuidade da justiça, defiro a reclamante os benefícios da justiça gratuita.**

**DOS RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS Isentos em razão da natureza jurídica da condenação.**

#### DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

**Juros de mora a partir da data da distribuição do feito, à base de 1% ao mês, calculados pro rata die, de acordo com a Lei nº 8.177/91, com aplicação do índice monetário do mês subsequente ao da prestação do serviço com índice da TR, nos termos quanto contido no artigo 879, §7º, da CLT, que pelo que consta, ainda não foi declarado inconstitucional e, portanto, mantém-se íntegro no mundo jurídico e produz os efeitos esperados pela sociedade.**

#### DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Nos termos do art. 791-A, da CLT, fixo os honorários dos patronos da reclamante considerando os termos da inicial, grau de zelo e natureza da causa em 5% sobre o valor da condenação, no importe de R\$ cuja apuração será feita no momento da apuração do “quantum debeatur.” Pelos mesmos fundamentos e sabendo-se que é sucumbente o autor nos pedidos de danos materiais e perdas e danos, fixo os honorários dos patronos da reclamada em 10% sobre o valor dos pedidos, no montante de R\$1.017,15 (R\$ 4.377,00 + R\$ 5.798,00 = R\$ 10.175,00 x 10%).

**Para evitar recursos procrastinatórios, considero toda a matéria que debatida prequestionada nos exatos termos da fundamentação e garantindo-se as partes o pressuposto recursal para eventuais recursos extraordinários.**

**Diante do exposto e o que mais dos autos consta, decido, rejeitar as preliminares arguidas e no mérito, julgar PROCEDENTE EM PARTE a ação trabalhista proposta por RONALDO ROSA VIANA em face de REFRIO ARMAZÉNS GERAIS LTDA para, CONDENAR a ré a pagar ao autor indenização no montante de 3 vezes o salário nominal e um operador de máquina no importe de R\$ 4.377,00 a título de danos morais.**

Considerando a natureza da condenação, ficam as partes isentas de recolhimentos previdenciários e fiscais.

Dos valores objeto da condenação incidirá correção monetária, nos termos do art. 39 da Lei 9.177/91 e §7º, do artigo 879, da CLT, que fica nesta oportunidade declarado constitucional, pois não há vício essencial para a sua não aplicação, a partir do vencimento das obrigações, considerando-se, para as verbas que deveriam ter sido pagas juntamente com o salário mensal, como época própria para o pagamento, o 5º dia útil do mês subsequente ao da prestação dos serviços, nos termos da Súmula 381 do TST. Para as verbas com vencimento próprio, a correção incidirá a partir da prolação da sentença condenatória, data em que o direito é constituído.

Os juros incidirão sobre o valor da condenação monetariamente corrigido (Súmula 200, TST) e a partir do ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT. Para a indenização por danos morais, os juros serão contados da distribuição da ação e a correção monetária incidirá a parte do arbitramento em definitivo.

Honorários advocatícios no percentual 5% sobre o valor da condenação a favor dos patronos do autor no importe de R\$ 218,85.

Honorários advocatícios no percentual 10% sobre o valor dos pedidos a favor dos patronos da ré no importe de R\$ 1.017,15.

Pagará a reclamada as custas calculadas sobre o valor da condenação, fixado no valor de R\$ 4.377,00, num montante de R\$87,54.

Intimem-se as partes.

**THEREZA CHRISTINA NAHAS**

Juíza Titular da 2ªVT/itap.Serra



AMATRA · 2