

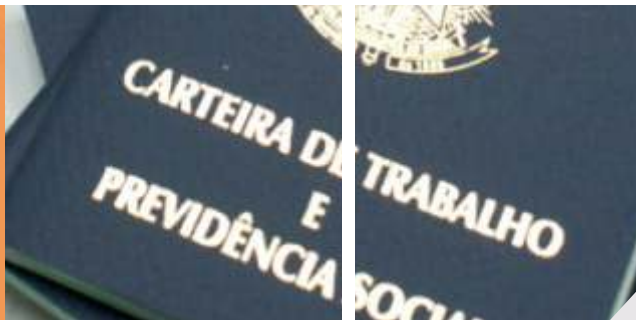


TRT 24ª REGIÃO
ESCOLA JUDICIAL

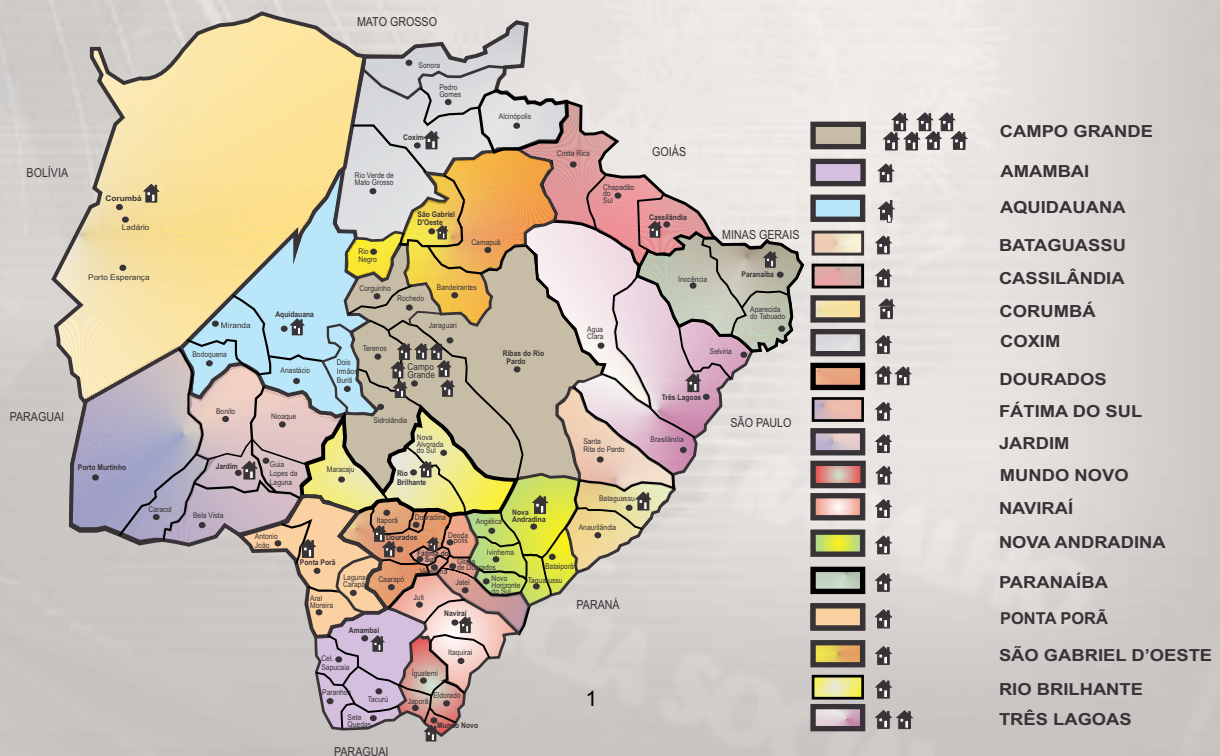


REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

CAMPO GRANDE - MS
2017



VARAS DO TRABALHO E SUAS RESPECTIVAS JURISDIÇÕES



Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região

Des. João de Deus Gomes de Souza

Presidente e Corregedor

Des. Nicanor de Araújo Lima

Vice-presidente e Vice-corregedor

Endereço:

Rua Delegado Carlos Roberto Bastos de Oliveira, 208
Jardim Veraneio – Parque dos Poderes
Campo Grande, MS CEP 79037-102
escolajudicial@trt24.jus.br

Organização: Secretaria da EJTRT 24ª

REVISTA ELETRÔNICA

Campo Grande – MS

2017

TRT 24ª Região ESCOLA JUDICIAL

Conselho Executivo

Diretor

Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior

Vice-diretor

Juiz do Trabalho Izidoro Oliveira Paniago

Membro Representante da 2ª Instância

Desembargador Francisco das C. Lima Filho

Membro Representante da 1ª Instância

**Juíza do Trabalho Substituta Déa Marisa Brandão
Cubel Yule**

Representante dos Servidores

Márcia Eleonora Addor

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

Desembargadores

JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA
Presidente e Corregedor

NICANOR DE ARAÚJO LIMA
Vice-presidente e Vice-corregedor

ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR

RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA

MARCIO VASQUES THIBAU DE ALMEIDA

FRANCISCO DAS C. LIMA FILHO

NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA

JUÍZES TITULARES DE VARAS DO TRABALHO

TOMAS BAWDEN DE CASTRO SILVA

1ª Vara do Trabalho de Campo Grande

ORLANDI GUEDES DE OLIVEIRA

Vara do Trabalho de Aquidauana

ADEMAR DE SOUZA FREITAS

3ª Vara do Trabalho de Campo Grande

JÚLIO CÉSAR BEBBER

2ª Vara do Trabalho de Campo Grande

JOÃO MARCELO BALSANELLI

6ª Vara do Trabalho de Campo Grande

WELLINGTON SEBASTIÃO GONCALVES

Vara do Trabalho de São Gabriel do Oeste

APARECIDO TRAVAIN FERREIRA

Vara do Trabalho de Jardim

MARINA BRUN BUCKER

4ª Vara do Trabalho de Campo Grande

RENATO LUIZ MIYASATO DE FARIA

7ª Vara do Trabalho de Campo Grande

IVETE BUENO FERRAZ

5ª Vara do Trabalho de Campo Grande

FATIMA REGINA DE SABOYA SALGADO

Vara do Trabalho de Amambá

MARCO ANTONIO MIRANDA MENDES

2ª Vara do Trabalho de Dourados

IZABELLA DE CASTRO RAMOS

1ª Vara do Trabalho de Dourados

MARCO ANTONIO DE FREITAS

Vara do Trabalho de Fátima do Sul

KELLY CRISTINA MONTEIRO DIAS ESTADULHO

Vara do Trabalho de Rio Brilhante

FLÁVIO DA COSTA HIGA

Vara do Trabalho de Coxim

CHRISTIAN GONÇALVES MENDONÇA ESTADULHO

Vara do Trabalho de Ponta Porã

LUIZ DIVINO FERREIRA

Vara do Trabalho de Paranaíba

ANNA PAULA DA SILVA SANTOS

Vara do Trabalho de Corumbá

NEIVA MÁRCIA CHAGAS

Vara do Trabalho de Nova Andradina

LEONARDO ELY

Vara do Trabalho de Naviraí

MARCELINO GONÇALVES

Vara do Trabalho de Cassilândia

ANTONIO ARRAES BRANCO AVELINO

Vara do Trabalho de Bataguassu

MARCELO BARUFFI

1ª Vara do Trabalho de Três Lagoas

BEATRIZ MAKI SHINZATO CAPUCHO

2ª Vara do Trabalho de Três Lagoas

CARLOS ROBERTO CUNHA

1ª Vara do Trabalho de Três Lagoas

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS
(Ordem de Antiguidade)

MARCIO ALEXANDRE DA SILVA

DENILSON LIMA DE SOUZA

LILIAN CARLA ISSA

BORIS LUIZ CARDOZO DE SOUZA

MARIO LUIZ BEZERRA SALGUEIRO

KEETHLEN FONTES MARANHÃO

MÁRCIO KURIHARA INADA

IZIDORO OLIVEIRA PANIAGO

JOÃO CANDIDO

MARA CLEUSA FERREIRA JERONYMO

HERBERT GOMES OLIVA

VANESSA MARIA ASSIS DE REZENDE

ANA PAOLA EMANUELLI

MAURICIO SABADINI

GUSTAVO DORETO RODRIGUES

DÉA MARISA BRANDÃO CUBEL YULE

NADIA PELISSARI

RENATO DE MORAES ANDERSON

ERIKA SILVA BOQUIMPANI

FABIANE FERREIRA

DANIELA ROCHA RODRIGUES PERUCA

HÉLIO DUQUE DOS SANTOS

GERALDO FURTADO DE ARAUJO NETO

PATRÍCIA BALBUENA DE OLIVEIRA BELLO

PRISCILA ROCHA MARGARIDO MIRAULT

PRISCILA GIL DE SOUZA MURAD

ALEXANDRE MARQUES BORBA

VALDIR APARECIDO CONSALTER JÚNIOR

ANDRÉ LUIS NACER DE SOUZA

SUMÁRIO

ARTIGOS.....	11
A Teoria do Diálogo das Fontes e o Direito Processual do Trabalho <i>Luiz Philippe Vieira de Mello Filho</i>	12
REFORMA TRABALHISTA. REPRESENTAÇÃO DO TRABALHADOR NA EMPRESA. NOVO E DEMOCRÁTICO ESPAÇO DE DIÁLOGO <i>Francisco das C. Lima Filho</i>	26
REFORMA TRABALHISTA: HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL <i>Júlio César Bebbler</i>	73
A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA QUANTO À CONCESSÃO DO PERÍODO DE LICENÇA MATERNIDADE/PATERNIDADE <i>Francianne Loubet Costa e Héverton da Silva Emiliano Schorro</i>	87
O JUS POSTULANDI E A ADVOCACIA TRABALHISTA: A importância do Advogado no Judiciário Trabalhista <i>Thiago Mackenna Dipe</i>	98
A LEI 13.429/2017 (TERCEIRIZAÇÃO) E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DO TRABALHO <i>Maysa da Silva Maurício e Héverton da Silva Emiliano Schorro</i>	113
BREVE ANÁLISE SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO INDÍGENA EM MATO GROSSO DO SUL SOB A PERSPECTIVA DO PACTO COMUNITÁRIO DOS DIREITOS SOCIAIS <i>Julia Thais de Assis Moraes e Silvia Araújo Dettmer</i>	124
ACÓRDÃOS.....	135

ARTIGOS

A Teoria do Diálogo das Fontes e o Direito Processual do Trabalho¹ Luiz Philippe Vieira de Mello Filho²

INTRODUÇÃO

O saudoso Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em artigo publicado na *Revista Brasileira de Direito Processual*, sob o título “A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura”, referindo-se à obra seminal de Roscoe Pound, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, após acentuar o conflito permanente no mundo jurídico entre a segurança e a estabilidade, de um lado, e, de outro, as mutações constantes por que passa o Direito, cuja resistência às mudanças é excessiva, reivindicava que à ordem jurídica se imprimisse, simultaneamente, certo grau de estabilidade e de flexibilidade: “O direito deve ser estável e, contudo, não pode permanecer imóvel”³.

Por volta de 1921, em conferências na Faculdade de Yale, Benjamin Cardoso alertou que o direito de nossos dias se deparava com dupla necessidade. A primeira era a de uma nova compilação que nos traria certeza e ordem, livrando-nos da confusão dos precedentes judiciais, objeto de estudo da ciência jurídica. A segunda necessidade era de uma filosofia que exerceria o papel de mediadora entre as exigências de estabilidade e de progresso em conflito, e fornecesse um princípio de evolução do Direito⁴.

Entendia que nesse conflito repousava a grande antinomia com que se defronta a cada momento no Direito: segurança ou justiça; repouso ou movimento. Aduzia que o primeiro levaria a regras excessivamente rígidas e à estagnação do direito, enquanto que o segundo poderia levar ao completo arbítrio. Portanto, era preciso reunir duas tendências tão distintas que se movem em direções contrárias e fazê-las funcionar em uníssono.

Vivemos em uma sociedade bipolar? Certo ou errado; bem ou mal; esquerda ou direita; Estado liberal ou Estado social; segurança ou justiça?

¹ O presente artigo sintetiza Conferência proferida no III Fórum Nacional de Processo do Trabalho, realizado de 15 a 17 de junho de 2017, em Gramado-RS.

² Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

³ *Revista Brasileira de Direito Processual*. vol. 28. 4º bimestre. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 118.

⁴ *A natureza do processo e a evolução do direito*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956. p. 107.

Quanto a este último dilema, a evolução do direito e da jurisprudência, trata-se de reconhecer o papel da interpretação judicial no sistema jurídico e a natureza dessa fonte de direito ao lado da lei e os novos desafios para o judiciário e para os juízes.

No exercício da função jurisdicional, os juízes realizam uma atividade preponderantemente intelectual, quer na apreensão e reconstituição dos fatos, quer na subsunção desses ao ordenamento jurídico, quer na interpretação da norma ou mesmo na formulação de regras interpretativas.

Vamos tentar abrir as cortinas desse drama, que é o objeto de minha intervenção.

1. DESAFIOS. DESENVOLVIMENTO

1º CENÁRIO: PERÍODO QUE ANTECEDE A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Esse período foi marcado pela centralidade da legislação infraconstitucional e por um Estado marcadamente liberal. A legislação civil era o grande pilar do sistema jurídico e o direito constitucional tinha por função precípua apenas a organização e ordenação do Estado.

Desse período, podemos assinalar algumas características:

- Entendia-se o sistema jurídico como um sistema completo (positivismo legalista);
- Regras e normas eram sinônimas;
- A decisão judicial tinha precipuamente caráter declarativo, embora não se negue a interpretação judicial;
- Adotavam-se critérios clássicos na solução dos conflitos de leis: anterioridade, especialidade e hierarquia. Vigorava um paradigma de superação do conflito de leis, no qual a adoção de um critério implicava excluir uma das fontes normativas em conflito; apenas uma fonte normativa podia prevalecer.

Em síntese, a tutela das relações jurídicas patrimoniais é o centro da preocupação jurídica, pois essa se funda no individualismo jurídico, na autonomia contratual e na baixa operatividade judicial.

2º CENÁRIO: PERÍODO QUE SUCEDE À EDIÇÃO DA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988

Nesse cenário, opera-se a passagem do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito – Estado Constitucional, e a supremacia da Constituição e seus valores assumem proeminência na ordem jurídica e na interpretação do Direito.

O art. 1º, inciso III, da Constituição da República aponta a dignidade humana como alicerce da ordem jurídica e três grandes mudanças se efetivam sob a égide do Estado Constitucional, indispensáveis à sua realização:

- a) no terreno das fontes jurídicas;
- b) na compreensão da interpretação jurídica e
- c) na técnica legislativa.

a.1) toda norma era sinônimo de regra e os princípios eram fundamentos compreendidos para as normas, mas jamais normas! A teoria das normas passa a se articular em três grandes espécies: princípios, regras e postulados.

- princípios: ganham força normativa e influenciam o sistema como um todo;
- postulados: normas que visam disciplinar a aplicação de outras normas (proporcionalidade, razoabilidade, subsidiariedade, concordância prática e etc.)
- regras: técnica casuística da norma com fato determinado e sanção correspondente.

b.1) A atividade jurisdicional como atividade de reconstrução do sentido normativo das proposições jurídicas evolui para a separação entre texto e norma: o legislador outorga texto e não normas.

- da unidade entre texto e norma passa-se à separação de ambas e a função do juiz de declarativa transmuda-se em função criadora da norma para o caso concreto, exigindo maior argumentação jurídica como forma de manutenção da coerência e da racionalidade do discurso jurídico.

c.1) Quanto à técnica legislativa, avança-se da técnica legislativa da casuísta – fato e sanção –, para a casuística aberta com termos indeterminados com ou sem consequências jurídicas na própria proposição. Os exemplos são os princípios, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais.

- Os conceitos jurídicos indeterminados são espécie normativa em que no suporte fático há termo indeterminado, mas com consequência jurídica legalmente prevista;

- As cláusulas gerais são espécies normativas em que no suporte fático há termo indeterminado, mas não há previsão de consequências jurídicas na própria proposição legal;

- As regras (casuística fechada) são técnicas casuísticas em que a norma contém o fato determinante e a sanção correspondente (CENTRALIDADE INFRACONSTITUCIONAL DOS CÓDIGOS);

- O controle da estabilidade, da integridade e da uniformidade do sistema é realizado pela argumentação jurídica.

2. DESENVOLVENDO OS DESAFIOS...

A ciência abandona a busca por verdades absolutas. A verdade é tida como algo factual, presente. É uma construção social delimitada no tempo.

Há um aumento crescente de complexidade e fragmentação das relações sociais. Apresentam-se novas demandas para o Direito. Há o surgimento das novas tecnologias da informação e da comunicação, tendo como consequência os algoritmos – Lawrence Lessig (*Code and other law of cyberspace*);

A situação caracteriza-se pela crise da ideia de Direito como um sistema lógico-conceitual e pela crise da dogmática. Apresenta-se o desafio de como assegurar justiça e segurança em uma sociedade complexa, na qual nem mesmo o legislador acompanha o ritmo dos acontecimentos.

Os riscos do totalitarismo e a necessidade da proteção da esfera privada impõe nova reflexão sobre a questão da supremacia do interesse público. Por outro lado, há o risco de a supremacia do interesse público implicar supressão do interesse privado. Esse contexto representa uma ameaça à consagração do princípio da dignidade humana.

Novas perspectivas metodológicas

Como o método não assegura a verdade, deve ocorrer um pluralismo temático e metodológico (aqui compreendido como veículo que assegura o resultado; verdade por repetição), situação que é claramente observável na questão da interpretação.

Ocorre a revalorização da interpretação como atividade criativa e a necessidade de evitar o excesso de subjetividade. Há uma preocupação em assegurar a coerência e a racionalidade do discurso jurídico, não dando espaço para a arbitrariedade, o relativismo e o irracionalismo.

Por outro lado, ganha força a preocupação com a legitimidade do Direito e com a segurança. Para tanto, ocorre a valorização da argumentação jurídica como forma de assegurar coerência ao ordenamento e convencer os destinatários da norma jurídica. Aumenta a importância dos princípios, diante da impossibilidade de a lei prever todos os casos específicos numa sociedade caracterizada pela complexidade. Nesse contexto, os princípios constitucionais ganham centralidade no sistema jurídico. Verifica-se o fim da clausura operacional entre direito público e o privado e a busca pela interdisciplinaridade ampla. O Direito redefine-se não como um objeto de conhecimento prévio, mas como experiência de elaboração contínua e realização permanente. É cada vez maior a preocupação com a argumentação e a estruturação do discurso jurídico, com vistas à segurança e à prospecção dos comportamentos. Estuda-se a psicologia comportamental e crítica-se a racionalidade estrita: como evitar que as limitações da racionalidade humana leve a erros de julgamento?

É possível que juízes sejam substituídos por computadores cujos algoritmos façam a análise prévia de comportamentos e deliberem acerca de, e.g., liberdade condicional de presos? Seria possível imaginar que os computadores, a partir da inserção de alguns dados, decidissem controvérsias com base em precedentes anteriores?

Enfim, a inteligência artificial atinge expectativas extremas, mas o Direito, além da racionalidade, tem como suporte a consciência e a cultura dos povos, de molde a que, mesmo em se tratando de uma ciência que seja de prévio conhecimento, o Direito, como experiência, se realiza e transforma permanentemente.

Personagem: O Juiz Hércules

A alusão ao Juiz Hércules se faz aqui não no sentido de buscar um paradigma ou modelo de julgador, mas para enfatizar o trabalho hercúleo de equilibrar as dicotomias que caracterizam o direito na contemporaneidade.

A complexa equação entre faticidade e validade do direito impõe ao juiz a incumbência de equilibrar a ordem e a isonomia formal, que se exige para a regulação de uma sociedade complexa, com a necessidade de legitimidade e aceitação racional das normas e das decisões judiciais pelos cidadãos. Isso implica a necessidade de compreender a relação existente entre regras e princípios, para habilitar-se a aplicar e interpretar regras e princípios. O desafio é o de compreender e conciliar harmonicamente as dimensões principiológica e pragmática (consequencialista) do discurso jurídico em uma argumentação jurídica coerente. Trabalhar tanto com o raciocínio sistemático quanto com o raciocínio problemático, para valorizar a riqueza do caso concreto, sem ignorar a importância de manter a unidade do sistema, na perspectiva de equilibrar o micro e o macro. Outra exigência feita ao juiz é a de trabalhar de forma interdisciplinar, incorporando o conhecimento de outras áreas do saber (economia, sociologia, psicologia, matemática, estatística, informática, ciências, etc.), sem desfigurar a identidade e a racionalidade do discurso jurídico. Compreender a relação entre passado e futuro para respeitar e dar continuidade ao passado quando necessário, mas também saber quando e como estabelecer rupturas (sentença como capítulo de romance em cadeia); em outras palavras: conciliar os efeitos presentes e os efeitos prospectivos da decisão, ainda mais em um mundo cada vez mais fragmentado e que muda tão rapidamente. Exercitar razão e sensibilidade significa compreender que julgar não envolve apenas faculdades cognitivas, mas sensibilidade e alteridade para compreender o outro e as suas demandas. No cotejo entre o indivíduo e a sociedade, no conflito entre interesse privado e interesse público, trata-se de equilibrar a solução da lide concreta com as repercussões sociais da decisão.

Personagem: O Judiciário

O cidadão tudo espera da justiça, daí a expectativa não de uma justiça ilimitada, mas de uma Justiça total: saber educar, conciliar, comunicar, guardar distância e estar próximo e não apenas interpretar e julgar. O Estado Social de Direito exige a intervenção pública como instrumento de promoção e de igualdade dos cidadãos, assumindo complexidades que conduzem a

modificações do sistema político e do papel dos Poderes. Há uma notória insuficiência das garantias políticas e dos direitos humanos pela incapacidade do Legislativo e do Executivo de atuarem na sua promoção, provocando a inclusão do Judiciário nesse cenário em face das expectativas constitucionais.

Os juízes do modelo tradicional (weberiano) são portadores de saberes teóricos que os legitimam enquanto agentes estatais, em face da origem pela qual foram selecionados e entraram para o aparelho do Estado. Essa legitimação não deriva de saberem como se faz, de possuírem técnica, mas da conscientização que a Magistratura deve ter do papel que exerce na Sociedade, atenta à educação ética e deontológica. A independência não significa autonomia absoluta, exibicionista e que se esgota na sua própria realização individual, mas se trata de independência enquanto garantia de inexistência de privilégios na aplicação da lei, ou seja, enquanto autonomia no desenvolvimento de uma função. O significado da independência do Poder Judiciário, externa e internamente, deve ser objeto da formação deontológica do magistrado, cabendo papel pedagógico às Escolas Judiciais nessa perspectiva. Outro desafio reside na tomada de consciência dos valores em jogo, conflitos possíveis entre esses valores e quais as margens abertas à intervenção desse juiz e qual a relação entre o sistema normativo, a realidade e a função jurisdicional. A busca da segurança jurídica deve ser promovida através de novos instrumentos processuais, com vistas à realização da isonomia sob a lei. A existência de 100 milhões de ações em tramitação nos Tribunais do País impõe a busca por soluções extrajudiciais: a) conciliação (sem desrespeito às normas imperativas e cogentes); b) arbitragem (soluções de grande impacto econômico); c) mediação (relações continuativas e busca da subjetividade).

3. A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

Neste ambiente complexo e dinâmico em que repousa a nossa sociedade, o Direito, como a ciência responsável pela organização da [s] Sociedade e do Estado, exige do magistrado novos métodos na interpretação e aplicação do Direito, sob os valores e fundamentos da Constituição da República.

Ao largo da insuficiência dos métodos tradicionais para a solução dos conflitos entre normas em um ordenamento plural, convida a Profª Cláudia Lima Marques ao estudo da “teoria do diálogo das fontes”, cunhada e formulada pelo Prof. Erik Jaime, em seu curso de Haia.

Trata-se de um novo conceito para o conflito de leis no tempo: um conceito de aplicação simultânea e coerente de muitas leis ou fontes de direito privado, sob a luz (ou com os valores-guia) da Constituição Federal de 1988. Significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes e, em geral, divergentes, mas tudo iluminado pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais.

Este método tem como objeto a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. Para a busca da coerência sistêmica e social reivindicada, inclusive, pelos novos diplomas legais. Chama-o, a Profª Lima Marques, de “coerência derivada ou restaurada” que, “em um momento posterior à descodificação (aqui entendida como a necessidade de modernização dos diplomas legais para uma sociedade pós-moderna), à tópica, e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só HIERÁRQUICA, mas FUNCIONAL do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a antinomia, a incompatibilidade ou a não coerência.”

Diálogo porque há influências recíprocas; aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso. Complementarmente ou subsidiariamente. Seja permitindo a opção pela fonte prevalecente ou mesmo a opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível ou aberta, de interpenetração, ou mesmo “a solução mais favorável ao mais fraco”.

Para nós da Justiça do Trabalho, uma Justiça Especial, de certo modo não há novidade, fomos precursores, embora não tivéssemos a consciência de que dialogássemos abertamente com as fontes formais de direito. Não olvidemos as normas dos artigos 8º, 769 e 889 da CLT. São normas de transporte, são normas de diálogo: da autonomia científica da disciplina para a coordenação com o sistema do qual se origina.

A Profª Lima Marques identifica três tipos de diálogo:

- a) **DIÁLOGO SISTEMÁTICO DE COERÊNCIA:** Na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para outra, especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema e a outra um microsistema específico, não completo

materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Exemplo: CDC e CLT;

- b) DIÁLOGO SISTEMÁTICO DE COMPLEMENTARIDADE E SUBSIDIARIEDADE: na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto, a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente;
- c) DIÁLOGO DE COORDENAÇÃO E ADAPTAÇÃO SISTEMÁTICA: diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (conceito de consumidor/conceito de empregado, de grupo econômico/de empresa). É a influência do sistema especial no geral ou do geral no especial.

Para o Prof.º Bruno Miragem (Diálogo das Fontes – do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro: *Eppur si muove*: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no Direito brasileiro. SP, RT, 2012) têm se levantado algumas objeções ao diálogo das fontes, assim identificadas:

- a) de que não se constitui em um método novo de interpretação e aplicação das leis, mas mera expressão do método sistemático;
- b) de que o método, ao promover a possibilidade de aplicação simultânea de mais de uma lei a um mesmo fato, dá excessiva liberdade ao intérprete, ofendendo os princípios da legalidade e da segurança jurídica;
- c) de que não possui aplicação geral, mas apenas às situações em que exista expressa previsão legal.

De outro lado, apresenta, outrossim, a refutação às objeções à respectiva teoria:

- a) O método do diálogo das fontes não se preocupa apenas com a interpretação da norma, mas especialmente com o resultado de sua aplicação, e. g.: método clássico – contradição entre normas; método

do diálogo – complementaridade para assegurar coerência e unidade do ordenamento (inovação);

- b) Quando se invoca a legalidade e a segurança, como óbice ao método, desvaloriza-se a interpretação jurídica, como se as normas possuísem sentido unívoco e incontroverso e devessem ser tomadas individualmente, em desprestígio da visão sistemática;
- c) Quando se alude à autorização expressa, olvida-se que a interpretação e a concreção de conceitos constantes da norma podem ter como critério o significado havido em outras leis, de modo que a identidade e a aplicação dos critérios pressupõem o caráter complementar entre as normas e a coerência e a unidade lógica do sistema sob os valores e os influxos da Constituição e dos direitos fundamentais nela inscritos.

Considerada a complexidade do pluralismo pós-moderno é preciso não esquecer os riscos da interpretação que escapa a uma lógica argumentativa, pois o método da teoria do diálogo das fontes possibilita a substituição da SUPERAÇÃO DOS PARADIGMAS pela CONVIVÊNCIA DOS PARADIGMAS.

Vamos a alguns desafios!

4. O DIÁLOGO DAS FONTES E O DIREITO MATERIAL

Segundo Mozart Victor Russomano, a lei trabalhista aplicável ao caso deve ser interpretada e aplicada não apenas dentro dos processos estritamente jurídicos de análise dos textos, mas, também, sob a influência do chamado critério sociológico.⁵ Esse método nos revela os aspectos, econômicos, políticos e sociais que se escondem por detrás dos fenômenos jurídicos da vida trabalhista e não podem ficar esquecidos.

O código central é para os iguais (Código Civil), mas a CLT é para os desiguais, para a proteção do trabalhador, dependente economicamente, hipossuficiente e, portanto, vulnerável, daí a aplicação subsidiária quando não houver incompatibilidade.

⁵ *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 43.

Neste terreno, a teoria do diálogo das fontes tem perfeita aplicação na jurisdição do Direito material do trabalho, sob os mesmos fundamentos da relação Código do Consumidor/ Código Civil.

A doutrina é de todo pertinente e é fundamental realçar este aspecto.

5. O DIÁLOGO DAS FONTES E O DIREITO PROCESSUAL

FUNDAMENTOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES NO PROCESSO DO TRABALHO:

Segundo o Prof. Peruano Mario Pasco, as partes na relação trabalhista são juridicamente desiguais. Ao empregador são conferidas as faculdades normativa, diretiva e sancionadora, cujo correlato, para o trabalhador, é o dever de cumprimento, obediência e disciplina. Embora civilmente iguais, são sensivelmente desiguais no âmbito jurídico por sua diferente posição funcional, fruto de uma necessidade social que é a de organizar a produção, o que requer uma relação verticalizada. No âmbito econômico, o patrão detém os meios de produção, enquanto que o operário só tem sua força de trabalho e, por meio dela, seu salário. A capacidade de um e outro enfrentar o litígio diz com a capacidade dos respectivos patrimônios.⁶

A desigualdade moral, psicológica ou subjetiva, que nasce da desigualdade econômica, recrudesce na desigualdade para a superação das dificuldades para litigar, pois se vigente a relação de emprego não há garantias legais de sustentação da vontade do trabalhador. Também há desigualdade quanto à capacidade probatória, já que o empregador concentra o poder patronal, melhores condições de pré-conceber a prova, enquanto que o empregado deve arrancá-la desse ambiente hostil, sujeito à pressão patronal.

A opção legislativa: subsidiariedade e supletividade; (art. 15 do CPC; arts. 769 e 889 da CLT).

IMPORTANTE DISTINÇÃO: Aplicação subsidiária como autêntica fonte normativa e não como elemento interpretativo; supletividade como ideia

⁶ *Fundamentos do Direito Processual do Trabalho*. Editora LTr: São Paulo, 1997. pp. 26/28.

de suprimimento de omissão legislativa, portanto como fonte normativa para institutos não regulados pela legislação específica. Subsidiariedade como fonte secundária a uma disciplina concretamente existente na legislação especial; supletividade para aplicação de normas para a regência de institutos simplesmente não considerados na legislação especial. Portanto, normas de transporte são fontes normativas complementares. A teoria trata do diálogo entre as normas pelo prisma da interpretação judicial.

Supletividade: Exemplo expreso no ordenamento. Omissão deliberada. (art. 1.046, § 2º do CPC e art. 1053 CC).

“Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

§1º. (...)

§ 2º. Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.

“Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.”

ALGUNS EXEMPLOS DE APLICAÇÃO:

- a) nas ações coletivas (ACP e CDC, direitos difusos, categoriais e individuais homogêneos);
- b) na desconsideração da personalidade jurídica;
- c) na estabilidade da jurisprudência nos tribunais;
- d) na liquidação de sentença;
- e) no cumprimento espontâneo da decisão;
- f) na execução.

6. O DIÁLOGO DAS FONTES E A REFORMA TRABALHISTA

O Direito e o processo do trabalho gozam de inegável autonomia científica. A teoria do diálogo das fontes proporciona a coordenação de normas conflitantes no sistema jurídico e em função dos valores e princípios constitucionais, especialmente na realização e efetividade dos direitos fundamentais.

É imperioso ressaltar que o desenvolvimento desse diálogo deve observar um sentimento de progressividade. Ele não refreia a interpretação judicial que promove cada vez mais a autonomia da disciplina na qual se insere o conflito de interesses e nem a promoção dos valores e sentidos constitucionais que pairam sobre a apreensão do sentido da norma para o caso concreto.

O diálogo das fontes não assume e não quer assumir, pois não faria sentido interpretativo, que a norma conflitante promovesse a colonização ou a submissão da norma originária, pois assim estaríamos promovendo métodos hermenêuticos de superação ou derrogação de uma das normas, hipótese que, como já acentuado ao longo do trabalho, realmente se afasta do método do diálogo das fontes.

A coordenação entre normas é o traço distintivo. Mas esse traço visa à harmonia do sistema, à cooperação entre elas, como se realizassem um movimento flexível de adaptação para a promoção dos valores e princípios constitucionais a partir de um arcabouço infraconstitucional pertinente e concordante. Os conflitos se harmonizam a partir da necessidade de operacionalizar-se o sistema e dinamizá-lo, o que afasta a ideia de que se supere os fundamentos e a autonomia da disciplina que, digamos assim, busca o diálogo em outras fontes.

Assim é que se espera, como vimos na reforma do Código Civil, do Código de Processo Civil, que a interpretação encetada a partir do diálogo das fontes vise à ampliação das singularidades e particularidades da nossa disciplina, considerando a finalidade e o alcance social a que se destina a legislação trabalhista, observando desde sempre os fundamentos e princípios constitucionais.

CONCLUSÃO

A teoria do diálogo das fontes como método de interpretação do sistema jurídico, além de superar as antinomias, proporciona a densificação das autonomias e dos conceitos fundamentais dos diversos ramos do direito através da cooperação, coordenação e complementaridade, mediante um elevado grau de flexibilização do sistema, sempre na perspectiva de afirmação dos valores constitucionais. Pode servir à tutela dos vulneráveis.

O Direito e o Processo do Trabalho visam à tutela da pessoa do trabalhador em suas relações jurídicas patrimoniais e existenciais, no âmbito da sociedade e do mercado de trabalho, mas a partir dos fundamentos e objetivos da República (arts. 1º e 3º da Constituição Federal), da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, preservando-se o mínimo existencial (arts 6º, 7º e 8º da Constituição da República), como expressão da tutela da pessoa do trabalhador.

O diálogo das fontes deve representar técnica de harmonização do sistema, a partir dos valores constitucionais e da dogmática construída pela CLT ao longo de sua história, pois sua justificativa axiológica é voltada para a busca do equacionamento jurídico das desigualdades e assimetrias, em esforço hermenêutico em favor da pessoa humana na sua condição de maior vulnerabilidade e dependência, pois sem o trabalho e sua proteção contra a exploração de qualquer espécie, não se pode esperar a efetivação da dignidade, da formação dos núcleos essenciais da sociedade – das famílias –, e nem a esperança de uma sociedade justa e, portanto, de futuro para nosso País.

REFORMA TRABALHISTA. REPRESENTAÇÃO DO TRABALHADOR NA EMPRESA. NOVO E DEMOCRÁTICO ESPAÇO DE DIÁLOGO

*Francisco das C. Lima Filho*⁷

*Paulo Henrique Costa Lima*⁸

*Ismael Ventura Barbosa*⁹

*Heitor Oliveira Barbosa*¹⁰

1. Introdução

A proposta de *Reforma Trabalhista* enviada ao Congresso Nacional pelo Governo Temer no final do ano passado pretende que os conflitos laborais sejam solucionados, preferencialmente, entre os próprios atores do processo produtivo e, para tanto, cria a figura da *representação do*

⁷ Desembargador do TRT da 24ª Região. Mestre em Direito (UNB). Mestre e doutor em Direito Social (Universidad Castilla-la Mancha- Espanha).

⁸ Advogado Trabalhista em Brasília - DF.

⁹ Advogado Trabalhista em Dourados - MS.

¹⁰ Acadêmico de Direito (UCDB - Campo Grande - MS).

trabalhador no local de trabalho, inspirada no modelo laboral europeu que, além das entidades de representação sindical, contempla a representação do trabalhador na empresa como forma de facilitar o diálogo direto entre empregados e empregador, independentemente da de intermediação do sindicato que, todavia, continua e deve continuar a representar a categoria.

2. Antecedentes

Esse tipo de representação encontra-se prevista na Proposta de Reforma Sindical enviada ao Congresso no primeiro mandato do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, mas que, infelizmente, até o momento não foi aprovada.

Vale lembrar, ainda, que Arion Sayão Romita¹¹ havia apresentado Projeto de regulamentação do art. 11 da Constituição, prevendo a figura do delegado sindical e do representante dos

¹¹ ROMITA, Arion Sayão. *Representantes dos trabalhadores: proteção e facilidades*. In: **Revista de Direito do Trabalho**. N. 77, 1992, p. 38 a 42.

trabalhadores na empresa que tenha mais de duzentos empregados.

Nesse Projeto se facultava a instituição desse tipo de representação nas empresas com menos de duzentos empregados, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho e naquelas em que exista delegado sindical e representante dos trabalhadores, a ação destes não pode interferir na daqueles.

Prevvia, ainda, o aludido Projeto como atribuições dos representantes dos trabalhadores na empresa: a) promover o entendimento direto e permanente com a direção da empresa sobre as condições individuais de trabalho; b) colaborar com as autoridades administrativas responsáveis pela fiscalização das normas sobre proteção do trabalho; c) opinar sobre dispensa e transferência de trabalhadores, métodos de participação na gestão da empresa, processo de treinamento e formação de pessoal; d) aproveitamento de trabalhadores nas novas funções, em face de medidas que provoquem

redução de pessoal e sobre os efeitos das inovações tecnológicas e projetos de automação.

Aos delegados sindicais, por seu turno, incumbiria a defesa e a promoção dos interesses dos sindicatos que representam, devendo as prerrogativas ser fixadas em norma coletiva, havendo assim, uma nítida distinção entre as atribuições da representação do trabalhador na empresa e as do sindicato.

Todavia, referido Projeto também não teve a atenção devida e, portanto, não foi aprovado.

Agora com a Lei 13.467/2017 que passará a ter vigência a partir de 13.11.2017, se criou uma nova forma de representação visando dá voz aos trabalhadores no âmbito da empresa que a nova Lei denomina "*local de trabalho*", com a instituição de um "*sistema de duplo canal de representação*", o que, aliás, não é novidade no âmbito europeu no qual se inspirou a Proposta inicial enviada pelo Governo ao Congresso Nacional.

E isso é expressamente reconhecido na exposição de motivos que acompanha a Proposta nos seguintes termos:

A experiência européia demonstra a importância da representação laboral na empresa. Países como Alemanha, Espanha, Suécia, França, Portugal e Reino Unido possuem há vários anos as chamadas comissões de empresa ou de fábrica. A maturidade das relações de trabalho em alguns países europeus propicia um ambiente colaborativo entre trabalhador e empresa, resultando na melhoria do nível de produtividade da empresa .

De fato, esse modelo de canal de representação e de diálogo direto entre o trabalhador e a empresa encontra-se previsto nos arts. 62 e seguintes do "*Estatuto de los trabajadores*" espanhóis.

Prever a aludida norma espanhola que "*sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la*

empresa a través de los órganos de representación regulados en este Título”.

Garante-se, assim, a denominada *representação unitária dos trabalhadores* por meio dos delegados de pessoal e pelos representantes dos trabalhadores nos comitês de empresa.

Em Portugal essa modalidade de representação foi garantida pela Constituição de 1976 e no Código do Trabalho, que em verdade transpôs para ordem interna a Diretiva 94/45/CE.

No âmbito do Direito Comunitário, a Diretiva 94//45/CE, de 22.9.1994¹² estabeleceu a

¹² De acordo com aquela Diretiva:

“Artículo 1

Objeto

1. La presente Directiva tiene por objeto la mejora del derecho de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. **2.** A tal fin, en cada empresa de dimensión comunitaria y en cada grupo de empresas de dimensión comunitaria se constituirá un comité de empresa europeo o un procedimiento de información y consulta a los trabajadores, siempre que se haya formulado una petición en tal sentido de conformidad con el procedimiento previsto en el apartado 1 del artículo 5, a fin

obrigatoriedade para as empresas de dimensão comunitária, da abertura de negociações internas para a criação de um *"comité de empresa europeu ou, em alternativa, de um processo de informação e consulta adequado"*. Se as negociações não se fizessem ou não resultassem positivas, aplicar-se-ia um regime "subsidiário" que é o da constituição do comité de empresa europeu¹³.

Desse modo, o que se pretende com a nova Lei que em verdade imprimiu uma profunda reforma no âmbito do Direito do Trabalho no Brasil

de informar y consultar a dichos trabajadores en las condiciones, según las modalidades y con los efectos previstos en la presente Directiva. **3.** No obstante lo dispuesto en el apartado 2, cuando un grupo de empresas de dimensión comunitaria en el sentido de la letra c) del apartado 1 del artículo 2 incluya una o más empresas o grupos de empresas que sean empresas de dimensión comunitaria o grupos de empresas de dimensión comunitaria en el sentido de la letra a) o c) del apartado 1 del artículo 2, el comité de empresa europeo se constituirá a nivel del grupo, salvo disposición en sentido contrario de los acuerdos a que se refiere el artículo 6".

¹³ MONTEIRO FERNANDES, António. **Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 712/713.

baseada, ao que pensamos, em dois grandes pilares, a valorização da autonomia privada individual e coletiva, é a "*representação do trabalhador na empresa*" que, todavia, não constitui novidade no âmbito do Direito do Trabalho europeu, vale repetir e que, se bem entendida e aplicada, poderá contribuir para uma implementação de uma nova e democrática forma de diálogo entre o trabalhador e a empresa.

No presente e modesto artigo, sem qualquer pretensão de esgotar o tema ou tomar partido em favor ou contra a Lei 13.467/2017, pretende-se apenas tecer algumas considerações a respeito dessa nova forma de representação dos trabalhadores, e com isso contribuir para um debate que certamente deve envolver trabalhadores, empresários e suas entidades de representação, além do Poder Judiciário Trabalhista, responsável pela resolução dos conflitos decorrentes da implementação do novo instituto.

3. Fundamento do direito de representação e participação dos trabalhadores na empresa

Como decorrência do princípio democrático, que deve servir de inspiração e inundar todo o ordenamento jurídico e, por consequência, todas as instituições e organizações, a representação dos trabalhadores na empresa, decorrente do direito de participação inerente a uma sociedade democrática pluralista, pode constituir uma valiosa forma de se dar voz ao trabalhador para participar das decisões empresariais que lhe digam respeito ou possam afetar aos seus legítimos direitos e interesses.

Deveras, no campo do processo produtivo o princípio democrático é concretizado por meio do mecanismo da participação dos trabalhadores na gestão da empresa de modo que passem a ser ouvidos e a participar das decisões da empresa na condição de um dos mais importantes atores desse processo.

No âmbito internacional, a Organização Intencional do Trabalho - OIT tem dado eco a esse mecanismo participativo, como se pode constatar do contido nas Recomendações de n. 94 e 129, além da Convenção n. 135 prevendo:

Artigo 1

Os representantes dos trabalhadores na empresa devem se beneficiar de uma proteção eficaz contra todas as medidas que lhes possam causar prejuízo, incluindo o despedimento, e que sejam motivadas pela sua condição de representantes dos trabalhadores ou pelas actividades dela decorrentes, pela sua filiação sindical ou pela sua participação em actividades sindicais, na medida em que actuem em conformidade com as leis, convenções colectivas ou outras disposições convencionais em vigor.

Artigo 2

1. Na empresa devem ser estabelecidas facilidades aos representantes dos trabalhadores, de forma a permitir-lhes desempenharem rápida e eficazmente as suas funções.
2. Para tal, deve-se ter em conta as características do sistema de relações profissionais vigente no país, assim como as necessidades, a importância e as possibilidades da empresa.
3. A concessão de tais facilidades não deve dificultar o funcionamento eficaz da empresa em causa.

Artigo 3

Para os fins da presente convenção, os termos «representantes dos trabalhadores» designam as pessoas reconhecidas como tal pela legislação ou prática nacionais, tais como:

- a) Representantes sindicais, isto é, representantes livremente eleitos pelos sindicatos ou pelos membros dos sindicatos;
- b) Representantes eleitos, isto é, representantes livremente eleitos pelos trabalhadores da empresa, em conformidade com as disposições da legislação nacional ou de convenções colectivas, e cujas funções não se estendem às actividades que são reconhecidas, nos países interessados, como dependentes das prerrogativas exclusivas dos sindicatos.

No Brasil, o direito de participação, decorrente do modelo de Estado Democrático de Direito, encontra abrigo no art. 1º, *caput* e inciso V da Carta de 1988, ao consagrar o princípio democrático e do pluralismo como fundamentos da República.

Por óbvias razões esse princípio também tem incidência no campo das relações

trabalho, pois como lembra Antonio Baylos¹⁴, a "empresa é uma organização econômica e social sobre a qual o sistema democrático se apóia e que impõe limites às possíveis opções de desenvolvimento e alternativas que existem". Por isso, a empresa há "muito deixou de ser apenas um lugar de prestação de serviços, tornando-se o núcleo organizativo da atividade. Ao ter adquirido posição central na sociedade, na política e na economia tornou-se também centro de preocupações do Direito do Trabalho". Por isso, também constitui um espaço de conquista e de exercício de direitos e de cumprimento de deveres.

A empresa é, assim, um espaço simbólico de exercício de poderes e de direitos e de cumprimento de deveres, entre eles e especialmente, aqueles que decorrem do regime democrático, que pressupõe a participação de todos os atores do

¹⁴ BAYLOS, Antonio. ***Direito do Trabalho: Modelo para Armar***. Trad. Flavio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999, p. 117.

processo produtivo na tomada de decisões, nomeadamente aquelas que digam respeito àquele que presta o labor em troca de certa paga.

Enquanto organização produtiva, a empresa tem um dever social, não podendo ser vista apenas como fonte econômica e de lucros, mas também como um espaço simbólico de produção e exercício de poderes, de afirmação de valores da cidadania, portanto.

Nesse contexto, a par de constituir uma organização produtiva de bens e serviços, deve ser vista, também, e ao mesmo tempo, como um *locus* simbólico de exercício de direitos e poderes tanto pelo empresário como pelos trabalhadores¹⁵.

Assim entendido, pode-se dizer que no Brasil, a participação democrática dos trabalhadores

¹⁵ LIMA FILHO, Francisco das C. ***Os Direitos Fundamentais e a Boa-fé como limites ao Poder Diretivo Empresarial***. Tese de doutoramento defendida em julho de 2015 na Universidad Castilla-la Mancha - Espanha, convertida em livro recém publicado pela LTr.

na empresa encontra guarida nos arts. 1º, 7º, inciso XI e 11 da Carta da República.

E contrariamente ao que alguns têm defendido, a chamada "Reforma Trabalhista" que imprimiu profunda alteração da legislação laboral a ponto de alguns como nós entender que se estar agora ante um novo Direito do Trabalho, com a criação de representação dos trabalhadores na empresa ou "*local de trabalho*", nada mais faz do que disciplinar o que se encontra previsto na Carta da República e na Convenção 135 da OIT, tornando realidade aquilo que o constituinte de 1988 pretendeu, não constituindo qualquer ameaça ao relevante papel do sindicato que em verdade deve agir em cooperação com a representação dos trabalhadores na empresa como, aliás, estabelece o art. 5º da aludida Convenção Internacional ao prever:

Art. 5º - Quando uma empresa contar ao mesmo tempo com representantes sindicais e representantes eleitos, medidas adequadas deverão ser tomadas, cada vez que

for necessário, para garantir que a presença de representantes eleitos não venha a ser utilizada para o enfraquecimento da situação dos sindicatos interessados ou de seus representantes e para incentivar a cooperação, relativa a todas as questões pertinentes, entre os representantes eleitos, por uma Parte, e os sindicatos interessados e seus representantes, por outra Parte.

A nosso ver esse mecanismo sob a perspectiva democrática pode constituir e certamente constituirá um valioso instrumento de participação e colaboração do trabalhador na empresa, pois lhe dará voz a respeito de questões que lhe digam respeito o que é próprio ao regime democrático de direito albergado pelo Texto Maior.

Esse direito de participação e representação do trabalhador é inspirado na filosofia socialista do Século passado e nas Encíclicas *Quadragesimo Anno*¹⁶ e *Rerum Novarum*¹⁷, nas

¹⁶ Papa PIO XI.

quais se defende com bastante ênfase a ideia do trabalho como um valor social.

Com fundamento nessa visão se defendia a participação dos trabalhadores na gestão e nos destinos da empresa o que, diga-se de passagem, tem sido reiterada em outras Encíclicas¹⁷ e incorporada pelas diversas Constituições dos países democráticos especialmente as do ocidente, inclusive pela Constituição brasileira de 1988 (arts. 1º e 11).

4. Importância do direito de participação dos trabalhadores na empresa

A participação dos trabalhadores na gestão da empresa ou nos assuntos que lhes digam respeito pode e deve constituir uma grande conquista, pois também visa democratizar as relações laborais por meio do diálogo direto entre o trabalhador e o empregador sem necessidade da intermediação do sindicato que, todavia, além de

¹⁷ Papa Leão XIII.

¹⁸ Como a **Populorum Progressio** de Paulo VI e **Laborem Exercens** de João Paulo II.

bem-vinda, continua a desempenhar o relevante papel de representante da categoria, especialmente no âmbito da negociação coletiva, que por força do contido na própria Lei, também terá a participação da representação dos trabalhadores na empresa.

Inaugura-se, assim, *um duplo canal de diálogo: o da representação dos trabalhadores na empresa e aquela feita pelo sindicato representativo da categoria.* Por conseguinte, a norma que a disciplina nos parece acertada, pois a par de facilitar o diálogo direto entre empresa e empregados, torna realidade o princípio democrático-participativo no âmbito das organizações.

É claro que a norma pode e deve ser aperfeiçoada inclusive no processo interpretativo e nesse papel a Justiça do Trabalho terá um relevante papel a desempenhar dando a correta dimensão e limites, pois como todo novo instituto certamente despertará dúvidas e discussões. Mas para isso, todos os interessados - trabalhadores, empresários ou empreendedores e suas representações - devem

participar de modo que possa ser aperfeiçoada e corretamente aplicada nessa nova fase de diálogo entre os atores do processo produtivo.

De fato, dessa discussão não pode se furtar o Judiciário Trabalhista. Afinal, será a Justiça do Trabalho o órgão responsável pelo julgamento dos conflitos que possam surgir, e com certeza surgirão, a respeito do alcance e da aplicação do novo instituto, máxime porque quanto maior for a participação da sociedade nas discussões que lhe digam respeito, mais legitimidade poderá ter a norma.

Desse modo, pensamos indispensável um amplo debate entre todos os interessados a respeito do novo instituto, não sendo admissíveis meras críticas ou rejeição baseadas apenas em questões ideológicas ou corporativas.

Desse modo, entendemos necessários algumas rápidas considerações a respeito das diversas formas de representação dos trabalhadores

na empresa, considerados os vários sistemas jurídicos.

5. Formas de participação dos trabalhadores

No Brasil pode-se definir a representação dos trabalhadores na empresa *como a representação eleita pelo conjunto dos trabalhadores para proceder ao diálogo direto entre estes e o empregador em assuntos que lhes digam respeito*. Constitui, assim, uma representação geral do conjunto dos trabalhadores, independentemente daquela feita pela entidade sindical, que representa toda a categoria, nos termos previstos no art. 8º da Carta da República.

É claro que o modelo de representação e de participação dos trabalhadores na empresa, depende de cada sistema jurídico e das peculiaridades da legislação laboral de cada país¹⁹.

¹⁹ Como recorda a doutrina espanhola: "A efectos sistemáticos, el fenómeno puede estructurarse en cinco niveles: en el primero, se contempla el derecho del trabajador a ser

Entretanto, podem-se identificar alguns *modelos gerais*, entendidos como aquétipos que têm sido denominados na realidade atual, e que admitem uma ampla aplicação nos diversos sistemas jurídicos dos países democráticos como a *cogestão* e a *representação dos trabalhadores na empresa*, modelos acolhidos pelo constituinte de 1988 (arts. art. 7º, inciso XI e 11 da Carta da República) sem se deixar de mencionar as CIPAS e outras formas de representação.

informado sobre la marcha de la empresa; en el segundo, la plantilla también debe ser consultada y oídas sus sugerencias, sin que la opinión del personal resulte vinculante; en el tercero, está facultado para la comprobación de hechos y documentos relevantes en la actuación de la entidad mercantil; en el cuarto, se le otorga un derecho de veto sobre las decisiones del empresario, sin alterar la iniciativa, que sigue correspondiendo a éste; en el último, se contempla la codecisión, en la cual trabajadores y empresarios comparten la gestión y responsabilidad de la dirección". AGRA VIFORCOS, B. "Cogestión". AA.VV. In: **Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. Valencia: tirant lo blanch, 2014, p. 195 e ss.

A participação dos trabalhadores na *cogestão da empresa* alcança seu grau máximo de intensidade quando esta é dirigida em conjunto pelo empresário e pelos trabalhadores, o que no Brasil parece ainda está muito longe de ser alcançada, mas que não deve ser descartada, especialmente num momento de crise como a que se vivencia, em que essa participação poderia constituir uma forma de contribuir para superação de dificuldades.

O outro modelo - *representação dos trabalhadores na empresa* - constitui uma forma de distribuição do poder entre os diversos atores inseridos em uma determinada relação de trabalho de participarem das decisões relevantes da empresa, especialmente aquelas que de alguma forma possam afetar seus legítimos interesses.

Considera-se tanto mais participativa uma organização quanto maior for a distribuição do poder entre seus membros, e isso é um reflexo do princípio democrático-participativo em que todos os interessados devem participar das decisões, num

processo de democratização da própria Democracia, diria Boaventura de Sousa Santos. Afinal, numa democracia participativa as relações de poder devem ser compartilhadas, e esse princípio deve ser transportado para o âmbito da empresa, pois tanto o empresário ou empregador como o trabalhador são atores do processo produtivo e, portanto, devem participar do poder.

Parece ter sido essa a visão que se pretendeu trazer com a Lei 13.467/2017, com criação da *representação dos trabalhadores na empresa ou local de trabalho*, à medida que o sistema de *cogestão*, embora previsto no Texto Maior, depende de Lei para implementação, até agora não editada.

6. *Análise da norma*

De acordo com Proposta original de Reforma Trabalhista enviada ao Congresso Nacional:

Art. 523-A. É assegurada a eleição de representante dos trabalhadores no local de trabalho, observados os seguintes critérios:

I - um representante dos empregados poderá ser escolhido quando a empresa possuir mais de duzentos empregados, conforme disposto no art. 11 da Constituição;

II - a eleição deverá ser convocada por edital, com antecedência mínima de quinze dias, o qual deverá ser afixado na empresa, com ampla publicidade, para inscrição de candidatura, independentemente de filiação sindical, garantido o voto secreto, sendo eleito o empregado mais votado daquela empresa, cuja posse ocorrerá após a conclusão da apuração do escrutínio, que será lavrada em ata e arquivada na empresa e no sindicato representativo da categoria; e

III - o mandato terá duração de dois anos, permitida uma reeleição, vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde o registro de sua candidatura até seis meses após o final do mandato.

§ 1º O representante dos trabalhadores no local de trabalho terá as seguintes prerrogativas e competências:

I - a garantia de participação na mesa de negociação do acordo coletivo de trabalho; e

II- o dever de atuar na conciliação de conflitos trabalhistas no âmbito da empresa, inclusive quanto ao pagamento de verbas trabalhistas, no curso do contrato de trabalho, ou de verbas rescisórias.

§ 2º As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão conter cláusulas para ampliar o número de representantes de empregados previsto no **caput** até o limite de cinco representantes de empregados por estabelecimento.” (NR).

Entretanto, referida Proposta foi substancialmente modificada pelo Substitutivo ao Projeto de Lei 6.787 de 2016, apresentado pelo Deputado Rogério Marinho que veio a ser aprovado dando origem à Lei 13.467/2017, que ao disciplinar o novo instituto assim prescreve:

Art. 510-A. Nas empresas com mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

§ 1º A comissão será composta:

I – nas empresas com mais de duzentos e até três mil empregados, por três membros;

II – nas empresas com mais de três mil e até cinco mil empregados, por cinco membros;

III – nas empresas com mais de cinco mil empregados, por sete membros.

§ 2º No caso de a empresa possuir empregados em vários Estados da Federação e no Distrito Federal, será assegurada a eleição de uma comissão de representantes dos empregados por Estado ou no Distrito Federal, na mesma forma estabelecida no § 1º deste artigo.

Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições:

I – representar os empregados perante a administração da empresa;

II – aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;

III – promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;

IV – buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais;

V – assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical;

VI – encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;

VII – acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

VIII – acompanhar as negociações para a celebração de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho, sem prejuízo da atribuição constitucional dos sindicatos.

§ 1º As decisões da comissão de representantes dos empregados serão sempre colegiadas, observada a maioria simples.

§ 2º A comissão organizará sua atuação de forma independente.

Art. 510-C. A eleição será convocada, com antecedência mínima de trinta dias do término do mandato anterior, por meio de edital que deverá ser fixado na empresa, com ampla publicidade, para inscrição de candidatura.

§ 1º Será formada Comissão Eleitoral, integrada por cinco empregados, não candidatos, para a organização e o acompanhamento do processo eleitoral, vedada a interferência da empresa e do sindicato da categoria.

§ 2º Os empregados da empresa poderão se candidatar, exceto aqueles com contrato de trabalho por prazo determinado, contrato suspenso ou que estejam em período de aviso prévio, ainda que indenizado.

§ 3º Serão eleitos membros da comissão de representantes dos empregados os candidatos mais

votados, em votação secreta, vedado o voto por representação.

§ 4º A comissão tomará posse no primeiro dia útil seguinte à eleição ou ao término do mandato anterior.

§ 5º Não havendo candidatos suficientes, a comissão de representantes dos empregados poderá ser formada com número de membros inferior ao previsto no art. 510-A desta Consolidação.

§ 6º Não havendo nenhum registro de candidatura, será lavrada ata e convocada nova eleição no prazo de um ano.

Art. 510-D. O mandato dos membros da comissão de representante dos empregados será de um ano, permitida uma recondução.

§ 1º O membro que houver exercido a função de representante dos empregados na comissão por dois mandatos, consecutivos ou não, será considerado inelegível.

§ 2º O mandato de membro de comissão de representante dos empregados não implica suspensão ou interrupção do

contrato de trabalho, devendo o empregado permanecer no exercício de suas funções.

§ 3º Desde o registro da candidatura até um ano após o fim do mandato, o membro da comissão de representante dos empregados não poderá sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

§ 4º Os documentos referentes ao processo eleitoral devem permanecer sob a guarda da empresa pelo prazo de cinco anos, à disposição para consulta de qualquer trabalhador interessado, do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho.

Como se vê, optou-se pelo modelo de *dupla representação*: a) coletivamente a categoria continuará a ser representada pela entidade sindical; e b) no âmbito da empresa com mais de duzentos empregados, os trabalhadores elegerão certo número de representantes, facultada a ampliação por meio de norma coletiva.

Aqui a norma merece a primeira crítica considerando que embora o art. 11 da Constituição da República preveja que apenas as empresas com mais de duzentos trabalhadores poderão ter esse tipo de representação, nada impede que aquelas com menos de duzentos também os tenham, à medida que o disposto no art. 7º da Carta de 1988 prevê a possibilidade de a Lei ampliar os direitos laborais *"que visem a melhoria das condições sociais"* dos trabalhadores.

Assim, não deveria a Lei limitar essa modalidade de representação às empresas com mais de duzentos empregados, a exemplo do que previsto no art. 62 do *"Estatuto de los trabajadores"* espanhóis, estabelecendo que a representação nas empresas com menos de cinquenta trabalhadores e para aquelas que contem com seis e dez empregados a representação poderá ser instituída *"si así lo decidieran éstos por mayoría"*.

Com o devido respeito, o fato de o art. 11 da Carta de 1988 estabelecer a representação dos trabalhadores no local de trabalho apenas para

as empresas com mais de duzentos trabalhadores, não quer dizer que isso também não possa acontecer naquelas com menos de duzentos, considerando não apenas a autorização constante do art. 7º do Texto Maior, mas também o caráter de porosidade das normas do Direito do Trabalho, que permite ao legislador criar novos direitos além daqueles expressamente previstos que visem a melhoria das condições sociais do trabalhador, tomando em consideração, inclusive, a evolução social e o desenvolvimento científico e tecnológico que terminam influenciando o modelo de produção e de trabalho, exigindo do legislador a permanente adequação das normas laborais à essa inexorável realidade que a ninguém é dado desconhecer.

Defendemos, pois, com base nesse entendimento, que apesar de a Lei 13.467/2017 contemplar a representação dos trabalhadores apenas nas empresas com mais de duzentos empregados, nada impede que os próprios trabalhadores, com fundamento na autonomia coletiva que a nova Lei declaradamente

pretendeu valorizar, criem essa modalidade de representação no âmbito de organizações com menos de duzentos empregados, a exemplo do que ocorre no modelo espanhol, e ainda no disposto na Convenção 135 da OIT. Até porque isso apenas trará benefícios, pois facilita a interlocução e o diálogo direto dos trabalhadores com a empresa como, aliás, defendido pelo Projeto de Arion Romita.

O representante será escolhido por meio de eleição direta pelos trabalhadores, cujo procedimento a norma proposta estabelece.

O mandato do representante é de dois anos, permitida uma reeleição.

Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato instituindo-se, assim, mais uma garantia provisória de emprego, de modo a evitar que candidato, e uma vez eleito, possa sofrer pressões no desempenho da missão.

Todavia, a dispensa motivada, como a do representante dos trabalhadores na CIPA, não

pressupõe prévio inquérito para apuração da falta grave, podendo a falta ser demonstrada no curso de eventual ação pelo empregador.

O trabalhador eleito terá as seguintes atribuições e prerrogativas:

I - representar os empregados perante a administração da empresa;

II - aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;

III - promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;

IV - buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais;

V - assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical;

VI - encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;

VII - acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

VIII - acompanhar as negociações para a celebração de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho, sem prejuízo da atribuição constitucional dos sindicatos.

a) participação da mesa de negociação do acordo coletivo; b) atuação na conciliação de conflitos trabalhistas no âmbito da empresa, inclusive quanto ao pagamento de verbas trabalhistas, no curso do contrato de trabalho, ou depois de rompido.

A atuação no âmbito da negociação coletiva é limitada ao acompanhamento das reivindicações e negociações sem prejuízo da atuação do Sindicato, evidentemente, não tendo assim a prerrogativa para firmar acordos e convenção

coletiva, mas mesmo assim, sua participação na negociação poderá contribuir para que as normas dela decorrentes sejam mais aproximadas de sua realidade na empresa.

Além disso, o representante dos trabalhadores atuará no diálogo, na prevenção e solução de conflitos trabalhistas individuais no âmbito da empresa.

Instala-se, assim, em boa hora, no âmbito da própria empresa, uma instância extrajudicial de diálogo, negociação e resolução de conflitos por um processo conciliatório, o que é bastante saudável e oportuno, pois com isso se permite que os próprios atores do conflito possam atuar na sua resolução evitando-se seja judicializado. Por conseguinte, com possibilidade de preservação ou restabelecimento das relações abaladas ou rompidas pelo conflito. Afinal, ninguém melhor do que os atores deste conhecem suas causas e realidades e, por essa razão encontram-se em melhores condições para dialogar e resolvê-lo num

processo negocial, diretamente ou com auxílio de mediadores, e como a Lei prevê a possibilidade de homologação de acordo, poderão as partes submetê-lo à homologação perante a Justiça do Trabalho, embora pessoalmente entenda não ser necessário, pois se trata de um negócio jurídico celebrado pelos próprios interessados e, portanto, sem necessidade de chancela estatal para que possa produzir efeitos valendo como título extrajudicial.

Em artigo sobre os métodos consensuais de resolução de conflitos²⁰, tivemos a oportunidade de defender:

Esses métodos consensuais que sempre existiram e foram mesmo os meios primitivos de composição das controvérsias, passaram a despertar o estudo e o interesse da sociedade, à medida que se mostram muitas vezes mais propensos a resolver com celeridade e justiça, os

²⁰ LIMA FILHO, Francisco das C. *A importância dos métodos consensuais de solução de conflitos*. In: Luiz Eduardo Günter et al (Coord.). **Conciliação. Um caminho para a paz social**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 285-298.

conflitos de interesse, especialmente aqueles que envolvem relações de natureza continuativa, como as relações familiares, de vizinhança, de trabalho e tantas outras.

No campo das relações laborais esses métodos enquanto integrativos da própria função jurisdicional do Estado, podem se revelar, quando corretamente manejados, um importante instrumento de acesso à justiça .

Embora naquela oportunidade se estivesse analisando a conciliação judicial, não mudamos de opinião, pois continuamos defendendo que determinados conflitos, como aqueles decorrentes da relação de trabalho, podem e devem ser compostos por meio do diálogo direto entre os atores ou com auxílio de mediador sem necessidade de chancela do Estado e que pensamos também se aplica no caso da negociação perante a representação dos trabalhadores na empresa. Todavia, a nova Lei garante de forma expressa a homologação do acordo perante a Justiça

do Trabalho, inclusive com a indispensável presença do advogado do trabalhador ou do sindicato que não pode ser o mesmo da empresa, num evidente reconhecimento da importância desse profissional na resolução de conflitos, nem poderia ser diferente, considerando o que previsto no art. 133 da Carta da República e também como forma de prevenir eventuais fraudes.

É claro que essa forma de composição dos conflitos laborais, pressupõe além das garantias ao representante dos trabalhadores de modo a não sofrer qualquer tipo de pressão, preparo e informações.

Desse modo, o representante dos trabalhadores deve ser informado a respeito de todas as questões envolvidas no conflito que se pretende compor por meio da negociação visando atingir-se um futuro acordo, sendo assim de extrema importância a observância do *direito-dever de informação tanto pela empresa como pelo trabalhador*.

De fato, um dos principais deveres secundários decorrentes do contrato se revela no dever de informação, que constitui uma regra acessória de conduta, cujo conteúdo consiste em cooperar, desde a fase das tratativas - pré-contratual - com informações relevantes à contraparte e ao eventual negociador ou mediador do conflito.

Esse dever, por óbvias razões, tem incidência no curso de toda a execução do contrato, mesmo quando ocorra modificação da finalidade do pactuado, estendendo-se, inclusive, após a extinção, sendo assim indispensável a colaboração entre os contratantes ou antagonistas em um contexto de correção e lealdade.

Em uma sociedade plural, complexa e multifacetada, o dever de informação constitui um valioso mecanismo que auxilia, complementa, aperfeiçoa e preenche a dinâmica da constituição e desenvolvimento das relações contratuais e com maior razão no âmbito das relações laborais em que se

encontra implicada a pessoa do trabalhador em face do fenômeno da subordinação.

Como lembra Eva Sónia da Silva²¹, necessário proporcionar à contraparte acesso aos dados e a todas as informações e circunstâncias relevantes alusivas aos negócios, pois, em última análise, tem como fundamento o dever de colaboração e solidariedade que deve permear a conduta da partes contratantes, tendo assento na contemporânea teoria contratual, iluminada pelos princípios constitucionais²², especialmente os da eticidade e da solidariedade.

²¹ MOREIRA DA SILVA, Eva Sónia. ***Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação***. Coimbra: Almedina, 2003, p. 82.

²² "O dever de informação resulta da compreensão no âmbito das relações jurídicas contemporâneas, em que se exige uma crescente busca por novas orientações, pois se destacam novos princípios e valores. Isto acontece porque os princípios constitucionais passam a invadir o contrato tutelando os interesses numa dimensão mais ampla e plena. Para isso o solidarismo (art. 3, I, da Constituição Federal/88 - CF/88) impõe mais comportamentos entre as partes do contrato, de forma que a ética, a finalidade e o equilíbrio sejam mais bem

Deve, pois, a empresa fornecer todos os elementos solicitados e necessários para a atuação do representante do trabalhador como mediador de eventual conflito que se pretende seja composto pelos seus próprios atores num processo democrático de diálogo e negociação.

Ademais, os representantes dos trabalhadores devem ser capacitados para proceder esse diálogo e negociação que deve obedecer aos princípios informativos desse tipo de resolução de conflitos, de modo a evitar que a instância extrajudicial se converta em local de mera homologação ou de renúncia de direitos.

*alcançados. Além disso, a dignidade humana (art. 3º, I, da CF/88) e os princípios que se estabelecem na atividade econômica (art. 170, da CF/88) também ampliam o campo de análise do contrato do intérprete". FRANZOLIN, Claudio José. Inadimplemento do dever de informação no contrato e os poderes do juiz no Código Civil: Para uma efetiva tutela jurisdicional dos contratos. In: **Anais do XVIII do Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo: novembro de 2009, p. 10125-10149).*

A par disso, a assistência jurídica do sindicato ou do advogado das partes deve ser sempre permitida, aquele do trabalhador obrigatoriamente, até mesmo para orientá-las no processo de resolução do conflito, e se atingido o acordo, a homologação perante a Justiça do Trabalho, como expresso no art. 855-B da CLT na redação da Lei 13.467/2017.

Mas isso não impede que se valorize essa forma de resolução dos conflitos trabalhistas e assim se evite a judicialização de demandas que podem ser perfeitamente solucionadas pelos próprios envolvidos diretamente ou com a intermediação do representante dos trabalhadores no âmbito da própria empresa, com economia de tempo e evitando-se custos desnecessários para todos.

Além dessas vantagens, não se pode perder de vista que nesse tipo de resolução de conflitos existem maiores possibilidades de cumprimento do convencionado, pois fruto da vontade dos próprios envolvidos que, por vontade própria, estabelecem as condições que devem cumprir.

Mas é claro que nem todo tipo de conflito laboral poderá ser objeto desse tipo de resolução. Sempre existirão questões técnicas e de direito controvertidas que demandarão pronunciamento judicial. Afinal, como lembra Mauro Capelletti²³:

A conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, vencedoras ou vencidas. Mas, embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do Judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representem verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do Judiciário, que poderiam ter outras soluções.

Ademais, não é obrigatória a conciliação no âmbito da empresa, constituindo apenas uma faculdade, não podendo ser considerada como pressuposto processual para ajuizamento da ação

²³ CAPPELLETTI, Mauro et al. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Norfhfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.87.

trabalhista, considerada a garantia contida no art. 5º, inciso XXXV da Carta da República²⁴.

A outra questão que deve ser analisada diz respeito a eventual descumprimento daquilo que foi objeto de conciliação levada a efeito no âmbito da empresa.

Desse modo surge a inevitável pergunta: qual a natureza jurídica do ajuste, como e onde executá-lo?

Em nosso modesto pensar, o documento que instrumentaliza a conciliação extrajudicial firmada pelas partes com a intermediação do representante dos trabalhadores na empresa, quando não lavado à homologação perante a Justiça do Trabalho, tem natureza de título extrajudicial, nos

²⁴ Aliás, assim também defendemos quando da edição da Lei 9.958/2000, instituidora das Comissões de Conciliação Prévia. In: **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS: v. 3, n. 6, jul./dez. 2001, tendo sido pacificado esse entendimento na jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho e do Excelso Supremo Tribunal Federal.

termos do previsto no art. 784 do Código de Processo Civil.

Desse modo, legitima a execução perante a Justiça do Trabalho, nos termos constantes da norma contida nos arts. 114 da Constituição Federal e 876 da Consolidação das Leis do Trabalho, e que será processada de acordo o procedimento previsto para a execução de títulos extrajudiciais prevista no Código de Processo Civil, e quando homologado, pelo procedimento da execução de sentença, pois vale como título judicial, inclusive apenas podendo ser desconstituído por ação rescisória, na forma do entendimento constante da Súmula 259 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, enquanto o primeiro por ação anulatória de ato jurídico nas hipóteses previstas no art. 966, § 4º do Código de Processo Civil.

7. Considerações finais

Embora a Reforma Trabalhista mereça alguns aperfeiçoamentos que devem ser levados a efeito num grande debate com todos os interessados,

em boa hora disciplina a *representação dos trabalhadores na empresa*, instância extrajudicial com poderes para atuar no diálogo direto entre empregados e empregadores, inclusive no acompanhamento da negociação coletiva, tendo ainda a importante missão de intermediar a resolução dos conflitos decorrentes do contrato de trabalho, inclusive aqueles originários do rompimento deste.

Essa forma de representação, fundada no princípio democrático-participativo, encontra assento no Texto Maior e na Convenção 135 da OIT.

Deve, pois, ser prestigiada e incentivada como um novo e democrático mecanismo não apenas de fomentação do diálogo, mas também como um espaço de conquista de direitos, prevenção e resolução de conflitos.

Desse modo, se devidamente entendida e implementada, pode também democratizar as relações de trabalho, além de contribuir para a diminuição da litigiosidade entre empregados e empregadores que

comporão pelo o diálogo, pela negociação seus próprios conflitos.

É, pois, a nosso sentir, muito bem-vinda.

REFORMA TRABALHISTA: HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

Júlio César Bebber

Juiz do Trabalho — Doutor em Direito do Trabalho

RESUMO — Objeto deste ensaio são o estudo e a sistematização preliminar do instituto da homologação de acordo extrajudicial entre empregado (ou ex empregado) e empregador (ou ex empregador), formalmente instituído no direito processual do trabalho pela Lei n. 13.467/2017.

SUMÁRIO — 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 2. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA; 3. COMPETÊNCIA FUNCIONAL; 4. ACORDO EXTRAJUDICIAL; 4.1. *Finalidade do acordo extrajudicial*; 4.2. *Limites do acordo extrajudicial*; 4.3. *Formalidades do acordo extrajudicial*; 4.4. *Efeitos do acordo extrajudicial*; 4.4.1. *Efeitos objetivos*; 4.4.2. *Efeito subjetivo*; 4.4. *Interpretação*; 5. REGRAS PROCEDIMENTAIS; 5.1. *Pedido de homologação do acordo — petição escrita e conjunta*; 5.2. *Suspensão e retomada da contagem do prazo prescricional*; 5.3. *Prazo destinado à análise do acordo*; 5.4. *Desistência unilateral*; 6. DECISÃO; 6.1. *Direito à homologação*; 6.2. *Indeferimento do pedido de homologação do acordo extrajudicial*; 6.3. *Deferimento do pedido de homologação do acordo extrajudicial*; 6.4. *União — recorribilidade e coisa julgada*; 6.5. *Custas processuais*; 7. NULIDADE; 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

PALAVRAS-CHAVE — homologação, acordo extrajudicial, Justiça do Trabalho.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei n. 13.467/2014 é um paradoxo em si. Ao mesmo tempo em que avança em algumas matérias, retrocede em muitas outras; ao mesmo tempo em que dispensa tratamento técnico-científico em alguns pouquíssimos dispositivos, peca por uma linguagem pobre, deficiente e nada técnico-científica em muitos outros.

Não é dessa característica geral da Lei n. 13.467/2014, entretanto, que iremos discorrer nesse ensaio. Nele pretendemos nos ocupar, com o intuito de despertar o debate, do sistema de *homologação de acordo extrajudicial entre empregado (ou ex empregado) e*

empregador (ou ex empregador), formalmente instituído no direito processual do trabalho mediante a inserção, na CLT: a) da alínea *f* ao art. 652; b) dos arts. 855-B a 855-E.

2. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Modernamente e de modo singelo, podemos definir *jurisdição* (do latim *juris* de *jus* = direito; e *dictio* de *dicere* = dizer) como a atividade, o poder e o dever estatal, exercidos por órgão independente e imparcial em todo o território nacional, com eficácia vinculativa plena, destinada a:

— *solucionar os conflitos de interesses* mediante a declaração e/ou a realização forçada do direito;

— *tutelar interesses particulares*.

A jurisdição, como se percebe, tem como finalidades:

a) *solucionar conflitos de interesses* — mediante a emissão de uma sentença de mérito que declara (em sentido amplo) o direito e ou mediante a prática de atos materiais que realizem forçadamente o direito (execução);

b) *tutelar interesses particulares* — mediante a concorrência da vontade do Estado como condição para: o nascimento, validade ou eficácia de certos atos da vida privada; a formação, desenvolvimento, documentação ou extinção de uma relação jurídica; a eficácia de uma situação fática ou jurídica; o exercício de certos direitos de alta relevância social (embora não o suficiente para serem considerados de interesse público).

Ao atribuir às Varas do Trabalho a competência para “decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho” (CLT, 652, *f*), a Lei n. 13.467/2014 formalmente instituiu uma *modalidade especial de tutela assistencial de interesses particulares* no direito processual do trabalho (a par da instituída no art. 233 da CF para o trabalho do rural), que até então não era admitida pela jurisprudência do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. Não compete à Justiça do Trabalho homologar acordo extrajudicial firmado entre empregado e empregador, haja vista a ausência de previsão legal. Precedentes do TST (TST-AIRR-1542-77.2012.5.04.0234, 4ª T., Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 07.10.2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ACORDO. HOMOLOGAÇÃO. Na hipótese em exame, a parte agravante insurgiu-se contra a decisão que determinou o arquivamento do feito sem julgamento do mérito ante o reconhecimento da incompetência desta Justiça Especializada para cancelar acordo extrajudicial oriundo da relação de trabalho. Nada obstante, não prospera a pretensão recursal, uma vez que a jurisdição voluntária tal como ensina a melhor doutrina, mesmo quando

exercida pelo juiz, detém natureza tipicamente administrativa. E sendo assim, entendo que da interpretação conjunta do art. 114 da Carta Magna, que fixa a competência desta Justiça Especializada combinado com os dispositivos consolidados presentes no Título VIII, Capítulo I, da CLT, que tratam da Justiça do Trabalho, no caso arts. 643/649, demonstram que, a jurisdição voluntária, consistente no exercício pelo Juízo da função administrativa de interesses privados, para sua validade, não está compreendida por esta Justiça Especializada, motivo pelo qual refoge à sua competência homologar acordos extrajudiciais, efetuados antes da interposição da competente ação. Agravo de instrumento improvido (TST-AIRR-758-08.2013.5.09.0661, 6ª T., Rel. Des. Conv. Américo Bedê Freire, DJ 29.5.2015).

Uma nota é indispensável diante de algumas vozes (como se vê na ementa acima reproduzida) que equivocadamente atribuem à jurisdição voluntária a natureza de ato administrativo, partindo da premissa de que a jurisdição necessariamente pressupõe conflito de interesses e decisão que o resolva.

A ausência de litígio e de decisão que o solucione não constituem premissas para negar o caráter jurisdicional dos atos de jurisdição voluntária. Mesmo nesta o Estado atua por meio de “um órgão imparcial e independente”, que tem o dever de respeitar “as garantias fundamentais do processo” (GRECO, 2010, v. I, p. 100). O que identifica a jurisdição não é o conflito de interesses ou a decisão que o resolva, mas a atuação do Estado por meio de órgão independente e imparcial.

Araken de Assis também afirma que a “intervenção do órgão judiciário na autonomia privada ostenta inequívoca natureza jurisdicional”, sustentado, porém, em razões diversas. São elas: “(a) a existência de lide (v.g., na interdição) (...); (b) a distinção entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária repousa na matéria, e, não, nas características” (ASSIS, 2015, v. 1, p. 579).

3. COMPETÊNCIA FUNCIONAL

Ao mesmo tempo em que o art. 652, f, da CLT introduz a possibilidade de “homologação de acordo extrajudicial”, fixa as Varas do Trabalho como órgãos funcionalmente competentes.

Nada de inovador há nisso.

As Varas do Trabalho são competentes para processar e julgar originariamente as demandas trabalhistas em sentido estrito. Desse modo, são igualmente competentes para homologar os acordos extrajudiciais firmados pelos mesmos sujeitos que figurariam na demanda evitada.

4. ACORDO EXTRAJUDICIAL

Acordo é o vocábulo utilizado para indicar a *transação* (DINAMARCO, 2009, p. 63), que possui natureza jurídica de *contrato* (bilateral ou sinalagmático) e está fundado na *autonomia da vontade*. Diante da existência (ou da possível ocorrência) de um conflito de interesses gerado pela dúvida acerca da natureza (validade ou eficácia) da relação jurídica ou de um direito, as partes ajustam suas diferenças e repartem o risco mediante concessões recíprocas, prevenindo ou pondo termo a uma demanda judicial (CC, 840).

Conceito mais técnico de transação pode ser encontrado em Plácido e Silva:

No conceito do Direito Civil, e como expressão usada em sentido estrito, transação é a convenção em que, mediante concessões recíprocas, duas ou mais pessoas ajustam certas cláusulas e condições para que previnam litígio, que se possa suscitar entre elas, ou ponham fim a litígio já suscitado. Assim, a transação, sempre de caráter amigável, fundada que é em acordo ou em ajuste, tem a função precípua de evitar a contestação ou o litígio, prevenindo-o, ou de terminar a contestação, quando já provocada, por uma transigência de lado a lado, em que se retiram, ou se removem todas as dúvidas ou controvérsias, acerca de certos direitos (PLÁCIDO E SILVA, 2005, v. II, p. 1.421).

Ou em Pontes de Miranda:

A *transação* é o negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo a controvérsia sobre determinada, ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia. Não importa o estado de gravidade em que se ache a discordância, ainda se é quanto à existência, ao conteúdo, à extensão, à validade ou à eficácia da relação jurídica; nem, ainda, a proveniência dessa, de direito das coisas, ou de direito das obrigações, ou de direito de família, ou de direito das sucessões, ou de direito público (PONTES DE MIRANDA, 1996, Tomo XXV, p. 117).

Ou, ainda, contemporaneamente, em Carlos Roberto Gonçalves:

No sentido técnico-jurídico do termo (...), constitui *negócio jurídico bilateral, pela qual as partes previnem ou terminam relações jurídicas controvertidas, por meio de concessões mútuas*. Resulta de um acordo de vontades, para evitar os riscos de futura demanda ou para extinguir litígios judiciais já instaurados, em que cada parte abre mão de uma parcela de seus direitos, em troca de tranquilidade (GONÇALVES, 2004, v. III, p. 539).

Sempre que o acordo for realizado anteriormente ao ajuizamento de demanda será *extrajudicial* (CC, 842, CPC, 784, IV). Se a transação, porém, ocorrer após o ajuizamento de demanda, será *judicial* (CC, 842, segunda parte; CLT, 876; CPC, 515, II e III), ainda que tenha sido “obtida no escritório de um dos advogados” (GONÇALVES, 2004, v. III, p. 543), desde que homologado judicialmente.

4.1. Finalidade do acordo extrajudicial

O escopo do acordo (transação) é a “eliminação de litígio ou de insegurança” (PONTES DE MIRANDA, 1996, Tomo XXV, p. 118), caracterizado pela controvérsia (dúvida) razoável acerca da natureza (validade ou eficácia) da relação jurídica ou de um direito. Esse escopo da transação já havia sido exaltado na exposição de motivos do *Code Napoléon*:

Des tous les moyens de mettre fin aux defférends que font naître entre les hommes leurs rapports variés et multipliés à l'infini, le plus heureux dans tous ses effets est la transaction, ce contrat par lequel sont terminées les contestations existantes ou par lequel on prévient les contestations à naître.

A transação extrajudicial, como destacava Orlando Gomes, visa evitar a instalação de um litígio judicialmente. Segundo ele, por meio do acordo extrajudicial,

Elimina-se a incerteza dos direitos que cada interessado supõe ter, fazendo-se composição amigável. Não raro, prefere-se fazer concessões mútuas a arriscar-se num pleito cuja solução poderá ser inteiramente desfavorável a um deles. Por vezes a *transação preventiva* é usada menos para evitar a decisão judicial do que para eliminar os vexames e a demora de uma lide (GOMES, 1990, P. 500).

4.2. Limites do acordo extrajudicial

O acordo realizado extrajudicialmente entre os sujeitos da relação de emprego possui benefícios (v. g., solução do conflito pelas próprias partes, economia de custo, de tempo e de atos), sujeitando-se, porém, a certos limites. São eles:

- a) *capacidade das partes* (CC, 104, I);
- b) *licitude do objeto* (CC, 104, II). Incluem-se na licitude os vetos à negociação:
 - de direitos não patrimoniais (CC, 841);
 - do prazo e da multa do art. 477, §§ 6º e 8º, da CLT (CLT, 855-C).
- c) *forma* prescrita ou não vedada (CC, 104, III);
- d) *ausência de dolo, coação e de erro essencial* quanto à pessoa ou coisa controversa (CC, 849 e 138 a 155). Diante da qualidade da relação jurídica trabalhista, não se deve ignorar que a transação extrajudicial sujeita (principalmente) o trabalhador (seja pela subordinação seja pela dependência econômica) a severos riscos. Nessa perspectiva:
 - aos limites do art. 849 do CC acrescem-se a *ausência de estado de perigo* (CC, 156), a *ausência de lesão* (CC, 157) e *todas as demais causas* que podem viciar o negócio jurídico. Aliás, esse é também o entendimento de Gonçalves para a transação civil *lato sensu*. *In litteris*:

No art. 849, o Código de 2002 reproduz regra que já existia no Código de 1916: “*A transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa*”. Tal afirmativa contém uma impropriedade, porque a transação pode ser invalidada por qualquer das causas que conduzem à anulação dos negócios jurídicos em geral, bem como se a situação fática tomada como seu suporte material não corresponder à realidade (...).
 - o acordo firmado no curso do contrato de trabalho padece de vício presumido (*juris tantum*) de consentimento.
- e) *ausência de afronta a preceitos de ordem pública* legalmente estabelecido para assegurar a função social da propriedade e dos contratos (CC, 2.035, parágrafo único);

- f) *dúvida razoável* sobre natureza (validade ou eficácia) da relação jurídica ou de um direito (*res dubia*). Do contrário (sendo certo o direito), não será hipótese de acordo, mas de renúncia, *em princípio* vedada pelo ordenamento jurídico (CLT, 9º):

RECURSO DE REVISTA. (...) afastou a eficácia ampla, geral e irrestrita do acordo extrajudicial, restringindo a quitação aos valores reconhecidamente recebidos. Com efeito, as evidências levam a crer que houve tentativa de burla à legislação trabalhista, atraindo, assim, os preceitos contidos no artigo 9º da CLT. Isso porque a pretensão da empresa de eximir-se de obrigações incontroversas decorrentes de rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, desvirtua a finalidade da Comissão de Conciliação Prévia, que, nesse caso, atuou como simples órgão homologatório de rescisão contratual (TST-RR-27200-32.2009.5.01.0060, 7ª T., Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DJ 06.3.2017).

AGRAVO DE INSTRUMENTO (...). I – É assente nesta Corte a eficácia liberatória geral do termo de conciliação firmado junto à Comissão de Conciliação Prévia, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas, a teor do disposto artigo 625-E, parágrafo único, da CLT. II - Tal efeito não socorre, todavia, os casos em que o Colegiado local patenteia o desvirtuamento das finalidades autocompositivas da Comissão de Conciliação Prévia, no intento de fraudar os direitos trabalhistas (TST-AIRR-27100-77.2009.5.01.0060, 5ª T., Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen, DJ 11.11.2016).

4.3. Formalidades do acordo extrajudicial

A negociação realizada extrajudicialmente no âmbito trabalhista, diversamente do que se passa no âmbito civil, não prescinde da assistência jurídica.

Tal exigência decorre de interpretação lógica e extensiva do art. 855-B, *caput*, da CLT, que impõe que o pedido de homologação dirigido ao Poder Judiciário seja subscrito por advogado. O que se pretende, na verdade, não é a mera subscrição do pedido de homologação por advogado. O escopo da norma é o de garantir às partes a plena ciência da extensão e dos efeitos da transação. Precede, portanto, o pedido dirigido ao Poder Judiciário e torna imprescindível a ativa participação de advogado durante a negociação extrajudicial.

O advogado *pode ser comum*, desde que tenha sido (livremente) escolhido pelo empregado — que tem a faculdade de se valer do advogado da entidade sindical profissional (CLT, 855-B, § 2º). O veto imposto pelo art. 852-B, § 1º, da CLT (“*As partes não poderão ser representadas por advogado comum*”) tem por escopo proteger o empregado. Se este, porém, livremente (sem influência ou sugestão do empregador) escolher o procurador, terá seus interesses devidamente protegidos:

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA E APRECIADA SOB A LEI Nº 5.869/73. ART. 485, VIII, DO CPC/73. ACORDO JUDICIAL. VÍCIOS QUE PREJUDICAM A VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. Na ação rescisória ajuizada com base no art. 485, VIII, do CPC/73, mostra-se imprescindível a evidência da caracterização de um dos vícios capazes de invalidar a transação. Na hipótese, os documentos colacionados aos autos comprovam que o acordo entabulado não condizia com a vontade do autor, pois patrocinado por advogado indicado pela reclamada. Nesse sentir, persistentes os defeitos que prejudicam a validade do negócio jurídico e impedem que a vontade seja declarada livre e de boa-

fé, impõe-se o corte rescisório. Recurso ordinário conhecido e provido, para julgar procedente a ação rescisória (TST-RO-5472-83.2015.5.09.0000, SBDI-2, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ 28.4.2017).

Com assistência jurídica, ao redigirem o acordo as partes deverão estabelecer e especificar todas as suas bases (CLT, 846, § 1º – aplicação analógica), como:

- a) o valor;
- b) o prazo para o cumprimento, se o pagamento não for à vista;
- c) as garantias — se assim convencionarem;
- d) a forma de pagamento — em dinheiro, depósito, cheque *etc.*;
- e) o local do pagamento;
- f) as consequências da mora — se assim desejarem (CC, 408 e 847). Como o acordo é pré-processual, não há espaço à aplicação da regra do art. 846, § 2º, da CLT, restringindo-se o montante da cláusula penal ao valor da obrigação principal (CC, 412);
- g) a natureza jurídica das parcelas quitadas no acordo (CLT, 832, § 3º), diante da possibilidade de incidência de contribuição previdenciária (CF, 114, VIII; Súmula TST n. 368, I).

4.4. Efeitos do acordo extrajudicial

No direito:

a) *civil* — o acordo extrajudicial produz seus efeitos automaticamente. Por isso, eventual homologação judicial apenas a ele agrega a condição de título executivo judicial (CPC, 515, III; e 725, VIII);

Ressalte-se que na vigência do CPC-1973, apesar do disposto no art. 475-N, V (*constitui título executivo judicial o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente*), e do art. 57 da Lei n. 9.099/1995 (*o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial*), que sugeriam haver um direito à homologação de acordos extrajudiciais, a 3ª Turma do STJ o negou, utilizando-se dos seguinte fundamentos:

6. É necessário romper com a ideia de que todas as lides devem passar pela chancela do Poder Judiciário, ainda que solucionadas extrajudicialmente. Deve-se valorizar a eficácia dos documentos produzidos pelas partes, fortalecendo-se a negociação, sem que seja necessário, sempre e para tudo, uma chancela judicial. 7. A evolução geral do direito, num panorama mundial, caminha nesse sentido. (...). 8. Ao homologar acordos extrajudiciais, o Poder Judiciário promove meramente um juízo de delibação sobre a causa. Equiparar tal juízo, do ponto de vista substancial, a uma sentença judicial seria algo utópico e pouco conveniente. Atribuir eficácia de coisa julgada a tal atividade implicaria conferir um definitivo e real a um juízo meramente sumário, quando não, muitas vezes, ficto. Admitir que o judiciário seja utilizado para esse fim é diminuir-lhe a importância, é equipará-lo a um mero cartório, função para a qual ele não foi concebido (STJ-REsp-1184151/MS, 3ª T., Red. Min. Nancy Andrigli, DJ 09.02.2012).

b) *do trabalho* — os efeitos do acordo extrajudicial permanecem latentes e somente são liberados com a homologação judicial. Esse parece ser o escopo objetivo da norma. Do contrário, nada justificaria a inclusão, no Título X da CLT, do Capítulo III-A, regulando com diversas regras (CLT, 855-B a 855-E) o *processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial*.

4.4.1. Efeitos objetivos

Os principais efeitos objetivos que o acordo extrajudicial homologado irradia são:

a) a “extinção da relação jurídica controvertida, pela eliminação da sua incerteza. Produz a extinção das obrigações decorrentes da *res dubia*, e declara ou reconhece direitos” (GOMES, 1990, p. 501), como, aliás, expressa o art. 843, parte final;

b) a incorporação do negócio jurídico à decisão judicial, que terá *status* de título executivo judicial (CPC, 515, III).

4.4.2. Efeito subjetivo

O principal efeito objetivo que o acordo extrajudicial homologado irradia é a *limitação* da extinção da relação jurídica controvertida *exclusivamente entre os transatores*, uma vez que ninguém “possui o direito de penetrar no âmbito da liberdade alheira, firmando contratos desautorizadamente em seu nome” (PAULO NADER, 2005, v. 3, p. 533).

A transação, por isso, não aproveita nem prejudica terceiros (*res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*), ainda que diga respeito a coisa indivisível (CC, 844). Em outras palavras: “a transação é válida *inter partes*, e somente entre elas produz seus efeitos” (GONÇALVES, 2004, v. III, p. 549).

Há três exceções, porém, à eficácia da transação somente entre os transatores. Se o acordo for concluído:

a) *entre o credor e o devedor* — desobrigará o fiador (CC, 844, § 1º). Essa regra, levada para o direito do trabalho, importa na desoneração do responsável secundário (subsidiário) pela obrigação assumida em acordo extrajudicial realizado, sem a sua participação, entre o credor e o devedor. Em outras palavras: a relação obrigacional controvertida ficará extinta, extinguindo-se com ela a garantia (acessório);

b) *entre um dos credores solidários e o devedor* — extinguirá a obrigação deste para com os outros credores (CC, 844, § 2º). Trata-se de um dos efeitos da solidariedade ativa;

c) *entre um dos devedores solidários e seu credor* — extinguirá a dívida em relação aos co-devedores (CC, 844, § 3º). Trata-se de um dos efeitos da solidariedade ativa.

Essas duas últimas exceções são explicadas com precisão por Gonçalves. *In litteris*:

O que caracteriza a solidariedade ativa é o fato de cada credor ter direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação ‘*por inteiro*’ (CC, art. 267); e a solidariedade passiva,

o de o credor ter direito a receber de um, de um ou de alguns dos devedores, também a dívida inteira (CC, art. 275). Portanto, na relação entre os devedores solidários e o credor, cada um daqueles responde pela dívida toda. Por conseguinte, a transação realizada com um só credor solidário, na solidariedade ativa, e com um só devedor solidário, na solidariedade passiva, envolve a dívida inteira, e não a quota de cada um. Como a transação tem efeitos liberatórios do pagamento, por ela ficam exonerados os demais, que não participaram do acordo (GONÇALVES, 2004, v. III, p. 550).

4.4. Interpretação

A transação deve ser interpretada restritivamente (CC, 843), uma vez que o negócio jurídico estabelecido entre as partes exige concessões mútuas. É legítimo pressupor, então, que o negociante age da forma menos onerosa possível em relação a seus direitos. “Na dúvida sobre se determinado bem fez parte do acordo, ou se foram convencionados juros, por exemplo, devem eles ser excluídos, pois só pode ser considerado o que foi expressamente mencionado” (GONÇALVES, 2004, v. III, p. 546).

5. REGRAS PROCEDIMENTAIS

A Lei n. 13.467/2017, de modo pouco técnico, ditou regras, que tentaremos complementar para estabelecer um roteiro do arco procedimental, com a interpolação de alguns temas materiais e processuais.

5.1. Pedido de homologação do acordo — *petição escrita e conjunta*

Realizado o acordo extrajudicialmente, deverá ele ser redigido e assinado. Em seguida, as partes deverão dirigir petição para uma Vara do Trabalho (sujeita à distribuição nas localidades com mais de uma dessas unidades jurisdicionais), com pedido de homologação do acordo.

A petição deverá ser:

a) *conjunta* (CLT, 855-B, *caput*);

b) *firmada pelos procuradores das partes* (CLT, 855-B, *caput*, e §§ 1º e 2º). Como alertado em item precedente, é possível às partes fazerem-se representar por procurador comum (*supra*, n. 4.3). Não há, nesse caso, risco de tipificação de tergiversação (CP, 355), uma vez que essa figura penal pressupõe comportamento doloso em que o advogado, na mesma demanda, simultânea ou sucessivamente patrocine interesses de partes adversárias. Pressupõe, portanto, conflito de interesses entre as partes;

b) *instrumentalizada (instruída) com o acordo*.

5.2. *Suspensão e retomada da contagem do prazo prescricional*

Segundo disposição legal, “a petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados” (CLT, 855-E), que “voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo” (CLT, 855-E, parágrafo único).

Referida norma possui impropriedades técnicas imperdoáveis:

— o ato que tem capacidade para suspender o prazo prescricional não é a *petição de homologação* de acordo extrajudicial, mas o seu ajuizamento. Vale dizer: a sua apresentação formal em juízo;

— o que o ajuizamento da petição com pedido de homologação de acordo extrajudicial suspende não é o *prazo prescricional da ação*, mas a contagem do prazo prescricional da pretensão (CC, 189).

Adequado o texto legal à técnica, façamos, então, a sua análise.

Ajuizada a petição com pedido de homologação de acordo extrajudicial suspende-se (automaticamente) a contagem do prazo prescricional da pretensão. A regra é similar à do art. 625-G da CLT. A suspensão da contagem do prazo:

a) ocorre para o que (impropriamente) denominamos de prescrição biennial e prescrição quinquenal;

b) perdura por tempo não quantificado e cessa, unicamente, se for indeferido o pedido de homologação do acordo. Homologado este, desaparece a pretensão e, por conseguinte, o prazo destinado à sua dedução em juízo.

5.3. *Prazo destinado à análise do acordo*

Segundo a disciplina legal, “no prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença” (CLT, 855-D).

O escopo objetivo da norma é o de que, em 15 dias contados da data do ajuizamento da petição, o juiz decida sobre o pedido de homologação do acordo extrajudicial. Se o juiz entender que há necessidade de esclarecimentos ou de que o acordo padece de algum vício que pode ser corrigido, deverá designar audiência, que se realizará dentro do interregno de 15 dias.

O prazo de 15 dias, entretanto, não é preclusivo. Em outras palavras: trata-se de prazo impróprio, cujo descumprimento não produz consequências processuais. A demora excessiva na apreciação do pedido, entretanto, traduz descumprimento de dever legal e conspira contra os interesses das partes que podem, diante da omissão na prática do ato, lançar mão de mandado de segurança com a finalidade de obter decisão mandamental que imponha a análise do pedido (Lei n. 12.016/2009, 1º).

5.4. Desistência unilateral

No direito civil a transação é irretratável unilateralmente, sendo essa uma consequência natural da bilateralidade dos negócios jurídicos.

No direito do trabalho, entretanto, porque os efeitos da transação extrajudicial permanecem latentes e somente são liberados com a homologação judicial, enquanto não for proferida a referida decisão, qualquer uma das partes poderá se retratar, livremente desistindo do pedido de homologação do acordo. A desistência, no caso, é unilateral (independentemente de consentimento da outra) e produz efeitos imediatamente.

6. DECISÃO

Como ressalta Araken de Assis, lembrando lição de José Frederico Marques, a “administração dos interesses privados pela autoridade judiciária implica ‘reconhecer, verificar, autorizar, aprovar, constituir ou modificar situações jurídicas’” (ASSIS, 2015, v. 1, p. 581). Nela há, portanto, decisão.

Não é necessário frisar, mas o fazemos mesmo assim, que tanto a decisão que homologa como a que nega o pedido de homologação de um acordo extrajudicial têm de ser fundamentadas (CF, 93, IX):

O dever do juiz será o de motivar a decisão que rejeite ou acate o pedido de homologação, uma vez que o julgador tem o poder-dever de prevenir simulação, colusão, e outras situações que possam configurar fraude à legislação trabalhista, e até mesmo, situações de extremo desequilíbrio entre as partes, devido à hipossuficiência do empregado (TST-AIRR-10764-70.2014.5.15.0015, 3ª T., Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DJ 29.5.2015).

6.1. Direito à homologação

Segundo a Súmula TST n. 418, a “homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança”.

Somente se pode considerar uma faculdade do juiz a homologação de acordo se o ato for encarado como administrativo, em que prevalece a discricionariedade, fundada na conveniência e na oportunidade que, ainda assim, têm de ser explicitadas (CF, 93, IX), como imperativo do Estado Constitucional Democrático.

Como vimos acima:

a) *há limites para o acordo extrajudicial trabalhista (supra, n. 4.2).* O magistrado, assim, não se limitará a analisar apenas *a exterioridade (a regularidade extrínseca)*. Incursionará, também, ainda que superficialmente, sobre *a substância*. Decidirá, então, sobre a validade externa e interna do acordo. Não há, desse modo, por incompatibilidade com essa dinâmica, aplicação da regra do art. 723, parágrafo único, do CPC, que dispõe que o “juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”;

b) *a intervenção do Poder Judiciário na autonomia privada para tutela de interesses privados possui natureza jurisdicional*. O magistrado, portanto, não é detentor de faculdades (a não ser por anomalia do sistema), mas, apenas, de poderes e deveres. Como ressalta Dinamarco,

“A ordem jurídico-processual não outorga *faculdades nem ônus ao juiz*. Aquelas têm por premissa a disponibilidade de bens ou de situações jurídicas e, daí, serem conceituadas como liberdade de conduta: cada qual age ou omite-se segundo sua vontade e sua própria escolha, tendo em vista o resultado que mais lhe agrada. Mas o juiz não está no processo para gestão de seus próprios interesses, senão para regular os de outrem, ou seja, das partes. Não tem disponibilidade alguma sobre esses interesses, que não são seus, nem sobre as situações jurídico-processuais ocupadas por elas. Todos os *poderes* que a lei lhe outorga são acompanhados do *dever* de exercê-los. (...). Geralmente, só *uma* decisão é legítima e as demais viriam a contrariar direitos e garantias dos sujeitos litigantes. (...) Se não tem faculdades processuais, o juiz também não pode ter ônus. Só está sujeito a estes aquele que tem a ganhar ou a perder, pelo exercício da faculdade ou pela omissão em exercê-la. O Estado-juiz nada ganha e nada perde no processo, conforme o resultado da causa. Os interesses postos sob seu zelo e tutela não são seus, mas das partes” (DINAMARCO, 2001, v. II, p. 208-9).

Se o juiz não possui faculdade, cabe-lhe recusar a homologação de acordo extrajudicial somente se evidenciar a presença de vícios, resguardando, assim, o cumprimento de normas de ordem pública. Não havendo causa legítima, entretanto, a recusa à homologação de acordo extrajudicial será ilegal, uma vez que haverá negativa de tutela de interesse privado prometido pela norma legal.

6.2. Indeferimento do pedido de homologação do acordo extrajudicial

A decisão que indefere o pedido de homologação de acordo extrajudicial possui aptidão, segundo a sugestão do art. 855-E, parágrafo único, da CLT para produzir a coisa julgada formal.

O trânsito em julgado, diversamente do que ocorre na hipótese de deferimento do pedido de homologação (*infra*, n. 6.3), não é imediato (instantâneo; contemporâneo à decisão). Havendo um direito (negado) à homologação (diante da inexistência de vício no negócio jurídico), poderá qualquer uma das partes interpor recurso ordinário (CLT, 895, I).

6.3. Deferimento do pedido de homologação do acordo extrajudicial

A decisão que defere o pedido de homologação de acordo extrajudicial possui aptidão, segundo aplicação analógica do art. 831, parágrafo único, da CLT e das Súmulas TST ns. 100 e 269, para produzir a coisa julgada material.

O trânsito em julgado, diversamente do que ocorre na hipótese de indeferimento do pedido de homologação (*supra*, n. 6.2), é imediato (instantâneo; contemporâneo à decisão), uma vez que as partes não têm interesse em impugnar a decisão que atendeu ao pedido por elas formulado em conjunto (CLT, 855-B, *caput*). Como corolário, referida decisão é irrecurável (Súmula TST n. 100, V, *primeira parte*, por aplicação analógica) e somente

pode ser desconstituída por meio de ação rescisória (Súmula TST n. 259, por aplicação analógica).

6.4. União — recorribilidade e coisa julgada

A irrecorribilidade da decisão que homologa acordo extrajudicial e o trânsito em julgado material imediato são efeitos que não atingem a União, que pode interpor recurso (CLT, 832, §§ 4º e 5º, por aplicação analógica).

6.5. Custas processuais

As custas processuais:

a) serão de valor equivalente a 2% do montante do acordo, observados os limites mínimo e máximo (CLT, 789, *caput* e I);

b) serão pagas pela parte que por elas houver se responsabilizado. Não havendo pacto a esse respeito, as custas processuais serão quitadas em partes iguais (CLT, 789, § 3º), ficando dispensado da sua parte aquele que for beneficiário da justiça gratuita (CLT, 790-A).

7. NULIDADE

A nulidade de qualquer cláusula da transação acarreta a nulidade da transação (CC, 848, *caput*). Essa *indivisibilidade* decorre da premissa de que houve “concessões recíprocas, não sendo justo que, sendo nula uma, prevaleça a outra” (GONÇALVES, 2004, v. III, p. 546). A indivisibilidade (*negociação jurídico uno*), portanto, é da essência da transação.

Se, porém, a transação abranger diversos direitos independentes entre si, a indivisibilidade recairá sobre cada direito, de modo que a nulidade ficará restrita ao objeto nulo.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora tenhamos tentado sistematizar dogmaticamente (observadas as particularidades do direito material) o instituto da homologação de acordo extrajudicial inserido no direito processual pela Lei n. 13.467/2017, ainda haverá muita discussão e controvérsias, que, ao final, serão solucionadas pela jurisprudência.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: RT, 2015, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. III.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil – contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1996, Tomo XXV.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. II.

ZULIANI, Ênio. *Transação*, Rio de Janeiro: Seleções Jurídicas, 2001.

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA QUANTO À CONCESSÃO DO PERÍODO DE LICENÇA MATERNIDADE/PATERNIDADE

FrancyanneLoubet Costa²⁵

Héverton da Silva Emiliano Schorro²⁶

RESUMO: O presente artigo busca primordialmente evidenciar a discrepância apresentada entre os benefícios concedidos a título de licença maternidade e licença paternidade em consonância com o presente cenário social em que vivemos. Inicialmente, irá expor as garantias já existentes no atual ordenamento jurídico. Após, fará análise dos preceitos constitucionais que visam à proteção familiar, bem como da igualdade de gêneros. Da mesma maneira, buscará demonstrar a necessidade da equiparação de tais garantias visando o protecionismo à maternidade, à paternidade e ao desenvolvimento do infante.

PALAVRAS CHAVE: Licença maternidade; Licença paternidade; Licença homoafetiva; Igualdade de gêneros; Equiparação de direitos.

INTRODUÇÃO

A licença maternidade e a licença paternidade são direitos garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, a todos os trabalhadores.

Tais garantias estão ligadas ao protecionismo familiar, sendo o prazo estabelecido em 120 (cento e vinte) dias e 05 (cinco) dias respectivamente. Contudo, o lapso temporal citado não é taxativo, vez que encontramos diversas regulamentações inerentes às situações específicas.

De antemão, verifica-se uma disparidade enorme inerente a tais benefícios com relação aos gêneros, assim vemos a norma citada em confronto com o princípio basilar constitucional qual seja, o da isonomia.

Além disto, a Constituição Federal dispõe no Art. 229 o dever de ambos os pais assistirem, criarem e educarem seus filhos, assim o prazo de afastamento do genitor pode ser considerado irrisório, vez que não permite o convívio propício para cumprir os devidos preceitos.

²⁵ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Anhaguera UNIDERP. Email: fran.loubetc@gmail.com.

²⁶ Bacharel em direito, Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil, Pós Graduado em Direito Tributário, Mestrando em Direitos Humanos, Advogado e Professor Universitário. Email: heverton@dbssociados.com.br

Logo, o presente artigo buscará enfatizar as principais diferenças desmedidas encontradas, tal como evidenciará as mudanças que se fazem necessárias ante o atual cenário social que vivemos.

LICENÇA MATERNIDADE

O trabalho da mulher começou a ser regulamentado no ano de 1.932, através do Decreto Lei nº 21.417, sendo que tal dispositivo trouxe em seu artigo 7º a proibição expressa do trabalho da mulher grávida durante o período de 04 semanas antes e 04 semanas após o parto, tanto em estabelecimentos comerciais quanto industriais, públicos ou privados.

Similarmente, garantia o direito às mulheres de romper o compromisso de qualquer contrato de trabalho, desde que comprovado que sua atividade seria prejudicial à gestação, bem como assegurava auxílio correspondente a média de seus últimos 06 soldos durante o período em que necessitasse se manter afastada.

Contudo, o período de afastamento da mulher trabalhadora gestante a título de “licença maternidade” somente foi criado pela Constituição Federal de 1934, a qual estabelecia o período de oitenta e quatro dias de afastamento para mulheres antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego. Tal período foi estendido com advento da Constituição Federal de 1988, a qual passou a dispor em seu artigo 7º, inciso XVIII: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” (BRASIL, 1988).”

Atualmente, a Consolidação das Leis Trabalhistas disciplina todas as relações ligadas à proteção do trabalho da mulher. O referido diploma normativo trouxe em seu corpo uma seção específica ligada a proteção à maternidade, ampliando e estabelecendo diversos direitos e deveres inerentes a trabalhadora grávida.

À luz da redação do Art. 395 da Consolidação das Leis Trabalhistas verificamos que o legislador concedeu a mulher repouso remunerado de duas semanas, sem prejuízo da remuneração e função que ocupava em caso de aborto não criminoso comprovado por atestado médico.

Cumpre salientar, que se entende por aborto não criminoso aquele decorrente de situações patológicas da mãe ou do feto, ou aquele provocado nos casos previstos e defesos em lei.

Já nos casos de natimorto, ser humano que nasce sem vida ou falece em decorrência do parto, é garantido à mãe gozo da licença maternidade pelo prazo de 120 dias estabelecido no Artigo 392 da CLT, haja vista que tal direito não está condicionado ao nascimento com vida do bebê.

O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. (BARROS, 2016, p.715)

Isto posto, o referido direito está intimamente ligado à proteção da maternidade aliada ao resguardo familiar. Tal benefício proporciona não somente à mãe biológica o lapso necessário para recuperação física e psíquica após o parto, mas de igual modo, confere a ela a oportunidade da construção de laços afetivos com sua prole.

Em tal contexto, a gestante conta com outra garantia expressa em lei, qual seja, a estabilidade provisória concedida à genitora desde o período de descoberta da gravidez até cinco meses após o parto. Tal estabilidade está descrita no artigo 10, inciso II, alínea “b” dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

O aludido artigo veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, novamente com intuito de protecionismo maternal, assim passa a certificar que a mulher consiga se reestabelecer no estado puerperal, do mesmo modo que, visa garantir que a criança recentemente nascida tenha a oportunidade de receber os cuidados devidos e necessários.

Importa ressaltar que, conforme disposto na Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho a insciência do empregador ao estado gravídico da empregada não afasta os efeitos da estabilidade. Assim como, aquelas contratada por tempo determinado, como nos contratos de experiência, gozam igualmente de tais direitos.

LICENÇA PATERNIDADE

A licença paternidade foi inserida em nosso ordenamento jurídico com a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1.943, a qual trouxe em seu Art. 473, inciso III que o empregado poderá, sem prejuízo do salário, deixar de comparecer ao serviço em caso de nascimento de filho, um dia durante a primeira semana de vida do recém-nascido.

O escopo de tal benefício se dava para garantir que o pai realizasse o registro civil da criança, vez que a mãe estaria impossibilitada de exercê-lo em decorrência da necessidade de se manter em repouso ante o ato de dar à luz.

Posteriormente a Constituição Federal de 1988 ratificou em seu Art. 7, inciso XIX o direito a todos os trabalhadores urbanos e rurais a concessão da licença paternidade e trouxe no Art. 10 parágrafo primeiro do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) a ampliação do prazo estabelecido para cinco dias, até que lei subsecutiva venha disciplinar o artigo antecedente citado.

Assim, verificamos que o prazo exíguo garantido em lei não permite que o pai participe de forma ativa da vida da criança em seus primeiros meses, presença que em suma é essencial para o desenvolvimento da unidade familiar.

Entretanto o legislador trouxe no Art.392-B a possibilidade de o pai gozar do benefício concedido a título de licença maternidade, pelo período de cento e vinte dias ou pelo lapso temporal restante, nos casos em que a genitora vem a falecer durante ou após o parto. Contudo, tal prerrogativa não permanece nos casos de abandono ou falecimento do filho. O intuito de tal concessão fora à necessidade de amparo que a criança recém-nascida necessita na ausência da figura materna.

Por analogia ao supracitado, acerca de 05 anos atrás foi noticiado à concessão de licença paternidade ao pai solteiro. No contexto analisado, o casal foi surpreendido com a descoberta de uma gestação indesejada posteriormente ao término do relacionamento. Após o nascimento da criança, a genitora não desejou amamentar ou ver o recém-nascido, ficando tais cuidados a encargo do genitor. Assim, o mesmo se viu na necessidade de requerer afastamento do emprego pelo tempo que seria ofertado à mãe, sendo concedido pelo magistrado a licença paternidade pelo período de 120 dias, prorrogáveis por 180 dias, em atenção a isonomia e primordialmente a proteção da criança.²⁷

Ao contrário do que se verifica quando falamos de proteção à maternidade, a Consolidação das Leis Trabalhistas não trouxe artigos ou capítulos próprios garantindo a proteção à paternidade.

²⁷ JUSTIÇA FEDERAL TRF 3ª REGIÃO. **Juizado Especial de Campinas concede salário paternidade.** Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/277089>. Acesso em 07 de setembro de 2017.

Em que pese à garantia de estabilidade cedida à genitora, ao analisarmos tal prerrogativa em relação do cônjuge ou companheiro da mesma, encontramos uma discrepância desmedida, vez que tal direito não se estende aos supraditos.

Na atualidade a figura paterna conta com a ausência de tal proteção, sendo assim pode a qualquer momento ser desligado de suas atividades.

Hoje, possuímos o Projeto de Lei nº 5.936/2009 a ser aprovado, que visa alterar a redação da Consolidação das Leis Trabalhistas para impedir a dispensa arbitrária ou sem justa causa do genitor, nos casos em que gestante não goze de tal benefício.

Igualmente foi apresentado pelo senador Telmário Mota a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 49/2016) para que o trabalhador adotante possua igual direito à estabilidade provisória garantida a mulher.

Atualmente a omissão do poder legislativo em relação a tal assunto possibilita que a família fique desamparada, vez que a principal característica da atividade laboral é a subsistência familiar.

PROGRAMA EMPRESA CIDADÃ

A Lei nº 11.770/08 constituiu o Programa Empresa Cidadã que foi regulamentado pelo Decreto Lei nº 7.052/09, inicialmente foi destinado à prorrogação da licença maternidade prevista na Constituição Federal, mediante incentivo fiscal.

A princípio, a lei foi atribuída somente às empregadas mulheres trabalhadoras de pessoas jurídicas que aderissem ao programa. Como requisitos, deveriam requerer a prorrogação do prazo de 60 (sessenta) dias, até o final do primeiro mês após o parto.

Para as empregadas de pessoa jurídica que adotarem ou obtiverem guarda judicial, fora concedido prazo dispar, sendo possível o afastamento por 60 (sessenta) dias de prorrogação quando se tratar de criança até um ano de idade, 30 (trinta dias) para crianças de um a quatro anos completos e por 15 (quinze) dias quando se tratar de crianças de quatro anos até completar oito anos de idade.

Entretanto, em março de 2016 foi promulgada a Lei 13.257/16 estabelecendo princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância, a referida lei alterou importantes dispositivos do nosso ordenamento jurídico, entre eles o Art. 1º da Lei 11.770/08 que passou a destinar também a prorrogação de 15 (quinze) dias a duração da licença paternidade.

Assim, atualmente, o programa empresa cidadã possibilita tanto a protelação da licença maternidade nos moldes supracitados, quanto à prorrogação da licença paternidade somando a 20 (vinte) dias, desde que o empregado faça requerimento no prazo de 02 dias após o parto e comprove a participação em programa ou atividade de orientações sobre a paternidade responsável.

LICENÇA CONCEDIDA EM UNIÃO HOMOAFETIVA

A união homoafetiva constitui-se com a relação entre casais que possuem sexo em comum. A Resolução nº 175 de 14 de Maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça resolveu que é vedado às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Atualmente as relações vêm se tornando cada vez mais dinâmicas, tomando uma nova roupagem, na qual os referidos casais ao se relacionarem desejam constituir família e terem filhos, assim se socorrem aos mais variados recursos, tais como a adoção ou inseminação.

Ocorre que, atualmente inexistente em nosso ordenamento jurídico norma específica para a concessão de licença maternidade ou paternidade aos casais homoafetivos.

Em sede de decisões, eventualmente é utilizado por analogia o benefício concedido à mulher, bem como casualmente é empregada às jurisprudências que possuímos acerca do assunto, as quais são baseadas nos usos e costumes. Contudo, como é inerente ao magistrado a livre convicção, ante a ausência de legislação não possuímos uma parametrização para resolução de tais conflitos.

DA ADOÇÃO

A adoção é ato jurídico por meio do qual uma pessoa alheia à família se torna filho equiparado em direitos e deveres, independentemente de questões sanguíneas.

Outrora o ato de adotar, possuía tão somente o objetivo de fornecer aos pais, que possuísem impedimentos biológicos de gerar vida, a oportunidade de constituir família. Atualmente, tal prática ultrapassa os liames da necessidade, se tornou um ato de amor, zelo e afeto o qual visa primordialmente atender as necessidades da criança ou adolescente candidato a adoção.

No tocante a concessão de licença maternidade concedida a mulheres adotantes, em 2002 a Lei nº 10.421 estendeu à mãe adotiva o direito a licença maternidade e ao salário

maternidade, incluindo o Art. 392-A a CLT o qual a princípio dispunha prazos diferenciados de acordo com a idade da criança adotada, vejamos:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º.

§ 1ª No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardião. (BRASIL, 1943)

Todavia, a distinção de período concedido de acordo com a idade da criança adotada desencadeou diversas críticas e ensejou numerosos processos, que em sua grande maioria encontraram fundamento no artigo 277 §6 da Constituição Federal o qual determina que os filhos, havidos da relação matrimonial ou por meio da adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer discriminações relativas à filiação. Assim, a Lei 12.010/2009 revogou o referido artigo, estabelecendo o mesmo prazo do Art. 392 à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial.

Tal revogação fez-se necessária, vez que a diferenciação de prazos para afastamento da mãe mediante a idade do adotado afronta diretamente dispositivo constituído em nossa carta magna que proíbe expressamente diferenciação de qualquer natureza, bem como vale salientar que a criança adotada carece de cautelas relacionadas principalmente à adaptação em um novo lar.

No tocante ao genitor novamente a desigualdade perdura, pois ainda hoje não temos na legislação dispositivo garantindo que o pai adotante empregado privado tenha direito à licença paternidade, seja para cumprir com as obrigações cíveis ou que permita a proximidade do pai quando o adotado necessita ser inserido no novo seio familiar.

Apenas encontramos tal disposição no que tange aos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, vez que a Lei 8.112/90 que rege seus regimes jurídicos, traz na redação do Art. 208 a garantia ao servidor à licença paternidade pelo nascimento ou adoção de filhos.

O instituto da adoção é regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que em seu Art. 41 assegura ao adotado os mesmos direitos e deveres do filho natural, similarmente encontramos na Constituição Federal dispositivo que proíbe expressamente distinção entre filhos perfilhados e biológicos.

Por tanto, como entendemos que direito a licença paternidade também se estende ao direito da criança ante a garantia de subsistência, em analogia a regulamentação dos servidores públicos, vemos a necessidade de tal benefício se estender ao pai adotante empregado no setor privado.

Ademais, devemos considerar que o conceito de família vem sofrendo alterações consideráveis, assim, temos diversos casos em que fora reconhecido a união entre pessoas do mesmo sexo, as quais, como já citado anteriormente, possuem da mesma maneira o desejo de ter filhos.

Vale ressaltar novamente, que a respeito de tal assunto, encontramos apenas no parágrafo 5º do Art. 392-A a concessão de licença maternidade exclusivamente a um dos adotantes ou guardiões.

Então, quando falamos de casais formados por duas mulheres, temos a licença maternidade pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias prorrogáveis até 180 (cento e oitenta) dias, concedida somente à gestante ou adotante, mas não às duas. Diante de casais formados por dois homens, utiliza-se a concessão da licença paternidade a um dos adotantes pelo prazo de 05 (cinco) dias prorrogáveis até 20 (vinte) dias, o que resulta em uma disparidade.

Nessas circunstâncias, encontramos a principal complicação, vez que o prazo de afastamento concedido ao adotante do sexo masculino é irrisório para adaptação, inserção e convívio com a criança ou adolescente.

No momento atual, vemos singulares acontecimentos onde é concedido ao homem o período de até 120 (cento e vinte) dias de licença maternidade, porém, tais decisões ficam vinculadas ao convencimento do julgador, não advindo diretamente da norma.

Assim, o lapso temporal concedido ao homem heterossexual ou homossexual fere diretamente os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como afronta o dispositivo constitucional que visa tratamento isonômico a todos os gêneros.

EQUIPARAÇÃO DE DIREITOS

A Constituição Federal da República promulgada no ano de 1.988 é a lei máxima no ordenamento jurídico brasileiro, instituindo direitos e deveres inerentes aos cidadãos. Em seu art. 5º, temos que todos os indivíduos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e expressamente no inciso I iguala os homens e as mulheres em direitos e obrigações em todos os termos da referida constituição.

O Brasil atualmente é intitulado como um país democrático de direito, tendo como princípio basilar o da isonomia. Tal princípio atualmente representa a democracia, garante a todos os indivíduos tratamento igualitário, assim é vedado aos legisladores criar ou editar leis que promova a distinção entre quaisquer pessoas.

Semelhantemente, a Declaração Universal de Direitos Humanos adotada em 1948 pela Organização das Nações Unidas delineia todos os direitos básicos humanos, e logo em seus primeiros artigos precisa que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza.

Assim, após pormenorizarmos os institutos da licença maternidade e licença paternidade nos deparamos com uma cultura arcaica, na qual a figura do pai deve laborar para suportar o sustento da família, enquanto a mãe promove o cuidado das crianças.

A desproporção descomunal em relação aos gêneros afronta diretamente todos os estatutos supracitados, bem como acarreta uma série de prejuízos para a inserção da mulher ao mercado de trabalho, vez que o ônus suportado pelo empregador difere de maneira considerável.

Também não permite que o pai se faça presente da maneira adequada nos primeiros desenvolvimentos de seus filhos. Sendo assim, não pairam dúvidas quanto à necessidade de equiparação entre os benefícios sobreditos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme fora exposto, é cediço que a concessão da licença maternidade se dá em decorrência da necessidade biológica de recuperação física da mulher após o parto, contudo o

período de afastamento principalmente faz-se necessário em decorrência da necessidade do nascituro ou do adotado de cuidados essenciais.

Entretanto, o dever de prestar os cuidados necessários à criança deve de igual forma ser responsabilidade do pai. A disparidade entre os prazos de 120 (cento e vinte) a 180 (cento e oitenta dias) e 05 (cinco) a 20 (vinte) dias de afastamento concedido para a mulher e o homem respectivamente, pautado no conceito retrógrado de que o homem deve ser o provedor do sustento da família, fere o direito à igualdade garantido constitucionalmente.

Ademais a Constituição Federal garante proteção especial à família, logo a ausência de regulamentação para conceder o benefício da licença ao pai adotante empregado privado não cumpre o objetivo da adoção, qual seja proteger o menor desamparado inserindo-o em uma família substituta, bem com a ausência de estabilidade ao genitor ou adotante permite que o instituto da família fique a deriva.

De igual forma, constata-se que a família atual vem sofrendo mutações constantes, assim diante do cenário em que vivemos faz-se necessário que o poder legislativo edite normas a fim de regulamentar e parametrizar o direito concernente aos casais homoafetivos.

A ampliação do benefício da licença paternidade a fim de equiparar ao da licença maternidade permitirá a repartição de direito e deveres inerentes aos genitores para com o infante, bem como incentivará e desenvolverá as políticas públicas voltadas ao protecionismo da criança.

Em suma, a legislação colocada em ênfase no presente artigo, no tocante aos benefícios concedidos não cumpre com o dever social idealizado. Assim, nosso ordenamento jurídico deve ser levado à reestruturação para que atenda os anseios atuais, decorrentes da nova roupagem da família brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10ª Edição. São Paulo. LTr, 2016.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Aprovada pelo Decreto Lei nº 5.452 de 1 de maio de 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10421.htm#art1. Acesso em: 24 de agosto de 2017.
- BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 26 de agosto de 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5936/2009. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=685964&filenam e=PL+5936/2009. Acesso em: 26 de agosto de 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição – PEC -49. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127101>. Acesso em: 27 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei 11.770, de 09 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm. Acesso em: 28 de agosto de 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 31ª Edição. São Paulo. Atlas, 2015.

O JUS POSTULANDI E A ADVOCACIA TRABALHISTA:

A importância do Advogado no Judiciário Trabalhista

Thiago Mackenna Dipe²⁸

e-mail: thiagodipeadv@gmail.com

RESUMO

Neste artigo tivemos por desígnio, contudo, sem exaurir o tema, analisar o desenvolvimento do processo trabalhista no Brasil, a origem do nosso Judiciário Trabalhista, o surgimento do princípio do *jus postulandi* e a importante atuação do advogado nesta esfera especializada, tendo em vista que a Carta Magna o define como indispensável à administração da Justiça. Para tanto, desenvolvemos uma pesquisa qualitativa, descritiva e bibliográfica. Dessa forma, entre os resultados alcançados, conseguimos identificar algumas correntes doutrinárias que posicionam-se a favor ou contra do *jus postulandi*, que, de forma a determinar o acesso aos órgãos do Judiciário Brasileiro e obstar a verba remuneratória do advogado nesta esfera do judiciário brasileiro. Apresentamos neste artigo meios para delimitar a importância do advogado trabalhista, sua atuação, sendo indispensável à Justiça, e ainda, sua “remuneração” diante das inúmeras controvérsias que afrontam a verba honoraria na esfera do judiciário trabalhista.

Palavras-chave: Jus Postulandi; Advocacia Trabalhista; Justiça do Trabalho.

INTRODUÇÃO

O advogado é indispensável a administração da Justiça, e ainda, tem grande relevância à sociedade moderna, nesse contexto, devemos entender “justiça” como objetivo e, não como o acesso aos órgãos do Judiciário.

Entretanto, à Justiça, ressalta-se ao contexto à expressa conformidade dos fatos com o direito, o reconhecimento do mérito. Assim, o termo do acesso ao órgão Judiciário, definimos pelo poder jurisdicional do qual o Estado é detentor, onde sua inercia termina quando acionado por um interessado, que desse modo, busca à objetivada resolução de uma lide na sociedade contemporânea.

Nesse liame, conforme análise do desenvolvimento do processo *juslaboral* no Brasil, com a criação do Judiciário Trabalhista, e o surgimento do *jus postulandi*, existe a importante atuação do advogado nesta esfera especializada.

²⁸ Aluno do curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Universidade Estácio de Sá. Artigo realizado sob orientação da Prof.^a Erika Gelenske.

Isto posto, devemos confrontar a importante presença do advogado com o instituto do *jus postulandi*, onde o primeiro possui uma presença singular e fundamental no rito processual de qualquer esfera do judiciário, isso porque diante da complexidade técnica e de difícil domínio, a falta de um profissional especializado compromete o acesso ao nosso objetivo, “Justiça”. Contudo, o princípio do *jus postulandi*, consiste na auto-representação, pelo empregado ou empregador, na esfera trabalhista, para defender seus interesses pessoalmente sem a necessidade da presença de um advogado, e, cabe ressaltar que a atuação advogado é indispensável a administração da Justiça.

Contudo, nesse contexto, conforme o entendimento de correntes doutrinárias, o instituto do *jus postulandi*, herança do primórdio administrativo da justiça trabalhista, é defendido por aqueles que sabem que o acesso ao Poder Judiciário não é a mesma coisa que o acesso à Justiça, aquela qual ter-se-ia por objetivo ao “movimentar” a máquina jurídica estatal.

Assim sendo, conforme se vê a importância do advogado na esfera do judiciário trabalhista, devemos ressaltar a relevância de sua “remuneração”, que por vezes decorre do êxito da demanda, e ainda, conforme o instituto do *jus postulandi* torna-se obstáculo aos honorários advocatícios sucumbenciais, que é defendido a título de perdas e danos.

Diante do exposto, este artigo, que tem como tema a supremacia do advogado na justiça do trabalho, e traz um questionamento a ser investigado: diante da indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, o instituto do *jus postulandi* tem como fundamento o acesso ao órgão judiciário ou à Justiça?

Assim, o intento desse artigo é analisar a Advocacia Trabalhista no Brasil, os reflexos do *jus postulandi* a sua atuação e aos honorários advocatícios.

Para delimitar a investigação foram criados objetivos específicos:

- Analisar a origem da Justiça do Trabalho, o acesso à “justiça” por meio do *jus postulandi*;
- A importância do Jus Postulandi na Justiça Trabalhista, acesso ao Órgão Judiciário ou à Justiça;
- Demonstrar a importância da advocacia à administração da Justiça, e os reflexos aos honorários advocatícios;
- Os honorários advocatícios, sua origem e importância.

Este artigo implicou na consulta de alguns autores para fundamentar, teoricamente, a pesquisa, entre eles: Yussef Said Cahali (1997); Amauri Mascaro Nascimento (2010); Mario

Antônio Lobato de Paiva (1999); Mauro Schiavi (2011); Moacyr Amaral dos Santos (2011); Arnaldo Sussekind (2005); e Orlando Venâncio dos Santos Filho (1998).

Por fim, trata-se de um estudo de natureza qualitativa que visa obter conhecimentos mais profundos de casos específicos. Descritiva quanto à finalidade, ou seja, procura descrever fenômenos e estabelecer relações entre variáveis, e ainda, com seu cunho bibliográfico, cuja vantagem clara é envolver um amplo conjunto de correntes dominantes de juslaboristas de grande nome.

A ORIGEM DO JUDICIÁRIO TRABALHISTA NO BRASIL

Os órgãos juslaborais do Brasil tiveram início com a origem dos conselhos permanentes de conciliação e arbitragem, previstos pela Lei 1.637 de 5 de novembro de 1907, em seu artigo 8º, onde determinava o seguinte:

(...) os sindicatos que se constituírem com o espírito de harmonia entre patrões e operários, como os ligados por conselhos permanentes de conciliação e arbitragem, destinados a dirimir as divergências e contestações entre o capital e o trabalho, serão considerados como representantes legais da classe integral dos homens do trabalho e, como tais, poderão ser consultados em todos os assuntos da profissão. (Lei 1.637/1907, art.8º).

Contudo, segundo Amauri Mascaro Nascimento (2011), a história da Justiça Trabalhista no Brasil, passou por dois períodos: o pré-jurisdicional (1907 - 1946) e o jurisdicional (1946), a primeira como órgão administrativo e a segunda como órgão integrante do poder judiciário.

Assim, em 1922 foram instituídos os tribunais rurais de São Paulo, pela Lei 1.869 de 10 de outubro, defendido por muitas doutrinas como os primeiros tribunais trabalhistas instituídos no Brasil. Destarte, em São Paulo, resolvia-se as dúvidas entre trabalhadores rurais e seus patrões, decorrentes de salários e da interpretação e execução dos contratos de serviços agrícolas.

Entretanto, a solução rápida e barata das controvérsias entre fazendeiros e colonos, na execução dos contratos rurais, com a organização judiciária e as leis vigentes na época, eternizavam ou permitiam eternizar, os feitos levados a juízo e os encareciam extraordinariamente. Dessa forma, era preciso estabelecer uma função que atendesse,

acessivelmente, a essas questões. Então, criado o Tribunal Rural, composto do Juiz de Direito da comarca e de dois membros designados, um pelo fazendeiro e outro pelo colono, sob a presidência e direção do Juiz, ao qual seriam submetidas, pessoalmente, em audiência pública, pelas partes interessadas, essas controvérsias.

Porém, conforme leciona Amauri Mascaro Nascimento (2011), estes não tiveram maior desenvolvimento, e sua importância é de ordem histórica.

Contudo, em 1932 foram criadas as comissões mistas de conciliação e as Juntas de Conciliação e Julgamento, destinadas à conciliar e julgar os dissídios coletivos e individuais.

Nesse contexto, a institucionalização dos órgãos da Justiça do Trabalho no Brasil passou por um processo gradativo de desenvolvimento, com a transformação de organizações inicialmente não estatais ou administrativas com poderes de decisão em órgãos jurisdicionais integrantes do Poder Judiciário.

Dessa forma, moldaram as suas principais características para a formação de uma justiça especializada, porém ainda não estavam incluídas no Poder Judiciário, e que segundo Oliveira Viana: “A sua inclusão no Poder Judiciário, foi um erro, porque, sendo uma justiça especial, exigia uma mentalidade nova dos juízes de direito comum.” Oliveira Viana, *apud* Amauri Mascaro Nascimento (2011, pag.82)

Nesse mesmo sentido, para Waldemar Ferreira:

(...) nada de judiciarismos! Nada de formalismos! Nenhuma mística! Nenhum tropeço devido ao exagero de solenidade e à complexidade do estilo forense! Nada disso! Juízes leigos embora jejunos em ciência jurídica, recrutados nos sindicatos ou associações de classe, por via de eleição, dariam a segurança de mister. (...) desapegados de preconceitos, destituídos do chamado *senso judiciário*.
(...) a natureza da função dos juízes e Tribunais do Trabalho, exercem uma função judiciária, integrando-se nesse caráter, no Poder Judiciário, a despeito da Carta de 1937 e a Constituição de 1934 não terem dito isso expressamente. Falhou, mais uma vez, nesse particular, a técnica legislativa, daí por que a nova estrutura incluiu na Justiça do Trabalho entre os órgãos da ordem econômica e social e não como órgão do Poder Judiciário. Waldemar Ferreira, *apud* Amauri Mascaro Nascimento (2011, pag.83).

Contudo, com o decreto-lei 9.777 de setembro de 1946, foi organizada à Justiça do Trabalho para atuar como órgão do Poder Judiciário.

A integração dessa Justiça Especializada no Poder Judiciário é consequência natural da evolução histórica dos acontecimentos na sociedade empresarial e na classe trabalhadora.

Desse modo, o Estado, intervindo na ordem econômica e social, far-se-ia necessário o aparelhamento adequado para uma solução de conflitos e interesses, tanto no plano individual como no coletivo. Portanto, a existência de um órgão jurisdicional estatal para dirimir questões trabalhistas é o resultado da própria transformação da ideia de “autodefesa privada em processo judicial estatal”, meio característico de decisões dos litígios na civilização moderna.

A IMPORTANCIA DO JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA TRABALHISTA

Nesta etapa cumpre ressaltar o nascimento, com a fase administrativa do órgão da Justiça Trabalhista, do *Jus Postulandi*, incluso na Consolidação das Leis Trabalhistas do ano de 1943, em seus arts. 791 e 839, tendo por propósito a celeridade processual e o acesso dos hipossuficientes à “justiça”, que devemos entender por acesso ao órgão do Judiciário Trabalhista.

Assim, princípio esse que consiste na auto-representação pelo empregado ou empregador, nessa Justiça especializada, para que defenda seus interesses pessoalmente sem a necessidade da presença de um advogado.

Então, seria este virtuoso instituto um retrocesso? De maneira que a constitucionalização da Justiça Trabalhista, com transformação da ideia de autodefesa privada em processo judicial estatal, seria retrógrada ao *Jus Postulandi*?

Contudo, cabe ressaltar que, com base na experiência dos operadores de direito atuantes nessa esfera jurídica, onde a própria alegação do interessado sem a presença do advogado, poderá sucumbir em sua pretensão, porque mal fundamentada ou mal explicada e, sobretudo, mal defendida compromete o desfecho processual desejado, e, uma vez que maculada por sentimentos pessoais e pela falta de técnica processual, a situação torna-se por vezes incontrolável. Ainda, na fase de instrução processual, na indicação das provas, o problema se agrava, e, sabemos que a decisão depende do conjunto probatório contido nos autos, e, o que se encontra provado nos autos, existe no mundo jurídico.

Nesse mesmo sentido, devemos lembrar que sem a presença do advogado no processo trabalhista, caberia ao Juiz auxiliar a parte desacompanhada na demanda? Ainda, segundo Mauro Schiavi (2011), com a EC. N. 45/04 e a vinda de outras ações para a Justiça do Trabalho que não são oriundas da relação de emprego, não mais se justifica a existência do *jus*

postulandi, e até mesmo pelo fato da complexidade processual das relações jurídicas que decorrem das relações de emprego e do trabalho.

E, nesse sentido, o mesmo autor defende:

Nossa experiência prática com o *jus postulandi* na justiça do trabalho não nos anima a defendê-lo, pois, quando as duas partes estão sem advogado, dificilmente a audiência não se transforma numa discussão entre reclamante e reclamado por desentendimentos pessoais alheios ao processo dificilmente se consegue conter os ânimos das partes. Mauro Schiavi (2011, pag.257).

Compreende-se que, diante dos problemas apontados, e, da complexidade das matérias que envolvem o cotidiano do Direito do Trabalho e da Justiça laboral, a falta de assistência de um advogado à parte, cujo interesse é a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, pode comprometer o processo ao invés de facilitar, e assim, acaba por dificultar o acesso à objetivada Justiça, aquela que, tanto ao trabalhador como ao empregador, à parte desacompanhada de advogado, fica em desvantagem e não extrai do processo o melhor resultado.

O ACESSO A “JUSTIÇA” POR MEIO DO *JUS POSTULANDI*

Seguindo o pensamento de diferentes autores, entende-se que, a presença do advogado é singular e fundamental para a formação de um processo justo, esse definido como uma unidade complexa de caráter técnico e de difícil domínio, e a falta do profissional de direito detentor de um papel fundamental e indispensável à administração da Justiça, fica comprometido o acesso à Justiça propriamente dita.

Contudo, diz-se que a advocacia não é apenas uma profissão, é um *munus* público, por ser um dos elementos à administração democrática da Justiça e, fundamento ao Estado Democrático de Direito.

Assim, segundo Mario Antônio Lobato de Paiva (1999), a advocacia sempre foi alvo dos grandes e poderosos, pelo seu papel indispensável à sociedade, conforme destacamos:

Por isso, historicamente, sempre mereceu o ódio e a ameaça dos poderosos. Frederico, O Grande, que sempre chamava os advogados de sanguessugas e venenosos répteis, prometia enforcar, sem piedade nem contemplação de qualquer espécie, aquele que viesse pedir graça ou indulto para um soldado, enquanto Napoleão ameaçava cortar a língua de todo o advogado que a utilizasse contra o

governo. Bem sabem os ditadores, reais ou potenciais, que os advogados, como disse Calamandrei, são “as antenas supersensíveis da justiça”. E estas estão sempre do lado contrário de onde se situa o autoritarismo. Mario Antônio Lobato de Paiva (1999, pag.202).

Ainda, nesse sentido, observando o artigo 133 da CRFB/88, segundo interpretação de José Afonso da Silva:

O princípio da essencialidade do advogado na administração da Justiça é agora mais rígido, parecendo, pois, não mais se admitir a postulação judicial por leigos, mesmo em causa própria, salvo falta de advogado que o faça. José Afonso da Silva, *apud* Mario Antônio Lobato de Paiva (1999, pag.202).

Faz-se mister entender ainda que, segundo Ada Pellegrini e Cândido de Rangel Dinamarco, *apud* Mario Antonio Lobato de Paiva (1999), o advogado como integrante da sociedade democrática de direito é uma ferramenta importante para promover a observância da ordem jurídica e o acesso de seus clientes à Justiça que, com ênfase lembramos, Justiça, é o objetivo maior do qual se vale o processo jurídico, é a coerência dos fatos com o direito, demonstrada de maneira coesa pelo profissional de direito em sua assistência à parte em sua *lide*.

E nesse liame devemos lembrar a velha máxima: “quem é seu próprio advogado, tem por cliente um tolo”.

Ainda, ressaltamos que, no quadro contemporâneo, a corrente dominante de juslaboristas, entende que, sob a autorização do referido artigo 791 da CLT/43, reclamante e reclamado podem postular em todas as instancias trabalhistas, independentemente do acompanhamento de um advogado. Mas pouco encorajado na prática.

Entretanto, é valoroso agora determinar que, com o surgimento do princípio do *jus postulandi*, herança da época administrativa da Justiça Laboral, conforme vemos que a sua subsistência no Processo Trabalhista, tem alto significado social, e teve como objetivo um meio de facilitar o acesso do hipossuficiente aos Órgãos do Judiciário Trabalhista, e não convenientemente à Justiça.

A IMPORTÂNCIA DA ADVOCACIA À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

O advogado tem grande relevância à sociedade moderna e é indispensável a administração da Justiça, primeiramente devemos entender “Justiça” como objetivo e não como acesso ao Judiciário.

Contudo, à Justiça, entende-se como a expressa conformidade dos fatos com o direito vigente. Assim, devemos entender também, o termo acesso ao órgão Judiciário, como o acesso ao poder jurisdicional do qual o Estado é detentor, na resolução de conflitos sociais, que deve ser movimentado por um interessado e, desse modo que, o ato de ingressar com uma “ação” que movimenta um órgão da administração jurídica é o meio pelo qual se busca a objetivada resolução de uma lide.

Nesse liame, com base em ampla pesquisa, por meio de obras de renomados juslaboristas e mestres no tema em questão, é importante analisar o desenvolvimento do processo trabalhista no Brasil, com a criação do Judiciário Trabalhista, o surgimento do princípio do *jus postulandi* e a importante atuação do advogado nesta esfera especializada.

Devemos lembrar, contudo, que o artigo 133 da Constituição ora vigente, encontra-se inserido no capítulo relativo às Funções Essenciais à Justiça, ou seja, aquelas que lhe integram a sua natureza e substância.

Ainda, a corrente que defende a revogação do instituto do “*jus postulandi*” na esfera trabalhista, tem como argumento que o referido princípio confere ao leigo a possibilidade de auto lesionar-se, correndo por sua conta e risco, à sua sorte no processo jurídico, dessa forma, regressando de certo modo ao exercício da autodefesa privada.

Contudo, é de entendimento de vários juslaboristas, e dessa forma entendemos, que o *jus postulandi* só é defendido por aqueles que sabem que o acesso ao Poder Judiciário não é a mesma coisa que o acesso à Justiça, aquela que objetivamos ao movimentar o judiciário.

Todavia, segundo as recomendações estabelecidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966, asseveram que o Estado deve assegurar, desde o início do processo, o direito de fazer-se acompanhar por um advogado, sendo que tal assistência deve ser gratuita e a cargo do Estado, caso o interessado não dispuser dos meios econômicos suficientes.

Ainda, conforme determinado na Lei 8.906 de 4 de julho de 1994, em seu artigo 2º, o advogado é indispensável à administração da Justiça, presta serviço público e exerce uma

importante função social, contribuindo na postulação de decisão favorável ao seu constituinte e, ao convencimento do julgador seus atos constituem *múnus público*.

Entretanto, segundo Calamandrei, cujas as palavras a seguir são reproduzidas:

(...)Sob o prisma psicológico, a parte, obcecada muito frequentemente pela paixão e pelo ardor da contenda, não tem, via de regra, a serenidade desinteressada que é necessária para captar os pontos essenciais do caso jurídico em que se encontra implicada e expor suas razões de modo tranquilo e ordenado. Calamandrei, *apud* Amauri Mascaro Nascimento (2011, pag.517).

Nesse sentido, diante do ponto de vista técnico, a relevância do patrocínio forense é paralela à progressiva complicação das leis escritas e à especialização cada vez maior da ciência jurídica.

Frente à uma sociedade primitiva, onde todo direito se resume em poucas e simples práticas convencionais, e, se cada membro tivesse condições de defender-se por si, em juízo, sem a necessidade de uma preparação profissional especial, a constante mudança da legislação escrita, que fatalmente se desenvolve e se amplia com o progresso da sociedade contemporânea, faz-se primordial para tanto, que sua interpretação e aplicação, haja o auxílio de um tecnicismo cada vez mais refinado.

Hoje, porém, em países democráticos, a presença do advogado é uma arma de liberdade e de valorização do homem, em nada diferindo esse panorama no âmbito trabalhista.

Entretanto, faz-se grande a necessidade de ressaltar que é fundamental à importância da advocacia para o processo justo, e, a “remuneração” deste profissional nessa esfera especializada decorre muitas vezes do êxito da demanda, contudo, o entendimento jurisprudencial trabalhista contemporâneo veda a verba honoraria sucumbencial.

OS HONORARIOS ADVOCATICIOS, ORIGEM, IMPORTÂNCIA

Assim, existem algumas correntes doutrinárias que defendem a revogação do *jus postulandi* pelo art. 133 da CRFB/88, e ainda, a fundamentação dos honorários advocatícios com base nos arts. 389 e 404 do CCB/2002, a título de perdas e danos, defendido segundo o princípio da causalidade e sucumbência.

Contudo, antes de prosseguir, devemos demonstrar a origem da referida verba honoraria, o infame *jus honorarium*, expressão com evidente exórdio no Direito Romano, acolhida por Justiniano e inserida nas *Institutas do Corpus Juris Civilis*.

Dessa forma, demonstra Orlando Venâncio dos Santos Filho (1998), constituir-se-ia da soma dos éditos dos *magistratus populi romani*, publicados no início das seções de julgamento pelos magistrados, declarando os princípios norteadores de seus trabalhos durante o tempo de suas funções.

Ainda, entende o mesmo autor que, embora esta seja a origem do vocábulo *honorarium*, o mesmo possui um significado diverso: “ (...) a questão atinente à remuneração do advogado, seja por meio da parte à que prestava serviço, seja por meio do reembolso das despesas do processo pelo vencido (...). ” Orlando Venâncio dos Santos Filho (1998, pag.32)

Contudo, o Imperador Claudio (10 a.C. – 54 d.C.), por meio de um *senatus consultum* (decreto do senado), sob determinadas condições, permitiu o recebimento de honorários aos advogados, vedando, entretanto, a remuneração *quota litis* (parte do que o cliente auferisse na demanda) e o *palmarium* (honorários excepcionais).

Assim, no Direito Romano, o que caracterizou a condenação do sucumbente no processo, decorrente do seu comportamento temerário, foi à natureza de pena.

Entretanto, tendo em vista o nosso Direito Pátrio, à época das Ordenações Filipinas, o advogado era o oficial do foro, exercendo um ministério público não remunerado pelos cofres públicos e tampouco poderia ajustar o pagamento de seus serviços com seus clientes.

Contudo, em 1874, por meio do Decreto 5.737, o Direito pátrio permitiu ao advogado a contratação de honorários, inclusive, o *quota litis*. Ainda, em 1939, antes da unificação do Direito Processual, conforme análise do CPC da época, em seus arts. 63 e 64, verificava-se a consagração do princípio da sucumbência.

Entretanto, esse predecessor ao art. 20 do CPC/73, teve como finalidade determinar à parte vencedora como titular de tal verba, entendida até 1994, como *ressarcitória*.

Então, a Lei federal 8.906 de 4 de julho de 1994, transfere a titularidade da verba ao advogado, definindo-a como “remuneratória”, e, assim foi confirmada pelo artigo 85 do CPC/2015

Impende ressaltar ainda, que as bases do princípio da causalidade se propôs a distinguir, originariamente, entre a essência do justo e do injusto.

Dessa forma, a relação de causalidade natural entre a conduta, a ação-omissão e o resultado, servindo assim como suporte fático para a consequente sanção.

Assim entende Cahali (1997), com base nas lições de Canelutti, que não há antítese entre o princípio da causalidade e o princípio da sucumbência como fundamento pelas despesas do processo, e assim, se o sucumbente deve suportar, acontece porque a sucumbência demonstra que o processo foi causado por ele.

Portanto, o critério da sucumbência como o mais expressivo, é elemento do princípio da causalidade, devendo assim, ser aplicável, como regra, no nosso Direito Processual, sem converter-se na categoria de dogma a inadmitir exceções.

Desse modo, é importante demonstramos que o princípio da causalidade é o mais justo e adequado para a fixação da responsabilidade pelo pagamento da verba honoraria e de demais despesas processuais, de modo que, melhor adequa-se aos propósitos de justiça, responsabilizando aquele, que por ação ou omissão, der causa à relação processual.

REFLEXOS DO *JUS POSTULANDI* NA VERBA HONORARIA

Diante do exposto, e com base na importância do advogado à administração da Justiça, os honorários advocatícios constituem sua remuneração por excelência, reconhecido pelos tribunais pátrios o seu caráter alimentar.

Contudo, para outros, a participação do advogado nos processos judiciais trabalhistas não é regra absoluta, isto porque, a Carta Magna em seu art. 133, o condiciona aos limites da lei, o que no caso, é, exatamente a CLT.

Entretanto, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) declarou que é atividade privativa do advogado a postulação à qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive aos juizados especiais.

Dessa forma, a discussão sobre o instituto do *jus postulandi*, ressurge em duas correntes de interpretação: a que o considerou revogado, uma vez que o referido Estatuto não o excepcionou, e, a que sustenta que a CLT, no seu art. 791, que permite a reclamação verbal sem assistência de advogado, é especial, sendo assim, sua revogação só seria possível por meio de outra lei processual trabalhista. Assim sendo, a lei geral, no caso o Estatuto da OAB, não pode revogar a lei especial, que é a CLT.

E ainda, confronta-se que, o *jus postulandi* encontra sua base conforme determina o art. 5º, incisos XXXIV, “a”, e XXXV da CRFB/88, com a inafastabilidade do acesso ao Judiciário e a garantia da Jurisdição. Entretanto, enquanto e onde não está devidamente aparelhada a defensoria pública para prestar assistência judiciária gratuita, afetaria os direitos fundamentais do cidadão obreiro, com a extinção do *jus postulandi*.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2011) o instituto do *jus postulandi* é um mecanismo ágil e eficaz de simplificação das formas de solução de conflitos de pessoas hipossuficientes, de que é um exemplo a bem-sucedida experiência dos juizados especiais.

Entretanto, existem diversos argumentos que favorecem a tese da obrigatoriedade da presença do advogado nos processos trabalhistas.

O advogado torna a comunicação com o juiz mais fácil, e sua capacidade técnica de traduzir o litígio em padrões jurídicos que promove a adequada composição da lide, e, conseqüentemente a melhor solução.

Com efeito, a presença do advogado valoriza o processo, facilita a exata formação do contraditório e é realmente indispensável, a advocacia é inerente aos propósitos da boa realização da justiça.

O advogado é indispensável à administração da justiça, princípio cuja amplitude pode levar à exigibilidade de sua participação em todos os processos judiciais, independentemente da natureza e expressão econômica das causas.

Todavia, cabe destacar a situação dos sindicatos, que com o duplo papel de ampliar o atendimento judiciário gratuito aos necessitados membros da categoria que representa, prestando-lhes, por meio de seu corpo de advogados, a assistência que necessitem para o acompanhamento dos processos judiciais, e ainda, a composição dos conflitos trabalhistas de maneira extrajudicialmente. Mas conforme leciona Amauri M. Nascimento (2011), somente será possível desde que se amplie o modelo brasileiro, à conciliação prévia, na qual a presença do advogado não seria facultativa, sendo mais eficaz a composição dos conflitos trabalhistas.

Dessa forma, conforme recente entendimento do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, em sua Resolução 174/2016, determina que os TRTs criem centros de métodos consensuais (Cejuscs), e, considera indispensável a presença do advogado do reclamante nas audiências.

Entretanto, impende ainda, ressaltar que, os sindicatos prestam a assistência judiciária gratuita aos trabalhadores desempregados que percebam um salário inferior a cinco salários

mínimos, ou que declarem não ter condições de prover a demanda, inteligência do art. 789, §10 da CLT.

Então, ainda que ganhe relevo a questão da sucumbência nessa esfera especializada, diante da revogação do instituto do *jus postulandi* pelo art. 133 da CRFB/88, seria difícil a sentença trabalhista fixar tais verbas frente a qualquer caso, e, diante da hipótese de hipossuficiência do trabalhador condenado, por perder no processo, a pagar a verba honoraria ao advogado do empregador, não seria admissível.

Entretanto, a jurisprudência sumulada do TST, STST n.219, I:

Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15%(quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e 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. (STST n. 2019, I)

Ainda, segundo o Enunciado n. 329 do TST que dispõe: “Mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, permanece valido o entendimento consubstanciado no Enunciado n.219. ”, a mesma diretriz foi definida pelo Supremo Tribunal Federal (MI 295-9/DF, Autora: Federação Nacional dos Advogados): “A referência contida no art. 133 da CRFB/88, no que diz respeito à inviolabilidade do exercício da profissão e não à regra da indispensabilidade”.

De toda forma, na esfera do judiciário trabalhista, visto que sua legislação denota dos primórdios do Direito Processual Brasileiro, não vê os honorários sucumbenciais cabíveis, por ora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por objetivo conclui-se que, diante do discutido no presente artigo, a origem do judiciário trabalhista, o seu desenvolvimento institucional aos longos dos anos e a sua constituição como um órgão do poder judiciário. Dessa forma, herança da época administrativa da Justiça Trabalhista, nasce o princípio do *jus postulandi*, instituto retrógrado à finalidade dos órgãos do poder judiciário, uma vez que o acesso à Justiça se consagra por meio de um processo justo, e, que sem a presença de um advogado não é possível.

Contudo, diante das legislações que contemplam a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, fica claro o intuito do escusado instituto do *jus postulandi*.

Ainda, conforme demonstramos, o princípio da sucumbência presente no CPC/2015, frente ao princípio da causalidade, é suficiente para apreciação da verba honoraria de titularidade do advogado da parte que obteve êxito na demanda.

Porém, diante do disso, do princípio da causalidade que é, indubitavelmente, o mais adequado e justo, para a fixação da responsabilidade ao pagamento dos honorários advocatícios e demais despesas processuais, porquanto, que melhor enquadra-se aos desígnios de justiça, e, responsabilizando aquele, que por ação ou omissão, dar causa a relação processual.

Entretanto, de toda forma, na esfera do judiciário trabalhista contemporâneo, visto que sua legislação denota dos primórdios do Direito Processual Brasileiro, não vê os honorários sucumbenciais cabíveis, por ora.

Por fim, deve-se concluir que, por enquanto, em razão da finalidade da honoraria permanecer a mesma, nas relações jurídicas em exame, os privilégios concedidos à jurisprudência pátria, à parcela devida aos advogados nas outras esferas jurídicas também devem ser estendidos à Justiça Trabalhista, tendo em vista que, a importância da atuação direta do advogado na defesa dos direitos dos obreiros nesta especializada Justiça, é o único meio para a consagração de um processo justo, com a finalidade de trazer à *lide* a melhor resolução, apresentando a conformidade dos fatos ao direito vigente, e, a melhor realização da Justiça .

REFERÊNCIAS

- CAHALI, YUSSEF SAID. **Honorários advocatícios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NASCIMENTO, AMAURI MASCARO. **Curso de direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PAIVA, MARIO ANTÔNIO LOBATO DE. **A supremacia do advogado em face do jus postulandi**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 36, nº 141,p.201-216.1999.Disponível em:<<http://biblioteca.versila.com/3504730>>
- SCHIAVI, MAURO. **Manual de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SANTOS, MOACYR AMARAL DOS. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SÜSSEKIND, ARNALDO. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005.

SANTOS FILHO, ORLANDO VENÂNCIO DOS. **O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 35, nº. 137, p. 31-39, 1998.

A LEI 13.429/2017 (TERCEIRIZAÇÃO) E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DO TRABALHO

Maysa da Silva Maurício²⁹

Héverton da Silva Emiliano Schorro³⁰

Resumo: A Consolidação das Leis do Trabalho, no Brasil, vem sofrendo modificações desde sua redação original, há mais de 60 anos. Um aspecto controverso é sobre os limites da terceirização de atividades, ocasionando incansáveis debates, onde a CLT não consegue esclarecer limites para tais contratações, gerando a aprovação da Nova Lei de Terceirização, Lei 13.429. Diante da grande polêmica entorno desta nova lei, o presente artigo visa analisar a legislação aplicável ao instituto da terceirização, apontando os benefícios, consequências e impactos para o trabalhador, de acordo com os princípios da proteção da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Palavras-Chave: Lei 13.429; Terceirização; Consequências; Trabalhador.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o fenômeno da terceirização não é tão recente, porém com o sancionamento da Lei 13.429 pelo presidente Michel Temer, que vinha tramitando no Congresso Nacional há muito tempo, surgiu-se outra vez o conflito sobre as atividades que podem ser suscetíveis de terceirização no Brasil.

O modelo da terceirização utilizado atualmente arrola-se na diferenciação entre as atividades relacionadas à destinação principal do negócio, denominadas de atividades-fim, e as que são apenas uma ferramenta para o seu desenvolvimento, que, por sua vez, são intituladas atividades-meio, sendo consentida a terceirização meramente nessa última modalidade, conforme prescreve a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

A Lei supracitada visa ampliar o rol da terceirização, normatizando a contratação de serviços terceirizados sobre qualquer natureza, mesmo aquelas relacionadas ao desígnio

²⁹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade para Desenvolvimento do Estado e Região do Pantanal – UNIDERP. Email: mauriciomaysa2@gmail.com

³⁰ Bacharel em direito, pós graduado em direito civil e processo civil, pós graduado em direito tributário, mestrando em direitos humanos, advogado e professor universitário.

central do negócio. Contudo, como ficariam os direitos sociais inerentes aos trabalhadores perante a lei acima estabelecida? Não os deixaria mais vulneráveis e precários?

Nesse contexto, será analisado se somente com a introdução da norma, assim como com a sua permanência em nosso ordenamento jurídico, os empenhos efetuados foram suficientes para que se preservassem a integridade e dignidade do trabalhador que devem sempre nortear o Direito do Trabalho embasado pelos princípios, legislação e entendimentos dos nossos tribunais.

ASPECTOS HISTÓRICOS DA TERCEIRIZAÇÃO

O direito do trabalho é produto do capitalismo, atado ao desenvolvimento histórico desse sistema, que ratifica distorções econômicas e sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento da empresa. Contudo, o direito do trabalho não apenas serviu ao sistema econômico desenvolvido com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Inglaterra. Na verdade, ele fixou controles para esse sistema, conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia.³¹

Por volta dos séculos XX e XXI, as mudanças econômicas e sociais fortalecidas pela globalização e pelo neoliberalismo, fizeram com que os clássicos contratos de emprego perdessem o seu caráter teleológico, pautado na melhoria das condições de trabalho em favor dos empregados.³²

No início dos anos 1990, numa conjuntura econômica de instabilidade e de crise, é perfeitamente possível afirmar que as empresas justificavam a adoção da terceirização como estratégia para sobreviver diante da reestruturação e redefinição das bases de competitividade no plano internacional e nacional³³. Nesse momento surgiram inúmeras precarizações na celebração desses contratos com expansão de práticas desvantajosas ao trabalhador como, por exemplo, a terceirização trabalhista, tornando-os vagos e frágeis, em verdadeira afronta ao valor social do trabalho, fundamento do Estado Democrático de Direito, da Ordem Econômica e da Ordem Social.³⁴

³¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

³² □ NOGUEIRA, Lilian Katiusca Melo. Reflexões acerca da terceirização trabalhista na esfera pública. CONPEDI: Brasília – DF, 2008.

³³ □ DIEESE. Departamento Intersindical de Estudos Econômicos. O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores. Convênio SE/MTE N°. 04/2003-DIEESE, 2007.

³⁴ NOGUEIRA, Lilian Katiusca Melo. Reflexões acerca da terceirização trabalhista na esfera pública. CONPEDI: Brasília – DF, 2008.

Entretanto, muito embora a terceirização seja um fenômeno representante da modernização acelerada pela qual passa a sociedade brasileira, não há evolução jurídica nesse aspecto. “A insuficiência das previsões legais regedoras da terceirização serve como válvula intensificadora do fenômeno e, na mesma medida, da violação dos direitos trabalhistas, precarizando ainda mais as relações de trabalho”.³⁵

ASPECTOS CONCEITUAIS DA TERCEIRIZAÇÃO

Segundo a Professora Volia Bonfim:

“Terceirização é a relação formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal.”³⁶

Também merece destaque a definição conceitual de Mauricio Godinho in verbis:

“Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. É o mecanismo jurídico que permite a um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo trabalhador.”³⁷

Em regra, a terceirização é definida como a transferência de certas atividades da empresa tomadora a empresas prestadoras de serviços.

Nesse sentido, enfatizamos que a terceirização pode ser dividida em permanente ou temporária, a qual está vinculada ao período de duração; atividade fim ou meio, sendo principais e secundárias respectivamente.

SÚMULA 331 DO TST

A temática da terceirização sempre gerou muita divergência, fato que inclusive levou o Tribunal Superior do Trabalho a regulamentá-la por meio da súmula 331:

"SÚMULA 331 - TST

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

³⁵ □ NOGUEIRA, Lilian Katiusca Melo. Reflexões acerca da terceirização trabalhista na esfera pública. CONPEDI: Brasília – DF, 2008.

³⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 2ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

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.

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."³⁸

Não existia legislação, o que regulava a terceirização no país era um entendimento da Justiça do Trabalho, consagrado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual considerava ilícito terceirizar a atividade fim da empresa, contudo, as demais atividades

³⁸ Disponível em:
<https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331> Acesso em 31 de maio de 2011.

intermediárias, que nada tinham em comum com a atividade principal, podiam ser terceirizadas. As empresas contratantes dos serviços terceirizados eram subsidiariamente responsáveis em eventual demanda trabalhista, pela mão de obra envolvida na prestação dos serviços, independentemente daqueles estarem registrados pela empresa prestadora.

A LEI 13.429 E SUAS MUDANÇAS

Após a quase duas décadas, a proposta que havia sido enviada em 1998 pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, que sofreu alterações no Senado e estava aguardando desde 2002 a análise final, foi sancionada no dia 31 de março de 2017 pelo Presidente da República Michel Temer, a nova lei da terceirização, que regulamenta a relação jurídica entre o trabalhador, empresas prestadoras de serviços e a tomadora, ou seja, aquela em que usufrui dos serviços.

Diante da grande repercussão na sociedade, é importante trazer algumas linhas explicativas sobre as mais importantes mudanças trazidas, vejamos:

Quanto as atividades que podem ser terceirizadas, não havia uma lei específica que tratava sobre o assunto, apenas existia uma súmula do TST que vedava a terceirização da atividade-fim das empresas e autorizava a contratação para as atividades-meio. Com o advento da nova lei, possibilitou-se a terceirização de forma irrestrita de todas as atividades, com exceção as de lei própria ou especial.

Quanto a terceirização em relação ao direito do trabalho, a empresa contratante respondia solidariamente as obrigações trabalhistas, no caso de, eventualmente, não fossem arcadas pela prestadora de serviço terceirizada, já com a nova lei, a empresa contratante irá responder de forma subsidiária na justiça.

Em relação ao capital social mínimo, antigamente, as empresas prestadoras de serviço não tinha essa exigência, o que muda agora neste ano de 2017, onde é necessário que a empresa comprove um capital social mínimo compatível com o número de funcionários, que determinará o montante da responsabilidade dos sócios perante credores e terceiros.

Trabalho temporário: A antiga lei permitia o trabalho temporário para um período de 3 meses, prorrogáveis pelo mesmo tempo. Pela nova lei, o prazo passa para 6 meses, podendo ser prorrogado por mais 3, ou seja, poderá ter um prazo máximo de 9 meses. E mais, o trabalhador temporário que cumprir o período máximo de 270 dias somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato.

Por fim, a atual lei de terceirização, aparece com duas novas figuras: a quarteirização, que permite que a empresa contratada para prestar os serviços pode subcontratar outras empresas para prestá-lo; e a terceirização do trabalho rural.

REFLEXOS DA NOVA LEGISLAÇÃO

A terceirização, que hoje consiste em uma das formas de flexibilização das relações de trabalho, poderá tornar-se um verdadeiro mecanismo de precarização de direitos. Sendo assim, pode-se, inclusive, afirmar que os benefícios dessa prática são apenas de ordem econômica para as empresas.

Para os defensores da nova lei, haverá o fim da insegurança jurídica instalada no ordenamento jurídico brasileiro, passando tal instituto a ser regido por uma Lei e não mais por um entendimento jurisprudencial. Outro argumento utilizado por eles é que a ampliação da terceirização aumentará o número de empresas terceirizadas e, conseqüentemente, haverá uma crescente geração de empregos formais no país, assegurando os mesmos direitos tanto para os empregados terceirizados quanto para os funcionários das empresas tomadoras de serviço.

Já para os críticos, muitos são os pontos negativos advindos da aprovação da Lei 13.429, elencando vários prejuízos que a terceirização trará aos direitos dos trabalhadores historicamente conquistados, dentre eles:

Para os críticos, há uma incongruência entre a norma proposta e o sistema jurídico vigente, havendo ainda afronta direta aos princípios constitucionais da vedação ao retrocesso, dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho, haja vista que o mesmo afronta a segurança do direito propriamente dito, indo de encontro com a estabilidade da ordem jurídica, uma vez que corromperá a irredutibilidade salarial, ao permitir que trabalhadores sejam demitidos da empresa tomadora e recontratados para as mesmas funções, por intermédio da prestadora, mas com salário menor. Além disso, a terceirização na atividade-fim implicará na ocorrência do retrocesso de direitos, já que o empregado que passa a ser terceirizado poderá perder os direitos conquistados, não recebendo os mesmos benefícios que percebia anteriormente na qualidade de empregado efetivo.

Conforme aponta estudo realizado pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), o salário médio dos empregados terceirizados em 2013 foi de R\$ 1.776,78 (um mil setecentos e setenta e seis reais e setenta e oito centavos), 25% menos da média dos salários percebidos

pelos empregados com vínculo direto, cujo valor foi de R\$ 2.361,15 (dois mil trezentos e sessenta e um reais e quinze centavos).³⁹

Além disso, devido à alta rotatividade de mão de obra em relação às terceirizadas, restam prejudicados a capacidade e os treinamentos, criando assim ambiente propício a acidentes de trabalho. Segundo o DIEESE, os terceirizados são os empregados que mais sofrem acidentes, pois a segurança é prejudicada, uma vez que companhias de menor porte não têm as mesmas condições tecnológicas e econômicas.

Entre as razões para o elevado número de acidentes, destaca-se o compromisso da empresa contratada em cumprir prazos pelo menor preço, com a intensificação da jornada de trabalho com mais horas de atividade e imposição de condições perigosas e penosas. Assim há a necessidade de se restringir a terceirização, já que permiti-la na atividade-fim, poderá acarretar em uma ofensa direta à segurança e saúde do trabalhador, comprometendo a garantia de um meio ambiente de trabalho seguro, resultando ainda na alteração da própria essência protetiva das relações trabalhistas.

Refutando o argumento utilizado pelos apoiadores da reforma, em verdade a ampliação e a regulamentação da terceirização na atividade-fim, contribuirá significativamente para o aumento do desemprego no país. Tal argumento tem como respaldo o fato de que terceirizados trabalham, em média, 3 horas a mais por semana do que contratados diretamente, com mais profissionais fazendo jornadas maiores, deve cair o número de vagas em todos os setores; e a rotatividade em relação aos empregados terceirizados é em média de dois anos e sete meses, ao passo que os empregados contratados diretamente permanecem no emprego em torno de cinco anos e oito meses.

No que tange ao possível aumento do preconceito no trabalho, cumpre salientar que a maior ocorrência de denúncias de discriminação está em setores onde há mais terceirizados, como os de limpeza e vigilância, segundo relatório da Central Única dos Trabalhadores (CUT). Com refeitórios, vestiários e uniformes que os diferenciam, incentiva-se a percepção discriminatória de que são trabalhadores de “segunda classe”.⁴⁰

³⁹ MEDEIRO, Carlos. Terceirizados trabalham 3h a mais e ganham 25% menos, aponta estudo da CUT. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2015/04/09/terceirizados-trabalham-3h-a-mais-e-ganham-25-menos-aponta-estudo-da-cut.htm>>. Acesso em 05 nov. 2015.

⁴⁰ LOCATELLI, Piero. Nove motivos para você se preocupar com a nova lei da terceirização. Carta Capital. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/nove-motivos-para-voce-se-preocupar-com-a-nova-lei-da-terceirizacao-2769.html>>. Acesso em 22 ago. 2015.

Outra questão é a maior dificuldade de reinserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho – apenas empresas com mais de 100 funcionários são obrigadas a empregar 2% de PCD. As empresas poderão ser “fatiadas”, dissolvendo-se em múltiplas empregadoras, desobrigando-se assim das cotas.

Vale ressaltar que, se a terceirização for utilizada para fugir das responsabilidades trabalhistas, o risco de ocorrer a multiplicação dos trabalhos análogo aos escravos torna-se mais pungente. Pesquisas mostram que entre 2010 e 2014, cerca de 90% dos trabalhadores resgatados nos dez maiores flagrantes de trabalho escravo contemporâneo eram terceirizados, conforme dados do Ministério do Trabalho e Emprego.

A lei em comento contraria, também, o princípio constitucional da unicidade sindical previsto na Constituição Federal, pois ao surgir empresas especializadas em ramos de atuação mais específicos, haverá uma fragmentação dos sindicatos para atenderem exclusivamente os interesses de cada grupo de trabalhadores, enfraquecendo, portanto, o poder de negociação sindical, afetando a capacidade deles pressionarem o empregador por benefícios que hoje se dá de forma ampla, abrangendo várias categorias.

No que tange a parte processual, apesar da nova lei legalizar a terceirização, ela não definiu de forma mais clara, em seu artigo 4º, o que seria “serviços determinados e específicos”, havendo a possibilidade da discussão desaguar no Judiciário, onde poderá se tornar letra morta perante o Judiciário que continuará a julgar a matéria com base na jurisprudência do TST.

Por fim, e não menos importante, a terceirização na atividade-fim enfraquecerá os direitos dos trabalhadores, tendo em vista a incidência do fenômeno da pejetização. A prática da pejetização consiste em demitir o funcionário da empresa, para recontratá-lo como pessoa jurídica prestadora de serviços, sem qualquer alteração de suas condições de trabalho. Assim, entende-se que tal fenômeno constitui uma modalidade de contratação fraudulenta, uma vez que a mesma contraria princípios como o da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, de forma que ao se tornar pessoa jurídica o trabalhador deixará de ser amparado pelo Direito do Trabalho, passando a ser regido pelo Direito Civil e consequentemente, deixando de usufruir de direitos como 13º, férias, entre outros.

No meio jurídico, o projeto gerou indignação. Tanto a Associação dos Magistrados do Trabalho (Anamatra), quanto a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), emitiram nota de repúdio ao projeto de lei.

Para a Anamatra, cuja nota tem repercutido muito nas redes sociais, “*a proposta, indubitavelmente, acarretará para milhões de trabalhadores no Brasil o rebaixamento de salários e de suas condições de trabalho, instituindo como regra a precarização nas relações laborais*”.

A Associação lamentou o projeto e lembrou dos danos da terceirização: “*não se pode deixar de lembrar a elevada taxa de rotatividade que acomete os profissionais terceirizados, que trabalham em média 3 horas a mais que os empregados diretos, além de ficarem em média 2,7 anos no emprego intermediado, enquanto os contratados permanentes ficam em seus postos de trabalho, em média, por 5,8 anos*”.

Já a Associação dos Procuradores destacou que “*o tratamento discriminatório conhecidamente dispensado aos trabalhadores terceirizados faz com que a remuneração destes seja, em geral, bastante inferior àquela paga aos trabalhadores diretos (em média, 25 a 30% a menos), mesmo quando estes possuem a mesma qualificação acadêmica dos não terceirizados*”.

Em um último ato de esperança por um ato favorável ao trabalhador vindo de quem justamente conspirou para a aprovação dessa medida, a ANPT conclamou Michel Temer “*a vetar integralmente o referido projeto de lei, preservando, com isso, a dignidade e a vida do trabalhador brasileiro e o valor social do trabalho, fundamentos basilares da República Federativa do Brasil*”.⁴¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se concluir que as discussões sobre as disposições da Lei que regulamenta a terceirização devem ir além da elaboração de um rol de benefícios e consequências entre operários, sindicatos e empresas, e sim devendo ser norteadas por preceitos constitucionais, pois o que realmente está em jogo é a garantia de que os direitos sociais dos trabalhadores assegurados na Constituição Federal de 1988 sejam plenamente preservados, deixando de lado interesses puramente individualistas.

A terceirização é uma relação jurídica que envolve o interesse de três partes, por isso a complexidade de estabelecer equilíbrio e segurança jurídica nos contratos advindos dessa prática. A lei 13.429 afronta diretamente os direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, bem como o princípio trabalhista da proteção e os princípios constitucionais da vedação ao retrocesso, valor social do trabalho e dignidade da pessoa humana ao permitir a terceirização na atividade-fim.

Podemos apontar os seguintes malefícios aos trabalhadores: a redução e corte de Salários e benefícios, a diminuição do número de empregados, o aumento no risco de

⁴¹ Justificando. Associações de Juízes e Procuradores do Trabalho lamentam lei de terceirização geral. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/23/associacoes-de-juizes-e-procuradores-do-trabalho-lamentam-lei-de-terceirizacao-geral/>>. Acesso em: 02 set. 2017.

acidentes, aumento de preconceito no trabalho, a dificuldade de negociação com o chefe, aumento do trabalho escravo e o aumento da corrupção.

Os benefícios identificados nesse artigo são direcionados, sobretudo, às empresas, tais como: redução do quadro de empregados, redução de encargos trabalhistas, aumento da lucratividade, entre outros, ficando evidente o viés eminentemente empresarial por trás da aprovação da Lei.

É inegável, que a terceirização vem ganhando cada vez mais espaço nas relações trabalhistas, contudo, o instituto merece um amparo legal eficaz, devendo ser instrumentada através de uma Lei que tenha caráter imperativo, de modo que aborde todos os desdobramentos necessários a fim de sanar os questionamentos existentes, já que a falta de regulamentação específica e a dificuldade em compreender o que seja realmente atividade-meio e atividade-fim, gera implicações em todas as searas da relação laboral, em especial, no que tange as demandas judiciais trabalhistas.

REFERÊNCIAS

- CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 2ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DIEESE. Departamento Intersindical de Estudos Econômicos. O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores. Convênio SE/MTE N°. 04/2003-DIEESE, 2007.
- JUSTIFICANDO. Associações de Juízes e Procuradores do Trabalho lamentam lei de terceirização geral. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/23/associacoes-de-juizes-e-procuradores-do-trabalho-lamentam-lei-de-terceirizacao-geral/>>. Acesso em: 02 set. 2017.
- LOCATELLI, Piero. Nove motivos para você se preocupar com a nova lei da terceirização. Carta Capital. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/nove-motivos-para-voce-se-preocupar-com-a-nova-lei-da-terceirizacao-2769.html>>. Acesso em: 22 ago. 2015.
- MEDEIRO, Carlos. Terceirizados trabalham 3h a mais e ganham 25% menos, aponta estudo da CUT. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2015/04/09/terceirizados-trabalham-3h-a-mais-e-ganham-25-menos-aponta-estudo-da-cut.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2015.
- NETO, Marino Train. Terceirização: Desafios da Contemporaneidade.
- NOGUEIRA, Lilian Katiusca Melo. Reflexões acerca da terceirização trabalhista na esfera pública. CONPEDI: Brasília – DF, 2008.

RABELO, Katiana. CUT e Dieese sustentam que 80% dos acidentes de trabalho atingem terceirizados. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/2015/04/cut-e-dieese-sustentam-que-80-dos-acidentes-de-trabalho-atingem-terceirizados>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

SOUZA, Madylin Oliveira de. A problemática da terceirização na atividade fim em contraponto aos direitos sociais dos trabalhadores.

BREVE ANÁLISE SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO INDÍGENA EM MATO GROSSO DO SUL SOB A PERSPECTIVA DO PACTO COMUNITÁRIO DOS DIREITOS SOCIAIS

BRIEF SUMMARY ON INDIGENOUS WORK RELATIONS IN MATO GROSSO DO SUL UNDER THE PERSPECTIVE OF THE COMMUNITY PACT OF SOCIAL RIGHTS

Julia Thais de Assis Moraes⁴²

Silvia Araújo Dettmer⁴³

Resumo: O presente trabalho visa analisar o Pacto Comunitário dos Direitos Sociais nas relações de trabalho indígena no estado de Mato Grosso do Sul. Os direitos fundamentais constitucionais estabelecem as condições de trabalho de qualquer pessoa e posicionam-se como o fulcro essencial diante da matéria por representarem o paradigma da constitucionalização dos direitos indígenas. A Convenção 169 da Organização do Trabalho também se integra ao artigo, visto que materializa a harmonia do texto constitucional com os direitos humanos previstos na esfera internacional. Destaca-se que a presente Convenção é a primeira a orientar as relações de trabalho dos indígenas em conjunto com sua identidade étnica. Reporta-se à pesquisa a legislação infraconstitucional: a Consolidação das Leis de Trabalho e o Estatuto do Índio. Empregou-se a pesquisa bibliográfica, exploratória e qualitativa quanto às relações de trabalho indígena.

Palavras chaves: Convenção 169 da OIT, Pacto Comunitário dos Direitos Sociais nas relações de trabalho indígena, Constituição Federal de 1988, trabalho indígena.

Abstract: The present work aims to analyze the Community Pact of Social Rights in the indigenous labor relations in the state of Mato Grosso do Sul. Constitutional fundamental rights establish the working conditions of any person and position themselves as the essential fulcrum before the matter by Represent the paradigm of the constitutionalisation of indigenous rights. Convention 169 of the Labor Organization is also integrated in the article, since it materializes the harmony of the constitutional text with the human rights envisaged in the international sphere. It should be noted that this Convention is the first to guide indigenous labor relations in tandem with their ethnic identity. The research refers to infra-constitutional legislation: the Consolidation of Labor Laws and the Indian Statute. The bibliographical, exploratory and qualitative research on indigenous labor relations was used.

Key words: ILO Convention 169, Community Pact on Social Rights in Indigenous Labor Relations, Federal Constitution of 1988, Indigenous Work

⁴² Bacharelada em Direito, 8º período pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul/CPTL, bolsista do projeto de iniciação científica “Uma análise dos direitos fundamentais reconhecidos aos índios na perspectiva das etnias guarani, kaiowá e ofaié, e-mail: juliamoraes094@outlook.com.

⁴³ Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professora Adjunta da UFMS/CPTL/Curso de Direito, e-mail: silviadettmer@globocom.com.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 institui em seu preâmbulo um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício de direitos fundamentais sociais e individuais bem como os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Os direitos trabalhistas estabelecidos na atual Constituição como direitos sociais, são analisados neste trabalho sob a perspectiva do trabalhador indígena e seu direito a alteridade.

Infere-se que o trabalho indígena no Estado de Mato Grosso do Sul envolve um conjunto de fatores e ações estruturais quanto as relações sociais, econômicas e políticas decorrente do fenômeno do confinamento dos povos indígenas, ou seja, muitos índios para pouca terra. Desse fato resulta o trabalho forçado ou o subemprego.

Neste sentido, o Pacto Comunitário dos Direitos Sociais nas relações de trabalho indígena reflete conjuntamente as prerrogativas constitucionais do trabalho e dos direitos indígenas.

O valor social do trabalho revela-se como meio para concretizar a dignidade humana e proporcionar uma sociedade igualitária nas condições de trabalho. Dessa forma, o direito ao trabalho torna-se um dos principais direitos destacados na ordem constitucional (DELGADO M. G, 2015, p. 85) constituindo-se como instrumento relevante para a afirmação da dignidade da pessoa humana.

O direito ao trabalho consiste em um direito fundamental que pressupõe outros direitos constitucionais, como a não discriminação, a proibição à diferença de salários (MARTINS, 2008, p.6). Assim, o direito ao trabalho se incorpora ao contexto dos direitos indígenas preservando a identidade étnica.

Os direitos constitucionais dos índios estão expressos num capítulo específico da Constituição Federal de 1988 (título VIII, "Da Ordem Social", capítulo VIII, "Dos Índios"), além de outros dispositivos dispersos ao longo de seu texto. Foram reconhecidos em conformidade com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, diversidades, especificidade cultural e o direito à preservação dos hábitos e diferenças que constituem a identidade indígena.

O texto constitucional rompe com o paradigma integracionista outrora adotado pelo Estado, que determinava aos indígenas a assimilação forçada da cultura do homem branco. A conquista desses direitos remete ao abandono de uma perspectiva assimilacionista, que entendia os índios como categoria social transitória, fadada ao desaparecimento.

Com os novos preceitos constitucionais, assegurou-se o direito à diferença aos povos indígenas pela primeira vez. Reconhece-se a garantia fundamental a alteridade indígena, que é inerente a sua dignidade humana, isto é: de serem índios e de permanecerem como tal indefinidamente. Com isso, as relações de trabalho passam a serem analisadas sob um novo enfoque dentro de um processo lento e gradual.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho exprime o comprometimento do ordenamento pátrio com os direitos humanos dos indígenas, na esfera trabalhista e assegurando normas internacionais a serem respeitadas para o labor indígena.

Regulamenta o procedimento para contratações e condições de emprego dos indígenas e especifica as áreas de trabalho que o Estado deve realizar medidas para o combate ao tratamento discriminatório (TOMEI, SEWPSTON, 1999, p.25).

E de forma convergente as normas internas da República Federativa do Brasil a referida Convenção prescreve que aos trabalhadores indígenas devem ser asseguradas oportunidades de emprego, com a garantia de remuneração igual para trabalhos de igual valor, assistência médica, medidas de segurança e higiene no trabalho e o direito de adesão e associação a sindicatos.

Por fim, o Pacto Comunitário dos Direitos Sociais nas relações de trabalho indígena consolida a proteção constitucional dos direitos indígenas nas relações de trabalho (MELO 2007, p. 120). Fundamenta-se na Convenção 169 da OIT, ratificada pela República Federativa do Brasil, tornando mais efetivo o reconhecimento dos usos, costumes e tradições dos indígenas no âmbito trabalhista e edifica normas de trabalho que se configuram ao modo indígena de vida, possibilitando igualdade de condições.

1.A constitucionalização dos direitos indígenas

A Constituição Federal de 1988 destaca a importância dos valores sociais do trabalho dentre os princípios fundamentais elencados no Título I. Em seguida, no Título II, do rol de direitos e garantias fundamentais elenca a proteção constitucional do trabalho, na liberdade do seu exercício, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Prevê o trabalho como direito social que visa à melhoria da condição social do próprio trabalhador e estabelece um rol de direitos dos trabalhadores nesse aspecto.

No Título VII, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, estabelece uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano cujo objetivo é assegurar a todos existência digna em conformidade com os ditames da justiça social.

No Título VIII, a ordem social tem como base o primado do trabalho, na perspectiva do bem-estar e da justiça sociais (art. 193, da CF). Entende-se assim que

A valorização do trabalho está repetidamente enfatizada pela Carta Constitucional de 1988. Desde seu “Preâmbulo” essa afirmação desponta. Demarca-se, de modo irreversível, no anúncio dos “Princípios Fundamentais” da República Federativa do Brasil e da própria Constituição (Título I). Especifica-se, de maneira didática, ao tratar dos “direitos sociais” (arts. 6º e 7º) – quem sabe para repelir a tendência abstracionista e excludente da cultura juspolítica do País. Concretiza-se, por fim, no plano da Economia e da Sociedade, ao buscar reger a “Ordem

Econômica e Financeira” (Título VII), com seus “Princípios Gerais da atividade Econômica” (art. 170), ao lado da “Ordem Social” (Título VIII) e sua “Disposição Geral” (art. 193). (DELGADO 2007, p.155).

Verifica-se que o texto constitucional de 1988 representou avanço importante para a criação de normas de proteção dos direitos indígenas e trouxe especial atenção ao direito social do trabalho ao classificá-lo como uma das principais engrenagens de promoção do bem estar social e da dignidade humana (SARLET, MELLO, 2014, p.74) e propulsor do desenvolvimento econômico.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu como competência privativa da União legislar sobre populações indígenas e estabeleceu os direitos indígenas no Capítulo VIII, reconhecendo-os de acordo com sua organização social, seus costumes, línguas, tradições e crenças.

Cabe salientar que o texto constitucional considerou os índios, suas comunidades e organizações como partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. Em consonância ao texto constitucional o Código Civil excluiu os indígenas do rol dos relativamente incapazes. Nesse sentido

[...] a opção foi correta, como bem ponderou o professor Miguel Reale, deve-se ter em mente que o Código Civil é a constituição do homem comum, não há como se conceber um Código Civil como se estivéssemos tratando de uma legislação de caráter particular. Conclui-se que a situação dos indígenas é efetivamente diversa da geral da população brasileira, devendo ser tratada por legislação especial, que atenderá às particularidades e especificidades dos indígenas, sob pena de submetê-los a um regime iníquo [...] (LOTUFO, 2014, Código Civil Comentado).

Mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, os índios continuam enquadrados como relativamente incapazes, visto que a legislação especial aplicável, interpretada à luz dos arts. 231 e 232 do texto constitucional, não lhes confere a capacidade plena para a prática de todos os atos da vida civil. A atuação do Ministério Público justifica-se pelo interesse público em virtude da qualidade de uma das partes envolvidas no litígio.

A legislação brasileira mostra uma evolução na defesa dos direitos indígenas e todo um arcabouço jurídico vem densificando esses direitos, em que as relações de trabalho não passam despercebidas. Por sua vez, as relações de trabalho também são influenciadas pela constitucionalização dos direitos indígenas cuja primazia é a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, a evolução normativa e doutrinária ainda carece de sedimentação jurisprudencial, especialmente nos tribunais superiores.

2. Convenção 169 da OIT e a proteção das relações de trabalho indígenas

A Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas especifica o gozo pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação, devendo ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

Os governos deverão ao aplicar as disposições da Convenção, consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

Nesse sentido, no que tange a contratação e condições de emprego, a referida Convenção estabelece que os governos deverão adotar, no âmbito da legislação nacional e em cooperação com os povos interessados, medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos proteção eficazes em matéria de seleção e condições de emprego, na medida em que não estiveram eficazmente protegidos pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral.

Essas medidas governamentais objetivam evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores pertencentes aos povos interessados e os demais trabalhadores, especialmente quanto a acesso ao emprego, inclusive aos empregos qualificados e às medidas de promoção e ascensão; a remuneração igual por trabalho de igual valor; a assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, todos os benefícios da seguridade social e demais benefícios derivados do emprego, bem como a habitação; e o direito de associação, direito a se dedicar livremente a todas as atividades sindicais para fins lícitos, e direito a celebrar convênios coletivos com empregadores ou com organizações patronais.

A previsão de participação dos povos indígenas nas decisões do Estado é uma forma de respeitar o poder de escolha dos indígenas. Consiste na inclusão dos indígenas em decisões do governo que afetem diretamente sua tribo e a vida comunitária (MELLO, 2007, p. 120).

Incluir os indígenas nas decisões estatais que os envolvem se torna um relevante instrumento de preservação dos usos e costumes indigenistas (MELO, 2007, p.127). A participação do principal interessado possibilita atender aos seus anseios e resguardar seus interesses e direitos, sem dilapidar o próprio patrimônio cultural.

A Convenção estabelece também, a necessidade de adotar medidas especiais com relação aos trabalhadores sazonais, eventuais e migrantes, quer na agricultura em ou em qualquer outra atividade.

Ressalva a proteção aos trabalhadores indígenas submetidos a condições de trabalho perigosas a sua saúde, em particular como consequência de sua exposição a pesticidas ou a outras substâncias tóxicas; que não sejam submetidos a quaisquer sistemas de contratação coercitiva, seja na modalidade de trabalho escravo ou de servidão por dívidas. Inclui-se também o gozo da igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres no emprego e da proteção contra o acossamento sexual.

Nos artigos 21 e 22, a Convenção dispõe que os povos indígenas podem dispor de meios de formação profissional, no mínimo, igual àqueles dos demais cidadãos. Estabelece a qualificação profissional dos trabalhadores como elementar para melhores

condições de trabalho mediante a criação de programas especiais de formação da mão-de-obra indígena.

Cabe esclarecer que esses programas especiais de formação deverão estar baseados no entorno econômico, nas condições sociais e culturais e nas necessidades concretas dos povos interessados. Todo levantamento neste particular deverá ser realizado em cooperação com esses povos, os quais deverão ser consultados sobre a organização e o funcionamento de tais programas.

Quando for possível, esses povos deverão assumir progressivamente a responsabilidade pela organização e o funcionamento de tais programas especiais de formação, se assim decidirem.

Infere-se também que o artesanato, as indústrias rurais e comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos indígenas, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidas como fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua autosuficiência e desenvolvimento econômico. Com a participação desses povos, e sempre que for adequado, os governos deverão zelar para que sejam fortalecidas e fomentadas essas atividades.

Por fim, para que eficácia da Convenção, os governos deverão adotar medidas de acordo com as tradições e culturas dos povos interessados, a fim de lhes dar a conhecer seus direitos e obrigações especialmente no tocante ao trabalho e às possibilidades econômicas, às questões de educação e saúde, aos serviços sociais e aos direitos derivados da presente Convenção.

3. Pacto Comunitário dos Direitos Sociais e o trabalho indígena

A elaboração do Pacto Comunitário dos Direitos Sociais nas relações de trabalho indígena, assinado em 21 de maio de 1999 em Mato Grosso do Sul é fruto da atuação do Ministério Público do Trabalho da 24ª região, do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, de lideranças indígenas, da Ordem dos Advogados do Brasil, da Fundação Nacional do Índio e demais organizações governamentais e não governamentais ligadas à área indígena.⁴⁴

Destaca-se porém, a atuação decisiva do Ministério Público do Trabalho seja no campo judicial, com o ajuizamento de ações civis públicas contra as usinas de açúcar e álcool que se utilizavam a mão-de-obra indígena, seja através do diálogo com os atores sociais envolvidos, em incontáveis reuniões.

Foi instaurada uma Comissão Permanente de Investigação das condições de trabalho no estado em que se aferiu o desrespeito à dignidade do trabalho indígena e a precariedade da fiscalização e aplicação de normas trabalhistas fundamentais.

⁴⁴ Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub35.html>; <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub26.html> - Acesso: 27 de julho de 2017.

Em apenas duas usinas de álcool do interior do Mato Grosso do Sul, nos anos de 2007 e 2008, foram resgatados 926 trabalhadores indígenas das etnias Guarani e Terena, flagrados em condições de trabalho degradantes e vivendo em alojamentos superlotados, sem condições de habitabilidade e higiene; em meio a muito lixo, restos de comidas, esgoto a céu aberto, além da constante falta de água.⁴⁵

Verificou-se que as primeiras contratações da mão-de-obra indígena pelas usinas de açúcar e álcool, em Mato Grosso do Sul, fez-se por meio de contratos “verbais”, não havendo nada por escrito e, principalmente, nenhuma proteção era dada a esse trabalhador. Tal realidade foi denunciada pela mídia e por diversas organizações governamentais e não-governamentais, caracterizando-se, principalmente, pela utilização de práticas como truck system, trabalho forçado, alojamentos de “lona” e total descumprimento de normas de segurança e saúde do trabalhador.⁴⁶

Nesse cenário, surge a divergência sobre a implantação de cooperativas para o trabalho indígena e as conseqüentes objeções referentes as distintas realidades do cooperado e do subordinado no âmbito específico e exclusivo de incidência de normas relativas ao contrato de emprego. A problemática teve como proposta do Ministério Público do Trabalho a realização de um contrato de equipe regido pelas leis celetistas e legislação esparsa.

O contrato de equipe, segundo conceituação de Pinto (2000, p. 221): é “um negócio jurídico envolvendo, de um lado, um empregador, e de outro, uma pluralidade de empregados, estes, porém, enlaçados por uma unidade de interesses. Celebra-se o contrato de grupo geralmente quando um conjunto de trabalhadores forma uma unidade de trabalho, de tal maneira coordenada que a prestação de cada um não resulta eficaz sem a contínua cooperação dos demais elementos do grupo”

Embora o contrato de equipe não esteja previsto expressamente em nosso ordenamento jurídico, como acontece na Espanha, contudo é ele permitido por uma interpretação do disposto no art. 444 da Consolidação das Leis Trabalhistas, essa modalidade contratual coaduna-se perfeitamente com a realidade do índio, já que a ação dos silvícolas sempre se deu “em bloco”, visto que eles não aceitam o comando do “homem branco”.⁴⁷

O Ministério Público do Trabalho considerou que o trabalho do indígena é essencial ao desenvolvimento do empreendimento da usina e não se considera substituível a curto e médio prazos, pela mão-de-obra branca, que é escassa no Estado de Mato Grosso do Sul, e mesmo pela mecanização. Assim, funcionou como instrumento de pressão sobre o poder econômico para a aceitação do contrato de equipe.

O Pacto Comunitário dos Direitos Sociais destacou a garantia aos trabalhadores indígenas de perceberem sua remuneração nunca inferior ao salário normativo da categoria⁴⁸ em que o pagamento dos salários dos trabalhadores indígenas será feito individualmente, em moeda corrente, mediante recibo, discriminando-se as parcelas salariais e descontos, sendo vedados descontos para parcelas in natura.

⁴⁵ Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_83/jorge_luis_machado.pdf
Acesso: 31 de julho de 2017.

⁴⁶ Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub26.html> - Acesso: 01 de agosto de 2017.

⁴⁷ Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub26.html> - Acesso: 02 de agosto de 2017.

⁴⁸5. A EMPREGADORA garantirá aos trabalhadores indígenas, que percebem remuneração variável por produção, renda mínima, nunca inferior ao salário normativo da categoria, hoje equivalente ataulamente.(Pacto Comunitário dos Direitos Sociais nas relações de trabalho indígena, 1999, Brasil)

Foi inserida também a cláusula de celebração do contrato de prestação de serviços em equipe com anotações na Carteira de Trabalho dos indígenas.

As cláusulas contidas no referido pacto merecem atenção, embora esse trabalho não teve como fulcro destacar todas, e representam o avanço em assegurar condições de trabalho dignas aos indígenas, sem nenhuma forma de discriminação.

Por fim, em que pese a implantação do contrato de equipe, praticamente em todas as usinas de álcool e açúcar, deve ser permanente o trabalho de convencimento do próprio índio dos seus direitos, ressaltando as benesses da proteção das normas trabalhistas, amoldadas às suas próprias características. Ação esta empreendida, por exemplo, pelos integrantes da Comissão Permanente de Investigação e Fiscalização das Condições de Trabalho de Mato Grosso do Sul.⁴⁹

Conclusão

O direito ao trabalho consiste em um direito fundamental que pressupõe outros direitos constitucionais e incorpora-se ao contexto dos direitos indígenas preservando a identidade étnica como meio para concretizar a dignidade humana e proporcionar uma sociedade igualitária nas condições de trabalho.

O estado do Mato Grosso do Sul, de acordo com o último Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), tem a segunda maior população indígena do País, atrás apenas do Amazonas: são 73 mil, dos quais mais de 13 mil vivem na cidade de Dourados.

A situação desse grupo social tem sido objeto de preocupação da Justiça do Trabalho há alguns anos. Em 2003, o TRT24, diante da constatação de desrespeito às relações de emprego mantidas entre proprietários de usinas de álcool e açúcar e trabalhadores indígenas, deslocou uma Vara do Trabalho para realizar audiências trabalhistas na aldeia de Jagupiru, a 224 km de Campo Grande.

O ministro Lelio Bentes Corrêa, que acompanhou a iniciativa na época, considerou-a um fato histórico para a Justiça brasileira. O acesso ao Poder Judiciário é um direito de todo cidadão e há comunidades que têm esse acesso dificultado pelas condições em que vivem e até pelo alijamento cultural imposto por um descaso para com a cultura indígena.

Para enfrentar questões específicas desses povos no mundo do trabalho é que hoje os Tribunais Regionais do Trabalho, em seus Planos Estratégicos, estão desenvolvendo projetos atentos à questão da responsabilidade social.⁵⁰

Considera-se nesse âmbito, a importância do Pacto Comunitário dos Direitos Sociais no estado de Mato Grosso do Sul e o seu desdobramento eficaz na elaboração pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região do Caderno de Direitos Trabalhistas produzido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (MS) em parceria com o Ministério Público do Trabalho e a Comissão Permanente de Investigação e Fiscalização das Condições de Trabalho no estado de Mato Grosso do Sul.

⁴⁹ Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub26.html> - Acesso: 02 de agosto de 2017.

⁵⁰ Disponível em http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/caderno-de-direitos-trabalhistas-aproxima-justica-do-trabalho-de-povos-indigenas/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print&_101_INSTANCE_89Dk_languageId=pt_BR – Acesso: 03 de agosto de 2017.

Esse caderno foi escrito em Português, em 2010, e nas línguas indígenas Terena e Guarani-Kaiowá com a finalidade de orientar os trabalhadores sobre seus direitos e deveres com as informações pertinentes à legislação trabalhista e ao funcionamento da Justiça do Trabalho.⁵¹

Interessante destacar que o trabalho de tradução para as línguas Terena e a Guarani-Kaiowá foi coordenado pela antropóloga Katya Vietta e faz parte do projeto Educação Trabalho e Justiça, do TRT24. Ela explica que a cartilha original continha termos jurídicos que não são aplicáveis àquelas línguas. A escolha ocorreu porque os Guarani-Kaiowá são a etnia de maior população em Mato Grosso do Sul, e os Terena, além de terem uma população relevante, possuem uma aldeia urbana em Campo Grande.

Nesse contexto, retrata-se a relevância do Pacto Comunitário dos Direitos Sociais como propulsor do tratamento digno a toda pessoa, evitando que seja reduzida à condição de objeto, e trouxe também a positivação da dignidade humana na relação de trabalho indígena.

Referências bibliográficas

BARBIERI, S. R. J. **Os Direitos Constitucionais dos Índios e o direito a diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008

LEITE, C. H. B. **Constituição e Direito do Trabalho**. In: Manoel Jorge e Silva Neto; (Org.). *A Eficácia, Vigência e Denúncia dos tratados internacionais e os direitos sociais*. Brasília: LTr, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 15 de julho de 2017.

BRASIL. Estatuto do Índio. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm, acesso em 15 de julho de 2017.

Decreto 55, de 17 de julho de 1953. Dispõe sobre a Convenção do Instituto Indigenista Interamericano. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-55-17-julho-1953-367148-publicacaooriginal-1-pl.html>, acesso em 15 de julho de 2017.

_____. Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Dispõe sobre a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT sobre Povos Indígenas Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm, acesso em 15 de julho de 2017.

⁵¹ Disponível em <https://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/2705077/trt-disponibiliza-caderno-de-direitos-trabalhistas-para-download> - Acesso: 03 de agosto de 2017.

_____. Ministério Público do Trabalho 24ª Região. Dispõe sobre o Pacto Comunitário dos direitos sociais nas relações de trabalho indígena. Disponível em : <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub35.html>, acesso em 21 de julho de 2017

_____. Ministério Público do Trabalho 24ª Região. Trabalhador indígena. Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub26.html>, acesso em 21 de julho de 2017.

DELGADO, M. G. Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 2013. .

MARTINS, Sergio Pinto. **Impacto dos 20 anos da Constituição sobre o Direito do Trabalho.** Carta Forense, v. 65, 2008.

MELO, L. A. C.. **Os direitos dos povos indígenas à luz da Convenção 169 da OIT: Trabalho.** Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul, v. 1, 2007.

MORENO, Jonas Ratier; MELO, Luís Antônio Camargo de. **Um relato sobre o trabalho dos povos indígenas no Estado do Mato Grosso do Sul.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Campo Grande, n. 8, 2003.

PIOVESAN, F.. Proteção dos Direitos Sociais: desafios do iuscommunes sul-americano. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, 2011.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual de Trabalho.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SARLET; MELLO FILHO, L. P. V. (Org.) ; FRAZAO, A. O. (Org.). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional.** 01. Ed. São Paulo/SP: Saraiva/Série IDP, 2014. v. 01.

SANTILLI, Márcio. **Os Brasileiros e os Índios.** São Paulo: SENAC, 2000.

SIQUEIRA, Giselly. **Tudo dia é dia de índio.** Revista Anamatra, Brasília, mar. 2001.

TOMEI, Manuela; SEWPSTON, Lee. **Povos Indígenas e Tribais: guia para aplicação da Convenção nº 169 da OIT.** Brasília: OIT, 1999.

ACÓRDÃOS



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

PROCESSO nº 0024035-74.2016.5.24.0000 - AR

A C Ó R D ã O

TRIBUNAL PLENO

REDATOR DESIGNADO : Des. AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR

AUTOR : GUSTAVO ZANDAVALLI DE FIGUEIREDO - ME

ADVOGADOS : Paulo Daniel de Oliveira Leite e outro

RÉU : WELMAR JORGE DA CUNHA

ADVOGADO: Milton Abrão Neto

Origem : Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região

AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. PRESUNÇÃO DE FATO IMPOSSÍVEL. CARACTERIZAÇÃO. 1. A aplicação da técnica de presunção que resulta na admissão de fato humanamente impossível justifica o corte rescisório por erro de fato, na medida em que considera existente um fato que jamais poderia ter ocorrido ou, nas palavras do legislador, "admite fato inexistente" (art. 966, § 1º do CPC/2015). 2. Não se pode conceber como irrevogável uma sentença judicial que está fundamentada em fato impossível, pois a técnica não deve sobrepor à ética, do que resultaria descrédito ao Poder Judiciário e ao valor intrínseco de suas decisões.

O relatório é da lavra do Exmo. Des. Nicanor de Araújo Lima:

"Trata-se de ação rescisória ajuizada por Gustavo Zandavalli de Figueiredo - ME em face de Welmar Jorge da Cunha, pretendendo, com fundamento nos incisos V e IX, do art. 485, do CPC/73 (incisos V e VIII, do art. 966, do NCPC), rescindir a sentença proferida nos autos da ação trabalhista de nº 0024066-90.2013.5.24.0003, proveniente da 3ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados, condenando a empresa ao pagamento de horas extras e reflexos, adicional noturno, indenização por danos morais, diferenças de FGTS e indenização compensatória de 40%.

A pretensão do autor funda-se na ocorrência de: a) violação ao art. 844

da CLT e Súmula 74 do C. TST, ante a não declaração de confissão ficta do reclamante, que não compareceu à audiência de instrução; b) violação aos arts. 333, I, do CPC e 818 da CLT, tendo em vista a indevida inversão do ônus da prova, porquanto a empresa-reclamada não possuía mais de 10 empregados; c) erro de fato no reconhecimento da jornada de trabalho das "5h às 2h da manhã do dia seguinte, também com quinze minutos de intervalo intrajornada", já que desarrazoada e humanamente impossível o cumprimento de jornada de 21 horas em 4 dias da semana.

Pugnou pelo deferimento de liminar para suspender a execução, e, no juízo rescindendo, pelo corte rescisório da sentença e, no juízo rescisório, pelo indeferimento das horas extras, ou, caso se reconheça o direito às horas extras por presunção, pela fixação da jornada em patamar razoável.

Deu à causa o valor de R\$ 54.634,43.

Carreou aos autos procuração específica (ID. 5ddb34 - Pág. 1), cópia da reclamação trabalhista n. 0024066-90.2013.5.24.0003, cópia da decisão rescindenda (ID. a76bbb3), e comprovante de depósito prévio (ID. a1edc2b).

Foi determinada a emenda da inicial.

Emenda à inicial apresentada pelo autor, com cópia da certidão de trânsito em julgado (ID. 8011529).

Indeferimento da liminar (ID. 61c4bae).

O réu apresentou contestação, arguindo a preliminar de ausência de prequestionamento, e, no mérito, pugnou pela improcedência do corte rescisório (ID. 57eb1c1).

O autor apresentou impugnação à defesa (ID. 95d3904).

As partes informaram não terem outras provas a produzir, pelo que se encerrou a instrução processual (ID. ebaddfd).

Razões finais apresentadas pelo réu (ID. 3541767) e pelo autor (ID. 3dab71c).

Parecer do Ministério Público do Trabalho, da lavra do Procurador-Chefe Substituto Leontino Ferreira de Lima Júnior, opinando pela admissibilidade da ação rescisória e, no mérito, por sua improcedência, nos termos da fundamentação (ID c3b66a3).

É, em síntese, o relatório."

V O T O

1 - ADMISSIBILIDADE

A admissibilidade é da lavra do Exmo. Des. Nicanor de Araújo Lima:

"O réu, em contestação, pugna pela não admissibilidade da ação rescisória, por ausência de prequestionamento quanto à Súmula 74 do C. TST e aos arts. 333, I, do CPC e 818 da CLT (Súmula 298 do C. TST).

A questão suscitada, em verdade, encerra discussão de mérito, e, por conseguinte, com ele será apreciada.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos, admito a ação rescisória."

2 - MÉRITO

2.1 - JUÍZO RESCINDENDO

2.1.1 - VIOLAÇÃO À LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI.

CONFISSÃO FICTA

Tópico da lavra do Exmo. Des. Nicanor de Araújo Lima:

"O autor fundou sua pretensão na hipótese prevista no inciso V do art. 485 do CPC (inciso V do art. 966 NCPC), buscando a declaração da ocorrência da confissão ficta em desfavor do réu.

Sustenta, em síntese, que: a) o réu, embora devidamente intimado, não compareceu à audiência de instrução, tampouco seus advogados se fizeram presentes, o que importa na confissão ficta quanto aos fatos narrados na defesa, a teor da Súmula n. 74 do C. TST; b) como o réu constituiu dois advogados nos autos da reclamação trabalhista, o atestado médico, apresentado no dia seguinte à data audiência de instrução, certificando a impossibilidade de comparecimento de apenas um dos causídicos, não justifica a ausência do réu e do outro patrono, pelo que o não reconhecimento da confissão ficta pela sentença configurou violação ao art. 844 da CLT e Súmula 74 do C. TST.

Analiso.

Na audiência inicial da reclamação trabalhista, as partes foram devidamente intimadas da data e horário designados para audiência de prosseguimento, com a cominação de "deverão comparecer para prestar depoimentos pessoais, sob pena de confissão, trazendo suas testemunhas, independentemente de intimação, sob pena de preclusão" (ID. a76bbb3).

Diante da ausência do reclamante, ora réu, na audiência de instrução, o reclamado, ora autor, requereu a aplicação da confissão ficta ao obreiro (ID. e24b45a).

No dia seguinte à audiência de prosseguimento, foi acostado aos autos atestado médico comprovando a impossibilidade de comparecimento de um dos procuradores do reclamante, pelo que foi determinada a reabertura da instrução (ID. 4467be0), sendo as partes devidamente intimadas.

Na audiência de prosseguimento, foi colhida a prova testemunhal, com encerramento da instrução sem qualquer objeção das partes e razões finais remissivas (ID. 529837d).

Logo, infere-se que a empresa foi devidamente intimada sobre o atestado médico, o pedido de redesignação de audiência e do deferimento da reabertura da instrução, não tendo renovado, em qualquer das oportunidades, o requerimento de declaração de confissão ficta do reclamante.

Saliente-se, por oportuno, que a questão não foi invocada nem na audiência de instrução, que seria a derradeira oportunidade.

Nesse contexto, não houve juízo de valor sobre a confissão ficta do reclamante e, por conseguinte, acerca da norma contida no dispositivo invocado como violado, pelo que pedido de corte rescisório encontra-se óbice na Súmula 298 do C. TST.

De outro norte, ainda que fosse superada a questão referente ao pré-questionamento, o autor não se insurgiu, no momento oportuno, em relação à redesignação da audiência de instrução nos autos principais, incidindo a preclusão.

Assim, julgo improcedente o pedido rescisório."

2.1.2 - VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI - ÔNUS DE COMPROVAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

Tópico da lavra do Exmo. Des. Nicanor de Araujo Lima:

"O autor fundou sua pretensão na hipótese prevista no inciso V do art.

485 do CPC (inciso V do art. 966 NCPC), buscando o reconhecimento de que o ônus de comprovar a jornada de trabalho era do empregado, ora réu.

Sustenta, em síntese, que é indevida a inversão do ônus da prova, porquanto a empresa-reclamada não possuía mais de 10 empregados (Súmula 338 do TST), tendo ocorrido violação aos arts. 333, I, do CPC c/c art. 818 da CLT.

Analiso.

A sentença rescindenda deferiu o pleito de horas extras sob o fundamento de que:

Analisando o conjunto probatório, verifica-se que a reclamada possui registro de horário de entrada e saída de seus empregados, tendo, inclusive, acostado cartão de ponto de outro funcionário (ID 475766 - pág. 4), mas não o do reclamante. Aliás, contando o empregador com registro de jornada, era seu o ônus de apresentar os cartões de ponto a fim de ilidir a jornada declinada na peça exordial. Ademais, conforme os recibos de pagamentos das horas extras acostados (ID 415736 - Pág. 6, 7, 10; ID 415671 - Pág. 4, 9; ID 415619 - Pág. 6, 13; ID 415554 - Pág. 7, 8, 9), verifica-se que, além de a jornada de trabalho ser controlada pelo empregador, o reclamante realizava habitualmente jornadas exorbitantes, chegando a perceber a título de horas extras os valores de R\$ 523,00 (quinhentos e vinte e três reais) e R\$ 480,00 (quatrocentos e oitenta reais), o que corrobora ainda mais a tese obreira (Num. b26d35d - Pág. 2).

Logo, infere-se que para se chegar à conclusão de qual das partes da reclamação trabalhista tem o dever processual do ônus probatório é preciso analisar as provas produzidas nos autos principais, tais como registro de jornada de outro trabalhador e recibos de pagamento do reclamante.

Porém, é inadmissível em sede de ação rescisória o reexame do conjunto probatório da ação principal, fundamentado na hipótese de violação literal de dispositivo legal (CPC, art. 485, V/NCPC, art. 966, V).

Nesse sentido, a Súmula nº 410 do C. TST:

AÇÃO RESCISÓRIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. A ação rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda.

Ademais, insatisfação do autor com o resultado da decisão rescindenda não se traduz automaticamente em hipótese de rescindibilidade da coisa julgada, pois não pode a parte lançar mão da via estreita da ação rescisória a fim de rediscutir o seu acerto, sob pena de transformar-se

em verdadeiro sucedâneo recursal.

Por derradeiro, como bem asseverou o d. Parquet: "ainda que a empresa não fosse legalmente obrigada a manter controles de jornada, por possuir menos de 10 (dez) empregados, a partir do momento em que voluntariamente passou a fazê-lo, conforme se verifica do registro de outro trabalhador, exsurge o seu ônus de demonstrar a efetiva jornada realizada pelo então reclamante" (ID. c3b66a3 - Pág. 7).

Assim, julgo improcedente a ação rescisória."

2.1.3 - ERRO DE FATO - JORNADA DE TRABALHO ARBITRADA

O autor sustenta que o julgado rescindendo incorreu em erro de fato, ao presumir como verdadeira uma jornada que é humanamente impossível de ser realizada.

Com a devida vênia do Relator, divirjo para julgar procedente a ação rescisória, pois reconheço a efetiva ocorrência do erro de fato.

Com efeito, a sentença da origem utilizou a técnica da presunção, muito bem escorada na Súmula 338 do TST que disciplina: "I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário".

Ocorre que, tendo como único fundamento a confissão ficta, a sentença rescindenda presumiu verdadeira uma jornada que teria início às 5 horas da manhã e findaria às 2 horas da manhã do dia seguinte, com apenas 15 minutos de intervalo.

A julgadora sentenciante não se atentou para o fato de que essa jornada não é harmônica com a capacidade física do ser humano e, portanto, humanamente impossível de ter sido cumprida.

Perceba-se que se o autor realmente concluísse o serviço às duas horas da manhã e recomeçasse sua jornada de trabalho três horas depois (às cinco da manhã do mesmo dia), teria muito pouco tempo de chegar a sua residência e, com certeza, mal conseguiria dormir, uma necessidade fisiológica inegável.

Pela jornada presumida, o autor também não tinha tempo para fazer suas refeições, pois a alegação que se presumiu verdadeira é no sentido de que o intervalo para refeição e descanso era de apenas 15 minutos.

Fica muito evidente, portanto, que a jornada de trabalho reconhecida na sentença rescindenda era materialmente impossível de ter sido cumprida e por mais que se acolha o entendimento consubstanciado na Súmula 338 do TST, com certeza ela não se presta a reconhecer jornadas laborais fantasiosas e que desafiam os mais basilares princípios de verossimilhança.

A coisa julgada é protegida pelo ordenamento jurídico com o objetivo de proporcionar segurança jurídica e paz social.

Não se pode conceber, entretanto, como irrevogável uma sentença judicial que está fundamentada em fato impossível, pois a técnica não deve sobrepor à ética, do que resultaria descrédito ao Poder Judiciário e ao valor intrínseco de suas decisões.

Em julgamento de caso muito parecido, o Tribunal Superior do Trabalho rescindiu sentença que reconheceu jornada diária de dezoito horas e mais seis horas in itinere.

Naquela ocasião, o Relator do Acórdão, Ministro Gelson de Azevedo, registrou:

"Erro de fato tipifica-se não apenas por idéia falsa, resultante da consideração de fato inexistente ou de desconsideração de fato existente no processo, mas também de conclusão a respeito de fato cuja existência se afigura teratológica por ser fisicamente impossível. Ou seja, erro de fato é a falta de coincidência entre a idéia e o estado verdadeiro da coisa." (TST - ED-ROAR: 3368541119975045555 336854-11.1997.5.04.5555, Relator: Gelson de Azevedo, Data de Julgamento: 28/11/2000, Sub-seção II Especializada em Dissídios Individuais,, Data de Publicação: DJ 15/12/2000.)

Destaque-se, por outro lado, que a sentença que reconhece por presunção fato impossível incide em erro de fato, na medida em que considera existente um fato que jamais poderia ter ocorrido ou, nas palavras do legislador, "admite fato inexistente" (art. 966, § 1º do CPC/2015).

Perceba-se que, por não se tratar de interpretação de prova, mas de resultado da aplicação da técnica de presunção relativa, não incide a vedação da parte final do art. 966, § 1º, do CPC e da Orientação Jurisprudencial nº 136 da SDI-II do c. TST.

Destarte, reconheço a existência de erro de fato e julgo procedente a ação rescisória para desconstituir a sentença rescindenda no capítulo pertinente às horas extras e consectários.

2.2 - JUÍZO RESCISÓRIO

Rescindida a sentença no capítulo referente às horas extras e consectários, em juízo rescisório, procede-se novo julgamento.

HORAS EXTRAS- INTERVALO INTRAJORNADA E INTERJORNADA - REFLEXOS

O autor sustentou ter laborado em, pelo menos quatro dias por semana, das 5 horas da manhã até as 2 horas da manhã do dia seguinte, com quinze minutos de intervalo.

Não houve discussão quanto ao número de empregados da ré, mas havia controle de frequência, tanto que a ré apresentou os controles de frequência de outro trabalhador.

Incide, na hipótese, a Súmula 338 do TST, pois a empregadora tinha a obrigação legal de apresentar os controles de frequência do autor.

A presunção de veracidade da jornada afirmada pelo autor, entretanto, há que ser conjugada com os princípios de verossimilhança com o que ordinariamente ocorre e até mesmo com atenção aos limites da capacidade física humana.

A jornada descrita pelo autor, com a devida vênia, é desarrazoada e impossível de ser cumprida, além do que, é injustificada, considerando o tipo de atividade desenvolvida pelo empregador (Buffet para realização de festas) e a função exercida (motorista).

Por tais motivos, a jornada de trabalho do autor precisará ser arbitrada pelo juiz, de modo a adequar a presunção legal de veracidade dos fatos afirmados com os princípios de verossimilhança e razoabilidade.

Neste sentido, não vejo justificativa para reconhecer horas extras nos dias em que não havia eventos (dois dias por semana, segundo a petição inicial).

Nos outros quatro dias da semana (quando havia eventos, segundo a afirmação da inicial, presumidamente verdadeira), há que se arbitrar jornada de trabalho que, no mínimo, seja possível de ser cumprida e que esteja em harmonia com a atividade desenvolvida.

Neste sentido, é razoável considerar que o autor, nos dias de evento, trabalhava das 11 horas até 2 horas da manhã do dia seguinte, com uma hora de intervalo.

A jornada acima arbitrada é extensa (quatorze horas diárias), mas não desafia a capacidade física do ser humano, além de se harmonizar com a atividade empresarial desenvolvida na época (Buffet de festas).

Assim, julgo parcialmente procedente o pedido de horas extras, assim consideradas as excedentes de 44 semanais, deferindo-se, ainda, a remuneração do intervalo interjornadas

suprimido.

As horas extras são devidas com adicional de 50% e o divisor 220 será adotado.

Deferem-se os reflexos nos RSRS, férias, 13º salários, FGTS e aviso prévio.

ACÓRDÃO

Participaram deste julgamento:

Des. André Luís Moraes de Oliveira;

Des. Nicanor de Araújo Lima (Presidente da sessão);

Des. Amaury Rodrigues Pinto Junior;

Des. Ricardo Geraldo Monteiro Zandona;

Des. Marcio Vasques Thibau de Almeida; e

Des. Nery Sá e Silva de Azambuja.

Ausente, por motivo justificado, o Desembargador João de Deus Gomes de Souza.

Presente também o representante do Ministério Público do Trabalho.

Sustentação ora (na sessão realizada em 20.3.2017): Dr. Jully Heyder da Cunha Souza, pelo autor Gustavo Zandavalli de Figueiredo - ME.

ACORDAM os Desembargadores do Egrégio Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, **admitir a ação rescisória** e rejeitar a preliminar arguida, nos termos do voto do Desembargador Nicanor de Araújo Lima (relator); no mérito, por maioria, **reconhecer a existência de erro de fato e julgar procedente a ação rescisória** para desconstituir a sentença proferida nos autos do processo n. 0024066-90.2013.5.24.0003, e, em juízo rescisório, mediante novo julgamento, julgar parcialmente procedente o pedido de horas extras, assim consideradas as excedentes de 44 semanais, deferindo-se, ainda, a remuneração do intervalo interjornada suprimido e, consignando, aplicação do adicional de 50%, divisor 220 e, reflexos, nos RSRS, férias, 13º salários, FGTS e aviso prévio, nos termos do voto do Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior, vencido o Desembargador relator. Acórdão do Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior.

Campo Grande, 14 de agosto de 2017.

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR
Desembargador Federal do Trabalho
Redator Designado

Voto vencido (Des. Nicanor de Araujo Lima)

ERRO DE FATO - JORNADA DE TRABALHO ARBITRADA

O autor fundou sua pretensão na hipótese prevista no inciso IX do art. 485 do CPC (inciso VIII do art. 966 NCPC).

Sustenta, em síntese, que o reconhecimento da jornada de trabalho das "5h às 2h da manhã do dia seguinte, também com quinze minutos de intervalo intrajornada", é desarrazoado e além de humanamente impossível o cumprimento de jornada de 21 horas em 4 dias da semana.

Analiso.

O §1º do art. 966 do NCPC (§ 1º do art. 485 do CPC/73), tratou de esclarecer que há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

No caso dos autos, foi reconhecida a jornada alegada na exordial por não ter a empresa apresentado os cartões de ponto do reclamante da ação trabalhista, ônus que lhe competia, porquanto instruiu a defesa com controle de jornada de outro funcionário e recibos de pagamento de horas

extras do reclamante, ora réu, não havendo falar, portanto, em erro de fato.

No mais, o que se extrai dos autos é a insatisfação da parte com o resultado do julgamento, porém isso não se traduz automaticamente em hipótese de rescindibilidade da coisa julgada, pois não pode a parte lançar mão da ação rescisória a fim de rediscutir o seu acerto, sob pena de transformar-se em verdadeiro sucedâneo recursal.

Nesse sentido, colaciono a Orientação Jurisprudencial n. 136 da SDI-II do

C. TST:

AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. CARACTERIZAÇÃO (atualizada em decorrência do CPC de 2015) - Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016

A caracterização do erro de fato como causa de rescindibilidade de decisão judicial transitada em julgado supõe a afirmação categórica e indiscutida de um fato, na decisão rescindenda, que não corresponde à realidade dos autos. O fato afirmado pelo julgador, que pode ensejar ação rescisória calcada no inciso VIII do art. 966 do CPC de 2015 (inciso IX do art. 485 do CPC de 1973), é apenas aquele que se coloca como premissa fática indiscutida de um silogismo argumentativo, não aquele que se apresenta ao final desse mesmo silogismo, como conclusão decorrente das premissas que especificaram as provas oferecidas, para se concluir pela existência do fato. Esta última hipótese é afastada pelo § 1º do art. 966 do CPC de 2015 (§ 2º do art. 485 do CPC de 1973), ao exigir que não tenha havido controvérsia sobre o fato e pronunciamento judicial esmiuçando as provas..

Diante do exposto, não se constatando o alegado erro de fato, julgo improcedente a rescisória."

SÚMULA 23 DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO**PROPOSTA DE ALTERAÇÃO****REDAÇÃO ATUAL**

ATUALIZAÇÃO **MONETÁRIA.**
INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 39 DA LEI nº
8.177/1991. É inconstitucional a expressão "equivalentes à
TRD acumulada" constante no art. 39, caput, da Lei n.
8.177/91. Os débitos trabalhistas deverão ser atualizados
pelo IPCA-E, conforme precedente do Supremo Tribunal
Federal.

PROPOSTA – ACRESCER UM INCISO PARA MODULAR EFEITOS

ATUALIZAÇÃO **MONETÁRIA.**
INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 39 DA LEI nº
8.177/1991.

- 1. É inconstitucional a expressão "equivalentes à TRD acumulada" constante no art. 39, caput, da Lei n. 8.177/91.**
- 2. Por razão de segurança jurídica e tendo como parâmetro a modulação de efeitos concretizada pelo Supremo Tribunal Federal para atualizar os débitos dos precatórios judiciais (questão de ordem na ADI 4357), limita-se a eficácia retroativa da declaração a 26.03.2015, a partir de quando os débitos trabalhistas deverão ser atualizados pelo IPCA-E, fator indexador eleito pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4425.**

FUNDAMENTAÇÃO

O Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, em sua composição plenária e por maioria absoluta, declarou a inconstitucionalidade do art. 39 da Lei 8.177/1991, aprovando a Súmula nº 23, com a seguinte redação:

ATUALIZAÇÃO**MONETÁRIA.**

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 39 DA LEI n° 8.177/1991. É inconstitucional a expressão "equivalentes à TRD acumulada" constante no art. 39, caput, da Lei n. 8.177/91. Os débitos trabalhistas deverão ser atualizados pelo IPCA-E, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal.

Como sói acontecer, a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa à data de vigência do ato normativo invalidado.

Ocorre que o ato normativo agora invalidado teve vigência e eficácia por mais de 25 anos e consolidou incontáveis relações jurídicas, justificou miríades de negócios jurídicos (inclusive transações judiciais) e alicerçou comportamentos e expectativas dos jurisdicionados brasileiros e estrangeiros com negócios no Brasil.

Não somente a lei questionada vigeu soberana por vários lustros, como também a jurisprudência trabalhista estava consolidada no reconhecimento de sua validade. É o que se depreende da Orientação Jurisprudencial n° 300 da SBDI-1 do TST, *verbis*:

EXECUÇÃO TRABALHISTA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

JUROS. LEI N° 8.177/91, ART. 39, E LEI N° 10.192/01, ART. 15. Não viola norma constitucional (art. 5º, II e XXXVI) a determinação de aplicação da TRD, como fator de correção monetária dos débitos trabalhistas, cumulada com juros de mora, previstos no art. 39 da Lei n° 8.177/91 e convalidado pelo artigo 15 da Lei n° 10.192/01.

Em verdade, foi apenas no julgamento das ADIs 4357 e 4425, no primeiro semestre de 2013, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a TR não poderia ser utilizada como fator de atualização monetária. Fê-lo no âmbito dos precatórios, mas inquestionavelmente colocou em crise todas as normas legais que usam referido índice como fator de correção monetária.

Ora, não é possível desconsiderar os efeitos jurídicos consolidados e menosprezar os negócios jurídicos e comportamentos negociais levados a efeito na firme crença de que a legislação que vigia e era acatada pela jurisprudência efetivamente disciplinava as relações jurídicas.

Não se pode deixar de admitir os malefícios que decorrem de mudança do entendimento jurisprudencial com eficácia retroativa, mormente quando a mudança radical acontece após um quarto de século de vigência incontestada da norma interpretada, até então, como constitucional.

Colho, neste sentido, lição de Estevão Mallet em brilhante artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

"Pois bem, a jurisprudência que se acha assente e sedimentada, tanto mais a dos tribunais superiores, especialmente aquela compendiada em verbetes publicamente divulgados, cria expectativas, produz confiança, induz comportamentos. Agem as pessoas supondo, e com razão, segura a decisão que tomam em harmonia com o entendimento dominante, pois, como adverte Harry Wellington, *"a court's decision purports to justify the result in the controversy before it and to guide the*

behavior of others whether private individuals, corporate officers, or public officials - Who someday may wish to avoid similar controversy". Não é possível desprezar impunemente a expectativa legitimamente criada na sociedade, desconsiderar a confiança produzida, ignorar os comportamentos adotados segundo o que na altura se dizia e apregoava ser correto. Fazê-lo compromete a própria autoridade dos tribunais e a credibilidade das respectivas decisões, que deixam de servir ou de ser vistas como guia seguro para o comportamento das pessoas" (MALLET, ESTÊVÃO. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? Revista da Faculdade de Direito/Universidade de São Paulo, v. 101, p. 281-298, 2006.

No mesmo sentido, destacou Luís Roberto Barroso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal:

"é o Judiciário, em última análise, a instância que irá decidir quais direitos e obrigações foram criados pelos dispositivos legais. Dentro dessa linha de raciocínio, é natural que o princípio da segurança jurídica se dirija também à atividade jurisdicional. Mesmo porque, se a cada momento o Judiciário pudesse modificar o seu entendimento sobre a legislação em vigor e atribuisse às novas decisões efeitos retroativos, instalar-se-ia a absoluta insegurança jurídica. Nada do que

ocorreu no passado poderia ser jamais considerado definitivo pelos particulares, já que, a qualquer momento, a questão poderia ser revista por um novo entendimento do Judiciário. É evidente que uma construção nesse sentido seria totalmente incompatível com a ordem constitucional brasileira. A boutade de que no Brasil até o passado é incerto não fornece boa doutrina.” (BARROSO, LUÍS ROBERTO. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. Parecer. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf. Acesso em 06 jul.2016).

A insegurança jurídica causada pela perplexidade e incerteza de eficácia da legislação vigente e jurisprudência prevalente são razões suficientes para justificar ponderação quanto à eficácia retroativa de decisões que juridicamente têm esse efeito, como é o caso da declaração de inconstitucionalidade de ato normativo.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, ao tratar do regime especial de precatórios, em julgamento de questão de ordem na ADI 4357, modulou os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade e, especificamente em relação à atualização monetária dos precatórios, determinou a

utilização do IPCA-E apenas a partir de 26.03.2015, conforme se depreende de sua ementa:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. **(QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.357 DISTRITO FEDERAL, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 25.03.2015)**

No voto condutor o Ministro Luiz Fux reconhece que "a eficácia retrospectiva é verdadeiro corolário lógico do princípio da supremacia da Constituição", porém, lembra que "em reiteradas ocasiões a aplicação cega e irrestrita da regra da nulidade poderia representar - antes que um remédio - um verdadeiro agravamento da ofensa aos valores fundamentais mais básicos do sistema constitucional".

E conclui o Ministro:

"Daí por que se admite que o princípio da nulidade das leis inconstitucionais possa ser ponderado com outros princípios de igual magnitude, incidentes em determinadas situações concretas. Assim compreendida, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade não significa uma afronta à Carta Magna, mas antes uma defesa da segurança jurídica ou de outro valor constitucional relevante, sob o prisma do princípio da proporcionalidade" (p. 5 da decisão proferida em questão de ordem - ADI 4357).

Claro está que a modulação de efeitos diz respeito ao cumprimento de precatórios e não vincula esta Corte em relação à atualização monetária de débitos trabalhistas.

Não obstante, é sinalização segura de que o problema da atualização monetária de débitos, concretizada durante muitos anos por índice que, agora se reconhece, não refletia a variação inflacionária ocorrida, merece ponderação quanto aos efeitos retroativos da decisão judicial que reconhece o fato.

É verdade que, em sede incidental, os Juízes e Tribunais não devem modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade de atos normativos (tanto concentrado, como incidental).

Ocorre que, no caso em discussão, o Supremo Tribunal Federal já forneceu parâmetro seguro para a modulação dos efeitos, fazendo-o em relação aos débitos inscritos em precatórios, mas que também se justificam em relação a débitos de outra natureza que estavam sujeitos ao mesmo índice atualizador, afinal, a segurança jurídica não é valor que deva ser preservado apenas em consideração ao patrimônio público, antes como garantia de todos os jurisdicionados.

São esses os motivos que me levam a propor revisão da Súmula nº 23 desta Corte, para inserir um segundo inciso, esclarecendo que a utilização do índice eleito pelo Supremo Tribunal Federal como apto à corrigir monetariamente os débitos (IPCA-E) deverá ocorrer a partir de 26.03.2015, data fixada pelo Supremo Tribunal Federal para os precatórios judiciais e que, por questão isonômica deve ser utilizado para os demais débitos judiciais antes corrigidos pela TR.

Acolhendo a sugestão proposta por este Desembargador, o Pleno desta egrégia Corte, em Sessão Administrativa realizada em 21 de novembro de 2016, por unanimidade, aprovou a proposta de alteração da Súmula 23 deste Tribunal Regional do Trabalho, nos termos da Resolução Administrativa n. 67/2016.

Campo Grande/MS, 21 de novembro de 2016.

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR
Desembargador Federal do Trabalho

A C Ó R D ã O
2ª TURMA

Relator : Des. AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR
Recorrente : ATACADÃO S.A.
Advogados : Fabiana Horta das Neves
Recorrente : GRACIELE DOS SANTOS
Advogados : Edgar Martins Veloso
Recorridos : OS MESMOS
Origem : 2ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS

DOENÇA OCUPACIONAL. LAUDO PERICIAL DEFICIENTE. ELEMENTOS DE PROVA QUE POSSIBILITAM CONCLUSÃO CONTRÁRIA À QUE CHEGOU O LAUDO PERICIAL. 1. É inconsistente o laudo pericial que conclui pela natureza ocupacional da doença, sem nem mesmo se dar ao trabalho de analisar os exames médicos realizados na época do afastamento da trabalhadora. 2. Tivesse o Perito visto o exame de ressonância magnética realizado pela autora e anexado aos autos com a petição inicial, teria, no mínimo, tecido considerações sobre a possibilidade de a doença ter causa constitucional, sugerida naquele exame (Complexo de Buford-variação anatômica). 3. Subsistem nos autos, todavia, outros elementos que permitem afastar a natureza ocupacional da doença, tais como o curto tempo de serviço, o exercício de função que não exige o esforço físico suscetível de causar a doença de que é portadora e a persistência dos problemas físicos, mesmo depois de longo tempo de afastamento funcional, além do exame de ressonância magnética que elide causas traumáticas ou de

desgastes pelo uso do membro, sugerindo, como já dito, uma causa orgânica da trabalhadora.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO N. 0024726-53.2014.5.24.0002) nos quais figuram como partes as epigrafadas.

Em razão da r. sentença de ID 21aca7b, proferida pela Exma. Juíza do Trabalho Mara Cleusa Ferreira Jeronymo, da Egrégia 2ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS, a ré interpôs recurso ordinário e autora recurso adesivo.

A ré pretende a reforma da sentença quanto aos danos extrapatrimoniais, materiais e correção monetária (ID 0742f68).

As custas e o depósito recursal foram dispensados (ID 4cf8139 e SS).

A autora pede a majoração da condenação em danos extrapatrimoniais, materiais e tratamento médico, bem como a reforma do capítulo do intervalo do art. 384 da CLT (ID dcd2535).

Contrarrazões (ID 0da36f1).

O processo não foi encaminhado à Procuradoria Regional do Trabalho, por força do art. 84 do Regimento Interno deste Regional.

Com fulcro no art. 10 do CPC/2015, abriu-se vistas às partes a respeito de exame de Ressonância Magnética que sugere problema anatômico no ombro da autora.

As partes apresentaram manifestação.

É o relatório.

V O T O**1 - CONHECIMENTO**

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário da ré, do recurso adesivo do autor e das contrarrazões.

2 - MÉRITO**2.1 - RECURSO DAS PARTES****2.1.1 - DOENÇA OCUPACIONAL - DANOS MATERIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS - TRATAMENTO MÉDICO E PENSIONAMENTO (RECURSO DAS PARTES)**

A Juíza da origem reconheceu a natureza ocupacional da doença que aflige a autora, condenando a ré em indenização por danos extrapatrimoniais no valor de R\$ 30.000,00 e despesas com tratamento médico e medicamentoso a ser apurado em liquidação de sentença, limitado a R\$ 3.000,00 mensais, corrigidos pelo salário mínimo.

A ré pede a reforma e contesta o laudo pericial tanto no que se refere ao ambiente de trabalho, quanto à sua participação culposa.

Pede, subsidiariamente, a redução do valor arbitrado a título de indenização por danos extrapatrimoniais e o não atrelamento ao reajuste do salário mínimo.

A autora pretende o deferimento de pensão vitalícia e a majoração da indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Dou provimento ao recurso da ré e nego provimento ao recurso da autora.

Em que pese o laudo pericial reconhecer nexo causal entre a doença da autora e a atividade laboral desenvolvida na ré, a prova documental colacionada aos autos demonstra o contrário, senão vejamos:

A doença detectada pelo perito e vinculada à atividade desenvolvida pela autora foi especificada como sendo "tendinite do supra-espinhoso e infra-espinhoso" (ID 3ab01b0, p. 7), que provocaram intervenção cirúrgica realizada em maio/2012, afastando a natureza degenerativa da doença, em razão da idade da trabalhadora.

Ocorre que os exames médicos apresentados pela própria autora, aliados ao seu histórico funcional na empresa, evidenciam que a doença é de natureza constitutiva e não ocupacional.

Com efeito, começou ela a trabalhar na ré no final de outubro/2009 e, já no mês de março/2010 (quatro meses depois), obteve sua primeira licença médica (onze dias - ID b 4099e7).

Em outubro/2010, foi afastada pelo INSS e percebeu o benefício previdenciário até fevereiro/2013, sendo que, no meio de março/2013, saiu em licença maternidade e, em seguida, férias, retornando apenas em 14.08.2013 (informações da petição inicial), tendo pedido demissão em 13.02.2014.

A autora, portanto, trabalhou aproximadamente cinco meses antes da primeira licença (que se tem notícia) e onze meses antes de receber o primeiro auxílio-doença.

Perceba-se, em primeiro lugar, que o tempo de serviço contínuo prestado na empresa ré não foi prolongado a ponto de justificar o alto grau de lesividade da doença adquirida.

Ademais, a função da autora (operadora de caixa), não exigia esforço com ombro (a atividade maior seria

com os punhos e não com o ombro), a ponto de justificar tendinite ou rompimento do supraespinhoso.

Pois bem, o primeiro afastamento da trabalhadora ocorreu em outubro/2010 e ela anexou aos autos a primeira ressonância magnética, pós-licença, realizada em 14.12.2010.

Essa ressonância evidencia que a doença da autora é congênita e não ocupacional.

Ao manifestar-se a respeito do exame, a autora afirma que ele não foi conclusivo, mas, apenas, "sugestivo" e que só uma investigação mais detalhada poderia concluir pelo fator congênito. Desta, ainda, duas ultrassonografias que dão notícia de "tendinite do supraespinhal", além do laudo pericial, que foi conclusivo acerca da natureza ocupacional da doença.

Quanto ao laudo pericial, com a máxima vênia, sua inconsistência é flagrante, pois o Perito nem mesmo se deu ao trabalho de avaliar os exames contemporâneos, tanto que não reparou que a ressonância magnética "sugeriu" uma deficiência constitucional.

Foi este Relator quem, para evitar uma decisão surpresa, abriu vistas para as partes manifestarem sobre essa possibilidade.

Claro está que o laudo pericial é inconsistente e não pode ser invocado como prova da natureza ocupacional da doença, especialmente porque, na hipótese, subsistem outros elementos que a elidem.

Já no que se refere aos exames de ultrassom, percebe-se que não se discute naqueles a existência de tendinite do supraespinhoso, pois a controvérsia diz respeito à causa da tendinite, daí o exame mais aprofundado, que ensejou a ressonância magnética.

Ocorre que, no exame, se constatou a ausência de derrame articular, tendão supra-espinhal de espessura normal, tendões dos músculos infra-espinhal e subescapular de espessura preservada, ou seja, a estrutura do ombro não sofria desgastes de uso ou degenerativos.

O mesmo exame, entretanto, evidencia alteração morfológica importante sugestiva de "complexo de Buford" e, na conclusão, o médico diagnosticou:

"Ressonância Magnética do Ombro Esquerdo evidenciando alterações no formato da porção Antero-superior do labrum glenóideo, com sinais de hipoplasia labral e espessamento do ligamento gleno-umeral médio, sugestivo de complexo de Buford (variante anatômica)" (ID 8d89d8f) (grifei)

Pois bem, o complexo de Buford se caracteriza como **uma variação anatômica**, que causa a instabilidade do ombro, conforme se verifica em notícia divulgada pela Faculdade de Ciências Médicas da Unicamp, intitulada "Pesquisa sobre variação anatômica associada à instabilidade do ombro é premiada em Montevideu" (Disponível em: <http://www.fcm.unicamp.br/fcm/noticias/2015/pesquisa-sobre-variacao-anatomica-associada-instabilidade-do-ombro-e-premiada-em-montevideu?language=en>, Acesso em 06.04.2017).

A notícia relata que "A pesquisa '*Correlação entre o Complexo de Buford e Instabilidade Glenoumeral*' foi contemplada na categoria Melhor Trabalho Livre e sugere que variação anatômica pode ser fator predisponente à instabilidade do ombro".

No comentário, esclarece-se que: "Para

verificar se a ocorrência do Complexo de Buford é maior em pacientes com instabilidade glenoumeral do que em pacientes com lesão tendinosa, os pesquisadores realizaram teste de hipóteses com a ajuda de um software de estatística. Verificou-se que a incidência do Complexo de Buford é maior nos pacientes com instabilidade no ombro, existindo correlação entre ambos”.

A autora tem razão quando afirma que o exame não é conclusivo e que seria necessária uma investigação maior para se chegar a tal conclusão, mas esse exame é suficiente para afastar a causalidade laboral, pois, repita-se, afastou a causa traumática e decorrente de desgastes pelo uso (pois a ressonância não detectou lesão tendinosa).

Outro ponto relevante é que a doença, mesmo após o afastamento da trabalhadora, continuou evoluindo, o que confirma a causa congênita em prejuízo da causa laboral (veja-se que a guia de procedimento cirúrgico expedida em outubro/2011 aponta como motivo “instabilidade de ombro” e não tendinite - 74483fa, p. 2).

Também nesse sentido o relatório médico datado de julho/2011 (portanto, apenas alguns meses após o primeiro afastamento da trabalhadora - ID 74483fa, p. 6), direcionado à necessidade de anestesia para diminuição das dores no ombro, que registra:

“A Sra.: Graciele Dos Santos foi avaliada pela clínica de dor no dia 06/07/2011 em decorrência de encaminhamento do Dr. Paulo Berlfein, com clínica compatível com limitação funcional importante de ombro a esquerda, com duas cirurgias prévias, para realização de bloqueios para o ombro para possível liberação

articular...”

Ora, não há notícia de “cirurgias prévias” em julho de 2011 (a única cirurgia que se tem notícias teria ocorrido em outubro/2011).

Reitere-se, mais uma vez, que a autora trabalhou como operadora de caixa, função que não está relacionada com carregamento de peso, com a devida vênia da informação registrada no laudo pericial e não corroborada por qualquer elemento de prova.

Destaque-se que os exames médicos colacionados aos autos evidenciam com muita clareza que a doença de que a autora é portadora não tem origem postural ou no esforço repetitivo, enquanto que o carregamento de peso, que poderia atuar como fator de concausalidade, não é característica da função exercida e, com a máxima vênia, não pode ser presumido, mormente diante dos indícios que evidenciam que os problemas no ombro da autora têm origem congênita (anatômica).

Destarte, considerando os exames colacionados aos autos, o fato de a trabalhadora ter prestado serviços por curto período e em função que não exige o esforço físico suscetível de causar a doença de que é portadora, afasto o nexo de causalidade ocupacional e, em consequência, a responsabilidade civil do empregador.

Dou provimento ao recurso da ré para excluir da condenação os danos patrimoniais e extrapatrimoniais deferidos na origem e nego provimento ao recurso da autora.

2.2 - RECURSO DA AUTORA

2.2.1 - INTERVALO DO ART. 384 DA CLT

A autora pretende ver deferida a indenização pela não fruição do intervalo previsto no art. 384 da CLT.

Dou provimento ao recurso.

A matéria está sedimentada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de afastar a inconstitucionalidade da norma.

Perceba-se, ademais, que o intervalo de 15 minutos deveria ter sido concedido sempre que houvesse labor após o horário normal de trabalho (oito horas), ainda que esse fosse destinado à compensação (a afirmação decorre do não deferimento de horas extras à autora).

Destarte, não concedido o intervalo previsto no art. 384 da CLT, a autora tem o direito de receber a remuneração do tempo respectivo, com acréscimo de 50%.

2.3 - RECURSO DO RÉU

2.3.1 - CORREÇÃO MONETÁRIA

O recorrente pretende a reforma da sentença que determinou a utilização do IPCA-E para atualização das parcelas salariais deferidas.

Provejo parcialmente o recurso.

A sentença determinou a atualização monetária pelo IPCA-E, porém, não fez a limitação de efeitos prevista na Súmula nº 23 deste Tribunal, ou seja, adoção do índice apenas a partir de 26.03.2015.

Referida Súmula decorreu da declaração de inconstitucionalidade do art. 39, § 1º, da Lei 8.177/91, aprovada pela maioria absoluta do Tribunal Pleno deste Regional, na exata forma procedimental prevista na legislação processual.

A decisão proferida pelo Ministro Dias Tóffoli na Reclamação n. 22.012/RS apenas afetou o efeito *erga omnis* da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, não havendo impedimento a declaração incidental de inconstitucionalidade, até porque não existiu ação declaratória de constitucionalidade da referida norma legal, tampouco ela foi declarada constitucional pela Corte Suprema.

Dou parcial provimento ao recurso para determinar que o IPCA-E seja utilizado como índice de atualização monetária apenas a partir de 26.03.2015.

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores da Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região: Por unanimidade, aprovar o relatório, **conhecer dos recursos** e das contrarrazões. No mérito, a) **dar parcial provimento** ao recurso da ré para excluir da condenação os danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de doença ocupacional e determinar que a atualização monetária pelo IPCA-E ocorra apenas a partir de 26.03.2015; b) dar parcial provimento ao recurso da autora para condenar a ré ao pagamento do intervalo intrajornada do art. 384 da CLT, nos termos do voto do Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior (relator).

Altero o valor da condenação para R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e das custas para R\$ 160,00, a cargo da ré (CLT, 789, I).

Inverto o ônus da sucumbência em relação aos honorários periciais, fixando-os em R\$ 1.000,00, a serem suportados com recursos orçamentários deste Tribunal, em razão de a autora ser beneficiária da Justiça gratuita.

Campo Grande, de de 2017.

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR
Desembargador Federal do Trabalho
Relator



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

PROCESSO nº 0024192-95.2017.5.24.0005 (RO)

Relator : Des. RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA
Recorrente : PGS
Advogado : Fabricio Alves de Oliveira
Recorrida : EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSEH
Advogados : ..Jane Lucia Medeiros de Oliveira e outro
Recorrente : EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSEH
Advogados....: Jane Lucia Medeiros de Oliveira e outro
Recorrida : PGS
Advogado : Fabricio Alves de Oliveira
Origem : 5ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS

EMENTA

COMPETÊNCIA MATERIAL. O art. 114, IX, da CF estabelece a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. No caso, o direito pleiteado envolve alteração contratual - transferência da reclamante para outra unidade da Federação onde a reclamada possui filial - e está inserido na competência desta Justiça Especializada, considerando que a relação de emprego entre as partes é regida pela CLT. Recurso da reclamada não provido.

EMPREGADO PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA POR MOTIVOS DE SAÚDE. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA RESTRITIVA CONTRA EX-CÔNJUGE. PRAZO PARA A TRANSFERÊNCIA. 1. Trata-se de pedido de transferência para a filial da reclamada situada no Amazonas em decorrência de estado saúde da reclamante, portadora de depressão e ansiedade generalizada, e de violência doméstica e familiar. A obreira se responsabiliza pelos encargos da transferência pretendida. A empregadora tem conhecimento do quadro clínico da reclamante com tratamento médico realizado por servidor da unidade HUMAP/EBSEH e da solicitação médica para a transferência da reclamante para outra unidade da EBSEH. A administração afirma que não tem interesse na transferência da reclamante, mas não comprova o alegado prejuízo. Ademais, se a trabalhadora está constantemente de atestado médico, a reclamada não poderá contar com sua força de trabalho - único prejuízo afirmado pela EBSEH. A satisfação dos requisitos previstos nas normas internas não é discutida pela reclamada e a reclamante comprova que diversas transferências definitivas foram autorizadas sem observar referidas normativas. Fato este também não discutido pela EBSEH. Mantém-se a decisão que determinou a transferência da reclamante. Recurso da reclamada não provido. **2.** A transferência deve ser de imediato e não após o trânsito em julgado da decisão considerando a urgência no afastamento da obreira do ambiente social e laboral, evitando-se

assim perigo de dano maior à saúde física, mental e emocional da trabalhadora. A base é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º-III, da CF) e o art. 9º da Lei n. 11.340/06. Recurso da reclamante provido.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. Nº 0024192-95.2017.5.24.0005-RO) em que são partes PGS (reclamante) e EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSEH (reclamada).

Trata-se de recursos interpostos pelas partes em face da sentença de ID 5265f8d, integrada pela decisão de embargos de declaração de ID 961fee6, proferidas pela Juíza do Trabalho Ivete Bueno Ferraz, que julgou procedente o pedido inicial e condenou a reclamada ao cumprimento das seguintes obrigações de fazer:

- afastar de imediato e incontinente a reclamante do atual local de trabalho (Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian), garantindo-se a manutenção do vínculo trabalhista, pagamento do salário contratual e observados os demais direitos até sua transferência ou por até seis meses, o que vier a ocorrer primeiro;

- após o trânsito em julgado, observar prioridade na transferência da autora para a filial Hospital Universitário Getúlio Vargas (HUGV/EBSEH), localizada no Município de Manaus.

A reclamada alega preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho e, no mérito, pretende a exclusão da condenação (em duplicidade: IDs dccb2c8 e 335390d).

A reclamante pretende a reforma da decisão quanto ao prazo para efetivação da transferência (ID 852483d).

Contrarrazões da reclamante no ID 8bd5336 e da reclamada em duplicidade nos IDs f7ab1b1 e 0761fbc.

Parecer ministerial dispensado nos termos do art. 84 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

A reclamante apresenta preliminar de não conhecimento do recurso por falta de alçada.

Aduz que se trata de procedimento sumaríssimo e, conforme o art. 2º, § 4º, da Lei n. 5.584/70, somente caberá recurso que verse sobre matéria constitucional (ID 8bd5336 - Pág. 2).

Acrescenta que a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho foi arguida com objetivo de recebimento do recurso, pois as demais matérias abordadas não têm cunho constitucional, tanto que a recorrente menciona norma interna da própria empresa e regramentos legais ou infraconstitucionais. Sucessivamente, pretende que o pronunciamento de mérito seja obstado pela ausência de alçada.

A reclamante atribuiu à causa o valor de R\$1.000,00. Inferior ao dobro do mínimo legal à época do ajuizamento (13/02/2017).

No despacho de ID bc85d8b foi determinada a retificação da atuação para constar que se trata de Reclamação Trabalhista submetida ao rito sumário.

A questão discutida nos autos é o direito à transferência da reclamante e a salvaguarda de sua integridade física e psíquica, o que envolve tanto matéria infraconstitucional como constitucional.

A discussão sobre a competência da Justiça do Trabalho introduz tema constitucional.

Nesse sentido a jurisprudência do TST (destaque acrescido):

RECURSO DE REVISTA. RITO ORDINÁRIO. CAUSA DE ALÇADA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. HONORÁRIOS DE

DEFENSOR DATIVO. Segundo o art. 2º, § 4º, da Lei nº 5.584/70, "salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação". Nesse sentido, em se tratando de procedimento comum sumário instituído pela Lei 5.584/70, o recurso ordinário apenas terá pertinência caso trate de matéria constitucional, nos termos do § 4º, da Lei 5.584/70. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional não conheceu do recurso ordinário do ente público por entender que a matéria debatida em primeiro plano, ou seja, o pagamento de honorários de defensor dativo, não possui viés constitucional. Ocorre que, a despeito de o objeto da demanda (pagamento de honorários do advogado dativo) não envolver matéria constitucional, **verifica-se que o recurso ordinário também tratava sobre a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a lide, matéria nitidamente de índole constitucional**. Nesse sentido, o recurso ordinário lograva conhecimento. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-1573-62.2010.5.09.0094, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 07/08/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/08/2012)

Rejeita-se a arguição de não conhecimento.

A reclamante apresenta pedido de urgência na tramitação processual. Aduz que a ação se processa pelo rito sumário, que é portadora de doença grave e que a casa onde reside com os filhos foi invadida duas vezes no período de um mês (ID 852483d - Pág. 3).

As doenças que acometem a obreira (depressão e ansiedade) e a invasão de sua residência, não autorizam a prioridade no processamento por falta de previsão legal.

Anota-se que o art. 1.048 do CPC/2015 estabelece no inciso I a prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que *figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos ou **portadora de doença grave**, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6.º, inciso XIV, da Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988 (destacado).*

São consideradas doenças graves: *moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da*

doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida (art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88).

Ademais, no caso, a tramitação já se encontra agilizada por conta do rito processual adotado.

Nada que prejudique ou beneficie.

Ademais, não se pode secundarizar a medida protetiva que foi concedida à reclamante para preservar sua integridade física e psicológica em face de ex-cônjuge.

Analizados e satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade: cabimento, adequação, legitimação para recorrer, interesse em recorrer, inexistência de causa impeditiva ou extintiva do poder de recorrer, tempestividade, regularidade de forma.

Custas processuais, isentas (sentença - ID 2417d9d - Pág. 4).

Depósito recursal inexigível por não haver condenação em pecúnia (Súmula 161/TST).

Os recursos e as contrarrazões estão aptos ao conhecimento.

O documento de ID c74a971 não é conhecido porque encerrada a fase processual.

2 - MÉRITO

2.1 - PRELIMINAR

2.1.1 - COMPETÊNCIA MATERIAL (RECURSO DA RECLAMADA)

A reclamada sustenta que a Justiça do Trabalho não é competente para processar e julgar o pleito porque o motivo alegado para a transferência não tem relação com o contrato de trabalho, e sim com violência contra a mulher de autoria do cônjuge. Aduz que a competência material é da Justiça Comum, para onde pugna pela remessa dos autos, nos termos do art. 9º, § 2º, II, da Lei 11.340/2006.

O art. 114, IX, da CF estabelece a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho e *outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei* (inciso IX).

No caso, o direito pleiteado envolve alteração contratual - transferência da reclamante para outra unidade da Federação onde a reclamada possui filial - e está inserido na competência desta Justiça Especializada, considerando que a relação de emprego entre as partes é regida pela CLT (CPTS - ID 214bdac; defesa - ID dc07e9c - Pág. 4), em conformidade com a decisão proferida pela Justiça Federal da 1ª Instância (ID 4c6bf63 - Pág. 5-7). Não há notícia de insurgência das partes. Anota-se a renúncia ao prazo recursal na peça processual pelo advogado da reclamante.

Recurso não provido.

2.2 - RECURSOS DAS PARTES

2.2.1 - TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADO PÚBLICO - PROBLEMAS DE SAÚDE

Consta da sentença:

Defesa da empregadora ateu-se a impedimentos estampados em seus regulamentos internos. Não demonstrou no feito, qual seria o efetivo prejuízo que a postulada transferência acarretaria à filial de

Campo Grande.

Ponderando-se os valores suscitados pelos litigantes, indubitável que o direito à preservação da integridade física e psicológica da autora, por conseguinte o direito à vida, encontra-se em patamar superior a eventual interesse público ou poder diretivo empresarial.

Importante pontuar que a autora foi comprovadamente vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei Maria da Penha, não podendo sua trajetória profissional restar prejudicada, quando existe solução viável.

Pleiteou a transferência, mesmo que de forma provisória, o que pode ser impraticável por se estar diante de empresa pública federal.

Nesse passo, amparado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, estampado no inciso III do 1º artigo de nossa atual Carta Política, bem assim no art. 9º da Lei 11.340/2006, julga-se procedente o pleito obreiro, condenando-se a empregadora ao cumprimento das seguintes obrigações de fazer, tudo com a finalidade de coibir novo ato de violência doméstica e familiar contra a trabalhadora:

i) Afastamento imediato e incontinente da autora de seu atual local de trabalho (Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian), garantindo-se a manutenção do vínculo trabalhista, pagamento do salário contratual e observados os demais direitos até sua transferência ou por até seis meses, o que vier a ocorrer primeiro. Em caso de descumprimento da determinação judicial, a contar da intimação por Oficial de Justiça, a empregadora arcará com a multa de 1/30 do salário contratual obreiro por dia de descumprimento, reversível à trabalhadora, até o limite da dobra de seu salário mensal, isso, independentemente do trânsito em julgado. A mudança de unidade poderá ocorrer nos termos legais, ou seja, a transferência como uma das formas;

ii) Após o trânsito em julgado, prioridade na transferência da autora para a filial Hospital Universitário Getúlio Vargas (HUGV/EBSERH), localizado no município de Manaus, prescindível a implementação de dispositivos de regimentos internos da empregadora, assumindo a trabalhadora eventuais custos da referida transferência, como se propôs (ID 2417d9d - Pág. 3-4).

A reclamada, pretendendo a exclusão da obrigação de fazer e de pagar, sustenta que:

a) foi demonstrado nos autos que a transferência da reclamante para outra unidade causará prejuízo pela impossibilidade de reposição de sua força de trabalho;

b) a reclamante alegou que tem parentes em Manaus/AM, mas não provou esse fato;

c) o Superintendente do Hospital Universitário Getúlio Vargas (UFAM) e o Chefe da Divisão de Gestão de Pessoas do HUGV, em 30.08.2016, se manifestaram contrários à movimentação da reclamante em caráter temporário;

d) a Norma Operacional n. 01/2017, à qual se submete a reclamante (cláusulas 1ª e 5ª do contrato de trabalho), estabelece que a movimentação a transferência ou remoção a pedido do empregado na modalidade individual será sempre definitiva e por meio de concurso de movimentação;

e) por integrar a Administração Pública Indireta, sujeita-se aos princípios previstos no art. 73, *caput*, da CF, de modo que a transferência a pedido do empregado deve observar disposições internas e o interesse público;

f) a transferência em 19.07.2016 autorizada pelo Colegiado Executivo deu-se pelo período de 6 meses, conforme previa na Norma Operacional n. 06/2015, com previsão de retorno para o mês de janeiro de 2017, quando o quadro de empregados era suficiente para atendimento no setor;

g) de janeiro de 2017 até hoje, o quadro de funcionários aumentou significativamente, o que torna necessária a permanência da reclamante na filial HUMAP-Campo Grande no cargo de Técnica de Segurança do Trabalho, conforme e-mail da Divisão de Gestão de Pessoas do HUMAP-UFMS;

h) comprovou cadastro reserva com 36 candidatos aprovados para o Cargo Técnico em Segurança do Trabalho, que seriam pretendidos na hipótese de autorização da transferência pleiteada pela obreira;

i) o ato de lotação dos empregados aprovados em concurso público é ato vinculado, nos termos do edital do certame e das Normas Operacionais vigentes.

De outro lado, a reclamante pretende que a transferência seja efetivada antes do trânsito em julgado da sentença. Para tanto, aduz que:

a) sua saúde física e mental estará preservada e não haverá prejuízo à reclamada, uma vez que a transferência ocorrerá por conta da trabalhadora e, se a transferência não for confirmada e ocorrer o trânsito em julgado, retornará à origem (unidade HUMAP-UFMS) e custeará os gastos desse ato;

b) incidem ao caso de forma direta os princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, do direito à saúde e seu tratamento e o direito ao trabalho;

c) a reclamada transferiu inúmeros empregados e ao negar sua transferência viola o princípio constitucional da igualdade e o princípio da impessoalidade, aos quais deve obediência por integrar a administração pública.

Observa-se que a reclamante foi admitida em 05.07.2014 no cargo de Técnico em Segurança do Trabalho (concurso público - CTPS - ID 214bdac) e está lotada no Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian (HUMAP-UFMS), filial da reclamada EBSERH.

É portadora de "Transtorno depressivo recorrente, episódio atual grave sem sintomas psicóticos" (CID-10: F-33.2), "ansiedade generalizada" (CID-10:F-41.1) e "reação aguda ao stress" (CID-10: F-43.0).

Trata-se de pedido de transferência para a filial da reclamada situada no Amazonas (UFGV) em decorrência do estado de saúde da reclamante, portadora de depressão e ansiedade generalizada, além de ser vítima de violência doméstica e familiar. A obreira afirma que se responsabiliza pelos encargos da transferência pretendida.

Narra a reclamante que (inicial - ID 95841b7):

a) foi vítima de agressão verbal e física, sofrendo ainda perseguições e assédio praticados pelo ex-marido, e que essa situação lhe causa danos à saúde moral, mental e física, acarretando afastamento do trabalho, bem como motivou a concessão, em 29.02.2016, de medida protetiva de urgência (ID. 5469cfc - Pág. 1-3) nos autos n. 0008595-19.2016.8.12.0001 da 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS;

b) recebe tratamento médico na reclamada (HUMAP/EBSERH) e foi orientada a se mudar da cidade para proteger tanto sua saúde quanto sua vida e, como estava sendo inaugurado novo edifício para a sede do Hospital Universitário Getúlio Vargas (HUVG), filial da reclamada em Manaus/AM, onde inclusive têm familiares, requereu a transferência para referida unidade;

c) contatou o superintendente do HUGV e foi informada do interesse em recebê-la no quadro e solicitou formalmente sua transferência através do memorando n. 019/2016-GS/HUGV-EBSERH de 06.06.2016 ao então Superintendente do HUMAP/EBSERH, que não se opôs, desde que cumprida a Norma Operacional n. 06;

d) a Gerente Administrativa e Superintendente em Exercício do HUMAP/EBSERH concedeu em 11.07.2016 autorização para mudança de unidade por 6 (seis) meses, o que foi ratificado pelo Colegiado Executivo do HUMAP/EBSERH em 19.07.2016. Esteve afastada do trabalho em benefício previdenciário (inicial - ID 95841b7 - Pág. 1), retornando em 07.11.2016;

e) a EBSERH não cumpre a Norma Operacional n. 6/2015 que estabelece remoção ou transferência por interesse do empregado anualmente através de Programa de Movimentação Ebserh - PME (art. 23), com parecer da chefia imediata até o mês de maio de cada ano (inciso II) e prazo final para análise do processo até o último dia do mês de agosto (art. 24) com publicação da lista final dos empregados com movimentação autorizada até o primeiro dia do mês de setembro (art. 25); que não foi aberto processo no ano de 2016;

f) até novembro/2016, a reclamada (EBSERH) fez 68 (sessenta e oito) transferências a pedido do empregado sem observar a Norma Operacional n. 6/2015, ou seja, a seu critério. Apresenta quadro no ID 9f965de - Pág. 17-20 e ID 5f77fb3 - Pág. 1-2.

Em defesa (ID dc07e9c), a reclamada alegou que:

a) a reclamante foi admitida por concurso público com lotação no Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados e, após permuta (conf. Doc. 98820bf - Pág. 2), passou a ser lotada na filial HUMAP em Campo Grande/MS;

b) a autorização dada pela Gerente Administrativa e do Colegiado Executivo do Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian (HUMAP) se refere a cedência da trabalhadora por 6 (seis) meses e não transferência definitiva;

c) embora inicialmente o Superintendente do HUGV/Manaus tenha se posicionado favorável à transferência, em 30.08.2016 juntamente com o chefe da Divisão de Gestão de Pessoas do HUGV se manifestou contrário à movimentação da reclamante em caráter temporário, informando o cumprimento da Norma Regulamentadora nº 04 do Ministério do Trabalho e Emprego quanto ao quantitativo de empregados existente no hospital;

d) a Norma Operacional nº 01/2017 determina que a movimentação por transferência ou remoção a pedido do empregado na modalidade individual será sempre em caráter definitivo e por meio de concurso de movimentação;

e) a transferência da reclamante acarretará prejuízos ao HUMAP-UFMS, unidade de lotação atual da reclamante, pois perderá significativa força de trabalho, sem possibilidades de reposição da vaga para o cargo de Técnica de Segurança do Trabalho;

f) o Colegiado Executivo autorizara a cedência por 6 meses com previsão de retorno em janeiro/2017, quando o quadro de empregados do HUMAP era suficiente para o atendimento do setor, mas, no decurso do tempo, até os dias de hoje, o número de empregados públicos aumentou significativamente, de 684 para 779, tornando necessária a presença da reclamante na unidade em que se encontra;

g) uma das razões para a negativa da transferência definitiva da reclamante é a existência de um cadastro de reserva, anterior ao pleito obreiro, composto por 36 (trinta e seis) candidatos aprovados para o cargo de Técnico em Segurança do Trabalho que seriam preteridos em caso de atendimento do pedido da reclamante e, ainda, porque não há conhecimento de profissionais ocupantes do mesmo cargo disponível para permuta.

A empregadora tem conhecimento do quadro clínico da reclamante com tratamento médico realizado por servidor da unidade HUMAP/EBSERH e da recomendação e solicitação médica para a transferência da reclamante para outra unidade da EBSERH (atestado médico - ID 76e9c96).

A Divisão de Gestão de Pessoas do HUMAP/EBSERH em 07.06.2016 manifestou-se favorável a transferência, *desde que seja rigorosamente cumprida a Norma Operacional n.º 06, de 25 de novembro de 2015 que dispõe sobre a movimentação de pessoal no âmbito da EBSEH e estabelece critérios para movimentação em caráter temporário ou definitivo por interesse da empresa* (ID e0301a2).

O processo de cedência da reclamante para a unidade de Manaus foi aprovado pelo Colegiado Executivo da Reclamada em 19.07.2016 (processo administrativo n. 23538.001039/2016-57 - ID 57173a1 - Pág. 1). Há registro apostado à mão: ... *autorizo somente cedência por 6 meses, e não transferência definitiva (a) Dra. Maria José M. Maldonado Gerente Administrativa HUMAP/UFMS/EBSEH* (ID cd1a557 - Pág. 3).

Houve interesse da unidade HUGV/Manaus/AM na transferência da reclamante, conforme se extrai do Memorando n. 19/2016-GS/HUGV-Ebserh de 06.06.2016 (ID 389b4c5 - Pág. 1), mas, contrária a cedência (transferência temporária - ID 36e5c9a - Pág. 2):

A solicitação de transferência emanada no Memorando nº 19/2016-GS/HUGV/Ebserh, se deu devido e (sic) eminente inauguração das novas instalações do HUGV que representarão um acréscimo substancial na demanda de trabalho, porém essa demanda será contínua.

Diante do exposto, nos manifestamos **contrários** a movimentação de caráter temporário (memorando 384/2016-DivGP/HUGV/Ufam/Ebserh de 30.08.2016).

O cadastro reserva a que faz referência a reclamada é da filial HUGV/Manaus (parecer - item 7 - ID 0a26013 - Pág. 2).

No caso da reclamante, o pedido de transferência foi analisado em 04.08.2016 com base na Norma Operacional n. 06/2015 (vigente à época - ID 86998a0 - Pág. 1-14; revogada pela Norma Operacional n. 01/2017 - ID 4033e68 - Pág. 1-22), conforme parecer acostado no ID 0a26013.

A reclamante informou que em 15.02.2017 foi notificada da negativa na concessão de sua transferência (petição de ID 6203928 - Pág. 1).

De todo o exposto, extrai-se que:

- a reclamada concordou efetivamente com a cedência (transferência temporária) para a filial HUGV em Manaus/AM;
- a reclamante mantém seu interesse em transferência definitiva para o HUGV;
- a filial de destino (HUGV - Manaus/AM) tem interesse em uma transferência definitiva porque a demanda é contínua e possui um cadastro reserva de 36 técnicos de segurança do trabalho (cargo da reclamante).

Ou seja, a administração afirma que não tem interesse na transferência da reclamante, mas não comprova o alegado prejuízo.

Ademais, nota-se que a trabalhadora está constantemente afastada de suas atribuições laborais em razão de atestados médicos decorrentes da situação de risco vivenciada em razão da dissolução conjugal e que acarretam desequilíbrio físico e mental, portanto, a reclamada não poderá contar com sua força de trabalho - único prejuízo afirmado pela EBSEH.

Outrossim, o pedido de transferência definitiva da reclamante se submete à Norma Operacional n. 06/2015, vigente à época do pedido e, inclusive, do deferimento da cedência por 6 meses. Essa norma dispõe sobre a movimentação de pessoal no âmbito da empresa EBSEH e estabelece que:

Art. 3º A movimentação, por realocação, remoção ou transferência, pode ocorrer por interesse da Empresa ou por interesse do empregado, em caráter temporário ou definitivo, da seguinte forma:

I - em caráter temporário: por interesse da Empresa;

II - em caráter definitivo: por interesse da Empresa ou por interesse do empregado (grifos acrescidos).

Art. 4º A movimentação somente pode ser autorizada quando houver obediência a todos os requisitos do art. 51 do Regulamento de Pessoal da Ebserh e os seguintes:

I - situação de ingresso na Empresa homologada;

a) os casos sub judice não poderão ser removidos ou transferidos enquanto o processo judicial estiver em andamento.

II - preenchimento de formulário específico;

III - **existência de empregado de cargo efetivo idêntico que também tenha interesse na movimentação**, ou vaga desvinculada aos certames vigentes, exceto nos casos de realocação;

IV - preenchimento, pelo empregado, dos requisitos mínimos exigidos para o exercício de suas atividades na nova lotação;

V - **prévia autorização do local de origem, e validação** da área de gestão de pessoas local, no caso de realocação, e **da Diretoria de Gestão de Pessoas (DGP), nos casos de remoção ou transferência**;

VI - ter participado da primeira avaliação do período de experiência, nos casos de realocação, e da primeira avaliação anual de desempenho, nos casos de remoção ou transferência;

VII - ter obtido, no mínimo, 75 (setenta e cinco) pontos na respectiva avaliação de desempenho, exceto nos casos de realocação por interesse da empresa.

§ 1º A movimentação por remoção ou transferência, em caráter temporário ou definitivo, deverá ser formalizada pelo ato administrativo interno denominado Portaria de autoria da DGP;

§ 2º O empregado realocado, removido ou transferido em caráter definitivo deve ser submetido previamente a exames médicos ocupacionais, quando necessário, de acordo com o inciso III do art.

51 do Regulamento de Pessoal da Ebserh, na origem e no local de destino e emissão do Perfil Profissiográfico Previdenciário PPP, pelo órgão de origem.

§ 3º A movimentação que implique na exposição do empregado a risco ocupacional diferente daquele a que estava exposto, somente será autorizada após emissão de Atestado de Saúde Ocupacional, que comprove a aptidão do empregado para exercer as atividades previstas na nova unidade organizacional.

§ 4º **Nenhum empregado poderá ser movimentado nas situações de licenças e afastamentos previstos nos artigos 34, 35 e 36 do Regulamento de Pessoal da Ebserh (grifos acrescidos).**

[...]

Art. 6º Não haverá nenhum ônus adicional à Ebserh em virtude de movimentação por interesse do empregado, e nem nas modalidades de realocação e remoção quando por interesse da Empresa.

A satisfação dos requisitos previstos nas normas internas não é discutida pela reclamada, entretanto, há prova de que diversas transferências definitivas foram autorizadas sem observância das referidas normativas (IDs. be468f4, 950e554, 9fe9fe1, 1449aba e seguintes). Fato este também não contestado pela EBSEH.

Assim, mantém-se a decisão que determinou a transferência da reclamante.

A toda evidência, não se trata de requerimento corriqueiro de transferência ordinária de empregado dos quadros da reclamada, a motivação da trabalhadora é o efetivo risco à sua integridade física e mental decorrentes da manutenção do labor na filial desta Comarca.

Assim, quanto ao momento da transferência, deve ser de imediato e não após o trânsito em julgado da decisão considerando a urgência no afastamento da obreira do ambiente social e laboral, evitando-se assim a continuidade na exposição da reclamante ao risco de dano maior à sua saúde física, mental e emocional, nos termos do art. 300 do CPC/2015.

Impõe-se tratamento heterodoxo ao efeito suspensivo dos recursos, sabendo-se que o aguardo do trânsito em julgado resultará em frustração da decisão judicial.

Destaca-se: a transferência é imediata, impondo-se a lotação da reclamante na unidade HUGV/EBSEH de Manaus.

Entenda-se o "imediato" a partir da ciência da publicação do acórdão, com tramitação burocrática em até 30 dias subsequentes (tomando-se como base a regra de "trânsito" da Lei n. 8112/90).

Cominação: 1/30 do salário contratual da reclamante por dia de atraso. Até o limite de 10 dias. Decorrido, a ordem de remoção se cumprirá via integração da reclamante com apresentação na unidade de destino (UHGB/EBSEH-Manaus-AM).

A base é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), art. 300 do CPC/2015 e o art. 9º da Lei n. 11.340/06 que assegura à mulher em situação de violência doméstica e familiar prioridade na remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta, com a finalidade de lhe preservar a integridade física e psicológica.

Registra-se que o custo financeiro da transferência fica a cargo da obreira, inclusive o retorno, se esta decisão for reformada posteriormente (art. 302 do CPC/2015).

Recurso da reclamada não provido.

Recurso da reclamante provido.

Prejudicada a análise do recurso da reclamada quanto ao pagamento de salários durante os seis meses de afastamento deferidos na sentença, ora reformada.

POSTO ISSO

Participaram deste julgamento:

Desembargador Nicanor de Araújo Lima;

Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior (Presidente da 2ª Turma);

Desembargador Ricardo Geraldo Monteiro Zandona.

Presente o representante do Ministério Público do Trabalho.

Ausente, em razão de férias, o Desembargador Francisco das C. Lima Filho.

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, em aprovar o

relatório, reconhecer a capitulação de matéria constitucional (competência da Justiça do Trabalho) e superar a alçada do rito sumário (Lei n. 5.584/70), conhecer dos recursos e das contrarrazões, não conhecer do documento (ID c74a971), e, no mérito: a) negar provimento do recurso da reclamada; b) dar provimento ao recurso da reclamante para determinar sua imediata transferência para filial de Manaus/AM independentemente do trânsito em julgado da decisão e com a especificação contida na parte final do capítulo 2.2.1 (prazo, trânsito, cominação, cumprimento na unidade de destino, ônus de deslocamento), nos termos do voto do Desembargador Ricardo Geraldo Monteiro Zandona (relator).

Mantém-se o valor da condenação.

Campo Grande/MS, 25 de outubro de 2017.

RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA
Desembargador do Trabalho
Relator

VOTOS

A C Ó R D ã O
Tribunal Pleno

Relator : Des. RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA
Agravante : CLAUDIO PIRES DE AZAMBUJA
Advogados : Célia Kikumi Hirokawa Higa e outros
Agravada : DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DA RECLAMAÇÃO
 0039100-17.1990.5.24.0002
Terceiro Inter. : BANCO DO ESTADO DE MATO GROSSO
Origem : TRT da 24ª Região

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL EM SEDE PRECATÓRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR EMITIDO EM RAZÃO DE REVISÃO DOS CRITÉRIOS DE CÁLCULO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL. TRÂNSITO EM JULGADO. PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SE INCURSIONAR NA SEARA JURISDICIONAL. Expediu-se, num primeiro momento, ofício precatório complementar, cujo prosseguimento foi denegado por meio de decisão proferida pelo Des. Presidente deste Regional, em 04.07.2012. Contudo, acolhendo manifestação do exequente, o juízo da execução reconheceu que houve violação da coisa julgada e reiterou o ofício. As decisões proferidas pelo Presidente do Tribunal, em sede de processamento do precatório, desde que não impliquem revisão do julgado/coisa julgada, não podem ser revistas pelo juízo em que se processa a execução, sob pena de usurpação de competência constitucionalmente estabelecida (art. 100, § 6º, da CF). A tipificação da responsabilidade do Juiz Presidente do Tribunal exige-lhe o dever de agir e controlar o que se determina a pagar. No que atine ao mérito (diferenças de valores), também não prosperaria a irresignação. A aplicação de juros de 1% ao mês decorre do art. 1º-F da Lei nº 9.494, ressaltando-se o disposto no item III da OJ 7 do Pleno do TST. Ademais, uma vez efetuado o depósito do montante da execução, ainda que parcial, não há incidência de juros ou correção monetária, pois satisfeita, pelo executado, a obrigação, não podendo ser penalizado pela demora judicial ou administrativa (art. 9º, §4º, da Lei

6.830/80). O próprio ofício precatório (principal) encaminhado inicialmente pela Vara do Trabalho aplicou esse critério. A questão está preclusa, pois o recorrente (tanto no agravo, quanto ao "chamar o feito à ordem", em março de 2009) não se insurgiu acerca da aplicação desse critério. Em síntese, o prosseguimento do precatório acarretaria violação à coisa julgada, usurpação de competência constitucional e pagamento, a maior, do valor devido ao exequente. Imporia, ademais, ao Tribunal adentrar o mérito jurisdicional da causa para alterar critério de cálculo acerca do qual não houve insurgência oportuna do exequente. Extrapolaria, dessa forma, os limites da atividade administrativa. Nega-se provimento. **PRECATÓRIO. NATUREZA JURÍDICA DA ATUAÇÃO DO PRESIDENTE. NATUREZA TÍPICAMENTE ADMINISTRATIVA SOMENTE NO QUE DIZ RESPEITO À VEDAÇÃO DE REEXAME DO TÍTULO. PRERROGATIVAS DA MAGISTRATURA: JUIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL NO EXERCÍCIO DO MUNUS ADMINISTRATIVO MANTÉM AS PRERROGATIVAS DO CARGO JUDICIÁRIO. VITALICIEDADE.** Majoritário o entendimento de que a atuação do Juiz Presidente do Tribunal na condução do precatório é meramente administrativa. Meia verdade, por limitar-se apenas à vedação de reexame do título. A possibilidade de emissão de ordem de sequestro (art. 100, § 6º, da Constituição) é atividade puramente jurisdicional e está assegurada ao Juiz Presidente do Tribunal, na condução do precatório, caso identificada a preterição. O Juiz Presidente do Tribunal, na cadeira administrativa, *munus* que lhe é outorgado, não perde as prerrogativas do cargo/carreira como agente regularmente constituído do Poder Judiciário. Constituição Federal e LOMAN com regras específicas para a magistratura. O Juiz Presidente do Tribunal está blindado por estas prerrogativas contra qualquer despotismo judicial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. Nº 0000036-92.2016.5.24.0000-AgR) em que são partes

CLAUDIO PIRES DE AZAMBUJA (exequente) e ESTADO DE MATO GROSSO (executado).

Trata-se de agravo regimental interposto por CLAUDIO PIRES DE AZAMBUJA em face da decisão proferida pelo Des. Presidente Nery Sá e Silva de Azambuja, nos autos da Reclamação nº 0039100-17.1990.5.24.0002, que indeferiu o processamento de ofício precatório (f. 900-901).

Requer o agravante a reconsideração da decisão com o processamento do precatório (f. 2-7).

Parecer ministerial pelo conhecimento e parcial provimento do recurso (f. 910-919).

O ente público não apresentou contrarrazões (certidão - f. 922 verso).

Declarou-se suspeito o Des. Francisco das C. Lima Filho (por motivo de foro íntimo - f. 906). Declarou-se impedido o Des. Amaury Rodrigues Pinto Junior (por envolver decisão monocrática por ele proferida - f. 923).

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

O agravo regimental é conhecido, por preenchidos os pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

2 - MÉRITO

2.1 - PRECATÓRIO - PROCESSAMENTO

Indeferiu-se o processamento de ofício precatório, fundamentando-se que é vedada a expedição de precatório complementar e que, a despeito disso, inexiste

valor a executar. Assentou-se que embora a taxa de juros de 1% a.m. tenha sido aplicada na atualização de f. 1064/1065 o resultado em 25 de março de 2015 permanece negativo porque a Secretaria de Coordenação Judiciária aplica o § 4º do art. 9º da Lei 6.830/80, segundo o qual o depósito do débito faz cessar a contagem de juros.

O agravante alega que:

1) a expedição de precatório complementar é vedada apenas para fins de enquadramento no § 3º do art. 100 da CF;

2) sobre o valor de R\$44.376,80, que refere-se a parcela líquida já deduzido os salários, não há que se falar em juros de mora a crédito do devedor (f. 6);

3) para a atualização dos créditos e débitos, deve-se adotar o mesmo critério e não trata-los de forma diferente (f. 6 verso).

O título exequendo consiste na sentença proferida em 20.04.1990 nos autos da reclamatória nº 0039100-17.1990.5.24.0002, pela qual o Banco do Estado de Mato Grosso S.A. foi condenado ao pagamento de parcelas trabalhistas, com determinação de juros e correção, na forma da lei (f. 57-69).

Os cálculos foram homologados em 16.11.1994, com incidência de juros de 1% ao mês (f. 91-100), decisão que transitou em julgado.

Logrou-se, em 19.12.1997, a satisfação parcial do crédito, conforme guias de depósito/levantamento (f. 249-250). Determinou-se, em 13.05.1999, a liberação ao exequente de valores referentes aos depósitos recursais (f. 297).

Apurou-se, por meio da então Seção de Liquidação e Custas deste Regional, débito remanescente de R\$44.115,97, em 17.09.1999 (f. 310).

Prosseguindo-se, penhorou-se bem imóvel indicado pelo banco executado (carta precatória executória - f. 337).

Em sede de embargos à execução, assentou-se a incidência de juros de mora independentemente de a empresa encontrar-se em liquidação extrajudicial (f. 346-348).

Após infrutíferas tentativas de alienação do bem penhorado, o exequente requereu a execução mediante precatório, em razão da **estatização do executado** (f. 686/688), seguindo-se a **citação do Estado de Mato Grosso** e a apresentação de embargos à execução (f. 430-466).

Constou de sentença resolutiva de embargos à execução, quanto aos juros de mora, que (f. 466-470):

Deseja o Estado de Mato Grosso ver rediscutida a questão atinente à incidência de juros de mora a partir da decretação da liquidação extrajudicial do BEMAT.

(...)

Não há que se falar, portanto, em preclusão, mas em coisa julgada, que impede a rediscussão da questão, não havendo, pois, como ser acolhido o pleito do Estado de Mato Grosso.

Não há que se falar, ainda, em aplicação do art. 4.º da Medida Provisória n.º 2.180-35, pois não se tratou de condenação imposta à Fazenda Pública e nem se refere a verbas remuneratórias de seus empregados, como menciona a lei.

Realizou-se, na Vara do Trabalho, atualização do débito, em que apurado o crédito remanescente do reclamante em R\$20.081,61, em 30.09.2006 (f. 493-496).

Na tramitação do ofício precatório, determinou-se, por meio de decisão do Des. Presidente deste Tribunal, em 18.12.2006, a incidência de juros de mora de 0,5% ao mês (f. 69 - autos apartados do precatório).

Realizou-se a atualização de cálculos, obtendo-se crédito do reclamante no valor de R\$18.368,76, atualizado até 31.01.2007 - f. 70-75 do precatório.

Conforme certidão de 04.03.2009, o valor foi depositado (f. 201 do precatório).

Em 16.03.2009, declarou-se satisfeita a obrigação, extinguindo-se a execução (f. 601), seguindo-se insurgência do reclamante quanto aos cálculos, mediante simples petição (f. 608-609).

Pela atualização contábil do Gabinete de Execução (da VT), constatou-se a existência de saldo devedor no valor de R\$56.207,60, inferior ao requerido pelo reclamante em sua insurgência (f. 617-618).

Por meio da decisão de 633, **rejeitou-se a impugnação do reclamante**, reconhecendo-se, porém, corretos os cálculos apresentados às f. 966 (referência à cópia constante das f. 617-618 destes autos).

O acórdão da 1ª Turma (relatoria Des. André Luís Moraes de Oliveira, julgado na sessão de 21/01/2011 - f.680/683 do presente caderno-Agr, correspondente às f. 906/906 do principal, negando provimento ao recurso do reclamante, manifestou-se no sentido de que a planilha elaborada pelo Gabinete de Execução (da VT) estaria correta:

(...) razão pela qual se encontra correto o valor apurado à f. 844 pelo gabinete de liquidação (R\$42.626,36), decorrendo desse equívoco (anatocismo) as diferenças apuradas posteriormente, o que já havia sido devidamente esclarecido pelo juízo à f. 859.

Em razão de a impugnação ter sido rejeitada, determinou-se a devolução de saldo remanescente ao executado, bem como o arquivamento dos autos (f. 694). Decisão, contudo, que foi revista, de ofício, sob o fundamento de que os

cálculos do Gabinete de Execução foram reputados válidos (f. 696).

Prosseguiu-se com a elaboração de ofício precatório complementar, determinando-se a dedução de valores recebidos a mais pelo reclamante em outros feitos (decisão - f. 738; certidão - f. 736).

Expediu-se ofício precatório, cujo prosseguimento foi denegado por meio de decisão proferida pelo Des. Presidente deste Regional (f. 747), fundamentando-se:

(...) os cálculos de liquidação foram realizados em desconformidade com o disposto no § 4º do art. 9º da Lei n. 6.830/80, ao não considerar para compensação o valor depositado e sim o valor levantado, o que causou prejuízo ao executado.

Extraí-se também que a unidade aplicou juros de mora de 1% ao mês sobre todo o período, o que contrariou a determinação do Presidente do Tribunal de f. 74 do precatório, nos termos do então art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Remetidos os autos à Vara do Trabalho, o reclamante, novamente por meio de simples petição, requereu que o feito fosse chamado à ordem, alegando violação à coisa julgada (f. 752-758).

O pleito foi atendido, reiterando-se o ofício precatório já rejeitado pelo Presidente deste Regional (f. 814-816).

Seguiu-se o indeferimento do processamento do ofício e a interposição do agravo regimental ora analisado.

Impõe-se a manutenção da decisão impugnada:

- extinta a execução com satisfação do precatório, não houve interposição de recurso, do que se depreende que a decisão extintiva transitou em julgada;

- num segundo momento, embora o juízo da execução tenha reconhecido a validade da planilha de cálculo oriunda do Gabinete de Execução, **a impugnação apresentada pelo exequente foi rejeitada;**

- o exequente, até a presente data, não se insurgiu, pelas vias adequadas, em face das decisões dos Presidentes deste Regional, que determinaram a aplicação de juros de 0,5%, proferidas em 18.12.2006 e 04.07.2012;

- a determinação de expedição do presente ofício precatório afronta a decisão de 04.07.2012, contra a qual o exequente não recorreu;

- as decisões proferidas pelo Presidente do Tribunal, em sede de processamento do precatório, desde que não impliquem revisão do julgado/coisa julgada, não podem ser revistas pelo juízo em que se processa a execução, sob pena de usurpação de competência constitucionalmente estabelecida (art. 100, § 6º, da CF).

No que atine ao mérito (diferenças de valores), também não prosperaria a irresignação:

- não houve qualquer determinação judicial expressa e específica de aplicação dos juros de 1% ao mês, cabendo ao Presidente do Tribunal, observar o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494, ressaltando-se o disposto no item III da OJ 7 do Pleno do TST: *A adequação do montante da condenação deve observar essa limitação legal, ainda que em sede de precatório;*

- o título executivo determinou a incidência de juros e correção na forma da lei;

- as diferenças decorreram, ainda, do fato de ter sido considerada, com relação ao pagamento efetuado em 1995, a data do levantamento, em 1997;

- uma vez efetuado o depósito do montante da execução, ainda que parcial, não há incidência de juros ou

correção monetária, pois satisfeita, pelo executado, a obrigação, não podendo ser penalizado pela demora judicial ou administrativa (art. 9º, § 4º, da Lei 6.830/80);

- o próprio ofício precatório encaminhado inicialmente pela Vara do Trabalho aplicou esse critério (planilha de f. 493-496);

- a questão está preclusa, pois o recorrente (tanto em seu recurso, quanto ao "chamar o feito à ordem", em março de 2009 - f. 608-609) não se insurgiu acerca da aplicação desse critério;

Em síntese, o prosseguimento do precatório acarretaria violação à coisa julgada, usurpação de competência constitucional e pagamento, a maior, do valor devido ao exequente.

Imporia, ademais, ao Tribunal adentrar o mérito jurisdicional da causa para alterar critério de cálculo acerca do qual não houve insurgência oportuna do exequente. Extrapolaria, dessa forma, os limites da atividade administrativa.

Ressalta-se, nesse sentido, a OJ 2 do Pleno do TST, segundo a qual é necessário, para que sejam acolhidos, em sede de precatório, o pedido de revisão de cálculo, *que o requerente aponte e especifique claramente quais são as incorreções existentes nos cálculos, discriminando o montante que seria correto, pois do contrário a incorreção torna-se abstrata.*

Mantém-se a decisão agravada, negando-se provimento ao agravo regimental.

**2.2 - PRECATÓRIO. NATUREZA JURÍDICA DA
ATUAÇÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL. PRERROGATIVAS DA
MAGISTRATURA NO EXERCÍCIO DO MUNUS NA CADEIRA
ADMINISTRATIVA.VITALICIEDADE.**

O despacho de f. 1013/1014 deve ser submetido a análise.

É preciso desmitificar a concepção de que o Juiz que exerce a Presidência do Tribunal na condução do precatório está ali em função meramente administrativa.

Trata-se de meia verdade, se é que a verdade pode ser fragmentada.

"A natureza administrativa" só se explica pela vedação ao Juiz Presidente de reexaminar a decisão prolatada pelo juiz da execução.

Se o Presidente do Tribunal somente exerce função tipicamente administrativa, como pode determinar sequestro em caso de frustração ou qualquer preterição? Em síntese: a autoridade administrativa não detém poder de sequestro, que, como instituto, somente possui concepção jurisdicional e somente pode ser ordenado por quem detém o monopólio da jurisdição e qualificado como seu agente (no caso, Juiz e com a qualificação de Juiz Presidente do Tribunal).

Então, por partes, com transcrição de excertos do despacho mencionado:

[...]

Todavia, após expedido o primeiro precatório, o então Presidente do TRT/MS decidiu, em total descompasso com a sentença transitada em julgado, que os juros seriam de 0,5% ao mês a contar do advento da lei 9494/97 (f. 750).

(...)

Na r. decisão de f. 967 o então Presidente do TRT novamente menciona a modificação no cálculo dos juros que, segundo ele,

deveria ser de 0,5% a partir da lei 9494/97 e não 1% ao mês como calculou a Secretaria da Vara.

Não bastasse isso, o Presidente do TRT determinou, às f. 967, o cancelamento do precatório complementar e o retorno dos autos à origem "para as providências necessárias".

O exequente, então, e com absoluta razão, questionou o procedimento adotado pelo Presidente do TRT, alegando ofensa à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

É pacífico na doutrina e jurisprudência que o Presidente do Tribunal, ao processar ofício precatório, exerce atividade tipicamente administrativa.

Nesse sentido, não pode e não deve arvorar-se na condição de órgão revisor de decisões judiciais transitadas em julgado.

[...]."

Sobre a natureza jurídica da atuação do Presidente do Tribunal na condução do precatório veja-se o acórdão do Pleno do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, da relatoria do Min. Milton de Moura França (AIRO n. 427285, 1998, publicado no DJ - 10/11/2000. Fonte: portal do TST em pesquisa de jurisprudência):

(...)

Preliminarmente, considerando que os autos foram remetidos a este Órgão Especial por deliberação da e. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, entendo conveniente que se proceda à definição em torno do órgão deste Tribunal que detém competência funcional para julgamento de processos dessa natureza.

No caso, impende registrar que essa definição passa pelo exame da natureza da atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho na tramitação do precatório, uma vez que, se constatada a natureza meramente administrativa, competirá a este Órgão Especial a apreciação da matéria, consoante disposto no artigo 30, II, "p", do RITST.

Concluindo-se, porém, pelo caráter jurisdicional da atuação da Presidência do Tribunal, dúvida não subsiste de que a competência passará a ser da e. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais desta Corte, conforme preconiza o artigo 32, III, "a" e "d", do RITST.

A matéria trazida a exame tem suscitado controvérsia doutrinária, porquanto alguns autores vislumbram natureza jurisdicional na atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal quando procede à apresentação do precatório, enquanto outros consideram que a atividade jurisdicional finda com a expedição do precatório pelo juiz da execução, de forma que os atos posteriores, da incumbência do Presidente do Tribunal, teriam caráter meramente administrativo.

Segundo leciona Pinto Ferreira (in Comentários à Constituição Brasileira, 4º Volume, Editora Saraiva, p. 63) "o precatório é a determinação do juiz à repartição competente para o pagamento de certas indenizações, ou para levantamento de quantias depositadas nas ditas repartições. É o instrumento hábil que consubstancia uma requisição judicial".

O precatório deverá ser expedido pelo juiz do processo de execução e encaminhado ao ente estatal por intermédio do Presidente do Tribunal competente.

Diante dessas considerações, parece assistir razão aos adeptos da segunda corrente acima mencionada, quando sustentam que os atos praticados pelo Presidente do Tribunal revestem-se de caráter puramente administrativo.

Com efeito, o processo jurisdicional ultima-se com a expedição do precatório. Apenas ao juiz do processo de execução compete o exame de incidentes a ele relacionados, como, por exemplo, proceder a correções no precatório na eventualidade de constatação de erro material.

No tocante à atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal, dúvida não subsiste quanto à sua natureza administrativa, uma vez que se refere à prática de atos relacionados à apresentação do precatório, visando a satisfação do crédito do exeqüente, bem como à determinação de seqüestro da quantia necessária, caso descumprido o direito de precedência do credor.

Vale observar que o fato de a apresentação dos precatórios ser centralizada pelo Presidente do Tribunal não tem por finalidade permitir o reexame da decisão judicial prolatada pelo juiz da execução, que fixa o montante da condenação.

Na realidade, essa centralização, determinada pelo legislador, destina-se a facilitar a operacionalização do sistema de pagamento dos débitos da Fazenda Pública, assegurando a observância da ordem cronológica de pagamento, ao teor do disposto no artigo 100 da Constituição Federal.

Cumpra registrar que doutrina e jurisprudência vêm se consolidando no sentido de visualizar natureza meramente administrativa na atividade desempenhada pelo Presidente do Tribunal competente na tramitação do precatório.

Nesse sentido já se manifestou José Celso de Mello Filho (in Constituição Federal Anotada, 2ª Edição, Editora Saraiva, p. 352), in verbis: "A expedição do precatório, pelo juiz, encerra a atividade jurisdicional. Segue-se-lhe uma atividade de ordem administrativa, desenvolvida pelo Presidente do Tribunal competente. Este, por meio da apresentação do precatório, pede verba ou expede ordem de pagamento se houver verba disponível. Cabe-lhe, ainda, exercer um controle sobre as formalidades extrínsecas do precatório. **Não pode, durante o processamento do precatório, reexaminar o que já se encontra decidido na sentença. Em caso de erro material, impõe-se a devolução do precatório ao juízo de origem, a fim de que aí, se for o caso, sejam introduzidas as correções necessárias. Dessa decisão, proferida pelo juiz que expediu (e corrigiu) o precatório, caberão os recursos pertinentes**".

Essa é, outrossim, a orientação emanada do colendo Supremo Tribunal Federal, que apreciando a ADIN nº 1.098/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 25/10/96, fez constar na ementa do acórdão:

"... PRECATÓRIO - TRAMITAÇÃO - CUMPRIMENTO - ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL - NATUREZA. A ordem judicial de pagamento (§ 2º do artigo 100 da Constituição Federal), bem como os demais atos necessários a tal finalidade, concernem ao campo administrativo e não jurisdicional. A respaldá-la tem-se sempre uma sentença exequenda..."

Oportuno transcrever, ainda, ementa de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, exarada nos seguintes termos:

"PRECATÓRIO. EXECUÇÃO. Compete ao Juiz da execução o cumprimento do Precatório e não ao Presidente do Tribunal, que exerce atividade administrativa, podendo, no entanto, examinar as formalidades extrínsecas do precatório, o erro material que jamais transita em julgado, e podem ser corrigidos a qualquer tempo. Recurso especial conhecido e provido. Precedentes do TFR, STJ e STF". (RESP nº 49.340-4/SP, Relator Ministro José de Jesus Filho, DJ 5/9/94).

Firmada, portanto, a competência do Órgão Especial para exame do feito, passa-se à análise da pretensão veiculada no presente agravo de instrumento.

(...).

Os destaques em negrito foram inseridos na transcrição [e optou-se pela transcrição na íntegra, ainda que estendendo a fundamentação] exatamente para demonstrar que a "atividade administrativa" do Juiz Presidente do Tribunal reside apenas e tão somente na vedação ao reexame do título judicial.

A Lei 9494/97 autoriza o Juiz Presidente do Tribunal a verificar - sob pena de responsabilidade - a exação no cômputo dos juros.

E uma vez identificada a incorreção, tal como se construiu a discussão nesta relação processual, deliberou o Presidente do Tribunal pelo retorno dos autos à origem para as "providências cabíveis", o que deve ser entendido como a ciência ao interessado para interposição das medidas processuais cabíveis e que entender pertinentes.

Portanto, não se trata de decisão por "arvoramento" nem por "descompasso" com o título/coisa julgada.

Tanto assim, tal como referenciado no capítulo anterior, a própria atualização procedida pela Secretaria da Vara adotou percentual de juros moratórios diferentes daquele cálculo antecedente.

Antepõe-se a tudo que se pretendeu dizer, que o Juiz Presidente é detentor de prerrogativa que não é disponível: a vitaliciedade.

O Juiz Presidente do Tribunal, no exercício do *munus* que a carreira lhe impõe/oferece, nunca deixa de ser Juiz, agente do Poder Judiciário que é, detentor das prerrogativas que lhe são asseguradas na Constituição e na Loman e que não está nem estará sujeito a despotismo de autoridade judicial de qualquer instância.

Em obra específica sobre a carreira, Alexandre Henry Alves (Regime Jurídico da Magistratura. 2ª

Ed. - São Paulo : Saraiva, 2014) explica no cap. VI "Garantias, prerrogativas, vedações e deveres" no item 2.2 "Prisão apenas com ordem escrita do tribunal" (p. 319):

"Outra prerrogativa é que a determina que um juiz somente pode ser preso se houver ordem escrita do tribunal ou órgão especial responsável pelo seu julgamento, recordando que há foro especial para quem exerce a magistratura.

(...)

Além disso, a ordem de prisão deve advir de um magistrado atuando na esfera judicial, nunca administrativa. Embora falemos a seguir que, para a LOMAN, um juiz continuará sendo uma autoridade judicial mesmo atuando em uma questão administrativa, o fato é que interessa para a hipótese de prisão não a autoridade em si, mas o tipo de ato que está sendo praticado. Se o ato é administrativo e não jurisdicional, ele não poderá levar à prisão de um magistrado, ainda que o seu prolator seja uma autoridade judicial, regra que vale, inclusive, para o Corregedor Nacional de Justiça."

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores do Pleno do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, em aprovar o relatório, conhecer do agravo regimental e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Ricardo Geraldo Monteiro Zandona (relator). Retirou sua suspeição o Desembargador Francisco das C. Lima Filho. Declarou-se impedido o Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior, por ter proferido a decisão monocrática. Ausente, em razão de férias,

o Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja.

Campo Grande/MS, 20 de julho de 2017.

RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA

Desembargador do Trabalho

Relator

A C Ó R D ã O
1ª TURMA

Relator : Des. MARCIO VASQUES THIBAU DE ALMEIDA
Recorrente : NELSON FAVARETTO
Advogado : Vera Lucia Dias Cesco Lopes
Recorrido : MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA ALBUQUERQUE E
 OUTRAS
Advogado : Linciane Assuncao Nogueira Gomes e outros
Origem : Vara do Trabalho de Nova Andradina - MS

ACIDENTE DE TRABALHO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. Quando o tomador dos serviços contrata um trabalhador autônomo, pressupõe-se que este possua organização própria e experiência em sua atividade, desenvolva o trabalho sem subordinação, com ampla autonomia na prestação de serviços e sem qualquer ingerência pelo tomador. Assim, não se afigura razoável exigir do tomador o fornecimento de cursos, de EPI's e de orientações para a correta execução dos serviços. Não comprovado nos autos qualquer ato ilícito praticado pelo reclamado ou que o acidente tenha ocorrido por sua equívoca conduta, não há falar em reparação civil pelo acidente. Apelo provido, no particular.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO Nº 0024357-23.2016.5.24.0056-RO) em que são partes as acima indicadas.

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo reclamado (ID 9af1612) em face da sentença (ID 9f0ddfd), proferida pelo MM. Juiz do Trabalho Alexandre Marques Borba, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

Insurge-se o reclamado em face da indenização por dano moral e material decorrente do acidente de trabalho.

Depósito recursal e custas processuais (ID's

24b5229 - Pág. 1 e 5fc1a0c - Pág. 1), respectivamente.

Contrarrazões das reclamantes (ID's 346f283 e 5760fd2), pugnando pelo não provimento do apelo.

Em conformidade com o disposto no artigo 84 do Regimento Interno deste Regional, desnecessária a remessa dos presentes autos à Procuradoria Regional do Trabalho para emissão de parecer.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos legais, conheço do recurso e das contrarrazões.

2 - MÉRITO

2.1 - ACIDENTE DE TRABALHO - RESPONSABILIDADE - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL

Pretende o reclamado a reforma da decisão, asseverando que: a responsabilidade a ser aplicada é a subjetiva e não a objetiva; eventual responsabilidade está prevista para o empregador e não para o tomador de serviços; como prestador de serviços na modalidade de pequena empreitada o *de cujus* não era subordinado ao recorrente para execução do serviço contratado; o recorrente não concorreu com dolo ou culpa para a ocorrência do acidente; o *de cujus* detinha técnica e conhecimento para o corte de árvores; não é razoável o magistrado exigir do recorrente o fornecimento de um curso para o corte de árvores que sequer existe; a perita

criminalística concluiu que houve imperícia e negligência do *de cujus*; que os riscos da atividade eram exclusivos do falecido.

Em pedido eventual, requer a redução do valor do dano moral e do dano material.

Passo à análise.

Ficou incontroverso nos autos que o *de cujus* foi contratado pelo reclamado, como trabalhador autônomo, para corte de eucaliptos em sua propriedade rural.

Também incontroverso nos autos o acidente em que se envolveu o *de cujus*, quando ao cortar a árvore de eucalipto, um de seus galhos veio a tocar o galho da árvore onde a vítima estava se protegendo, quebrando um dos galhos, que veio a cair sobre a cabeça do trabalhador, imobilizando-o.

O Juízo de origem acolheu parcialmente o pleito inicial sob o fundamento de que o autor não detinha capacidade técnica específica para o corte de árvores, de que o reclamado não cumpriu as normas de segurança, expondo o *de cujus* à atividade de elevado risco, tendo em vista a alta possibilidade de queda de galhos ou de árvores sobre o trabalhador (sentença, ID 9f0ddfd - Pág. 2-3).

De fato, a ausência de relação de emprego entre o *de cujus* e o reclamado não constitui óbice ao reconhecimento de eventual indenização decorrente do acidente de trabalho, mas desde que esse sinistro tenha decorrido por inequívoca conduta do tomador dos serviços, hipótese que não ocorreu nos autos.

Ocorre que quando o tomador dos serviços contrata um trabalhador autônomo, pressupõe-se que este possua organização própria e experiência em sua atividade, desenvolva o trabalho sem subordinação, com ampla autonomia na prestação de serviços e sem qualquer ingerência pelo tomador.

Assim, o prestador de serviços se obriga a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal, assumindo todos os riscos de seu labor, a fim de entregar devidamente o serviço contratado.

Desse modo, considerando que o autor era experiente em suas funções (conforme depoimento da primeira testemunha, item 2 - ID 75ac81f - Pág. 1 e itens 3-9 e 13 - ID 75ac81f - Pág. 2, e da segunda testemunha itens 5-9 - ID 75ac81f - Pág. 2-3), pois já fez esse mesmo serviço várias vezes e por muitos anos, tendo adotado o correto procedimento, aliás, o mesmo método utilizado pelo Corpo de Bombeiros, não é razoável exigir que o réu (tomador dos serviços), que contrata um trabalhador autônomo para o corte de árvores forneça cursos, orientações e EPI's, bem como fiscalize a execução desses serviços.

Não comprovado nos autos qualquer ato ilícito praticado pelo reclamado ou que o acidente tenha ocorrido por sua equívoca conduta, aliás, consta nos autos laudo da perícia oficial forense que concluiu que a hipótese mais provável para a causa determinante do evento foi a imperícia e/ou imprudência da vítima ao cortar os pés de eucalipto, não se atentando ao local de sua queda e as possíveis reações que poderiam ocorrer (ID 3fcelb8 - Pág. 5), não há falar em indenização por dano moral e material.

Portanto, dou provimento ao recurso para excluir a condenação à indenização por danos morais e materiais.

2.2 - - BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Afirma que as autoras não fazem jus aos benefícios da justiça gratuita, porque exercem profissão remunerada e possuem bens móveis e imóveis (urbanos e rurais).

Razão não lhe assiste.

As autoras requereram os benefícios da justiça gratuita, declarando insuficiência econômica (ID 58b31b6 - Pág. 2). De acordo com o art. 4º da Lei n. 1.060/50 (alterado pela Lei n. 7.510/86), basta a simples declaração de ID 58b31b6 - Pág. 2, a qual goza de presunção relativa de veracidade (art. 1º da Lei n. 7.115/83).

O art. 14, § 1º, da Lei 5.584/1970, assegura o benefício ainda que percebessem as autoras salários superiores ao dobro do mínimo legal, assim, correta a sentença que deferiu os benefícios da gratuidade judiciária, já que preenchidos os requisitos contidos nas Leis nºs 1.060/50 e 7.115/83.

Registro que os documentos colacionados pelo reclamado não são suficientes a infirmar a declaração de ID 58b31b6 - Pág. 2.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço do recurso do reclamante e das contrarrazões. No mérito, dou parcial provimento ao recurso da reclamada para excluir a condenação à indenização por danos morais e materiais decorrentes do acidente de trabalho, julgando improcedente a ação, nos termos da fundamentação.

Inverto o ônus da sucumbência, por corolário, excluo a condenação aos honorários advocatícios, ficando a cargo das reclamantes o pagamento das custas calculadas em 2% sobre o valor da causa, das quais são dispensadas por serem beneficiárias da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Participaram deste julgamento:

Desembargador André Luís Moraes de Oliveira;

Desembargador Marcio Vasques Thibau de Almeida;

Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja.

Presente o representante do Ministério Público do Trabalho.

Sustentação oral: Dra. Vera Lucia Dias Cesco Lopes, pelo recorrente.

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, conhecer do recurso e das contrarrazões e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para excluir a condenação à indenização por danos morais e materiais decorrentes do acidente de trabalho, julgando improcedente a ação, nos termos do voto do Desembargador Marcio Vasques Thibau de Almeida (relator). Inverte-se o ônus da sucumbência e, por corolário, exclui-se a condenação aos honorários advocatícios, ficando a cargo das reclamantes o pagamento das custas, calculadas em 2% sobre o valor da causa, das quais são dispensadas, por serem beneficiárias da justiça gratuita.

Campo Grande, 21 de junho de 2017.

MARCIO VASQUES THIBAU DE ALMEIDA

Desembargador do Trabalho

Relator

A C Ó R D ã O
1ª TURMA

Relator : Des. MARCIO VASQUES THIBAU DE ALMEIDA
Recorrente : MAMEDES COLMAN E OUTROS
Advogado : Nivaldo Garcia da Cruz
Recorrido : FAZENDA SANTA OTILIA AGRO-PECUARIA LTDA
Advogado : José Nelson de Souza Junior
Origem : Vara do Trabalho de Jardim - MS

ILEGITIMIDADE ATIVA. PAIS E IRMÃ. AÇÃO ANTERIORMENTE PROPOSTA PELA VIÚVA E FILHOS. Admitir-se infinitas ações (pais, avós, tios, etc.) de todos os atingidos pela dor da perda, em detrimento de um único pagador, seria o mesmo que fadar as relações à insegurança jurídica, além de causar desproporcional prejuízo ao empregador. No caso, o direito à indenização por danos morais já foi exercido pelos herdeiros do empregado falecido (viúva e filhos), nos autos do proc. nº 0024319-48.2016.5.24.0076. E chama a atenção o fato de que naqueles e nesses autos há identidade do procurador constituído, levando ao convencimento de que ao ajuizar a primeira ação (viúva e filhos), postulou-se o direito a todos os ofendidos. Ilegitimidade ativa reconhecida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO Nº 0024466-74.2016.5.24.0076-RO) em que são partes as acima indicadas.

Trata-se de recurso ordinário interposto pelos autores em face da sentença proferida pelo MM. Juiz do Trabalho Aparecido Travain Ferreira, que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Pugnam os demandantes pela modificação do *decisum* atinente ao acidente de trabalho sofrido pelo obreiro e indenização por danos morais.

A reclamada apresentou contrarrazões, pugnando pelo não provimento do recurso.

Nos termos do art. 84 do Regimento Interno deste Regional, desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos legais, conheço do recurso ordinário e das contrarrazões.

2 - MÉRITO

2.1 - ILEGITIMIDADE ATIVA - ARGUIÇÃO EM CONTRARRAZÕES

Exsurge, em contrarrazões, a questão da legitimidade dos reclamantes (pais e irmã) para proporem a presente ação com o objetivo de buscar indenização para a dor motivada pela perda do ente querido.

Não resta dúvida que a legitimidade ativa para ajuizar demanda, em razão do acidente ocorrido no local de trabalho, estende-se aos familiares (dano por ricochete), eis que titulares do direito subjetivo ofendido.

Entretanto, *in casu*, há que se ater ao fato de que o direito à indenização por danos morais já foi exercido pelos herdeiros do empregado falecido (viúva e filhos), nos autos do proc. n° 0024319-48.2016.5.24.0076.

Chama a atenção o fato de que naqueles e nesses autos há identidade do procurador constituído, levando ao convencimento de que ao ajuizar a primeira ação (viúva e filhos), postulou-se o direito a todos os ofendidos.

Preleciona o i. jurista Arnaldo Rizado: *se os pais já buscaram idêntica indenização por dano moral, com o pagamento efetuado, entende-se que no montante já se encontrava incluída a quantia para reparação por danos sofridos a todos os membros da família e pessoas queridas.* (Juiz - Jurisprudência Informatizada Saraiva, CD no. 11).

Ademais, admitir-se infinitas ações (pais, avós, tios, etc.), de todos os atingidos pela dor da perda, em detrimento de um único pagador, seria o mesmo que fadar as relações à insegurança jurídica, além de causar desproporcional prejuízo ao empregador.

Nesta seara tem caminhado a jurisprudência:

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO PAI E IRMÃO PARA REQUERER INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DE INDENIZAÇÃO JÁ CONCEDIDA À VIÚVA E À FILHA EM OUTRA AÇÃO - Considerada a existência de divergência jurisprudencial válida, dá-se provimento ao agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO PAI E IRMÃO PARA REQUERER INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DE INDENIZAÇÃO JÁ CONCEDIDA À VIÚVA E À FILHA EM OUTRA AÇÃO . A controvérsia recursal se resume em definir se os autores (pai e irmão do falecido) possuem legitimidade para pleitear indenização por danos morais, tendo em vista que a viúva e a filha do de cujos já pleitearam e receberam indenização pelo mesmo fato em ação anteriormente ajuizada. Não há dúvida de que podem reclamar a

reparação por danos morais os herdeiros, cônjuge ou companheiro (a) e os membros da família ligados afetivamente ao lesado. Contudo, tal questão ganha maior relevância quando o ofendido falece, o que pode permitir o ajuizamento de ações em cascata, afetando, sobremaneira, a segurança jurídica, mesmo após configurada a coisa julgada e reparado o dano em outra demanda. A segurança jurídica é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e está intimamente ligada ao valor de justiça. Assim, a possibilidade de ajuizamento de sucessivas ações, por inúmeras pessoas, ligadas da mesma forma ao ofendido (vínculo afetivo), cria instabilidade. Dessa forma, não há falar em legitimidade concorrente de todos aqueles que suportam o dano e sofrem com a perda do ente querido, mas, em respeito à segurança jurídica, bem maior a ser preservado, deve-se priorizar a legitimidade excludente, privilegiando-se as regras da ordem de vocação hereditária estabelecida pelo Código Civil. Recurso de revista conhecido e provido . C) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DOS 3º E 4º RECLAMANTES . Prejudicada a análise do recurso tendo em vista o provimento do recurso de revista da reclamada. (TST-ARR- 1685-14.2010.5.04.0662, 8ª Turma, Relatora Min. Dora Maria da Costa, julgtº 5.6.2013, DEJT 14.6.2013).

Diante do exposto, acolho a arguição de ilegitimidade ativa dos autores, arguída em contrarrazões, (§1º do art. 1009 do CPC), extinguindo o feito sem julgamento do mérito, nos termos do inciso VI do art. 485 do CPC.

ACÓRDÃO

Participaram deste julgamento:

Desembargador André Luís Moraes de Oliveira;

Desembargador Marcio Vasques Thibau de Almeida;

Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja.

Presente o representante do Ministério Público do Trabalho.

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, e acolher a arguição de ilegitimidade ativa dos autores, arguída em contrarrazões, (§1º do art. 1009 do CPC), extinguindo o feito sem julgamento do mérito, nos termos do inciso VI do art. 485 do CPC.

Campo Grande, 2 de agosto de 2017.

MARCIO VASQUES THIBAU DE ALMEIDA

Desembargador do Trabalho

Relator



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

PROCESSO nº 0025250-56.2015.5.24.0021 (RO)

A C Ó R D ã O

1ª TURMA

Relator : Des. NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA

Recorrente : IDELIO PACHECO DE LIMA

Advogado : Wander Medeiros A. da Costa

Recorrido : VIAÇÃO UMUARAMA LTDA.

Advogado : Augusto Felix Ribas

Origem : 1ª Vara do Trabalho de Dourados/MS

**VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO CARACTERIZADO -
AUSÊNCIA DE PESSOALIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS**

. Para ser reconhecido o pretense liame empregatício hão de estar presentes todos os requisitos elencados no artigo 3º da CLT, sendo certo que a ausência de apenas um deles implica na declaração de sua inexistência. Neste contexto, não há como reconhecer a relação de emprego postulada, pois a prova dos autos demonstrou a inexistência de pessoalidade na prestação de serviços, o que afasta a configuração da relação na modalidade empregatícia. **Recurso desprovido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO N. 0025250-56.2015.5.24.0021-RO) nos quais figuram como partes as epígrafadas.

Inconformado com a sentença proferida pelo MM. Juiz do Trabalho Substituto João Candido (ID b9d18d8), que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, recorre ordinariamente o reclamante (ID 06237bd), pretendendo sua reforma.

Custas processuais dispensadas.

Contrarrazões ofertadas pela reclamada (ID 1e18873), pela manutenção da sentença, bem como pela aplicação de multa ao reclamante, por litigância de má-fé.

Ante o disposto no artigo 84 do Regimento Interno desta Corte, os autos não foram encaminhados ao d. representante do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1- CONHECIMENTO

Conheço do recurso e das contrarrazões, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

2- MÉRITO

2.1 - VÍNCULO DE EMPREGO - NULIDADE DA "PEJOTIZAÇÃO"

Pretende o reclamante seja reconhecido o vínculo de emprego entre as partes e o deferimento das verbas postuladas na petição inicial, aduzindo, para tanto, que a reclamada é confessa quanto às matérias fáticas aventadas nos autos, bem como estão preenchidos os requisitos legais, previstos no artigo 3º, da CLT, pois desenvolveu suas atividades com subordinação, tendo sido obrigado a abrir uma firma para prestar serviços à reclamada, tendo que empregar seu filho e sobrinha porque era impossível laborar sozinho, na medida em que o guichê de venda de passagens ficava aberto de segunda a domingo, das 08h as 01h10/01h40min; e que há provas de que laborou de 02.10.1999 a 24.10.2013, de forma contínua.

Não lhe assiste razão.

De início, ressalte-se que, embora tenham sido aplicados os efeitos da confissão ficta à reclamada, pois o preposto que compareceu à audiência não era empregado da reclamada, tal fato não tem o condão de reconhecer o vínculo de emprego, cabendo ao julgador buscar a verdade real, que, *in casu*, revelou-se na ausência dos elementos fático-jurídicos caracterizadores do vínculo empregatício entre as partes.

Isso porque, de acordo com o exposto na exordial, o reclamante foi contratado em 1.985, pela reclamada, para exercer a função de agente de passagens e, posteriormente, fiscal de estrada, tendo a última baixa em sua CTPS ocorrido em 01.10.1999. Após, continuou a laborar para a reclamada, sendo, contudo, obrigado a abrir uma firma para prestar serviços à ré, com o intuito de "mascarar" a relação empregatícia.

A reclamada, por sua vez, em sua defesa, aduziu que o reclamante e sua esposa, por mera liberalidade, fundaram a empresa IDELIO PACHECO DE LIMA & CIA. LTDA -ME, em 22.11.1999, cujo objeto era a venda e comercialização de passagens e atendimento no embarque e desembarque de passageiros e bagagens, mediante pagamento de 9% sobre a venda de passagens.

Denota-se que a defesa admitiu a prestação de serviços do autor, contudo, alegou que tal ocorreu de forma autônoma e sem qualquer subordinação, atraindo para si o ônus da prova, conforme dispõem os artigos 818 da CLT e 373, II, do CPC/2015.

E, nesse aspecto, a prova carreada aos autos demonstrou que, de fato, o autor prestou serviços à reclamada, contudo, não na modalidade empregatícia, mas decorrente de contrato de natureza civil mantida entre as partes, inexistindo subordinação, conforme se infere dos documentos de ID's e9207ad, bc90ffb e 8f90004.

Verifica-se que o próprio reclamante, em depoimento, esclareceu a controvérsia, ficando patente que recebia porcentagem sobre as vendas das passagens que executava, deduzindo-se o ICMS; arcava com todas as despesas do guichê de vendas de passagens localizado no terminal rodoviário de Dourados/MS; que contratou outras pessoas (filho e sobrinha) para executar a prestação de serviços, remunerando-os, bem como *"... que por volta do ano de 2003, as vendas de passagens da Viação Umuarama diminuíram bastante, e o rendimento do depoente por via de consequência também caiu; que, por esse motivo, o próprio diretor da Viação Umuarama admitiu que ele também executasse vendas para outras empresas de ônibus, a saber: Unesul, Waltur Turismo, Viação Garcia, e já no último ano, também executou vendas de passagens para a Expresso Queiroz;..."*.

Conforme se vê, o reclamante, expressamente, reconheceu que tinha empregados próprios, ficando suficientemente demonstrada a inexistência de vínculo empregatício,

revelando seu depoimento a ausência de pessoalidade e subordinação na prestação de serviços.

Portanto, não há falar em "pejotização", visto que o contrato firmado entre as partes, de natureza civil, não constitui fraude trabalhista que, repita-se, ocorreu de forma autônoma, na medida em que o Decreto n. 2.521/1998, em seu artigo 67, autoriza a venda de passagens diretamente pela transportadora, ou por intermédio de agente por ela credenciado.

Ademais, deve ser consignado que para configurar uma relação de emprego, também é necessária a existência de *animus contrahendi*, ou seja, da vontade das partes em estabelecer a vinculação sob a modalidade empregatícia e, neste aspecto, não ficou caracterizada a intenção das partes em ajustarem um contrato de trabalho.

Diante da ausência dos requisitos caracterizadores da relação empregatícia, mantenho a decisão da origem.

Nego provimento ao recurso.

2.2 - MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES

Pretende a reclamada, em contrarrazões, com base nos artigos 80 e 81 do CPC, a aplicação de multa e indenização por litigância de má-fé ao reclamante.

A pretensão não prospera.

A litigância de má-fé ocorre quando uma das partes de um processo litiga intencionalmente com deslealdade.

As condutas previstas no artigo 80 do Código de Processo Civil devem ser comprovadas, não bastando para a incidência de tal penalidade, indícios ou presunções.

No caso presente, não há comprovação de que o reclamante tenha alterado a verdade dos fatos ou de que tenha utilizado do processo para conseguir objetivo ilegal (art. 80, II e III, do CPC).

Sendo assim, rejeito o pleito de aplicação de multa e indenização por litigância de má-fé.

VOTO CONVERGENTE DO DESEMBARGADOR NICANOR DE ARAÚJO LIMA:

VÍNCULO DE EMPREGO - NULIDADE DA "PEJOTIZAÇÃO"

"Pretende o autor o reconhecimento do vínculo de emprego entre as partes e deferimento das verbas consectárias.

Sustenta nas razões recursais, em síntese, que a ré foi declarada revel e confessa, bem como o contrato de agenciamento de passagens teve por finalidade apenas encobrir o vínculo de emprego, o qual deve ser reconhecido por todo o período de prestação de serviços.

Analiso.

O autor inicialmente laborou como empregado para a ré de 1985 a 1º.10.1999.

A partir daí passou a prestar serviços por meio de uma empresa aberta por ele e sua esposa com o objetivo de comercializar passagens e atender no embarque e desembarque de passageiros.

O autor sustenta que esse contrato de agenciamento de passagens foi fraudulento, pois continuou laborando para ré como empregado, pelo que requer o reconhecimento do vínculo de emprego por todo o período, bem como a declaração de nulidade do contrato particular de agenciamento de passagens.

A prova dos autos não corrobora as alegações obreiras, como se deduz das declarações do próprio autor em depoimento:

- que o depoente assumiria a agência de vendas de passagens de Dourados mediante retribuição de 9% sobre as vendas de passagens que executava, deduzido o valor do ICMS; que, em contrapartida, assumiria todas as despesas do guichê de vendas de passagens localizado no terminal rodoviário de Dourados, tais como aluguel, telefone, água, luz e despesas contábeis da empresa que necessitou constituir;

- que por volta do ano de 2003, as vendas de passagens da Viação Umuarama diminuíram bastante, e o rendimento do depoente por via de consequência também caiu; que, por esse

motivo, o próprio diretor da Viação Umuarama admitiu que ele também executasse vendas para outras empresas de ônibus, a saber: Unesul, Waltur Turismo, Viação Garcia, e já no último ano, também executou vendas de passagens para a Expresso Queiroz;

- que as vendas em proveito dessas outras empresas complementavam a renda do depoente; que as vendas para essas outras empresas eram mais frequentes nos meses de julho e dezembro;

- que a média remuneratória indicada tanto na petição inicial quanto na emenda diz respeito apenas ao que recebia da Viação Umuarama;

- que no guichê ora trabalhava o depoente, ora sua esposa, ora seu filho que também o auxiliava, até porque os horários de atendimento eram bem elásticos;

- que por um período de cerca de 8 meses, uma sobrinha do depoente, de nome Payane Pacheco, também trabalhou com o depoente no guichê de vendas de passagens da Viação Umuarama;

- que era o depoente quem definia o valor a ser pago para sua sobrinha e era também ele quem a remunerava pelos serviços prestados;

- que a Sra. Payane foi inclusive registrada como empregada da empresa pertencente ao depoente;

- que a razão social da empresa do depoente é Idelio Pacheco de Lima - ME; que o filho do depoente também foi registrado como empregado da empresa Idelio Pacheco de Lima - ME (g.n.).

Diante disso, verifica-se a completa autonomia na condução dos serviços, ressaltando-se: a) o custo do empreendimento era do autor; b) o faturamento dependia exclusivamente do movimento do mês, não havendo nenhum tipo de pagamento que não o decorrente da venda de passagens; c) havia prestação de serviços para outras empresas além da ré, o que, conforme o autor "complementavam a renda do depoente"; d) o autor contratou funcionários às suas expensas e, nesse particular, contradisse a inicial, na qual afirmou textualmente que "Em Dourados/MS o autor passou a se ativar como único funcionário da ré na função de vendedor de passagens".

O autor reitera em recurso que havia subordinação, pois laborava paramentado com crachá da recorrida; permitia a entrada do supervisor no guichê para a verificação do cumprimento da atividade de venda de passagens e administração da agência; fazia depósitos diários e periódicos na conta da recorrida e cumpria horários de trabalho.

Todavia, essa ingerência da ré na condução dos trabalhos não extrapola as cláusulas do contrato de agenciamento de passagens e não leva, por si só, ao afastamento do caráter autônomo do serviço executado pelo autor, por meio de sua empresa.

Com efeito, na vez firmado contrato com a empresa-ré, é esperado que seu representante esteja assim identificado no crachá para os clientes.

A cláusula 3ª estabelece a obrigação do representante (autor) de depositar diariamente a importância recebida em decorrência da venda de passagens.

Por sua vez, a cláusula 11ª prevê a faculdade da ré de examinar documentos e instalações relativos ao cumprimento do contrato, bem como a prestação de esclarecimentos do representante (f. 75).

Entendo que tais cláusulas são exorbitam os limites do contrato civil nem oneram excessivamente a empresa do autor.

Quanto ao cumprimento de horário, frise-se que o autor era o maior interessado em efetuar as vendas, daí sua opção por manter o guichê aberto o maior tempo possível.

Em conclusão, por qualquer ângulo que se analise a questão, não se constata fraude no contrato firmado entre a ré e a empresa do autor, razão pela qual não há falar em vínculo empregatício no período.

Por fim, não obstante a declaração de confissão ficta da ré, decorrente do preposto não ser seu empregado, é cediço que seus efeitos podem ser afastados por prova em contrário.

E isso foi o que ocorreu neste caso, em que a decisão foi fundamentada nas declarações do próprio autor, em depoimento.

Logo, tratando-se de confissão real, sobrepõe-se esta a qualquer outra prova em sentido contrário e, com muito mais propriedade, à confissão ficta.

Destarte, e acompanhando o Exmº Des. Relator, nego provimento ao recurso."

ACÓRDÃO

Participaram deste julgamento:

Desembargador André Luís Moraes de Oliveira;

Desembargador Nicanor de Araújo Lima;

Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja.

Presente o representante do Ministério Público do Trabalho.

Não votou o Desembargador Marcio Vasques Thibau de Almeida em virtude da participação do Desembargador Nicanor de Araújo Lima.

Sustentação oral: Dr. Wander Medeiros Arena da Costa, pelo recorrente, realizada em 4 de abril de 2017.

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, **conhecer do recurso** e das contrarrazões e, no mérito, **negar-lhe provimento** e rejeitar o pedido de multa por litigância de má-fé, arguida em contrarrazões pela reclamada, nos termos do voto do Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja (relator). Juntará voto convergente o Desembargador Nicanor de Araújo Lima.

Campo Grande, 5 de junho de 2017.

NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA
Desembargador do Trabalho
Relator