

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região



Edição Especial

20 anos

1998 - 2018



ISSN 2177-5370

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região



Goiânia
2018

Elaboração da Revista
COMISSÃO DA REVISTA E GESTÃO DE ACERVOS BIBLIOGRÁFICOS – CRGAB
SEÇÃO DE BIBLIOTECA

Conselho Editorial
Desembargador Wellington Luis Peixoto
Juiz do Trabalho Radson Rangel Ferreira Duarte
Juiz do Trabalho Platon Teixeira de Azevedo Neto

Editoração
Márcia Cristina R. Simaan – *Supervisão*
Carlos Novaes de Castro – *Montagem*
Lídia Barros Necessian e Érika Leite Cardozo – *Diagramação*
Camila Gomes de Lima Lisboa e Carmem Barbosa Lemos – *Revisão ortográfica*
Carolina Brandão Piva – *Normalização e revisão final*

Imagens – Coordenadoria de Comunicação Social

Capa
Foto do complexo trabalhista em construção (2º sem. 2018)

Arte da Capa
Érika Leite Cardozo

Fotos
Eleição dos novos dirigentes do TRT da 18ª Região para o biênio 2019/2021
Posse das Desembargadoras Silene Aparecida Coelho e Rosa Nair Nogueira Reis

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região

Presidente
Desembargador Platon Teixeira de Azevedo Filho

Vice-Presidente
Desembargador Paulo Sérgio Pimenta

Colaboradores(as)
Alexandre Bittencourt Amui de Oliveira
Andressa Mayara de Araújo Rezende Diniz Faria
Anne Caroline Ferreira Peixoto Marra
Bernardo Cunha Farina
Bruna de Sá Araújo
Carlos Eduardo Andrade Gratão
Ciro Ibiapina Cardoso
Daniela Moreira Bueno
Diogo Almeida Ferreira Leite
Enoque Ribeiro Santos
Ezequiel Moraes
Flailton Rosa de Sousa
Gustavo Adolpho Montenegro de Aguiar Otto
Isabella Nascimento Macedo
Karine dos Anjos de Oliveira
Layre Saraiva de Lira Correia do Vale
Leonora de Luiz Lopes
Lídia Barros Necessian
Lilaine Pereira da Silva Borges
Lucas Magalhães Mantovani Cesar
Luciano do Valle
Luciano Pizzotti Silva
Marcelo Magalhães Mesquita
Marco Aurélio Alves Faleiros Filho
Marcos Antonio de Souza Silva
Marcus Vinícius Silva Coelho
Murillo Carto Quirino
Norma Abadia de Moura Oliveira
Patrícia Miranda Centeno Amaral
Paulo Alessandro Rodrigues dos Santos
Phalena Cavalcante de Freitas
Rafael Silva Couto
Rosana Pilon Muknicka
Stefany Jaqueline Rezende
Vinícius Rios Bertuzzi
Zélia de Sousa Lopes

Comissão da Revista e Gestão de Acervos Bibliográficos – CRGAB

Desembargador Welington Luis Peixoto – Presidente
Juiz do Trabalho Radson Rangel Ferreira Duarte – Conselheiro
Juiz do Trabalho Platon Teixeira de Azevedo Neto – Conselheiro
Márcia Cristina Ribeiro Simaan – Coordenadora
Carlos Novaes de Castro
Aurélia Cristina Baião Melo

Secretaria-Geral Judiciária
Cleber Pires Ferreira – *Secretário*

Núcleo de Gestão Documental
Vânia Ivanyi de Lima Passerini – *Chefe de Núcleo*

Seção de Biblioteca
Márcia Cristina Ribeiro Simaan – *Chefe de Seção*
Carlos Novaes de Castro
Carmem Barbosa Lemos
Lucas Lemos Faleiro Corrêa

Ficha Catalográfica elaborada por

Márcia Cristina R. Simaan
Bibliotecária (CRB-1/1.544)

R454 Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região Tribunal Regional do Trabalho. Região, 18ª. Seção de Biblioteca – v. 1, dez. 1998- . – Goiânia, 1998.

v. 21, jan./dez. 2018.
Anual.
ISSN: 2177-5370 (versão impressa)
ISSN: 2177-5389 (versão eletrônica)

1. Direito do trabalho – doutrina – periódico. 2. Processo trabalhista – doutrina – periódico. 3. Jurisprudência trabalhista - periódico. 4. Goiás (estado) – Justiça do Trabalho – I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho. Região, 18ª.

CDU: 347.998.72(05)(81)TRT.18
CDU: 347.998.331(05)(81)TRT.18

Os artigos doutrinários selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais. É permitida a reprodução total ou parcial das matérias constantes desta Revista, desde que citada a fonte.

Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região

Rua T-51, esquina com Avenida T-1 – Setor Bueno – Goiânia-GO – CEP 74215-210
Fones (62)3222-5229/3222-5338 – Correio eletrônico: biblioteca@trt18.jus.br

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO



Foto: Posse das Desembargadoras Silene Aparecida Coelho e Rosa Nair Nogueira



Foto: Eleição dos novos dirigentes do TRT 18ª Região para o biênio 2019/2021

Desembargadores Federais do Trabalho

Desembargador Platon Teixeira de Azevedo Filho, Presidente
Desembargador Paulo Sérgio Pimenta, Vice-Presidente
Desembargadora Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque
Desembargador Elvecio Moura dos Santos
Desembargador Gentil Pio de Oliveira
Desembargador Mário Sérgio Bottazzo
Desembargador Aldon do Vale Alves Taglialegna
Desembargador Daniel Viana Júnior
Desembargador Geraldo Rodrigues do Nascimento
Desembargador Eugênio José Cesário Rosa
Desembargadora Iara Teixeira Rios
Desembargador Welington Luis Peixoto
Desembargadora Silene Aparecida Coelho
Desembargadora Rosa Nair da Silva Nogueira Reis

JUIZES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO

Juízes Titulares das Varas do Trabalho

MARCELO NOGUEIRA PEDRA
ANTÔNIA HELENA GOMES BORGES TAVEIRA
MARILDA JUNGSMANN GONÇALVES DAHER
WANDA LÚCIA RAMOS DA SILVA
SEBASTIÃO ALVES MARTINS
CÉSAR SILVEIRA
CLEUZA GONÇALVES LOPES
KLEBER DE SOUZA WAKI
CELMO MOREDO GARCIA
ISRAEL BRASIL ADOURIAN
LUCIANO SANTANA CRISPIM
RONIE CARLOS BENTO DE SOUSA
JOÃO RODRIGUES PEREIRA
LUIZ EDUARDO DA SILVA PARAGUASSU
LUCIANO LOPES FORTINI
HELVAN DOMINGOS PREGO
FABÍOLA EVANGELISTA MARTINS
RADSON RANGEL FERREIRA DUARTE
CLEIDIMAR CASTRO DE ALMEIDA
RENATO HIENDLMAYER
ARI PEDRO LORENZETTI
ENEIDA MARTINS PEREIRA DE SOUZA ALENCAR
ÉDISON VACCARI
NARA BORGES KAADI PINTO MOREIRA
MARIA APARECIDA PRADO FLEURY BARIANI
ANTÔNIO GONÇALVES PEREIRA JÚNIOR
NARAYANA TEIXEIRA HANNAS
ALCIANE MARGARIDA DE CARVALHO
FABIANO COELHO DE SOUZA
EUNICE FERNANDES DE CASTRO
MARIA DAS GRAÇAS GONÇALVES OLIVEIRA
JEOVANA CUNHA DE FARIA
ROSANA RABELLO PADOVANI MESSIAS
VIRGILINA SEVERINO DOS SANTOS
ARMANDO BENEDITO BIANKI
WHATMANN BARBOSA IGLESIAS
RODRIGO DIAS DA FONSECA
QUÊSSIO CÉSAR RABELO
JULIANO BRAGA SANTOS
PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO NETO
ROSANE GOMES DE MENEZES LEITE
VALÉRIA CRISTINA DE SOUSA SILVA ELIAS RAMOS
SAMARA MOREIRA DE SOUSA
CLEBER MARTINS SALES
DANIEL BRANQUINHO CARDOSO
LÍVIA FÁTIMA GONDIM PREGO
MÂNIA NASCIMENTO BORGES DE PINA
RANÚLIO MENDES MOREIRA

Juízes do Trabalho Substitutos

CÉLIA MARTINS FERRO
ANA LÚCIA CICCONE DE FARIA
EDUARDO TADEU THON
BLANCA CAROLINA MARTINS BARROS
CAMILA BAIÃO VIGILATO
ELIAS SOARES DE OLIVEIRA
FERNANDA FERREIRA
WANDERLEY RODRIGUES DA SILVA
CARLOS ALBERTO BEGALLES
SARA LÚCIA DAVI SOUSA
KLEBER MOREIRA DA SILVA
MARCELO ALVES GOMES
TAIS PRISCILLA F. R. DA CUNHA E SOUZA
EDUARDO DO NASCIMENTO
VIVIANE SILVA BORGES
OSMAR PEDROSO
CEUMARA DE SOUZA FREITAS E SOARES
CELISMAR COELHO DE FIGUEIREDO
RUI BARBOSA DE CARVALHO SANTOS
ANDRESSA KALLINY DE ANDRADE CARVALHO
GLENDA MARIA COELHO RIBEIRO
LUCAS CARVALHO DE MIRANDA SÁ
KARINA LIMA DE QUEIROZ
MARIANA PATRÍCIA GLASGOW
CAROLINA DE JESUS NUNES
GIRLENE DE CASTRO ARAÚJO ALMEIDA
WANESSA RODRIGUES VIEIRA
PATRÍCIA CAROLINE SILVA ABRÃO
JOSÉ LUCIANO LEONEL DE CARVALHO
MARCELA CARDOSO SCHÜTZ DE ARAÚJO
THAIS MEIRELES PEREIRA VILLA VERDE
GUILHERME BRINGEL MURICI
RAFAEL TANNER FABRI
FERNANDO ROSSETTO
PEDRO HENRIQUE BARRETO MENEZES
VIVIANE PEREIRA DE FREITAS
DÂNIA CARBONERA SOARES
LAIZ ALCÂNTARA PEREIRA
ANA TERRA FAGUNDES OLIVEIRA CRUZ
LUDMILLA L. EVANGELISTA DA ROCHA
ALEXANDRE VALLE PIOVESAN
JEANNE KARLA RIBEIRO E BEZERRA
JOHNNY GONÇALVES VIEIRA
CARLOS EDUARDO ANDRADE GRATÃO
LUIZ GUSTAVO DE SOUZA ALVES

SUMÁRIO

PALAVRA DO PRESIDENTE

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

1. A proteção jurídica do trabalhador fronteiriço e do refugiado sob a luz da nova Lei do Migrante (Lei 13.445/2017)
Enoque Ribeiro Santos
Bernardo Cunha Farina.....21
2. A colisão de direitos fundamentais nas relações de trabalho: o uso de barba no local de trabalho e sua (possível) restrição
Carlos Eduardo Andrade Gratão.....35
3. A instrumentalidade dos princípios jurídicos como meio de intervenção estatal nos contratos e nas relações trabalhistas
Ezequiel Morais.....49
4. Cumulação do pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz de normas constitucionais e supralegais
Zélia de Sousa Lopes81
5. Curatela e tomada de decisão apoiada: novas perspectivas diante do estatuto da pessoa com deficiência
Lídia Barros Necessian
Andressa Mayara de Araújo Rezende Diniz Faria
Karine dos Anjos de Oliveira
Lilaine Pereira da Silva Borges
Murillo Carto Quirino
Paulo Alessandro Rodrigues dos Santos.....101
6. A irredutibilidade e irrenunciabilidade das normas de proteção à saúde, higiene e segurança no trabalho no estado democrático de direito: a reforma trabalhista e o retrocesso social
Alexandre Bittencourt Amui de Oliveira113
7. Aplicação da Lei 13.467/2017 (e suas alterações) à luz da Constituição Federal e dos tratados internacionais: controle de constitucionalidade, desafios dos operadores do direito e a (in)segurança jurídica pós-reforma trabalhista
Gustavo Adolpho Montenegro de Aguiar Otto.....133

| | |
|---|-----|
| 8. Custos processuais e a inafastabilidade da jurisdição na justiça do trabalho Rafael Silva Couto | 153 |
| 9. A propriedade intelectual nos contratos individuais de trabalho Rosana Pilon Muknicka | 167 |
| 10. A linguagem de dominação do direito e do jornalismo: notícia e norma jurídica como elementos de poder simbólico Marco Aurélio Alves Faleiros Filho | 185 |
| 11. Externalidades negativas causadas ao meio ambiente pela expansão do agronegócio no Brasil sob a óptica do direito Norma Abadia de Moura Oliveira Flailton Rosa de Sousa | 197 |
| 12. O fim da contribuição sindical obrigatória: impactos e perspectivas no sindicalismo brasileiro Daniela Moreira Bueno | 217 |
| 13. A proteção do cyber atleta através da regulamentação trabalhista dos e-sports Diogo Almeida Ferreira Leite Marcelo Magalhães Mesquita | 243 |
| 14. Os honorários de sucumbência perante o direito processual do trabalho Luciano Pizzotti Silva | 255 |
| 15. Sistema de Gestão de Saúde e Segurança Ocupacional (ISO 45001:2018) como instrumento útil na prevenção de acidente de trabalho Stefany Jaqueline Rezende Luciano do Valle Marcus Vinícius Silva Coelho | 271 |
| 16. Grupo econômico: inovações e constitucionalidade Patrícia Miranda Centeno Amaral | 285 |
| 17. Subsunção da optometria à segurança laboral Phalena Cavalcante de Freitas | 305 |
| 18. Os desafios dos sindicatos após o fim da contribuição sindical compulsória Bruna de Sá Araújo Anne Caroline Ferreira Peixoto Marra Lucas Magalhães Mantovani Cesar Isabella Nascimento Macedo | 317 |

| | |
|--|-----|
| 19. Valorização da jurisprudência no NCPC. O regime dos enunciados sumulares no direito processual pátrio à luz da uniformização da jurisprudência pelo <i>common law</i> Vinícius Rios Bertuzzi | 337 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 20. A constitucionalidade do Art. 927 do CPC/2015 e a eficácia vinculante dos precedentes judiciais brasileiros Leonora de Luiz Lopes | 357 |
|--|-----|

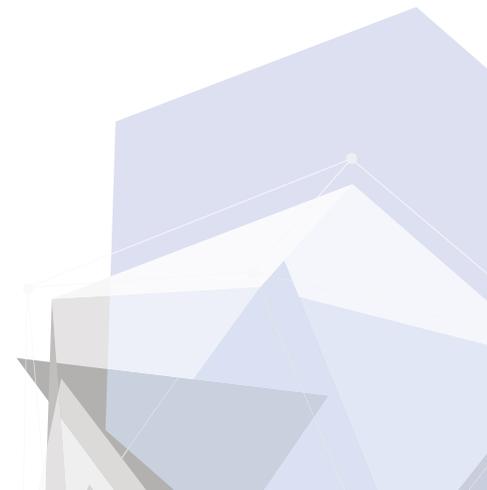
TEMAS GERAIS

| | |
|--|-----|
| 1. Indicadores judiciais como instrumentos para avaliação da efetividade jurisdicional: análise da taxa de congestionamento como indicador estratégico da Justiça Brasileira Marcos Antonio de Souza Silva Ciro Ibiapina Cardoso | 379 |
|--|-----|

CASOS CONCRETOS – TRT 18ª REGIÃO

| | |
|---|-----|
| 1. Conciliação humanista: uma análise das práticas conciliatórias no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região Layre Saraiva de Lira Correia do Vale | 399 |
|---|-----|

PALAVRA DO PRESIDENTE



Excelentíssimos Senhores Magistrados e ilustres Advogados e Servidores presentes,

É com muita satisfação que hoje comemoramos 20 anos de lançamento da Revista do TRT.

Iniciativa surgida em 1998, durante minha primeira gestão à frente deste Regional, e muito bem recebida por nós Juízes, Servidores, Advogados, Estudantes e comunidade em geral, a Revista do TRT gerou importante avanço para produção e divulgação de artigos doutrinários, facilitando o estudo e aprofundamento sobre temas então instigantes e desafiadores, além de, naquele momento, constituir importante mecanismo de difusão da jurisprudência consolidada nesta Corte.

Nada mais justo, nesse instante, do que render aqui homenagens ao Desembargador aposentado Saulo Emídio dos Santos, que durante muitos anos liderou a Comissão escolhida para análise de conteúdo e preparação da Revista; ao Desembargador Gentil Pio de Oliveira que, após a aposentadoria do colega Saulo, assumiu a tarefa até a penúltima edição da Revista, elaborada em parceria com a CRGAB, Comissão por mim instituída para dar prosseguimento ao trabalho até então desenvolvido pelo Conselho da Escola Judicial; aos integrantes da antiga Diretoria de Serviço de Arquivo e Jurisprudência pelo importante trabalho realizado desde então, bem como à servidora Márcia Cristina Ribeiro Simaan, chefe da Seção de Biblioteca, unidade que agora comemora 25 anos de existência e hoje tem a missão de cuidar da nossa Revista, em razão de seus relevantes serviços em prol da melhoria e conservação de nosso acervo, colocando a Biblioteca do TRT 18 como uma das mais ricas e inovadoras do Estado de Goiás.

E como demonstração de que nosso Tribunal não está desatento às rápidas mudanças que atingem o mercado editorial, hoje também lançamos a Biblioteca Digital do TRT da 18ª Região, uma plataforma inspirada no JusLaboris do TST, e desenvolvida em parceria com o TRT da 7ª Região.

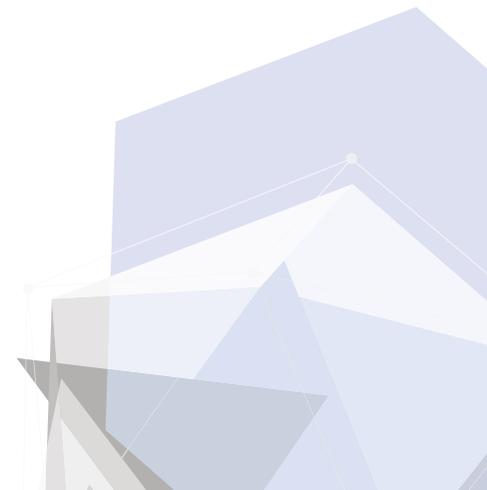
Encerro, parabenizando a todos aqueles que, ao longo desses 20 anos contribuíram de alguma forma para que a Revista alcançasse seus objetivos, bem como aos idealizadores da Biblioteca Digital, que, respeitando a evolução natural dos tempos, passa a ser mecanismo indispensável para o estudo e pesquisa nos dias atuais.

Muito obrigado!

Platon Teixeira de Azevedo Filho
Desembargador-Presidente do TRT da 18ª Região

Goiânia-GO, 06 de dezembro de 2018

NORMAS DE PUBLICAÇÃO



A Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região tem periodicidade anual e publica trabalhos no campo do direito material e processual do trabalho. Os conceitos emitidos nos textos publicados nesta Revista são de inteira e exclusiva responsabilidade de seus(suas) autores(as), não refletindo obrigatoriamente a opinião do Conselho Editorial nem pontos de vista e diretrizes do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

São aceitos somente trabalhos para publicação no idioma português, com as devidas revisões do texto, incluindo a gramatical e a ortográfica.

Os artigos devem ser redigidos na ortografia oficial e apresentados em Word (.doc). É necessário que as submissões sejam encaminhadas em conformidade com os seguintes parâmetros: folha tamanho A4, fonte Times New Roman, corpo 12, entrelinhas 1,5 sem nenhum espaço entre um parágrafo e outro. Os parágrafos devem ser justificados, com recuo de 2,0 cm na primeira linha. **Não se admitirá texto com mais de 20 páginas.**

Citações diretas de até 3 linhas devem ser incorporadas ao texto, mantidas entre aspas duplas. Aspas simples somente serão utilizadas quando se tratar de citação dentro de outra citação. **Quando as citações diretas ultrapassarem 4 linhas**, devem vir em um outro parágrafo, sem aspas nem itálico, com espaçamento simples, corpo 10 para a fonte, recuo esquerdo de 4 cm, saltando-se uma linha entre a citação recuada e o texto.

Notas de rodapé se restringem a comentários imprescindíveis que complementem, ilustrem ou desenvolvam ideias constantes do texto. Não é necessário inserir em notas de rodapé referências a obras e/ou autores(as).

A referência a autores(as) e seus textos devem respeitar os seguintes parâmetros: (SOBRENOME, ano, p. número da página). Também será admitido o exemplo seguinte: “De acordo com Castro (ano, p. número da página). Referências bibliográficas, ao final do artigo, devem estar de acordo com a ABNT.

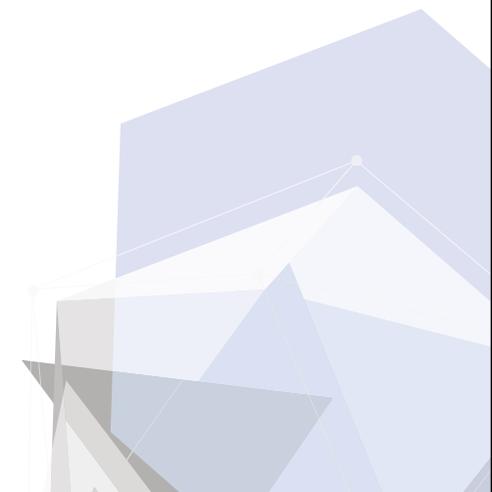
Todos os textos devem conter: resumo em língua portuguesa (de até 250 palavras); palavras-chave (até 5 palavras-chave, com inicial maiúscula na primeira palavra, separadas por ponto final); resumo em língua estrangeira (em inglês, espanhol, francês ou italiano) e palavras-chave em língua estrangeira com as mesmas exigências de seus respectivos em língua portuguesa. Deve constar também um "Sumário", evidenciando os itens e subitens do texto.

O envio deverá ser feito, exclusivamente, pelo e-mail **revista@trt18.jus.br**, devendo ser anexado um único arquivo.

Ao enviar seu texto, os(as) autores(as) concordam expressamente com as normas de publicação deste periódico e, ainda, que seus textos sejam, caso necessário, adequados aos padrões linguísticos da Revista, conforme determinado pelo Conselho Editorial e por nossa equipe técnica.

Trabalhos que não estejam em concordância com as normas de formatação não serão considerados para a publicação.

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS



**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHADOR
FRONTEIRIÇO E DO REFUGIADO SOB A LUZ DA NOVA
LEI DO MIGRANTE**

(Lei 13.445/2017)

Enoque Ribeiro Santos¹
Bernardo Cunha Farina²

RESUMO

Este estudo trata da figura do trabalhador fronteiriço e refugiado à luz da nova Lei do Migrante, Lei n. 13.445/2017, que promoveu relevantes e substanciais modificações no campo normativo do trabalho fronteiriço e de refugiados no Brasil. O autor descreve as particularidades de cada conceito, bem como examina em detalhe o panorama que decorre da nova regulação.

Palavras-Chave: Trabalho fronteiriço. Trabalho de refugiados. Lei n. 13.445/2017.

ABSTRACT

This paper addresses the bordered and refugee workers under the perspective of the newly Brazilian migration Law, Law n. 13.445/2017, which promoted relevant and substantial changes in the arena of the bordered and refugees labor law in Brazil. The author describes the particularities of each concept, as though as examines in detail the panorama that outcomes from the new regulation.

Keywords: Bordered work. Refugee work. Labor law n. 13.445/2017 in Brazil.

¹ Livre-docente e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), mestre pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), professor associado da Faculdade de Direito da USP, Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 1ª Região – Rio de Janeiro.

² Mestre em Sociedade, Cultura e Fronteiras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela União Dinâmica de Faculdades Cataratas (UDC), advogado e professor universitário.

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito e contexto de trabalhador fronteiro e do refugiado. 3 A visão da organização das nações unidas. 4 Proteção do trabalhador fronteiro na Constituição Federal e na CLT. 5 O trabalhador fronteiro na nova lei de migração (Lei n. 13.445/2017). 6 Direitos dos trabalhadores fronteiriços no Mercosul. 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Este é um momento especialmente importante para refletir nessa temática, pois enquanto a União Europeia encontra-se pressionada pelas ondas de migrações provenientes da Síria, da Líbia e de outros países africanos, vários países fecham suas fronteiras e outros procuram soluções consensuais, o Brasil revoga o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6815/1980) e promulga uma nova Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), que, em sintonia com a Lei dos Refugiados (Lei n. 9474/97), provoca uma evolução nos direitos dos migrantes e facilita sua inserção no mercado laboral.

É neste cenário que pretendemos discutir a nova Lei de Migração no Brasil, em relação à proteção jurídica do trabalhador fronteiro e refugiado, tendo em vista não apenas o que se passa na União Europeia, mas também em nossas fronteiras, particularmente com a grande quantidade de pessoas (e trabalhadores) da Venezuela, Haiti e de outros países que buscam refúgio em nosso país.

2 CONCEITO E CONTEXTO DE TRABALHADOR FROTEIRIÇO E DO REFUGIADO

Trabalhador fronteiro é conceito jurídico que identifica a pessoa que reside nas regiões de fronteiras nacionais, trabalha nos países vizinhos em municípios contíguos ao seu município de residência e regressa habitualmente ao seu país de origem, portanto, sem caracterizar um fenômeno migratório com intenção de residência em outro país, situação que vem obtendo soluções políticas e jurídicas *sui generis*, distintas daquelas adotadas para o interior dos territórios dos países vizinhos.

Já o refugiado possui natureza diversa. Na maioria dos países democráticos é garantido direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência de atividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana, bem como os estrangeiros e os apátridas que, receando com fundamento em ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, em virtude desse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual.

No Brasil, a temática é regulada pela Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997, que em seu artigo 1º aduz:

(...) será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontra-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior e III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

O trabalhador fronteiro possui proteção jurídica especial, se comparada à dos demais trabalhadores migrantes, em razão de sua situação jurídica *sui generis*, balizada por determinantes específicos, por ter permissão legal para exercer seu labor restritamente à região fronteira, o que lhe confere proteção trabalhista e previdenciária nessas circunstâncias, com fundamentos na legislação nacional pertinente, tratados internacionais e acordos internacionais bilaterais.

Para melhor compreensão da dimensão sociolaboral do tema em análise, é relevante compreender os conceitos a seguir dispostos, bem como a contextualização da região de fronteira.

O “trabalhador fronteiro”, em seu conceito tradicional, mais conservador, adotado pela ONU, é aquele que reside na região de fronteira, exerce trabalho remunerado no país vizinho, regressando habitualmente ao seu país de residência.

Tratava-se do mesmo conceito adotado pelo revogado Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980) que, em seu artigo 21, trazia o trabalhador fronteiriço como sendo aquele natural de país limítrofe, que tenha domicílio em cidade contígua ao território nacional, conferindo-lhe direito de exercer trabalho remunerado e a estudar no Brasil.

Nessa concepção conservadora, trata-se de uma espécie de trabalhador em situação *sui generis*, que vive na região de fronteira de seu país e trabalha na região de fronteira do país vizinho e retorna à sua residência habitualmente, não se tratando de processo migratório com intenção de estabelecer residência no país no qual se vai trabalhar.

Nestes casos, além dos direitos trabalhistas, mais visíveis num primeiro momento, o que a lei passou também a proteger foi o direito de esse trabalhador manter seus vínculos afetivos e familiares em seu país de origem e estabelecer novos vínculos, em especial o profissional, no país vizinho, consagrando, assim, a dinâmica própria do cidadão fronteiriço, que vive transitando entre os dois lados da fronteira nacional.

Não obstante, no Mercosul, diferentemente do conceito mais conservador adotado pela ONU e pelo antigo Estatuto do Estrangeiro, os direitos do trabalhador fronteiriço foram ampliados por força de Tratados Internacionais celebrados entre países membros, que lhe conferem permissão legal para exercer atividade remunerada, frequentar estabelecimento de ensino e residir na cidade fronteiriça do país vizinho, contígua à cidade de seu domicílio original.

Para compreender melhor o universo do trabalhador fronteiriço, é relevante vislumbrar a região de fronteira como um local onde as populações compartilham o mesmo ambiente de ambos os lados da fronteira, eis que possuem necessidades mútuas, comuns e criam um universo próprio em busca de soluções, acarretando natural circulação de pessoas e serviços. Nada mais lógico do que terem tratamento jurídico que reconheça essa realidade diferenciada das outras regiões dos países vizinhos.

Neste sentido, oportuno trazer à colação o pensamento de Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes,³ para quem a população da região fronteiriça, ou

³ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. 1ª ed. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 46.

seja, de ambos os lados da fronteira, não deveria ser tratada de maneira desigual, e o processo de integração deveria ser facilitado porque estão compartilhando o mesmo ambiente e são aproximados por necessidades comuns. Consequentemente, colaborar com o vizinho próximo na busca de soluções de todos os tipos tem mais lógica que esperar soluções de autoridades distantes.

Essa colaboração, que inclusive é incentivada pelo Ministério da Integração Nacional em relação à faixa de fronteira do Brasil, foi o motor histórico que erigiu esses espaços e merece ser reconhecido e protegido pelo Direito.

3 A VISÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

A migração de trabalhadores é fenômeno internacional e antigo, com implicações nos direitos trabalhistas e previdenciários e garantias fundamentais reconhecidas pelos países integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU), cuja Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, em seu preâmbulo e artigos XXII e XXIII, proclamou o trabalho direito inalienável e essencial à dignidade do ser humano.

Na União Europeia o tema imigração está instalado no coração da atualidade, sendo a temática e um dos assuntos centrais nas próximas campanhas eleitorais.⁴ Além das posições contraditórias de alguns países como a Itália, Grécia e Espanha, que são os destinatários de grande parte dos refugiados,⁵

⁴ Le migrants, thème déjà central des européennes. Le Monde. 6/07/2018. Diz a reportagem: "comment tenir un discours pro-européen, global, sur plusieurs thématiques, sans tomber dans le piège de ses adversaires qui vont tenter de réduire la campagne à ce seul sujet, dans l'espoir de tirer profit du rejet de l'immigration dans une partie de l'opinion? (...) Enquanto o presidente francês Macron e a chanceler Angela Merkel têm uma posição favorável à imigração e ao acolhimento de imigrantes, alguns membros mais radicais do Conselho Europeu, entre eles, a Hungria, propõem manter os imigrantes fora de suas fronteiras. Diz a reportagem: "M. Macron avait tenu un discours très ouvert à propos des migrants. "Nous devons accueillir des réfugiés car c'est notre tradition et notre honneur", avait-il déclaré lors de son premier Conseil européen, le 23 juin 2017. "Les positions prises par la chancelière Angela Merkel ont été des positions courageuses", avait-il ajouté à propos de l'ouverture des frontières allemandes décidée par Berlin, em 2015. Um discours qui avait résonné chez une partie des électeurs de gauche".

⁵ Importante destacar a diferença entre refugiados e migrantes. Na maioria dos países democráticos é garantido direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência de atividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana, bem como os estrangeiros e os apátridas que receando com fundamento em ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, em virtude desse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual. O direito ao asilo é regulado, em Portugal, pela Lei 15/98, de 26 de março e confere a um indivíduo o direito de, sob certas condições, adquirir o estatuto de refugiado e ser tratado como tal. No Brasil, a temática é regulada pela Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997, que em seu artigo 1º aduz: "será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I- devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontra-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior e III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país".

alguns países centrais, como a Áustria,⁶ por meio de seu chanceler, Sebastian Kurz, procuram endurecer a entrada de refugiados e migrantes, alegando questões de segurança pública, especialmente para evitar ondas de ataques terroristas. Recentemente surgiu até mesmo uma doutrina chamada de Lei penal do inimigo⁷ na Europa, como medida preventiva a ser tomada pelos países-membros no sentido de se proteger de ataques terroristas dentro de suas fronteiras.

Ao longo desta exposição, iremos perceber que a nova Lei de migração brasileira melhora os direitos dos refugiados e deve facilitar sua inserção no mercado de trabalho no Brasil.

A DUDH não fez distinção entre o trabalho do migrante e o do trabalhador nacional, o que inclui, na sua gama de proteção, os direitos do trabalhador fronteiriço, por exemplo: os direitos de migração; à educação; ao trabalho; à seguridade social; à saúde; à não discriminação por nacionalidade; à igualdade perante a lei; à dignidade; à liberdade de locomoção; à segurança social; ao trabalho em condições justas e favoráveis; à proteção contra o desemprego; à remuneração justa e satisfatória; à organização sindical; à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Em outra declaração de direitos, a Convenção da ONU sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990, definiu trabalhador fronteiriço como sendo todo

6 Migrants: les inquietantes propositions de Vienne. *Le Monde*, 6/julho/2018. Segundo a reportagem, a Áustria é um país governado por uma coalisão de extrema direita e recuperou a presidência rotativa da União Europeia em 1/7/2018 e posição uma visão: "... livre une vision purement sécuritaire de la migration, occultant intégralement son aspect humanitaire. A en croire ce texte, qui a été soumis aux experts nationaux des vingt-huit membres de l'EU lors d'une réunion informelle à Vienne, lundi 2 et mardi 3 juillet, 2018, et que *Le Monde* a pu consulter, les migrants sont principalement des hommes jeunes et 'beaucoup sont tout particulièrement sensibles aux idéologies hostiles à la liberté ou qui prônent la violence'. A l'instar des pays du groupe de Visegrad (Hongrie, République tchèque, Slovaquie, Pologne), l'Autriche défend une Europe aux frontières closes et l'externalisation totale du droit d'asile hors des frontières de l'EU. Le texte propose de réfléchir à un nouveau 'système de protection' où 'aucune demande d'asile ne sera déposée sur le sol européen'. Avec un objectif, en 2025, de ne garantir l'asile qu'à ceux 'qui respectent les valeurs de l'EU et ses droits et libertés fondamentales'. Une condition que l'EU n'impose absolument pas aux demandeurs d'asile".

7 A lei penal contra o terrorismo já aflora exceções na doutrina dos direitos humanos. O futuro próximo pode fazer a vontade do professor Gunter Jakobs, criador da teoria do direito penal do inimigo. Para ele, o direito penal deve ser dividido em dois sistemas diferentes: o dos cidadãos e o dos inimigos. O cidadão é punido com uma pena por causa de fatos cometidos antes e previstos na lei. O inimigo é punido pelo seu caráter disponível para a transgressão destrutiva da sociedade, por sua periculosidade intrínseca. O terrorismo é o núcleo original inspirador deste modelo. Como tal, o sistema impõe a aplicação de uma pena preventiva em função da periculosidade. Não se pretende corrigir, punir, castigar ou reinserir socialmente. Pura e simplesmente pretende-se, neutralizar o inimigo através da antecipação da sua ação criminoso. Nesta teoria de medidas de segurança, muito discutida desde o ataque às torres gêmeas do WTC e agora muito a propósito do radicalismo destruidor do Daesh, o processo penal não tem garantias legais, não visa a punição de fatos passados, mas a aplicação de uma medida de força antecipada para prevenir futuros crimes.

trabalhador migrante que conserve sua residência habitual no país vizinho ao que trabalha e para onde retorna a cada dia ou uma vez por semana, nos termos dos artigos 2 e 2.a.

Com variações, tal conceito de trabalhador fronteiriço é mantido em diversos instrumentos normativos, sejam Convenções da OIT, Tratados Internacionais ou leis internas dos países, conforme veremos mais adiante.

4 PROTEÇÃO DO TRABALHADOR FRONTEIRIÇO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA CLT

A Constituição Federal, no Título I, "Dos Princípios Fundamentais", alberga, dentre os fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV do Artigo 1º).

Em seu artigo 3º elenca, como seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No que diz respeito aos princípios regentes de suas relações internacionais, o parágrafo único do artigo 4º estabelece que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Na sequência do texto da Constituição Federal, o Título II recepciona os direitos e garantias fundamentais, estipulando no *caput* do artigo 5º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...".

Além disso, ao trabalhador estrangeiro, é garantido o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que preencha os requisitos da legislação pertinente, nos termos inciso XIII, do artigo 5º, inclusive o exercício dos cargos que são providos por concurso público, conforme dispõem o artigo 37, I, da Constituição Federal. A exceção fica por conta dos cargos privativos de brasileiros natos, elencados no rol do artigo 12, § 3º, da Constituição Federal.

Todavia, a interpretação do caput do artigo 5º tem sido no sentido que os estrangeiros a que se refere, são todos aqueles que estiverem em território nacional, independentemente de serem residentes ou não, consoante posição do Supremo Tribunal Federal. Caso assim não o fosse, um turista em viagem pelo Brasil não estaria amparado pelo princípio da isonomia e pelos direitos e garantias fundamentais previstos no referido artigo da Constituição Federal. Ou, pior, um trabalhador estrangeiro em situação irregular no Brasil poderia trabalhar sem contrato e não ter seus direitos laborais plenamente assegurados.

São esses princípios que devem reger todo o ordenamento jurídico no que tange à tutela do trabalhador estrangeiro, onde se inclui o trabalhador fronteiriço, notadamente em face de sua igualdade jurídica.

Neste sentido, o Tribunal Superior do Trabalho tem proferido decisões assegurando ao trabalhador estrangeiro, todos os seus direitos trabalhistas, a despeito de ter entrado informalmente no Brasil e trabalhado sem contrato de trabalho. Especificamente no caso dos trabalhadores fronteiriços, a Sexta Turma do TST já decidiu, por unanimidade, afastar suposta nulidade de contratação de trabalhador fronteiriço paraguaio, decorrente de ausência de sua admissão regular em território nacional, com base no artigo 3º do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do Mercosul, incorporado a Ordenamento Jurídico Brasileiro, nos termos do Decreto nº 2.067/1996.

No referido Acórdão, o Ministro Horácio Senna Pires asseverou que decisão em contrário causaria dupla injustiça, tanto aos trabalhadores estrangeiros que colocaram seu trabalho à disposição do empregador, quanto aos trabalhadores brasileiros que poderiam vir a ser rejeitados frente ao custo menor dos trabalhadores estrangeiros que estivessem irregulares, o que seria estímulo à contratação ilegal.

Dessa forma, com fulcro na Constituição Federal do Brasil, aplicam-se igualmente aos trabalhadores estrangeiros, incluindo-se os fronteiriços, a Consolidação das Leis do Trabalho e demais legislações aplicáveis aos trabalhadores nacionais.

Na realidade, a CLT não contempla expressamente a situação especial do trabalhador fronteiriço, mas apenas faz algumas referências ao trabalhador estrangeiro. Da mesma forma, não menciona nenhuma anotação

especial em sua carteira de trabalho e previdência social, o que coube ao Regulamento da Lei de Migração, que será analisado mais adiante, e ao do Ministério do Trabalho e Emprego por meio da Portaria nº 1/1997.

Após o trabalhador fronteiriço obter sua admissão e autorização para trabalho, aplica-se a ele toda a legislação trabalhista pátria. O artigo 359 da CLT estabelece que toda empresa, ao contratar estrangeiro, deve exigir a carteira de identidade de estrangeiro e anotar no registro de empregado seus dados referentes à sua nacionalidade, o que se aplica inclusive ao fronteiriço.

A CLT ainda traz, em seu capítulo II, nos artigos 352 e seguintes, a reserva de 2/3 de empregados brasileiros, que poderá ser menor por decisão do Poder Executivo. Tal reserva parece incompatível com as regiões de fronteira, por se tratar de locais peculiares, que deveriam ter tratamento diferenciado, objetivando a integração regional, e por gerar conflito com a livre circulação de trabalhadores prevista na Declaração Sociolaboral do Mercosul, conforme será exposto mais adiante.

Neste ponto, antes de versar sobre a proteção jurídica do trabalhador fronteiriço no Mercosul e em Acordos e Convenções internacionais ratificados pelo Brasil, será abordada a nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017).

5 O TRABALHADOR FRONTEIRIÇO NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO (LEI N. 13.445/2017)

A nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017) e seu Regulamento (Decreto 9.199/2017), passaram a regular todo processo migratório internacional em território brasileiro, inclusive, de forma geral, para toda a faixa de fronteira do Brasil, para o caso dos trabalhadores fronteiriços, tendo revogado o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980).

O novo dispositivo legal, contudo, continuou a estabelecer tratamento diferenciado ao trabalhador fronteiriço e deixou absolutamente claro em vários de seus artigos que a eles serão aplicadas as normas que lhes sejam mais favoráveis previstas em outros instrumentos, tais como Acordos do Mercosul, Convenções da OIT e Acordos Internacionais celebrados pelo Brasil.

Desse modo, foi mantido o entendimento já consolidado de garantir aos trabalhadores fronteiriços seus direitos trabalhistas e previdenciários, além do reconhecimento legal de sua situação *sui generis* (geográfica, social, humana), ao manter-lhes o direito de preservarem seus vínculos afetivos, culturais e familiares em seus países de origem, permitindo-lhes virem trabalhar em território brasileiro, sem a obrigatoriedade de aqui residirem, e voltarem aos seus países de origem intermitentemente, ou diariamente, se assim o desejarem, desde que atendidas as exigências legais.

Assim, a Lei de Migração (Lei 13.445/2017), que entrou em vigor em novembro de 2017, define em seu art. 1º, § 1º, IV ser o residente fronteiriço a pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho.

Para facilitar sua livre circulação, confere-lhe a possibilidade, mediante requerimento, de obter autorização para realizar atos da vida civil (art. 23), inclusive atividade laboral e estudo (art. 89), circunscritos ao Município fronteiriço para o qual tais atos foram autorizados (art. 24), não autorizando automaticamente a residência, que deve ser requerida.

A residência no Município poderá ser requerida pelo trabalhador fronteiriço, se assim o desejar e mediante enquadramento nas hipóteses legais. Desse modo, fica assegurado seu direito de vir trabalhar em território brasileiro, mas residir em seu país de origem, vizinho ao Brasil, e regressar diariamente se assim o desejar.

A seguir, veremos os aspectos mais relevantes da nova Lei de Migração no tocante ao nosso objeto de estudos.

Já de início, mantém a distinção entre imigrante e residente fronteiriço, definindo o fronteiriço como a “pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho” (Lei 13.445/2017, art. 1º, § 1º, IV). Manteve-se aqui o mesmo conceito de outros instrumentos jurídicos internacionais.

A seguir, eleva à condição de princípio a efetividade dos direitos do residente fronteiriço, reconhecendo que o desenvolvimento e a integração regional devem ser regidas por tal efetividade (art. 3º, XVI), o que muito difere do antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), que era, por muitos, considerado anacrônico e em descompasso com as políticas de integração regional do Mercosul.

Caso seja interesse do trabalhador fronteiriço requerer residência, esta poderá ser autorizada, mediante registro que deverá ser solicitado na unidade da Polícia Federal do Município onde o residente fronteiriço pretenda exercer atos da vida civil e atividade laboral (art. 30, da Lei 13.445/2017 e art. 67, III, do Decreto 9.199/2017).

Para ingresso em Município fronteiriço brasileiro, o residente fronteiriço deve apresentar documento de viagem (passaporte) ou sua carteira de identidade expedida por órgão oficial do país de sua nacionalidade (art. 86, do Decreto 9.199/2017).

A autorização para a realização de atos da vida civil deve indicar o Município fronteiriço no qual o trabalhador fronteiriço estará autorizado a exercer os direitos a ele atribuídos pela nova Lei de Migração, que passa a ser o espaço geográfico de abrangência e de validade dessa autorização, permitida a opção por regime mais benéfico previsto em tratado de que o Brasil faça parte (art. 87 e 88 do Decreto 9.199/2017).

A autorização acima mencionada poderá ser concedida pelo prazo de cinco anos, podendo ser prorrogada por igual período, ao final do qual poderá ser convertida em autorização por prazo indeterminado (art. 90, do Decreto 9.199/2017).

Com intuito de cumprir exigência legal para exercer atividade laboral, poderá ser expedida a CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social - que deve conter a inscrição de sua restrição de validade ao Município para o qual o trabalhador fronteiriço tenha sido autorizado a exercer os direitos previstos na nova Lei de Migração (art. 93, do Decreto 9.199/2017).

Combinando-se a Lei 13.445/2017, o Decreto 9.199/2017 e a Portaria nº 1, de 28 de janeiro de 1977, do Ministério do Trabalho e Emprego, podemos, resumidamente descrever o roteiro para entrada, registro, obtenção da CTPS e exercício dos direitos civis e trabalho:

a) requerer documento especial de identidade de fronteiriço, junto à Delegacia da Polícia Federal da circunscrição da cidade fronteiriça onde se pretenda trabalhar, juntando prova de identidade e de residência no município fronteiriço limítrofe.

b) perante a delegacia da Receita Federal, efetuar a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda;

c) requerer à Gerência Regional do Trabalho e Emprego a Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Após esse trâmite, o trabalhador fronteiriço terá a carteira de identidade especial emitida pela Polícia Federal do Brasil, inscrição no CPF/MF, inscrição no PIS/PASEP e a CTPS, que deverá conter a inscrição da expressão “fronteiriço” em anotações gerais, e a seguinte anotação: “Permitido o exercício de atividade remunerada no município fronteiriço ao país de que é natural o titular. Vedado ao titular afastar-se dos limites territoriais do município fronteiriço ou, de qualquer modo, internar-se no território brasileiro”.

Portanto, a CTPS concedida a estrangeiro fronteiriço somente tem validade para o município fronteiriço para o qual foi admitido, terá validade enquanto o trabalhador mantiver seu status de fronteiriço, e será emitida apenas nas Delegacias do Ministério do Trabalho e Emprego, agora chamadas de Gerências Regionais do Trabalho e Emprego, situadas nos municípios limítrofes ao país de nacionalidade do solicitante.

Um aspecto digno de atenção é que a Lei de Migração não especifica nem restringe as atividades laborais que o fronteiriço pode exercer, e abre a possibilidade de exercer atividades remuneradas não limitadas à condição de empregado, mas abrangem o trabalho autônomo e profissões liberais, respeitadas as legislações pertinentes, nos termos da Constituição Federal, artigo 5º, inciso XIII.

Ao final, a Lei 13.445/2017 mais uma vez deixa claro que devem ser observadas condições mais benéficas contidas em outras fontes, como podemos extrair dos seguintes artigos:

Percebe-se, assim, que a nova Lei de Migração (13.445/2017) apresenta-se em sintonia com a Lei dos Refugiados (Lei 9.474/97), pois ambas tratam da proteção e integração de trabalhadores imigrantes e refugiados em território nacional, de forma que os mesmos podem obter documentos, trabalhar, estudar, empreender, criar, enfim, desenvolver idênticos direitos civis que qualquer cidadão estrangeiro pode desenvolver em situação regular em nosso território.

Art. 111. Esta Lei não prejudica direitos e obrigações estabelecidos por tratados vigentes no Brasil e que sejam mais benéficos ao migrante e ao visitante, em particular os tratados firmados no âmbito do Mercosul.

Art. 122. A aplicação desta Lei não impede o tratamento mais favorável assegurado por tratado em que a República Federativa do Brasil seja parte.

De outro lado, a nova Lei de Migração coloca o direito migratório na condição de direito humano fundamental e garante ao migrante, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, instituindo ademais o visto temporário para a acolhida humanitária, a ser concedido ao apátrida ou ao nacional de país que, entre outras possibilidades, se encontre em situação de grave e generalizada violação de direitos humanos, situação que possibilita o reconhecimento da condição de refugiado, segundo a Lei n. 9.474/1997.⁸

6 DIREITOS DOS TRABALHADORES FRONTEIRIÇOS NO MERCOSUL

Há uma tendência progressiva da liberdade de locomoção e proteção jurídica do trabalho serem implementadas nos blocos econômicos regionais, a exemplo do Mercado Comum do Sul (Mercosul), que, mesmo sem uniformização legal, cria instrumentos de proteção jurídica trabalhista e previdenciária, a exemplo de Tratados entre os países signatários.

O Mercosul foi criado pelo Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, promulgado pelo Decreto n° 350, de 21 de novembro de 1991, tendo por fundadores a Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, com interesse inicial de fortalecimento das relações econômicas, criando um bloco econômico. No transcurso da intensificação das atividades do bloco, tornou-se inevitável tratar das relações de trabalho e livre trânsito de trabalhadores, em decorrência natural da dimensão sociolaboral das relações econômicas.

Dentre seus instrumentos de integração regional que possuem interesse ao objeto do presente artigo, destacam-se a Declaração Sociolaboral do Mercosul, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional e o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, a seguir analisados.

⁸ Legislação. UNHCR. ACNUR. Brasil. Disponível em: <www.acnur.org>. Acesso em: 27 jul. 2018.

A **Declaração Sociolaboral do Mercosul**, de 10 de dezembro de 1988, proclama a adoção de princípios e direitos na área do trabalho, objetivando a igualdade de direitos trabalhistas e de segurança social, independente da nacionalidade do trabalhador migrante. É mais um instrumento de proteção jurídica do trabalhador fronteiriço.

O preâmbulo da Declaração Sociolaboral do Mercosul reconhece que o objetivo principal de todo desenvolvimento regional é a melhoria das condições de seus habitantes, em geral, e dos trabalhadores, especificamente.

Com fulcro neste desiderato, a base irrenunciável do projeto de integração, adota, entre seus princípios fundamentais, a democracia, o Estado de Direito, o respeito irrestrito à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e os direitos dos trabalhadores contidos nas Convenções da OIT, além de outros tratados que integram o acervo do patrimônio jurídico da Humanidade.

Por conseguinte, os Estados-Partes passaram a adotar a Declaração Sociolaboral do Mercosul, constituída por princípios e direitos na área do trabalho, individuais e coletivos, sem prejuízo de outros que venham a ampliá-los.

Em relação aos trabalhadores migrantes, a Declaração Sociolaboral do Mercosul estabelece que todo trabalhador migrante, independentemente de sua nacionalidade, tem direito a ajuda, informação, proteção e igualdade de direitos e condições de trabalho reconhecidos aos nacionais do país em que estiver exercendo suas atividades, em conformidade com a legislação profissional de cada país.

Especificamente em relação aos trabalhadores fronteiriços, determina que os Estados-Partes comprometam-se a adotar medidas tendentes ao **estabelecimento de normas e procedimentos comuns relativos à circulação dos trabalhadores nas zonas de fronteira** e a levar a cabo as ações necessárias para melhorar as oportunidades de emprego e as condições de trabalho e de vida destes trabalhadores.

Ainda prevê que os trabalhadores do Mercosul tenham direito à seguridade social, de acordo com as respectivas legislações nacionais, e que os Estados-Partes comprometam-se a garantir uma rede mínima de amparo social, buscando coordenar as políticas na área social, de forma a eliminar eventuais discriminações derivadas da origem nacional dos beneficiários.

Interessante observar que o texto da Declaração Sociolaboral do Mercosul faz nítida referência ao trabalhador fronteiriço, por tratar-se de espécie do gênero trabalhador migrante, corroborando a tese de que se deve ter tratamento legal diferenciado, tratando-se de trabalhador especial com livre trânsito em ambos os lados da fronteira, o que exige tratamento jurídico diverso por parte das autoridades migratórias.

No mais, a Declaração Sociolaboral do Mercosul trata genericamente de princípios de proteção de direitos individuais e coletivos, igualdade de tratamento, fomento do emprego e seguridade social.

O **Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa**, entre cujos objetivos principais está a facilitação do acesso à prestação jurisdicional nos Estados-Partes, aos cidadãos e residentes do Mercosul, no Brasil, foi promulgado pelo Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996, objetivando tratamento equitativo aos seus beneficiários e facilitação de atos processuais entre os países signatários.

O Protocolo prevê igualdade de tratamento processual, reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais, inclusive trabalhistas, aceitação de documentos públicos entre as autoridades, isentos de qualquer exigência, informações sobre o direito estrangeiro, diligências e outros atos processuais.

O **Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile**, sem dúvida, representa o instrumento jurídico mais eficaz na consolidação do direito migratório dos trabalhadores, abrangendo os trabalhadores fronteiriços, na região, conforme será adiante exposto.

Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6.975, de 07 de outubro de 2009, tem por objetivo permitir aos nacionais de um Estado-Parte residir no território de outro Estado-Parte, mediante a comprovação de sua nacionalidade e apresentação dos requisitos previstos no Acordo.

Nos termos do Acordo, abaixo brevemente analisado, os nacionais que desejarem residir no território de outro Estado-Parte poderão requerê-lo em seu próprio país de origem ou poderão fazê-lo diretamente quando já se encontrarem no território do país de recepção, neste último caso, independentemente da condição migratória em que houver ingressado o peticionante (art. 3º), o que também beneficia o trabalhador fronteiriço.

Em princípio, o interessado poderá obter autorização de residência temporária de até dois anos, mediante prévia apresentação de documentação pessoal, certidão negativa de antecedentes judiciais, penais e policiais, pagamento de taxa de serviço, conforme disposto nas respectivas legislações internas (art. 4º). Neste caso, não há exigência de apresentação de carta de oferta de trabalho, conforme é exigido para os demais imigrantes, o que só corrobora o princípio da livre circulação de trabalhadores no Mercosul.

Posteriormente, a residência temporária poderá ser transformada em permanente, mediante novo requerimento noventa dias antes do vencimento da mesma e apresentação de comprovação de meios de vida lícitos que permitam sua subsistência e de seu grupo familiar (art. 5º).

As pessoas que tenham obtido a autorização de residência têm o direito a entrar, sair, circular e permanecer livremente no território do país de recepção, possuem, ainda, o direito a exercer qualquer atividade remunerada, tanto por conta própria, como por conta de terceiros, nas mesmas condições que os nacionais do país de recepção, de acordo com as normas legais de cada país (art. 6º).

O Acordo ainda prevê expressamente os seguintes direitos aos imigrantes e aos membros de suas famílias: os mesmos direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas dos nacionais do país de recepção, em particular o direito a trabalhar e exercer toda atividade lícita; associação para fins lícitos, aqui se incluindo a sindicalização; reunião familiar com os membros que não sejam nacionais dos Estados-Partes; ampla igualdade de tratamento com os nacionais do país de recepção, em especial no que concerne à aplicação da legislação trabalhista, remuneração, condições de trabalho e seguro social; transferência, ao seu país de origem, de sua renda e suas economias pessoais, e acesso à educação pública em condições de igualdade com os nacionais do país de recepção.

Conforme se depreende do Acordo acima, pode ser considerado instrumento de consolidação de liberdade de circulação, instituindo verdadeiro regime de igualdade jurídica que soluciona a maioria dos problemas dos trabalhadores migrantes no âmbito do Mercosul (LOPES, 2013, p. 145 e seguintes).

Em atendimento aos princípios e diretrizes supracitados, os Países Membros do Mercosul, adicionalmente, vêm realizando acordos bilaterais destinados a incrementar procedimentos relativos à circulação de trabalhadores na fronteira, melhoria das condições de trabalho e garantia de assistência social, conforme veremos a seguir.

7 CONCLUSÃO

Pelo exposto, procuramos demonstrar que, em regiões de fronteira, o trabalhador fronteiriço não realiza o processo migratório tradicional, com ânimo de residência definitiva ou temporária em outro país, mas exerce livre trânsito e trabalho restrito às cidades contíguas da região fronteiriça, com igualdade de tratamento com os demais trabalhadores nacionais, e com trâmite migratório diferenciado e facilitado. Especificamente no caso do Mercosul, também tem o direito de residir em ambos os lados da fronteira do município contíguo para o qual foi admitido.

O regime jurídico diferenciado dos trabalhadores fronteiriços faz sentido em decorrência do reconhecimento de que vive numa região atípica, merecedora de políticas públicas específicas, voltadas à integração regional, e em homenagem aos direitos humanos, em conformidade com as exaradas pelo Mercosul, Ministério da Integração Nacional e pelo Conselho Nacional de Imigração do Ministério do Trabalho e Emprego.

Profundamente instigante ao raciocínio jurídico, a peculiaridade da conjuntura do trabalhador fronteiriço tem potencial para criar mais uma situação atípica do Direito Coletivo do Trabalho. Ou seja, o art. 4º, VII, da Lei 13.445/2017, prevê a possibilidade de associação sindical, o que corrobora o direito fundamental do trabalhador fronteiriço, este estrangeiro que vem trabalhar no Brasil, sem necessariamente residir, participar da elaboração de norma coletiva (acordos e convenções Coletivas), geral, impessoal e abstrata, com potencial de vincular milhares de contratos individuais de trabalho presentes e futuros. Com certeza, tal possibilidade merece a continuidade de estudo e aprofundamento do tema objeto do presente artigo.

Outro ponto relevante para a integração e prevenção de conflitos tem sido os acordos bilaterais, como os que o Brasil celebrou com seus vizinhos, mencionados ao longo deste trabalho.

Até que instituída a Jurisdição Comunitária no âmbito do Mercosul, medida precursora e saneadora de eventuais injustiças sociais, entendemos que ao trabalhador fronteiriço deve ser atribuído um tratamento jurídico igualitário, sob a égide do princípio da igualdade, insculpido nos artigos 5º, caput, e 6º, da Constituição Federal, nos Tratados Internacionais e Convenções da OIT, de modo que, nos municípios fronteiriços limítrofes (cidades-gêmeas), o direito desses trabalhadores, independentemente de nacionalidade, sejam absolutamente iguais.

Até que tenhamos normatizada a matéria tendente a resguardar a proteção jurídica do trabalhador fronteiriço, eventualmente por meio de uma jurisdição comunitária, a Justiça do Trabalho dos municípios fronteiriços contíguos naturalmente é competente para apreciar e julgar as reclamações dessa espécie de trabalhador.

Oportuno, finalmente, destacar que a nova Lei de Migração (13.445/2017) apresenta-se em sintonia com a Lei dos Refugiados (Lei 9.474/97), pois ambas tratam da proteção e integração de trabalhadores imigrantes e refugiados em território nacional, de forma que os mesmos podem obter documentos, trabalhar, estudar, empreender, criar, enfim, desenvolver idênticos direitos civis que qualquer cidadão estrangeiro pode desenvolver em situação regular em nosso território.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Bases para uma proposta de desenvolvimento e integração da faixa de fronteira*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2010. Disponível em: <http://www.integracao.gov.br>. Acesso em: 18 jun. 2014.

BRASIL. *Mercosul e as migrações: Os movimentos nas fronteiras e a construção de políticas públicas regionais de integração* - Brasília: Ministério do Trabalho E Emprego, 2008.

BRASIL. *Proposta de Reestruturação do Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. 1ª reimp. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARDIN, Eric Gustavo. Ação racional e Cotidiano: *Notas Para o Estudo dos Trabalhadores da Tríplice Fronteira*. In: SILVA, R. C. Machado e. (Org.).

SANTOS, 12. M. E. P. (Org.). *Cenários em Perspectiva: diversidades na Tríplice Fronteira*. 1ª ed. Cascavel: EDUNIOESTE, 2011.

CRUZ, Claudia Ferreira. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a carta sociolaboral do Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves. *Princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário*. v. 74, n. 03 São Paulo: Revista LTr, 2010.

KLAUCK, Samuel. *A Fronteira do Oeste do Paraná: Narrativas de Desbravamento, Imaginários e Representações*. In ARRUDA, Gilmar. *Natureza, Fronteiras e Territórios: Imagens e Narrativas*. Londrina: Eduel, 2005.

LIMA FILHO, Francisco das C. *Trabalhador Migrante Fronteiriço*. Disponível em: <http://www.trt24.gov.br/arq/download/biblioteca>. Acesso em: 23 abr. 2014

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. 1ª ed. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Inmigración y derechos humanos: um análisis crítico del caso brasileño*. Curitiba: Juruá, 2013.

MASSAMBANI, Vânia. *A Proteção previdenciária prevista no Acordo do MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2013.

MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. Volume: I: Parte I. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Convenções da OIT*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORENO, Jonas Ratier; AFONSO, Yedda Beatriz Gomes de A. Dysman C. S. Singer. *O direito internacional do trabalho e o trabalho transfronteiriço: diagnóstico e perspectivas*. Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul. Campo Grande, PRT 24ª, v. 1, nº 1, p. 57-74, abr. 2007.

MPT-PR. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NO PARANÁ. *MPT investiga exploração do trabalho de estrangeiros no Paraná*. Informativo PRT9. Curitiba, PR, ano 13, nº 33, trimestral, out. 2012.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2011.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 42ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; FARINA, Bernardo Cunha. *A igualdade jurídica do trabalhador fronteiriço*. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, Editora LTr, v. 75, nº 04, p. 395-408, abr. 2011.

SANTOS, Enoque Ribeiro; FARINA, Bernardo Cunha. *A Igualdade Jurídica do Trabalhador Fronteiriço*. In: Enoque Ribeiro dos Santos. (Org.). *Temas Contemporâneos de Direito Material e Processual do Trabalho*. 1ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 109-141.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 6ª. Edição. São Paulo: Ltr, 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos e BITTAR, Ricardo. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense (Grupo GEN), 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Processo coletivo do trabalho*. 2ª. edição, Rio de Janeiro: Forense (Grupo Gen), 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Fundamentos do Direito Coletivo nos Estados Unidos, na União Europeia e no Mercosul e a experiência sindical brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

SILVA, Ricardo Marques; OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de. *O Mérito das Cidades-gêmeas nos Espaços Fronteiriços*. Revista OIDLES, Málaga, v. 2, n. 5. Dec. 2008. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/oidles/05/msmo.htm>. Acesso em: 13 jul. 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. Volume I, Parte I. São Paulo: LTr, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3ª ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEDROSA, Marcelo Alves Marcondes. *Uma interpretação progressista do art. 651 da CLT: o foro da prestação de serviço nem sempre é a regra*. v. 74, n. 03 São Paulo: Revista LTr, 2010.

A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: O USO DE BARBA NO LOCAL DE TRABALHO E SUA (POSSÍVEL) RESTRIÇÃO

Carlos Eduardo Andrade Gratão¹

RESUMO

O artigo trata da colisão de direitos fundamentais nas relações de trabalho: de um lado, o direito à livre determinação e à imagem do trabalhador e, de outro lado, o direito de propriedade e o poder diretivo do empregador. Diante disso, não há uma solução pronta e acabada, mas solução tópica em cada caso concreto, levando-se em consideração a incidência do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios à luz das peculiaridades da controvérsia dos autos.

Palavras-Chave: Colisão. Direitos fundamentais. Barba.

ABSTRACT

The article deals with the collision of fundamental rights in labor relations: on the one hand, the right to self determination and the image of the worker and, on the other hand, the right to property and the directive power of the employer. In view of this, there is no ready and finished solution, but a topical solution in each specific case, taking into account the incidence of the principle of proportionality and its sub-principles in the light of the peculiarities of the case's controversy.

Keywords: Collision. Fundamental rights. Beard.

Sumário: 1 Introdução. 2 A colisão de direitos fundamentais nas relações de trabalho: o uso de barba no local de trabalho e sua (possível) restrição. 3 Conclusão.

¹ Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Possui pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

No local de trabalho, diversas pessoas convivem para fins específicos: gerar lucro ao empresário e obter, em contrapartida, salário para seu sustento. Mas não se pode ignorar que o local de trabalho é um lugar em que se encontram, muitas vezes, uma imensa diversidade de pessoas com suas peculiaridades próprias: gênero, idade, etnia, ideologias, crenças, condição socioeconômica, apenas para listar alguns.

Por isso, não é raro haver conflitos diários entre esses agentes que passam boa parte do tempo de seu dia fornecendo sua mão de obra e mantendo contato com pessoas muitas vezes tão diferentes.

Sob tantos aspectos no local de trabalho, em razão do direito de propriedade e pelo sistema capitalista (CF, arts. 1º, IV, 5º, caput, e XXII), ao empregador é assegurado o poder de gerir seu empreendimento e, como desdobramento disso, tem ele poderes para organizar os elementos da produção do capital e disciplinar, orientar e fiscalizar as pessoas que para ele trabalham (CLT, art. 2º).

Evidentemente, que o poder diretivo, disciplinar e fiscalizatório do empregador deve existir de forma isonômica para todos, sob a consequência de ser identificada discriminação antijurídica. Mas, em razão de algumas peculiaridades, seja pela finalidade empresarial do empreendimento, seja por setor específico do estabelecimento, algumas restrições podem existir sem que isso configure discriminação ou abuso de poder.

Por isso, não é difícil ocorrer no local de trabalho conflitos de direitos fundamentais, que podem aparentar-se simples do ponto de vista do homem médio (aqui considerado aquele que não estudou Direito), mas imensamente complexo para o estudioso do Direito (e talvez ainda mais complexo se a situação fática envolver elementos religiosos e étnicos).

A propósito, dependendo da situação fática, pode-se até dizer que a solução simples seria a dispensa sem justa causa do empregado; mas, o tema pode ser ainda mais complexo se a peculiaridade do caso mostrar que esse empregado é aquele que detém a técnica indispensável à sobrevivência do empreendimento ou então é ele o melhor empregado (tecnicamente falando) – não se podendo olvidar que para o micro e pequeno empresário o treinamento e a habilitação de novo empregado pode “custar” não só aspecto

financeiro, mas principalmente aspecto temporal em um mercado agressivo e amplamente concorrido.

Por assim dizer, notadamente a depender do tamanho do empreendimento do empregador, a solução torna-se extremamente complexa e somente o caso concreto revelará se a restrição não se mostrou excessiva.

Especificando a discussão, neste artigo serão abordados apenas de modo singelo alguns desdobramentos jurídicos da restrição do uso de barba das relações de trabalho – sem que se adentre em aspectos religiosos ou étnicos contra a referida restrição.

Nesse passo, o objetivo deste artigo cinge-se a apresentar elementos jurídicos para uma possível solução do aparente conflito entre direitos fundamentais em razão do fato de o empregado utilizar barba nas dependências do estabelecimento do empregador.

Tem por objetivo também demonstrar que somente a solução tópica permite a melhor conclusão sem que haja violação a direitos fundamentais em conflito, seja do empregador, seja do empregado.

2 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: O USO DE BARBA NO LOCAL DE TRABALHO E SUA (POSSÍVEL) RESTRIÇÃO

A restrição do uso de barba das relações de trabalho apresenta um aparente conflito de direitos fundamentais: de um lado, a imagem do trabalhador (e sua autodeterminação; CF, 5º, caput e X) e a liberdade em poder utilizar barba no local de trabalho e, de outro, o direito de propriedade e seus desdobramentos (o poder diretivo e regulamentar do empregador, de criar suas normas internas a reger o trabalho nas dependências do estabelecimento empresarial, CF, art. 5º, caput, e XXII; e CLT, art. 2º) além de questões sanitárias e de consumo (CF, arts. 24, V, e 200, VI).

Importante registrar que na jurisprudência do TST poucos são os julgados a tratar do tema, com destaque para dois em que se discutia o uso de “barba feita” para vigilantes em que se decidiu que a medida imposta pela empresa mostrou-se adequada, necessária e proporcional:

RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURIS-DICIONAL. A alegada omissão apontada pelo recorrente en-

contra-se sanada no julgamento de Embargos de Declaração ainda em sede Regional. Não conhecido. DANO MORAL COLETIVO. NORMA EMPRESARIAL. PROIBIÇÃO DE BARBA E CABELOS GRANDES. NÃO CONFIGURAÇÃO. A conduta expressa na edição da referida norma empresarial pela qual se limita o uso de barba grande é medida adequada, necessária e proporcional à regular disciplina no desempenho da atividade de segurança e transporte de valores. Tal conduta, portanto, não expressa poder concreto de violação ao núcleo essencial da dignidade do trabalhador. De tal sorte não comporta ilicitude capaz de justificar a condenação ao pagamento de danos morais coletivos. Não conhecido. (RR - 115700-62.2004.5.05.0020, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 17/03/2010, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/03/2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - DANOS MORAIS - USO DE BARBA. A tese exarada pela Corte regional foi de que “a proibição de usar barba, no caso do vigilante, não atende ao postulado da razoabilidade, pois a barba não altera a capacidade de trabalho dos que exercem as atividades de vigilante, sendo a exigência do empregador uma discriminação não autorizada pela CF”. O único dispositivo legal invocado é o art. 5º, II, da Constituição Federal. Ocorre que tal dispositivo estabelece o princípio da legalidade ou da reserva legal, enquanto a discussão travada nas razões do recurso de revista diz respeito ao dano moral decorrente da obrigação de vigilante trabalhar com a barba feita, sendo evidente que não há relação direta e estreita entre a questão debatida nos autos e o citado preceito constitucional. ASSÉDIO MORAL. O Tribunal a quo, soberano na análise do conjunto fático-probatório, concluiu, com base na prova testemunhal, que o reclamante foi apelidado de “gordo” e “muxiba”. Estando, pois, a decisão amparada nos elementos de provas produzidos nos autos, não há afronta aos arts. 818 da CLT e 333 do CPC. Conclusão diversa demandaria necessariamente o revolvimento dos fatos e provas coligidos aos autos. Incide a Súmula nº 126 do TST. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - MULTA. É de se notar que os embargos foram protelatórios, na medida em que a Corte regional já havia emitido tese explícita sobre os pontos ventilados pela parte embargante. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 9600-27.2011.5.17.0013, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 03/08/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2016)

Nesse passo, a solução de conflitos envolvendo a restrição do uso de barba no local de trabalho exige maior reflexão para definir, sempre diante das peculiaridades do caso concreto, qual direito fundamental deve prevalecer, sem que haja supressão total do direito fundamental, que, por sua vez, cede sua força normativa no caso dos autos em prevalência daquele. É dizer, o direito fundamental não cede de modo absoluto, apenas no caso dos autos.

A propósito, tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência lecionam que, no Estado de Direito, por não haver direitos absolutos, a solução do conflito ou da restrição de direitos fundamentais passa pelo exame dos detalhes do caso concreto e da incidência do princípio da proporcionalidade (Robert Alexy, **Teoria dos direitos fundamentais**, 2011; Luís Roberto Barroso, **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 2015; STF, Primeira Turma, HC 124.306, relator MINISTRO ROBERTO BARROSO; HC 122.694, rel. MINISTRO DIAS TOFFOLI).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tema solução de conflito de direitos fundamentais também vem sendo abordado: **HC 124306**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017; **HC 122694**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015; **ADI 5136 MC**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014; **RE 349703**, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675.

No âmbito do E. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, há o julgamento proferido no RO – 0000924-47.2012.5.18.0007, Terceira Turma, Rel. Desemb. ELVECIO MOURA DOS SANTOS, com acolhimento da divergência apresentada pelo Desemb. MÁRIO SÉRGIO BOTTAZZO, j. em 25/09/2013.

Como já registrado, a fim de não se aniquilar ou suprimir um direito fundamental em prol de outro, o exame do caso leva em consideração tanto as premissas concretas quanto a incidência do princípio da proporcionalidade e suas sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme doutrina majoritária), como leciona Silva.²

Na lição do referido jurista, ensina-se o que é adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Reproduzo:

² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002, p. 25. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view-File/1495/1179>>. Acesso em: 13/12/2016.

Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que “o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado.”⁵¹ Dessa forma, [37] uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.

(...)

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto.

(...)

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

(...)

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.” (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 798, p. 25, 2002. Também disponível em PDF: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>> acesso em 13/12/2016; o negrito é de agora).

Em pequena síntese, o princípio da proporcionalidade concebe três filtros ou crivos para sua correta e fundamentada aplicação. Havendo uma contraposição entre direitos fundamentais, a decisão proporcional deve:

(i) subprincípio ou sub-regra da **adequação**: segundo o qual o **meio** escolhido pelo operador do Direito **deve ser adequado à consecução do objetivo** (legítimo) almejado; ou seja, o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado pelo ato ou decisão, do contrário não é adequada;

(ii) subprincípio ou sub-regra da **necessidade**: segundo o qual o meio escolhido deve ser, entre as medidas possíveis para promover um determinado direito fundamental, **a que menor sacrifício traga aos interesses fundamentais contrapostos**. A necessidade é **aferida mediante comparação entre as alternativas possíveis**;

(iii) subprincípio ou sub-regra da **proporcionalidade em sentido estrito**: o operador do Direito, antes de decidir definitivamente sobre o caso, **deve sopesar as vantagens e desvantagens da sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito**, ou seja, **deve verificar se se ganhou mais do que se perdeu em termos de fundamentalidade de direitos**.

Apesar de inicialmente essa teoria nascer de conflitos entre o Poder Público e os particulares, tais ensinamentos se aplicam integralmente também à colisão de direitos fundamentais nas relações entre particulares, na esteira **da teoria horizontal (ou até diagonal) dos direitos fundamentais**.

E todo essa explanação é necessária porque defende-se aqui não ser possível a invocação pura e simples da razoabilidade, sem maior fundamentação, com possível desrespeito (em tese) ao disposto no art. 93, IX, da CF e o art. 489, § 1º, do CPC.

São necessários, portanto, o enfrentamento da controvérsia e a fundamentação da decisão contida em premissas claras – para permitir a um só tempo o manejo de recurso à instância superior pela parte que entende ser prejudicada e o exame pelo Tribunal para manter ou reformar a decisão, também permitindo à parte levar o caso à outra instância superior, observados os crivos dos recursos extraordinários (aqui compreendendo o recurso de revista no âmbito do processo do trabalho e o recurso extraordinário ao STF).

Feito esse registro a fim de demonstrar que somente a solução tópica permite a preservação dos direitos fundamentais em conflito, com um mesmo exemplo de atividade econômica do empregador, passa-se a solucio-

nar dois casos concretos hipotéticos (retirados de um caso prático julgado, sem revelar dados das partes do processo e apresentando outros elementos): o primeiro com prevalência do direito fundamental do trabalhador (a restrição não se mostrou proporcional) e o segundo com prevalência do direito fundamental do empregador (a restrição mostrou-se proporcional).

As premissas são: a restrição irrestrita ao uso de barba por empregado do sexo masculino, o empregador (atividade econômica comercialização de gêneros alimentícios – supermercado) e a função exercida pelo trabalhador, conforme o caso. Quando se diz “restrição irrestrita” é porque não se tolera nenhum tipo de barba (ou tamanho desta).

No primeiro caso, o empregador (atividade econômica comercialização de gêneros alimentícios - supermercado) impôs de modo geral a restrição de uso de barba, seja no seu código de ética da reclamada, seja no seu regulamento empresarial ou no contrato de trabalho específico de todo trabalhador que é admitido. Na referida norma, chegou-se a constar que o empregado do sexo masculino deve se manter barbeado, com cabelos penteados e bem aparados. E a função do trabalhador é de repositor de mercadorias.

De um modo geral, essa restrição, em primeiro lugar, **é adequada** porque com ela “o objetivo legítimo pretendido seja [é] alcançado ou pelo menos fomentado”, ou seja, a restrição geral realmente fomenta higiene no local de trabalho em que se comercializa gêneros alimentícios.

É dizer, o trabalhador desempenhou função de reposição de mercadorias, que implica contato com alimentos, é verdade.

No entanto, o trabalhador **não** exerceu sua função em contato direto com a produção de alimentos (como no açougue, na padaria, na cozinha), nem teve contato com alimentos perecíveis (auxiliando esses setores do estabelecimento do empregador).

Por isso, neste primeiro caso, a medida imposta pelo empregador, de modo geral e irrestrito para todas as funções **não se mostrou necessária**, porque “a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”.

É dizer, nessa hipótese fática, a medida ampla e geral de restrição não passou pelo segundo crivo do princípio da proporcionalidade (o crivo da necessidade), mostrando-se, portanto, desproporcional, pelo fato de que o trabalhador não mantinha contato com alimentos perecíveis nem tampouco na sua produção.

Ou seja, a restrição ao direito fundamental do trabalhador de livre determinar sua imagem foi excessiva com violação desse direito fundamental e prevalência desmensurada do direito fundamental do empregador.

Finalmente, também não está presente a **proporcionalidade em sentido estrito**, “que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

Ainda que a norma interna do empregador visou proteger os alimentos que são oferecidos ao consumo humano e evitar sanções impostas pelos órgãos de proteção do cliente e pelos órgãos de vigilância sanitária, o contato com gêneros alimentícios na função de repositor de mercadorias **não** justifica a limitação irrestrita ao uso de barba e a imposição de regras de higiene, porque o trabalhador não mantinha contato com alimentos perecíveis nem tampouco na sua produção.

Por isso, neste primeiro caso, a restrição geral e irrestrita a todos os empregados do direito fundamental do trabalhador nem fomenta nem promove um bem maior que é o fornecimento de alimentos conforme as normas de proteção do consumidor e de vigilância sanitária (que implica na saúde pública, ao fim e ao cabo).

É dizer, não se ganhou em termos de fundamentalidade de direitos com a restrição irrestrita.

Em síntese, defende-se que a restrição do uso de barba para a função deste primeiro exemplo mostrou-se adequada, porém desnecessária e desproporcional, por não haver contato com alimentos perecíveis nem contato com a produção desses alimentos.

Logo, há uma conduta contrária ao Direito (CC, art. 187) por desprezar o direito fundamental do trabalhador.

No segundo caso, as premissas são: o empregador (atividade econômica comercialização de gêneros alimentícios – supermercado) e a função exercida pelo trabalhador é de manuseio de alimentos.

De um modo geral, essa restrição, em primeiro lugar, **é adequada** porque com ela “o objetivo legítimo pretendido seja [é] alcançado ou pelo menos fomentado”, ou seja, a restrição geral realmente fomenta higiene no local de trabalho em que se comercializa gêneros alimentícios.

Neste segundo caso, a medida imposta pelo empregador mostrou-se também plenamente justificada (restrição do uso de barba), porque a

máscara nesses locais não protege todo o rosto do trabalhador, mas apenas que não haja contato da saliva dele com os alimentos.

É certo que o contato com alimentos impõe a restrição total ao uso de barba, justamente para que não haja desrespeito às normas sanitárias e de proteção ao consumidor. E aqui reside a necessidade da restrição.

Finalmente, também está presente a **proporcionalidade em sentido estrito**, “que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

Isso porque a norma interna do empregador visou proteger os alimentos que são oferecidos ao consumo humano e evitar sanções impostas pelos órgãos de proteção do cliente e pelos órgãos de vigilância sanitária.

Ou seja, o contato com gêneros alimentícios na função que mantenha contato com alimentos, realize o manuseio ou os produza, como, p. exemplo, no açougue, na padaria ou na cozinha, justifica a limitação irrestrita ao uso de barba e a imposição de regras de higiene, **porque as tarefas do trabalhador ocorrem em contato com alimentos perecíveis produzidos ou na sua produção**.

Por isso, já nesta segunda hipótese, a restrição geral e irrestrita a todos os empregados que trabalhem em contato com gêneros alimentícios (contato, manuseio ou produção) fomenta e promove um bem maior que é o fornecimento de alimentos conforme as normas de proteção do consumidor e de vigilância sanitária (que implica na saúde pública, ao fim e ao cabo).

Em miúdos: ganhou-se em termos de fundamentalidade de direitos a restrição irrestrita em detrimento **pontual** da restrição do uso de barba.

Em síntese, neste segundo exemplo, a restrição do uso de barba para a função do reclamante mostrou-se adequada, **necessária e proporcional, justamente em razão do contato com alimentos perecíveis e com a produção deles**. Logo, não se verifica aqui conduta contrária ao Direito (CC, art. 187).

Outros exemplos podem também revelar a conduta lícita do empregador de restrição ao uso de barba sem violação do direito fundamental do trabalhador: cirurgiões (médico, dentista), cozinheiros, ajudante de cozinha, empregados em contato direto com a produção de medicamentos.

3 CONCLUSÃO

Como visto, demonstrou-se que somente à luz do caso concreto e valendo-se dos critérios do princípio da proporcionalidade é possível solucionar a colisão de direitos fundamentais nas relações de trabalho, sem que seja suprimido algum dos direitos em conflito, ou seja, algum deles cede sua incidência, no caso concreto, para que o outro prevaleça em razão das peculiaridades da situação fática vivenciada.

Do mesmo modo, essas peculiaridades fáticas é que permitem um aprofundamento na fundamentação da decisão judicial, de modo a justificar o caminho percorrido até o dispositivo da decisão e munir a parte que se sentiu prejudicada a manejar seu recurso (caso seja ele possível juridicamente).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. S. Paulo: Saraiva, 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., 9ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 25, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 13 dez. 2016.
- STF. Legislação anotada. *A Constituição e o Supremo*, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 30 jun. 2018.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 20ª ed. São Paulo: LTr, 2002.
- VADE Mecum Acadêmico de Direito Rideel. Org. Anne Joyce Angher. 26ª ed. São Paulo: Rideel, 2018.

A INSTRUMENTALIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO MEIO DE INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS E NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS¹

Ezequiel Morais²

RESUMO

As causas e consequências do descumprimento de contratos são objeto de acirrado debate na esfera jurídica e econômica, no Brasil e exterior. No âmbito trabalhista, essa situação foi agravada pela recente Reforma (Lei 13.467/2017), que impede o amplo acesso ao Judiciário. O dirigismo público judicial e jurisprudencial e a instrumentalidade dos princípios podem corrigir injustiças, resguardando o interesse social e a justiça contratual. Para tanto, é essencial a aplicação das cláusulas gerais, da boa-fé objetiva e dos deveres anexos, de acordo com o paradigma do presente, a constitucionalização do direito privado e a interdisciplinaridade entre CF, CCB e CLT.

Palavras-chave: *Novas interpretações principiológicas. Princípio da boa-fé, deveres anexos e cláusulas gerais. Interdisciplinaridade entre CF, CC e CLT. Intervenção estatal nos contratos e relações trabalhistas. Sinalagma contratual e interesse social.*

RIASSUNTO

Le cause e le conseguenze della violazione del contratto sono oggetto di grandi polemiche nella sfera giuridica ed economica, in Brasile ed all'estero. In ambito lavorativo, questa situazione è stata peggiorata dalla recente riforma (Legge 13467/2017), che impedisce il più ampio accesso alla giustizia. L'intervento statale giudiziale e giurisprudenziale e la strumentalità dei principi possono correggere le ingiustizie, al fine di salvaguardare l'interesse sociale e la giustizia

¹ Estudo destinado a compor a edição especial, comemorativa, de 20 anos da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (TRT-18), coordenada pelo Desembargador Wellington Luis Peixoto, sob a presidência do Des. Platon Teixeira Filho e vice-presidência do Des. Paulo Pimenta, a quem muito agradecemos o convite. Homenagem a todos os Professores do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo (USP).

² Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Advogado, com estágio no *Studio Legale Associato Pezone* (Itália). Especialista em Direito Civil, Direito Agrário e Direito Processual Civil. Professor em pós-graduações. Autor e coautor de obras jurídicas.

contrattuale. Pertanto, è essenziale l'applicazione delle clausole generali, della correttezza e dei suoi doveri secondari, secondo il paradigma del presente, la costituzionalizzazione del diritto privato e l'interdisciplinarietà tra CF, CCB e CLT.

Palore-chiave: Nuove interpretazioni dei principi. Principio della correttezza, doveri secondari e clausole generali. Interdisciplinarietà tra la CF, il CC e la CLT. Intervento statale nei contratti e nei rapporti di lavoro. Uguaglianza contrattuale sostanziale e interesse sociale.

Sumário: 1 Paradigma contratual do passado (modelo romano) e tradicional (modelo liberal). 2 Importância das cláusulas gerais. Boa-fé objetiva e a contribuição do direito germânico. O § 3º do art. 8º e o § 1º do art. 611-A da CLT ferem o direito de amplo acesso ao Poder Judiciário. 3 Paradigma contratual do presente e pós-modernidade. 4 Publicização e constitucionalização. Interdisciplinaridade entre a CF (arts. 1º, 3º, 6º e ss.), o Código Civil (arts. 104, 113, 421, 422 e 423) e a CLT (arts. 8º, § 3º, e 611-A, § 1º) 5 A força expansiva de novos conceitos e princípios contratuais. 6 Princípios jurídicos como meio de intervenção estatal nos contratos e nas relações trabalhistas. 7 Dirigismo público judicial e jurisprudencial: solução para alguns equívocos da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017). 8 Instrumentalidade dos princípios como forma de resguardar o interesse social e o sinalagma contratual. A equivocada desjudicialização impingida pela Reforma Trabalhista.

1 PARADIGMA CONTRATUAL DO PASSADO (MODELO ROMANO) E TRADICIONAL (MODELO LIBERAL)

A importância e a função dos princípios na formação e na interpretação dos contratos variam e transmudam-se conforme a necessidade econômica e o padrão social vigentes em cada época. Desse contexto, extrai-se, então, o paradigma jurídico vigente. Por isso, um sistema fechado, qualquer que seja, não consegue acompanhar, no tempo devido, os rápidos passos evolutivos da sociedade e as mudanças de valores.

A ruptura de paradigmas é, pois, sempre tarefa árdua para o jurista, que necessita dos princípios gerais – predominantemente contratuais, aqui – para buscar a resolução dos problemas afetos à sua contemporaneidade, com o intuito de aplicar a lei de maneira mais sensível à realidade

socioeconômica e evitar injustiças. Daí que a interpretação principiológica figura, há tempos, no centro das discussões doutrinárias.

Os juristas romanos, por exemplo, práticos que eram, mantinham-se avessos à formulação de princípios. Isso não significava, porém, conforme afirma Ignacio Poveda Velasco,³ que os elementos integrativos do que hoje se concebe, no caso, por princípio da boa-fé não fossem conhecidos em Roma e trabalhados de tal forma que a sua evolução “acabou por assentar as bases de toda a dogmática moderna”.

Inclusive, a cláusula *ex fide bona* representava um apelo à boa-fé contratual, sendo esta considerada a necessidade de manter a palavra dada no intuito de cumprir a obrigação pactuada. Agir de boa-fé consistia, então, um dever de adimplemento – nada mais. Por esse motivo, o princípio do consensualismo regia soberano; era a primazia do respeito à palavra dada pelos contratantes.

Somente com o advento da compilação justinianeia, a boa-fé começou a ser considerada princípio geral, que se destinava à regulação de diversas situações jurídicas condizentes com cumprimento de obrigações e que compreendia “a vedação aos negócios cujo escopo neles externado se revelasse ilícito ou contrário aos bons costumes”.⁴ Logo, a vontade declarada, desde Roma antiga, consistia fonte de deveres imutáveis.

Tal conjuntura permaneceu basicamente intacta até o séc. XVIII [período da Revolução Francesa] e continuou vigente no séc. XIX, época das codificações civilistas europeias e do domínio da filosofia kantiana, que regulavam e defendiam a autodeterminação do cidadão e primavam pelo individualismo.

Os representantes dessa Escola Positivista persistiram na linha adotada pelos juristas romanos e, assim, não reconheceram o potencial criativo e adaptativo das cláusulas gerais (*Generalklauseln*). Os princípios de direito eram aplicados de acordo com os fundamentos teóricos e ideológicos do Estado Liberal, ou seja, com vistas à manutenção da liberdade individual e à proteção da propriedade privada. O direito civil e códigos civis oitocentistas (*monismo jurídico*) tinham esse espírito.

3 VELASCO, Ignacio M. Poveda. A boa-fé na formação dos contratos – Direito romano. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais de obrigações e contratos*. v. III: Contratos: princípios e limites. São Paulo: RT, 2011, p. 757.

4 ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo. A liberdade contratual e sua fragmentação*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 27.

2 IMPORTÂNCIA DAS CLÁUSULAS GERAIS. BOA-FÉ OBJETIVA E A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO GERMÂNICO. O § 3º DO ART. 8º E O § 1º DO ART. 611-A DA CLT FEREM O DIREITO DE AMPLO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

Nas linhas anteriores, demonstrou-se, em resumo, que o princípio do consensualismo espelhava o ditado medieval no qual se dizia que “os homens eram presos pelos contratos”. O CC/1916, reflexo tardio dos códigos oitocentistas e, portanto, carente de cláusulas gerais, reproduzia esse vínculo estático da obrigação pactuada, símbolo do direito romano clássico, como dissemos, da Era Pandectista, do Código de Napoleão.

A propósito, bem alertou o professor Ruy Rosado de Aguiar Júnior,⁵ ao concluir que a quase absoluta ausência de cláusulas gerais no CC/1916 afastava a possibilidade de revisão dos contratos com vistas à realização da justiça material, pois “a justiça, segundo o sistema implantado, era o exato cumprimento contratual, e esse fato evidenciava uma certa arrogância do legislador, que se julgava suficiente para tudo prever e regular”.

Mas a prevalência da plena autonomia da vontade, do individualismo, das concepções exclusivamente patrimoniais e da lei como única fonte completa do direito – e que assim devia ser aplicada –, característicos do Estado Liberal, sucumbiu diante das novas realidades socioeconômicas trazidas pela pós-modernidade, pelo Estado Social.

E este Estado Social ou Estado do Bem-estar Social, conhecido como *Welfare State* e consolidado no século XX, não proporciona pleno espaço, como outrora prezava o paradigma liberal do contrato, para o consentimento livre e igualdade formal das partes. Atualmente, a intervenção estatal nas relações contratuais entre os particulares transpõe a ideia de um Estado liberal mínimo e regula a ordem socioeconômica (CRFB, art. 170), pois um contrato não pode ser instrumento de imposição de poderio financeiro e econômico, não pode ser a arma do forte (*dominant party*) contra o fraco (*weaker party*).

5 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais de obrigações e contratos*. v. I: Obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: RT, 2011, p. 510.

Daí que, mesmo considerando as particularidades inerentes ao direito do trabalho e à autonomia deste como ciência jurídica, são inevitáveis as ressalvas quanto à controversa Reforma Trabalhista de 2017,⁶ especificamente quanto ao *acordo coletivo de trabalho*, pois o § 3º do art. 8º e o § 1º do art. 611-A da CLT reduzem – para não dizer quase impossibilitam – o intervencionismo estatal nos contratos e acordos coletivos de trabalho, autorizando-o tão-só nas hipóteses de análise da conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico referidos no art. 104 do CC/2002 (o que traz à lembrança a “Escada ponteana”). Eis um equívoco trazido pela Reforma Trabalhista, um temerário *trottoir* na contramão da evolução. Uma inconstitucionalidade, podemos assim afirmar.

Em sentido semelhante, sintetiza com clareza a magistrada do TRT da 4ª Região, Valdete Souto Severo,⁷ Doutora em Direito do Trabalho pela USP, ao consignar que “a leitura do texto da Lei 13.467/17 impressiona pela insistente tentativa de ruptura com a ordem constitucional”. Parece-nos que sempre é preciso lembrar, no Brasil, que os preceitos constitucionais e legais de ordem pública e o princípio da função social do contrato, com eficácia externa e interna entre as partes (Enunciado n. 360 do CJF/STJ), são imperativos. A intervenção mínima estatal na autonomia da vontade (coletiva ou não), conforme pretendeu o legislador na Reforma Trabalhista, é questionável. Inclusive, por ferir o amplo e irrestrito acesso ao Judiciário – repete-se –, entendemos ser inconstitucional o § 3º do art. 8º da CLT (entretanto, este não é o mote do presente trabalho).

Prosseguindo, aquele formato de codificação sem cláusulas abertas, que refletia um sistema fechado e foi útil nos séculos XVIII e XIX, não mais satisfazia às necessidades da coletividade surgidas no limiar do séc. XX e acentuadas agora, no séc. XXI. Por tais razões, os novos conceitos de justiça começaram a modificar as antiquadas interpretações dos princípios da boa-fé e da autonomia da vontade. Desencadeou-se, por conseguinte, uma verdadeira revolução na ordem principiológica – ou na sua interpretação.

6 Tramitam atualmente no STF mais de 20 ações diretas de inconstitucionalidade que têm por objeto a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho e as Leis nºs. 6.019/1974, 8.036/1990 e 8.212/1991, e começou a vigorar no dia 11/11/2017, com o propósito de adequar a legislação trabalhista às “modernas” e “novas” relações de trabalho e de emprego.

7 SEVERO, Valdete Souto. *Há caminhos para resistir à Reforma Trabalhista*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

Na perspectiva em foco, o direito alemão contribuiu – e continua a contribuir – sobremaneira para essa evolução ao desenvolver o embrião da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) tal como se conhece hoje. O BGB/1900 não só estabeleceu a diferenciação entre boa-fé objetiva e subjetiva em seus §§ 157 e 242,⁸ deixou clara, principalmente, a adoção de um sistema aberto. Já era inquestionável, pois, o declínio da hegemonia do sistema codificado fechado, sem cláusulas gerais. Aliás, para Karl Engisch,⁹ a noção de cláusula geral podia ser entendida como a formulação de uma hipótese legal que abrangeria e submeteria a tratamento jurídico todo um domínio de casos, o que lhe daria grande vantagem sobre o casuismo graças à sua generalidade e abertura.

Em síntese, a cláusula geral (*Generalklauseln*) possibilitaria regular um vasto número de situações que talvez nem sequer pudessem ser previstas ao tempo da edição de uma lei. Esse conceito formulado por Karl Engisch permanece moderno e baliza, inclusive, o nosso sistema legal, especialmente no que condiz à função social do contrato e à boa-fé como cláusula geral (em vez de princípio geral, registra-se), conforme dispõem os arts. 421, 422, 423 e 424 do Código Civil. E sobre a boa-fé, aplicada como cláusula geral, Karl Larenz¹⁰ afirmou que se tratava de princípio supremo do Direito das Obrigações, com possibilidade de aplicação universal. Rumo semelhante foi trilhado em Portugal por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro.¹¹

Na Alemanha, os deveres anexos da boa-fé objetiva (*Nebenflichten*), tais como a cooperação (*Pflicht zur Zusammenarbeit der Parteien* – considerado *dever gênero*, os demais são espécie), o cuidado, a plena informação (*Informationspflichten*) e a lealdade, merecem robusta proteção no contato social e nas relações contratuais. Há muito admitidos pela jurisprudência, são intitulados, sugestivamente, “deveres de consideração” (*Rücksichtnahmepflichten*)¹² e foram incluídos na parte do direito das obrigações por ocasião da reforma (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) do BGB – Código Civil alemão – em 26 de novembro de 2001. O Professor Claus-Wilhelm Canaris,¹³ que integrou a Comissão Reformista e foi um dos

12 Os deveres de consideração (*Rücksichtnahmepflichten*) – ou deveres anexos de conduta oriundos da boa-fé objetiva (*Nebenflichten*) – podem ser extraídos do § 241 do BGB, dentre outros dispositivos.

13 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (título original: *Systemdenken und systembegriff in der Jurisprudenz*). 2ª ed. Trad. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro.

responsáveis pela alteração das disposições relativas ao inadimplemento das obrigações no BGB, define a boa-fé (*Treu und Glauben*) como uma cláusula geral (*Generalklauseln*) carecida de preenchimento com valorações, e que, justamente por essa característica, pode ser aplicada nos mais diversos casos individuais ou nos grupos típicos, de acordo com as suas particularidades.

Retornando à doutrina brasileira, também em clássica obra, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva¹⁴ expôs que a aplicação do princípio da boa-fé deveria conciliar o rigorismo do Direito do séc. XIX com as exigências éticas atuais, “abrindo janelas para o ético”, pois, além de manifestar-se [a boa-fé] como máxima objetiva determinante do aumento de deveres para o devedor, há de fazê-lo igualmente para o credor, que antes, por tradição, recorda-se, era considerado titular de direitos apenas, sem dever algum. Bom exemplo disso é a admissibilidade da violação positiva do contrato, do crédito ou da prestação (*positive Forderungsverletzungen*).

A partir daí, implantou-se, ou amplificou-se, o que Louis Josserand¹⁵ denominou *dirigisme contractuel* – dirigismo este público, legislativo e judicial [ou jurisprudencial, em virtude do crescente efeito vinculante das súmulas e jurisprudências no Brasil – abordaremos esse tema adiante, no item 7]; ressalta-se que é forçosa esta distinção, pois o dirigismo pode ser privado,¹⁶ *inter partes*.

Com tal publicização, a delimitação anterior do princípio do consensualismo foi modificada, diminuída, e alterou completamente o antigo eixo interpretativo do contrato. Para Jacques Ghestin,¹⁷ a finalidade social do contrato, ou seja, a procura do justo e do útil, justificaria mais a força obrigatória do contrato do que o próprio princípio da autonomia da vontade. Noutras palavras, explicou o professor francês que a força obrigatória do contrato advém da necessidade de proteção do direito subjetivo, que, por

Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 143.

14 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 42.

15 JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français*. v. I, II e III. Paris: Sirey, 1940.

16 Adverte, e com razão, Paulo Luiz Netto Lôbo, ao dizer que o dirigismo contratual “não se apresenta somente como intervencionismo estatal, como muitos pensam. Existe também quando a parte poderosa predispõe as condições às quais se vinculam e se obrigam todas as demais partes que necessitam dos bens ou serviços por ela fornecidos” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Dirigismo contratual*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais de obrigações e contratos*. v. III: Contratos: princípios e limites. São Paulo: RT, 2011, p. 404).

17 GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations: les effets du contrat*. Paris: LGDJ, 1992, p. 267-268.

sua vez, origina-se do direito objetivo e visa realizar o bem comum, alcançar o que é justo e útil socialmente. E acrescentamos: respeitado, igualmente, o limite do sacrifício (*Opfergrenze*).

A inquestionável alteração da concepção filosófica de outrora para esta dos dias atuais deu-se em decorrência da admissão de que leis rígidas e o sistema fechado são insuficientes e dão guarida à manutenção ou à prevalência de injustiças contratuais e sociais. Os princípios, então considerados meros mecanismos supletivos, em especial os afetos aos contratos, foram alçados a um patamar superior, com verdadeira função interpretativa e de controle; de fonte do Direito, enfim, visto que este sempre apresentará lacunas a serem preenchidas consoante a evolução social e o sentido de justiça em vigor.

Sob esse ângulo, a Professora Titular da Faculdade de Direito da USP, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,¹⁸ proclamou: “notamos, via de regra pasmos, a realidade fática absolutamente desligada de antiquadas formulações legislativas, num franco descompasso entre o Direito e os fenômenos sociais”. Foi assim, por meio da inserção dos princípios pré-positivos no corpo do Direito, que o sistema aberto e as cláusulas gerais, definidas por Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁹ como “normas jurídicas legisladas, incorporadoras de um princípio ético orientador”, tiveram êxito em fornecer soluções mais justas, equânimes, para os contratantes, de acordo com os casos apresentados.

Clóvis Veríssimo do Couto e Silva,²⁰ em comunhão com Ruy Rosado de Aguiar Júnior, sustentou, com rotineiro acerto, que a ciência jurídica não comporta raciocínio matemático e deve possibilitar “a descoberta de novos princípios e a formação de novos institutos”. Logo, em um sistema fechado, que se considera perfeito – portanto, sem lacunas –, não seria possível o surgimento de deveres anexos decorrentes da boa-fé e, conseqüentemente, de novas interpretações principiológicas.

Para finalizar esse item, demonstrou-se, em suma, a evolução dos princípios contratuais, com destaque para as transmutações do seu pa-

18 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista Jurídica*, n. 17, p. 57-73, jan./fev. 1987, p. 57.

19 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 512.

20 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *Op. cit.*, p. 80.

radigma do passado [modelo romano] para o paradigma tradicional [modelo liberal] e com breve inserção na respectiva transição para o paradigma contratual do presente [modelado pelos direitos sociais e econômicos]. A seguir, será objeto de análise a conjuntura atual pertinente aos contratos, às relações privadas, isto é, o paradigma contratual do presente. Antes, porém, afigura-se necessário frisar que as locuções adjetivas referentes aos “paradigmas” foram colhidas por empréstimo, pois são da lavra de Paulo Luiz Netto Lôbo, que as mencionou no estudo *Contrato e mudança social*,²¹ publicado originalmente em 1995 (RT 722/40).

3 PARADIGMA CONTRATUAL DO PRESENTE E DA PÓS-MODERNIDADE

A partir da metade do século XX, mais ainda no seu final, e neste séc. XXI, especificamente, as relações negociais entre as pessoas físicas e jurídicas e entre os próprios indivíduos multiplicaram-se por meio de variadas espécies de contratação,²² em todos os âmbitos, classes, segmentos e lugares, de forma consciente ou inconsciente, independente, pois, da plena autonomia e manifestação de vontade dos obrigados.

Esse ambiente motivou, no afã de atender às atuais exigências sociais, a necessidade de nova formatação da autonomia da vontade, da liberdade contratual e de contratar. Antônio Chaves,²³ considerado o primeiro monografista referente à responsabilidade pré-contratual no Brasil, percebeu o problema sobre o consensualismo ao antever que, “se sempre se exigiu reflexão por parte dos interessados antes de manifestarem seu consentimento na formação de um contrato, para evitar injustificadas despesas, trabalhos e incômodos infrutíferos, hoje, como nunca, é necessário esse amadurecimento [...]”. E quase na mesma época, ao tratar do silêncio como manifestação da vontade, Miguel Maria de Serpa Lopes²⁴ destacou a omissão dolosa de infor-

21 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Contrato e mudança social*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais de obrigações e contratos*. v. II: Obrigações: funções e eficácia. São Paulo: RT, 2011, p. 1311-1319.

22 MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 2ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 15-17.

23 CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 12.

24 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade nas obrigações*. 2ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Suíça, 1944, p. 128.

mações clausulares por parte de um dos contratantes como uma espécie de dolo negativo, que teria força para influenciar a manifestação da vontade do outro contratante, ocultando-lhe eventuais riscos.

Sem dúvida, tratava-se de um novel panorama, bem contextualizado e definido por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²⁵ quando advertiu que “o espaço de tempo de cem anos – quer dizer, o lapso temporal que liga e relaciona Clóvis Beviláqua a Miguel Reale –, pode dar bem a noção do quanto [a sociedade] se alterou”. As advertências da doutrina justificavam-se, visto que o nosso CC/1916 nasceu defasado, nesse aspecto, pois continuou a reproduzir o vínculo estático da obrigação contratada, característico do direito romano clássico e do Estado Liberal; refletia, pois, um sistema fechado, pouco permitia a mudança, diferentemente dos seus congêneres europeus contemporâneos.

A propósito, vale a pena transcrever a crítica clara e conclusiva feita por Antônio Junqueira de Azevedo²⁶ pouco antes da aprovação do CCB/2002, em que já denunciava a obsolescência do então futuro Código em relação a vários temas, inclusive no que condizia ao atual art. 422 (sobre a boa-fé contratual):

[O] Projeto de Código Civil é um pouco, só um pouco, mais adiantado do que o Código Civil vigente (o que é natural, porque um é de 1916 e outro, de 1970). O Projeto não é porém mais adiantado do que a legislação civil que temos. Não concordo, pois – tendo em vista as mudanças do mundo de hoje –, com adotarmos, para o ano 2000, um Projeto, que é de 1970, somente porque traz uma pequena melhora técnica em relação ao vigente Código Civil. O exemplo do art. 421 do Projeto [atual 422 do CCB/2002] o demonstra. Não vale, tudo posto na balança, o desgaste que isso representa e aquilo que vai resultar para nós. A questão não é só o Código Civil, e sim, todo o direito civil; ora, o direito civil como está é mais atual que o Projeto. O direito civil como está é superior ao direito civil como ficaria, se fosse aprovado o Projeto.

São exatamente essas, acima, as palavras do saudoso professor das Arcadas Antônio Junqueira de Azevedo, era essa a perspectiva quanto ao CCB/2002. Mas foi mesmo a CF/1988 que possibilitou, legalmente, entre nós,

25 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 120.

26 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, n. 775, São Paulo, RT, maio/2000, p. 17.

a busca pela efetivação da justiça social e contratual, do solidarismo, da dignidade da pessoa humana e da ampla proteção ao trabalhador (arts. 6.º e ss.), ao impor novas diretrizes e, com isso, a revisão interpretativa e normativa de princípios. É o que se extrai, repete-se, no âmbito do direito do trabalho, dos artigos 1º, III e IV, 3º, I e III, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 170, VII e VIII.

4 PUBLICIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO. INTERDISCIPLINARIDADE ENTRE A CF (ARTS. 1º, 3º, 6º E SS.), O CÓDIGO CIVIL (ARTS. 104, 113, 421, 422 E 423) E A CLT (ARTS. 8º, § 3º, E 611-A, § 1º)

A CF/1988 trouxe em seu bojo vários princípios referentes à ampla proteção do trabalhador, considerando este, como pressuposto, parte hipossuficiente. Os arts. 6º *usque* 11 são bons exemplos dessa inserção de direitos e conceitos. Já a recente Reforma Trabalhista trazida pela Lei nº 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho e as Leis nºs. 6.019/1974, 8.036/1990 e 8.212/1991, versou sobre a base do negócio jurídico [*Geschäftsgrundlage*, no direito alemão], o próprio negócio jurídico e os seus elementos em diversos dispositivos, em especial no § 3º do art. 8º e no § 1º do art. 611-A da CLT, que fazem menção e remetem, respectivamente, ao art. 104 do CC.

Por isso mesmo, em decorrência da importância dos elementos do negócio jurídico, os arts. 104, 113, 421, 422 e 423 do CC deverão nortear (em conjunto com as leis trabalhistas aplicáveis – e não subsidiariamente) os contratos, as convenções e a responsabilidade pré-contratual (*vorvertraglichen Haftung*), contratual (haja vista o evidente nexos que interliga essas duas fases – *Zielvertragstheorie*) e pós-contratual. É bem-vinda, portanto, a incidência da *interdisciplinaridade*, já presente e referida em várias decisões [mais agora do que antes da Reforma] nessa Justiça Especializada, nesse ramo do direito independente – se bem que há dúvida quanto ao acerto em dizer, na pós-modernidade e consoante o paradigma jurídico vigente, ‘total independência’ de ramos do direito.

Sob essa lupa, mostra-se assim, inafastável, a ligação entre o direito do trabalho e o direito civil, em especial no que condiz às obrigações, contratos e responsabilidade civil (*zivilrechtliche Haftung*). Inarredável e salutar, também, é o movimento, nem tão hodierno, que defende a eficácia

horizontal dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos ramos do direito privado, além da publicização. Ressalta-se que, como premissa geral aqui adotada, a interação entre os direitos do trabalho e civil, tendo em vista as particulares orientações principiológicas e as relações obrigacionais próprias, não significa a redução da autonomia de uma ou de outra ciência jurídica, ainda que o direito civil [obrigacional, no caso] seja considerado, historicamente, aliás, o “direito-mãe”.

Demonstramos nos itens passados que o *pacta sunt servanda* e o consensualismo, com toda tradição e intangibilidade histórica deles típicas, começaram a ser relativizados pelas próprias normativas trabalhistas e, em especial, pela jurisprudência. Nessa esteira, os deveres anexos de conduta [laterais ou secundários – *Nebenpflichten*] ganharam mais importância em decorrência da previsão dos novos e também dos não tão novos princípios que lhes davam suporte. Assim, as causas, as consequências e o conceito de consentimento adquiriram contornos diferentes daqueles adotados à época do Estado Liberal, da CLT de 1943 e do Código Civil de 1916, sendo que este, diga-se de passagem, não consagrou a boa-fé em dispositivo expresso num tempo em que tanto o Código Comercial de 1850 (art. 131, I) quanto o BGB/1900 (§ 242) já o faziam.

As lacunas e imperfeições de um ou outro código provam a necessidade de aplicação do pluralismo jurídico pós-moderno,²⁷ da interdisciplinaridade, da teoria do diálogo das fontes. Bem explica esse contexto Gustavo Tepedino²⁸ ao afirmar que os códigos, via de regra, “não podem ser considerados diplomas contrastantes senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais”. E acrescenta que, para conferir-se máxima efetividade social aos Códigos, é imprescindível superar a visão binária e dicotômica entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais.

Tal entendimento, acima transcrito, prevalece igualmente no campo sociológico, representado aqui, em nome de todos, por Pierre Bour-

27 Erik Jayme defende a Teoria do Pluralismo Jurídico Pós-moderno e o diálogo das fontes (JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado (1997). *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, v. 1, n. 1. Porto Alegre, nov. 2013. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br>. Acesso em: 15 nov. 2018).

28 TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor – RTDC*, São Paulo, RT, v. 22, out./dez. 2005, p. 57.

dieu,²⁹ segundo o qual é preciso estabelecer nexos entre as áreas do Direito. A despeito da interdisciplinaridade é preciso agora abrir um parêntese. O debate sobre a conexão entre CF e CC não é novidade surgida a partir de 1988, apesar de algumas equivocadas afirmações em sentido contrário. Notemos: no ano de 1935, ao fazer uma conferência em Fortaleza, Clóvis Beviláqua³⁰ acentuava que o “Código Civil foi, directamente, atingido por preceitos da nova Constituição”. Como se vê – já fechando o parêntese –, essa construção, no Brasil, não é contemporânea do CCB/2002 e muito menos da CLT/1943 ou da Reforma Trabalhista de 2017, é bem anterior a todos eles, data do início da vida do CC/1916.

Seguindo essa linha, e em tempo mais recente, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao analisar a abusividade de cláusulas sob a ótica do CCB/2002, da boa-fé, do equilíbrio e da equidade contratuais, bem como da autonomia da vontade, tem decidido questões semelhantes, com um dos fundamentos assentado na referida constitucionalização do direito civil [ou do direito privado, como queira]. A título de exemplo, cumpre transcrever, na parte que interessa, o seguinte aresto: “A legislação civil impõe a interpretação das regras contratuais sob a ótica da constitucionalização, da humanização das relações jurídicas. Por conseguinte, não se pode olvidar que as relações contratuais devem se pautar de forma incessante pela igualdade material entre os contratantes, em substituição à já superada igualdade formal, preconizada pela legislação de caráter liberal” (TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, Ag.Inst. 2056144-72.2014.8.26.0000, Comarca de São Sebastião, Rel. Des. Cristina Zucchi, j. 11.08.2014, DJESP 12.08.2014).

Ainda, em julgado da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, essa conjuntura – e seus problemas – foi retratada com clareza, além de ter apontado o correspondente remédio. Notemo-lo:

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase

29 BOURDIEU, Pierre. Introduction a une sociologie reflexive [Seminário realizado na *École des Hautes Études en Sciences Sociales*, Paris, out. de 1987]. p. 17-58. *O poder simbólico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

30 BEVILÁQUA, Clóvis. A Constituição e o Código Civil (Conferência em Fortaleza-CE, no dia 15.01.1935, publicada na RT, v. 97, de 1935, p. 31-38). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais de obrigações e contratos*. v. III: Contratos: princípios e limites. São Paulo: RT, 2011, p. 93.

histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam ‘de costas’ para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o STJ, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita (STJ, REsp 1.183.378/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011, DJe 1º.02.2012).

E, assim, é interessante pontuar que, após o advento da CRFB (arts. 1º, III e IV, 3º, I e III, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 170, VII e VIII) e com o uso da interdisciplinaridade somada à publicização e também à constitucionalização do direito privado, o paradigma contratual do presente ultrapassou os limites impostos pelo anterior sistema fechado – que não permitia a inserção de cláusulas gerais (*Generalklauseln*) – e preparou o terreno doutrinário e jurisprudencial para a recepção das novas interpretações do CC/2002, da novel legislação trabalhista (CLT) e dos seus princípios sociais.

5 A FORÇA EXPANSIVA DE NOVOS CONCEITOS E PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Na busca constante pelo ideal do justo e aperfeiçoamento da justiça contratual, a unidade axiológica entre a CRFB, a CLT e o CC é sempre salutar, isto porque conjuga e conecta conceitos, princípios e normas, que, noutras palavras, complementam-se ou reforçam-se, exsurgindo daí o suporte necessário para impedir a manutenção do *establishment* continuamente pregado pelos defensores da intangibilidade contratual e da mínima intervenção estatal nas “relações privadas”.

De toda sorte, não há mais como renegar aquilo que a moderna doutrina nomeou de *constitucionalização do direito privado*, pois as suas bases já estão devidamente assentadas, em conjunto com a publicização. O Professor das Arcadas e desembargador do TJ-SP, Claudio Luiz Bueno de Godoy,³¹ por exemplo, ao abordar a necessidade de análise dos contratos sob

31 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117-119.

um novo viés, previu a inserção da normatização civil em um paradigma contemporâneo, que prestigia os valores sociais e o valor fundante da pessoa humana, tendo em vista que são a origem, o centro e a finalidade da ordenação.

Para tanto, preponderante papel teve a força expansiva dos novos conceitos e princípios trazidos pela CF/1988, refletindo diretamente na legislação trabalhista e consumerista, que não recepcionaram a ideia de converter o contrato em instrumento de imposição de poderio econômico do forte contra o fraco. O CC/2002 também adotou o mesmo rumo, embora com menos intensidade, visto não ser um estatuto protetivo tal como o são a CLT e o CDC. Logo, no âmbito dos contratos trabalhistas e civis [não paritários e de adesão – *Massenverträgen*] tornou-se imprescindível alargar o conceito e a incidência da boa-fé objetiva (para os italianos, *correttezza*; e para os franceses, *bonne foi au sens objectif*) por meio das suas funções interpretativas (art. 113), de controle (art. 187) e integrativa (art. 422), de modo a conferir proteção à parte *faible*, presumidamente vulnerável. Isso já era, há tempos, um clamor social apontado pela doutrina e admitido pela jurisprudência, ambas temerosas quanto às atitudes arbitrárias da parte hipersuficiente.

Dessa necessidade premente de atualização legislativa (em relação ao art. 422 do CCB/2002) e de aplicação das “novas” funções da boa-fé objetiva – em especial a função ativa –, começou a conquistar espaço na doutrina pátria a Teoria da violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung* ou, mais amplo, *positive Forderungsverletzungen*), importada da Alemanha,³² de modo a suprir uma lacuna então existente no nosso direito quanto aos deveres anexos de conduta (*Nebenpflichten*), pois a violação destes enseja espécie de inadimplemento – e independe de culpa [Enunciado n. 24 do CJF/STJ].

Feitas tais considerações, anote-se que no contexto atual, ou seja, no paradigma do presente, o princípio da boa-fé objetiva [por meio da função corretora] e seus deveres anexos visam restabelecer, ou estabelecer, o equilíbrio contratual (*contractual equilibrium*) com suporte na solidarie-

32 A Teoria da violação positiva do contrato foi desenvolvida pelo advogado berlinense Hermann Staub no início do séc. XX, logo após o advento do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil alemão, de 1900). Contudo, recebeu, à época, crítica severa do professor Heinrich Stoll. Posteriormente, porém, a doutrina de Staub teve o acolhimento de Karl Larenz, que aperfeiçoou a teoria. Nesse sentido, revela-se ótima fonte o trabalho de Renata Carlos Steiner (As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da “descoberta” alemã do século XX. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 12, v. 47, jul.-set. 2011, p. 255-264).

dade, na cooperação mútua, na função social – cláusula geral asseguradora de trocas justas e úteis – e nos princípios da equivalência das prestações, da conservação dos pactos. A título de lembrança, repise-se que Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda³³ conectava o princípio da conservação dos contratos ao *princípio do melhor aproveitamento possível da vontade* e à sua eficácia jurídica (*Rechtswirkung*). Ademais, outro aspecto digno de registro é que a revisão do contrato, em detrimento da resolução, tende a evitar para as partes a incidência de repetidos custos de transação *ex ante* e *ex post* em caso de novas contratações.

Em conclusão deste item, afirma-se que o CC/2002 trouxe consigo os novos princípios sociais do contrato [boa-fé objetiva, confiança – *trust* –, transparência e função social], os quais resultaram nas contemporâneas interpretações a eles destinadas conforme os seus próprios preceitos e as diretivas constitucionais, os fatores metajurídicos e as conexões interdisciplinares com outros estatutos (CLT e CDC, nomeadamente), em contraste com as evidentes limitações dos princípios cardinais clássicos e neoclássicos [autonomia da vontade, autonomia privada, *pacta sunt servanda* e liberdade contratual], no intuito de mitigá-los ou compensá-los. Enfim, a máxima oitocentista de Alfred Fouillée de que “*qui dit contractuel dit juste*”³⁴ pode ser substituída hoje, sem receio de erro, por *qui dit contractuel ne dit pas nécessairement juste!*

6 PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO MEIO DE INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS E NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Diante da evolução sociotecnológica e da dinamicidade do direito por esta causada, o sistema jurídico não é um estado completo e perfeito; está, sempre, repleto de lacunas – lacunas normativas, ontológicas e axiológicas. Por tais motivos, a ordem principiológica ganhou acentuada importância no regime dos negócios jurídicos; aliás, não só no regime dos negócios, mas também na sua interpretação e na disciplina dos defeitos. Lembremo-nos dos

33 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral – negócios jurídicos*. t. III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, p. 197.

34 Tradução livre da máxima de Alfred Jules Émile Fouillée: “quem diz contratual diz justo” (FOUILLÉE, Alfred Jules Émile. *La science sociale contemporaine*. 2ª ed. Paris: Librairie Hachette, 1885, p. 410). Tradução livre da última frase: “quem diz contratual não necessariamente diz justo”.

artigos 8º, § 3º, e 611-A, § 1º, da CLT, que fazem menção direta ao art. 104 do CC e, indireta, aos arts. 113, 421, 422, 423 e 424 do mesmo diploma.

São pertinentes, ademais, as considerações de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva³⁵ no sentido de que o fato jurídico surge em decorrência dos princípios jurídicos e da concreção das normas sobre o fato de que resulta o direito e o dever. E, elogiando Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda³⁶ pela precisa divisão dos fatos jurídicos em planos de existência, validade e eficácia, Couto e Silva conclui que “os fatos jurídicos situam-se na dimensão da existência e os direitos e deveres na da eficácia”.

Assim considerando e, ao mesmo tempo, a recordar do disposto no § 3º do art. 8º e no § 1º do art. 611-A da CLT, é possível afirmar que os princípios [e os seus respectivos deveres anexos – *Obliegenheit* ou *Nebenpflichten*], no plano da existência, têm a finalidade de complementar e de suprir a falta de vontade negocial mínima; já no plano de validade, com base na função social do contrato, os princípios objetivam sanar vícios e limitar a declaração de vontade e suas consequências; e no plano da eficácia, por fim, os princípios visam criar, paralisar e modificar situações jurídicas que redundam em violação à boa-fé objetiva e aos seus deveres anexos (*positive Forderungsverletzungen*).

Nesse sentido, bem assevera o professor da UFPR e ministro do STF, Luiz Edson Fachin,³⁷ ao dispor que “quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social. Proibidade e boa-fé são princípios obrigatórios, [...] está presente um sistema de valores que contrapesa, no direito, a justiça e seu avesso”.

Para a justa aplicação da lei e a consecução da justiça social, conforme o paradigma vigente no presente, os princípios – contratuais, no caso – mostram-se imprescindíveis, com previsão, inclusive, nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC). Está claro que a explícita menção conferida pelo art. 4º aos *princípios gerais de*

35 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *Op. cit.*, p. 76.

36 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral – validade, nulidade, anulabilidade*. t. IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, p. 61-67.

37 FACHIN, Luiz Edson. Contratos e ordem pública. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 10, n. 37, jul./set. 2007, p. 340.

direito e art. 5º aos *fins sociais* e às *exigências do bem comum* é uma regra que o magistrado deve considerar ao julgar, haja ou não lacuna. Além da LINDB, o CPC dispõe, no art. 140, que o juiz não poderá se eximir de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento. Trata-se, afinal, de diretriz quase idêntica àquela estampada no revogado CPC/1973 (art. 126), que previa, como solução às lacunas, o uso da analogia, dos costumes e, principalmente, dos princípios gerais de direito.

Nesse contexto, revela-se árdua a tarefa de romper estruturas há muito tempo arraigadas em um sistema, pois a mudança de paradigmas é extremamente tormentosa³⁸ – tanto na ciência jurídica quanto em várias outras ciências. Percebendo a dificuldade da mudança de paradigmas e, em especial, a importância da interpretação dos princípios e da sua aplicação, Caio Mário da Silva Pereira³⁹ explicou que não era lícito ao jurista “instalar-se comodamente deitado na ordem estabelecida, aguardando inerte que a justiça caia do céu”, visto ser por meio da legalidade de hoje que deve ser preparada a de amanhã, realizando-se “por um perpétuo trabalho a ideia de justiça, que se encontra em todas as leis, sem jamais esgotar-se em nenhuma delas”.

Logo, os princípios gerais de direito não se prestam somente a suprir omissões ou colmatar lacunas normativas, ontológicas e axiológicas. São balizadores das leis, são, muitas vezes, fundamentos delas, de tal modo que a sua violação redundaria em inquestionável afronta ao sistema. Em igual sentido, afirma o Professor Titular da PUC-SP, Celso Antônio Bandeira de Mello,⁴⁰ que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

38 MORAIS, Ezequiel; BERNARDINO, Diogo. *Contratos de crédito bancário e de crédito rural – Questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 103.

39 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reforma do direito civil. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 15, n. 58, São Paulo: RT, out./dez. 1991, p. 9.

40 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 409.

A propósito, ao fazer uma análise retrospectiva do período pré-constitucional [da CF/1988] e dos anos pós-constitucionais, Judith Martins-Costa⁴¹ concluiu que “a Constituição, fonte por excelência dos princípios positivos, é perspectivada, hoje, como determinante do *conteúdo* das leis e os direitos fundamentais são agora vistos – à diferença do que ocorria no passado – como *princípios objetivos e ativos*, porquanto visualizados também do ponto de vista positivo e não apenas do pólo negativo”, quando os particulares decidiam “o que dissesse respeito à sua vida, liberdade, opiniões, relações sociais e, principalmente, atividades, relações econômicas”.

7 DIRIGISMO PÚBLICO JUDICIAL E JURISPRUDENCIAL: SOLUÇÃO PARA ALGUNS EQUÍVOCOS DA REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/2017)

É evidente, pois, que o exercício abusivo de posições jurídicas tem força para interferir no equilíbrio dos contratos, ainda mais quando estes são de (ou por) adesão ou em massa (*Massenverträgen*), e pode fazer com que a maioria dos negócios jurídicos precise ser norteadada pelo intervencionismo estatal, por meio do dirigismo público judicial, com o desiderato de que seja estabelecido o princípio da equivalência das prestações, ou a proporcionalidade (sinalagma) da prestação devida, considerada como aspecto objetivo do vínculo obrigacional – importante característica do contrato na atualidade.

Especificamente, recordamos que Louis Josserand⁴² denominou tal intervencionismo de dirigismo contratual (*dirigisme contractuel*) e classificou-o como público, legislativo e judicial. E em época bem mais recente, o Professor Emérito da Universidade Federal de Alagoas, Paulo Luiz Netto Lôbo,⁴³ advertiu que o dirigismo contratual também poderia ser privado, ocorrendo em situações nas quais a parte hipersuficiente impunha suas condições à parte aderente, em regra hipossuficiente.

41 MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro (originalmente publicado na *Revista de Direito Civil*, RDCiv 59/19, São Paulo: RT, jan.-mar. 1992). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais de obrigações e contratos*. v. III: Contratos: princípios e limites. São Paulo: RT, 2011, p. 1135.

42 JOSSE RAND, Louis. *Op. cit.*

43 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 404.

Não obstante as valiosas lições dos dois Professores, ousamos aqui acrescentar, após muita reflexão, uma nova espécie de intervenção estatal: o dirigismo público *jurisprudencial*, em decorrência do [super] abrangente efeito vinculante (e eficácia *erga omnes*) das súmulas e da jurisprudência trazido pelo CPC/2015, em especial nos arts. 311, II, 489, VI, 496, § 4º, e 927, e pela CF/1988 no art. 103-A. O dirigismo público jurisprudencial difere do judicial porque este, normalmente, é dotado de efeitos *inter partes*, condizentes às decisões judiciais destinadas tão-só aos integrantes de determinados processos (ações) judiciais.

Seguindo, não se pode aceitar que o contrato sirva de instrumento de imposição do poderio econômico, até mesmo porque essa situação não se enquadra nas hipóteses admitidas como exercício regular de um direito reconhecido (art. 188, I, do CCB); ao contrário, é ato ilícito e, nos moldes do art. 187 do CCB, configura abuso de direito⁴⁴ (ato emulativo) – o que o novo CC argentino denomina *abuso de posición dominante* (ou *dominant party x weaker party*, da *Common Law*).

É inequívoco que a exigência de boa-fé objetiva e de seus deveres anexos de conduta (*correttezza e doveri secondari*, na Itália; ou *Treu und Glauben e Nebenpflichten*, para os alemães) não extingue a autonomia privada, não elimina a liberdade contratual; apenas limita, para os contratantes, o seu alcance e efeitos, reduzindo ou afastando as hipóteses de incidência da violação positiva do contrato (*positive Forderungsverletzungen*) ou do *abuso de posición dominante*. Observe-se que tal norte foi adotado nos Enunciados ns. 25 e 170, aprovados, respectivamente, na I e III Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF/STJ) em 2002 e 2004.

Aviso análogo foi o de Claudio Luiz Bueno de Godoy,⁴⁵ nosso professor no Largo São Francisco e que nos inspirou fortemente, ao analisar a função e a aplicação do princípio da boa-fé pela jurisprudência. Concluiu o desembargador do TJ-SP que a exigência de eticização das relações jurídicas fez com que se expandissem o conceito e a aplicação do referido princípio, inclusive para áreas do direito público. Aliás, cabem aqui dois exemplos de aplicabilidade da boa-fé no âmbito do direito publicístico: contratos administrativos

44 MORAIS, Ezequiel. *Op. cit.*, p. 327.

45 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 100.

e concursos públicos. Em Portugal já ocorria isso, conforme narraram José de Oliveira Ascensão e António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro.

Na mesma linha, importa considerar que a jurisprudência, tal como os princípios, exerce preponderantes funções, das quais se destacam, no escólio de Rubens Limongi França:⁴⁶ 1) interpretar a lei; 2) vivificar a lei; 3) humanizar a lei; 4) suplementar a lei; e 5) rejuvenescer a lei. Ademais, para Limongi França, diante das omissões legais, é que cumpre “recorrer às formas complementares de expressão do direito, especialmente aos Princípios Gerais de Direito, uma vez que a analogia constitui simples método de aplicação da própria lei”. Concluindo, é igualmente digno de nota o Enunciado n. 26 do CJF/STJ: “A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.

Parece-nos que a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) pretendeu adotar o paradigma do passado ou tradicional, em detrimento do paradigma do presente, da pós-modernidade. Também parece que o remédio pode ser a aplicação do dirigismo público judicial e jurisprudencial.

8 INSTRUMENTALIDADE DOS PRINCÍPIOS COMO FORMA DE RESGUARDAR O INTERESSE SOCIAL E O SINALAGMA CONTRATUAL. A EQUIVOCADA DESJUDICIALIZAÇÃO IMPINGIDA PELA REFORMA TRABALHISTA

Como demonstrado nas páginas passadas, a intangibilidade total do contrato [civil por adesão, de consumo ou de trabalho], da convenção coletiva e do acordo coletivo de trabalho mostram-se superados, pertencem ao paradigma do passado, transpostos que foram pelo paradigma do presente e pelos (justos, diga-se) anseios da sociedade pós-moderna. Eis que, por isso, a restrição contida no § 3º do art. 8º e no § 1º do art. 611-A da CLT afigura-se equivocada, para não dizer inconstitucional, pois, frisa-se, impede, dificulta, inviabiliza o direito do cidadão de amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário. Praticamente, é hipótese velada, lamentável, de *desjudicialização*,⁴⁷

46 LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974, p. 134-138.

47 Embora tal vocábulo não tenha sido dicionarizado, entende-se o termo desjudicializar como retirar totalmente do Poder Judiciário a jurisdição. Explica-se: o mencionado termo não é o mais adequado porque o prefixo “des” – de

fato que redundava em cristalina afronta ao art. 5.º, XXXV, da CF/1988 e aos princípios que o regem.

Ainda em referência aos arts. 8.º, § 3.º, e 611-A, § 1.º, da CLT, vem em boa hora a lição do Professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, também magistrado, Jorge Luiz Souto Maior,⁴⁸ para o qual “o texto [dos dispositivos acima transcritos] só insiste na exposição da tese inconstitucional, que tenta evitar o exercício pleno do poder jurisdicional pelos juizes do trabalho, até porque se a convenção é tratada como negócio jurídico o próprio Código Civil também regula os vícios do consentimento e os limites do negócio jurídico”. E finaliza o professor dizendo que “o legislador trabalhista não pode criar um super negócio jurídico, alheio a qualquer inserção da ordem jurídica como um todo”.

Em complemento, Gustavo Tepedino⁴⁹ afirma ser preciso estimular a economia sem que haja sacrifício do projeto constitucional, que tem, na pessoa humana e, conseqüentemente, na justiça social, o seu valor mais elevado. É interessante notar que essa diretriz já havia sido esboçada com maestria por Inglez de Souza, muito antes do início da elaboração do Projeto do CCB/2002, quando foi designado para redigir o Projeto de Código Comercial brasileiro de 1915. Merece destaque a sua observação no sentido de que “nas Obrigações e Contractos, nucleo de todo o direito privado, o projecto procura subordinar ao interesse social a theoria classica da obrigação, vivificando o antigo direito”.⁵⁰

Para Inglez de Souza, o interesse social e os bons costumes [hoje: princípios da solidariedade e da função social do contrato] seriam fatores de limitação da vontade, pois deveriam prevalecer a equidade e a moral,⁵¹ o que não significava violação à liberdade contratual – ou à liberdade de con-

origem latina – significa desviar, desfazer e tem o sentido de oposição, negação, separação, ação contrária (Pesquisa realizada em: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. CUNHA, Celso; CINTRA, Luis Filipe Lindley. *Nova gramática do português contemporâneo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 85).

48 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A “reforma” trabalhista e seus reflexos no Direito Coletivo do Trabalho. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

49 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 124.

50 INGLEZ DE SOUZA, Herculano Marcos. *Projecto de Codigo Commercial*, v. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915, p. 17. Disponível em: LEXML: <<http://www.lexml.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

51 INGLEZ DE SOUZA, Herculano Marcos. *Op. cit.*, p. 61.

tratar [locução mais apropriada, entendemos]. Semelhante concepção sobre o tema, e quase na mesma linha de Inglez de Souza [porém, um pouco antes], teve Augusto Teixeira de Freitas,⁵² o maior jurista do séc. XIX, em seu *Esboço do Código Civil*, no qual incluiu a boa-fé em alguns artigos como elemento essencial à própria substância dos atos jurídicos. E não é demais recordar que os Códigos Civis de 1916 e de 2002 foram fortemente influenciados pelas obras de Teixeira de Freitas.

Nessa época também, evidenciava-se já a preocupação de proteger a parte mais fraca da relação contratual, embora tal potencial teórico-doutrinário não tenha sido bem aproveitado naqueles códigos e leis esparsas, o que somente ocorrera, abundantemente, a partir da CRFB/1988, em especial no CDC/1990⁵³ e no CCB/2002. Esse espírito reformista, calcado em princípios, em cláusulas abertas, foi preponderante para a evolução do nosso sistema jurídico, de crucial importância para o direito brasileiro – e não só para o direito civil, para o direito do trabalho também.

De acordo com as teorias clássicas, tradicionais,⁵⁴ o princípio constitui-se no mandamento nuclear de um sistema. Roque Antônio Carrazza⁵⁵ reforça que “princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”. De fato, não poderíamos adotar sentido diverso!

Mas, em verdade, persiste fervoroso debate a respeito (i) dos princípios como normas de um sistema e (ii) das regras como concretização

52 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço do Código Civil*, v. I e II. Brasília: Ministério da Justiça; Fundação da Universidade de Brasília, 1983. Disponível em: <<http://www.direitocivildigital.com>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

53 C.f. MORAIS, Ezequiel. *Op. cit.*, p. 233.

54 A contrapor a teoria clássica, Robert Alexy e Ronald Dworkin, dois dos principais expoentes da teoria moderna, consignam, em síntese, que as regras jurídicas estabelecem mandamentos definitivos (possuem a dimensão da validade – as regras valem ou não valem) e, por isso, devem ser aplicadas mediante subsunção, já os princípios, que por sua vez possuem também a dimensão do peso, indicam deveres provisórios, o que leva à aplicação dos mesmos mediante a proporcionalidade e a ponderação – podemos entender como “mandamentos de otimização”. Conferir em: ALEXY, Robert. *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*. p. 262-287. In: ALEXY, Robert (Org). *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995; DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

55 CARRAZZA, Roque Antônio Carrazza. *Curso de direito constitucional tributário*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 35.

dos princípios, de tal intensidade que levou Virgílio Afonso da Silva a analisar essa situação e denominá-la de “sincretismo metodológico”,⁵⁶ em decorrência das várias contradições no uso de teorias incompatíveis – como se compatíveis fossem – pelas correntes doutrinárias pátrias e seus respectivos defensores. Todavia, o estudo dessa questão não é aqui o nosso objetivo.

Pois bem. De tudo o que foi exposto, conclui-se ser indubitável, na opinião do presente autor, que a utilização dos princípios jurídicos como meio de intervenção estatal nos contratos mostra-se necessária para restabelecer a justiça e a equidade contratuais; apenas com a aplicação pura e automática da norma não se alcança, muitas vezes, esse desiderato. Acertadas são as palavras dos professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso (Ministro do STF) e Ana Paula de Barcellos, quando afirmam que “os princípios, ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema, interagem entre si e pautam a atuação dos órgãos de poder, inclusive a do Judiciário na determinação do sentido das normas”.⁵⁷ Tal entendimento evidencia uma tendência mundial e não extingue a autonomia privada ou a autonomia da vontade, não elimina a liberdade contratual; apenas limita, para os contratantes (empregador e empregado), o seu alcance e seus efeitos.

Não se pode dar guarida ao vício de consentimento e à falta de liberdade contratual (*défaut de liberté*). Com efeito, a conjuntura pós-moderna ou pós-positivista do Direito traz consigo a normatividade dos princípios em conjunto com a ponderação de valores constitucionais e infraconstitucionais [*mandamentos de otimização*], tendo sempre como norte a justiça e o sinalagma contratual. A aplicação de princípios e de seus deveres anexos evidencia-se a melhor e mais justa forma de preencher, em qualquer sistema codificado, e especialmente aqueles da *civil law*, as suas naturais lacunas – *inevitáveis* lacunas contratuais, digamos assim. Acreditamos que os países adotantes do *common law* seguem para essa direção.

56 SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, Belo Horizonte, Del Rey, jan./jun. 2003, p. 625.

57 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. *RDA*, v. 232, Rio de Janeiro, abr./jun., 2003, p. 166.

Para tanto, devem ser aplicadas as teorias da equidade contratual e da equivalência material e utilizadas as cláusulas abertas ou cláusulas gerais [fator de mobilidade do sistema jurídico codificado – *Generalklauseln*] contidas no CCB, na CLT e na CRFB, considerando, ainda, a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), as suas funções integrativa, corretiva e interpretativa e os deveres anexos de conduta (*Nebenpflichten*).

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais de obrigações e contratos. v. I: Obrigações: estrutura e dogmática*. São Paulo: RT, 2011, p. 509-527.

ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. p. 262-287. In: ALEXY, Robert (Org). *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993.

ALPA, Guido. La protection de la partie faible em droit italien. In: *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. Bibliothèque de Droit Privé, t. 261. Paris: LGDJ, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. *RDA*, Rio de Janeiro: v. 232, abr./jun., 2003, p. 141-176.

BEVILÁQUA, Clóvis. A Constituição e o Código Civil (Conferência em Fortaleza-CE, no dia 15.01.1935). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais de obrigações e contratos*, v. III: Contratos: princípios e limites. São Paulo: RT, 2011, p. 87-94.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. v. III: Il contratto. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2000.

BOURDIEU, Pierre. Introduction a une sociologie reflexive [Seminário realizado na *École des Hautes Études en Sciences Sociales*, Paris, out. de 1987]. *O poder simbólico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 17-58.

BUNDESGERICHTSHOF [Tribunal Superior da Alemanha, outrora denominado RG – *Reichsgericht*]. Disponível em: <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Trad. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’. In: [Revista] *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP). v. 200, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 273-364.

CARRAZZA, Roque Antônio Carrazza. *Curso de direito constitucional tributário*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COLLINS, Hugh Graham. *The Law of Contract. Law in context series*. 4ª ed. Nova York: LexisNexis; Londres: Butterworths, 2003.

CUNHA, Celso; CINTRA, Luis Filipe Lindley. *Nova gramática do português contemporâneo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

DIGIZEITSCHRIFTEN – *Das deutsche digitale Zeitschriftenarchiv* [DigiZeitschriften – O arquivo de revista digital da Alemanha]. Disponível em: <<http://www.digizeitschriften.de>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

DIREITO CIVIL DIGITAL. Disponível em: <<http://www.direitocivildigital.com>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e ordem pública. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 10, n. 37, p. 339-340, jul./set. 2007.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Disponível em: <www.direito.usp.br>. Acesso em: 12 ago. 2018.

FOUILLÉE, Alfred Jules Émile. *La science sociale contemporaine*. 2ª ed. Paris: Librairie Hachette, 1885.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations: les effets du contrat*. Paris: LGDJ, 1992.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista Jurídica*, n. 17, jan./fev. 1987, p. 57-73.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

INGLEZ DE SOUZA, Herculano Marcos. *Projecto de Código Commercial*, v. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, v. 1, n. 1, Porto Alegre, nov. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français*. v. I, II e III. Paris: Sirey, 1940.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, n. 775, São Paulo, RT, maio/2000, p. 11-17.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Versión española. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Series: Monografías fundamentales de derecho privado y publico, v. 33. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Versión española. Tradução e notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEXML – Rede de Informação Legislativa e Jurídica do Governo Federal: <<http://www.lexml.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dirigismo contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais de obrigações e contratos, v. III: Contratos: princípios e limites*. São Paulo: RT, 2011, p. 385-406.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais de obrigações e contratos, v. II: Obrigações: funções e eficácia*. São Paulo: RT, 2011, p. 1311-1319.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade nas obrigações*. 2ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Suissa, 1944.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas*

essenciais de obrigações e contratos, v. III: Contratos: princípios e limites. São Paulo: RT, 2011, p. 1121-1148.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MORAIS, Ezequiel; BERNARDINO, Diogo. *Contratos de crédito bancário e de crédito rural – Questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

MORAIS, Ezequiel. *A boa-fé na fase pré-contratual*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

_____; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reforma do direito civil. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: RT, v. 15, n. 58, p. 7-26. out./dez. 1991.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral – negócios jurídicos*, t. III. São Paulo: RT, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral – validade, nulidade, anulabilidade*. t. IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012.

SEVERO, Valdete Souto. *Há caminhos para resistir à reforma trabalhista*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, jan./jun. 2003, p. 607-630.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A “reforma” trabalhista e seus reflexos no Direito Coletivo do Trabalho*. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaiorm.com>>. Acesso em: 14 jul. 2018

STEINER, Renata Carlos. As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da ‘descoberta’ alemã do século XX. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 12, v. 47, jul.-set. 2011, p. 255-264.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço do Código Civil*. v. I e II. Brasília, Ministério da Justiça, Fundação da Universidade de Brasília, 1983.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor – RTDC*, São Paulo, RT, v. 22, out./dez. 2005, p. 56-59.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt18.jus.br>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Disponível em: <www.usp.br>. Acesso em: 10 jul. 2018.

VELASCO, Ignacio M. Poveda. A boa-fé na formação dos contratos – Direito romano. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais de obrigações e contratos*, v. III: Contratos: princípios e limites. São Paulo: RT, 2011, p. 755-765.

WEIDLICH, Dietmar; et al. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 73ª ed. München: C. H. Beck, 2014.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo. A liberdade contratual e sua fragmentação*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

CUMULAÇÃO DO PAGAMENTO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE À LUZ DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS

Zélia de Sousa Lopes¹

RESUMO

O § 2º do artigo 193 da CLT impede o pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade, cumulativamente, quando ambas situações se configurarem, cabendo ao obreiro optar por um desses adicionais. Na atualidade, há entendimento jurisprudencial e doutrinário em sentido contrário afastando a aplicação do § 2º do artigo 193 da CLT ao confrontá-lo com as normas constitucionais (CF/88) e as supralegais (Convenções nº 148 e nº 155 da Organização Internacional do Trabalho - ratificadas pelo Brasil).

Palavras-chave: *Insalubridade. Periculosidade. Pagamento. Cumulação.*

ABSTRACT

Paragraph 2 of article 193 of the CLT prohibits the payment of additional the insurancity and periculosity, cumulatively, when both situations are set, and it is up to the worker to choose one of these additional. At present, there is a jurisprudential and doctrinal understanding in the opposite direction, removing the application of Paragraph 2 of Article 193 of the CLT when confronted with the Federal Constitution of 1988 and Conventions nº 148 and nº 155 of the International Labor Organization (ratified by Brazil) .

Keywords: *Insurancity. Periculosity. Payment. Accumulation.*

¹ Servidora do TRT da 18ª Região. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós-graduada, *latu sensu* em Tutela do Meio Ambiente do Trabalho e Saúde do Trabalhador (PUC/GO), Direito Processual Civil (UNISUL), Direito e Processo do Trabalho (UNIDERP), Inovações do Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela (UNIDERP) e em Tutela dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos (UNAMA).

Sumário: 1 Introdução. 2 Tutela do meio ambiente laboral e a consequente proteção à saúde do trabalhador. 3 Trabalho insalubre, perigoso e a saúde do trabalhador. 4 Análise da possibilidade do pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz de normas constitucionais e supralegais. 5 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Depreende-se da leitura do § 2º do artigo 193, da Consolidação das Leis Trabalhistas, que o empregador não é obrigado a pagar, simultaneamente, os adicionais de insalubridade e periculosidade, quando o obreiro laborar em ambiente que contenha agentes insalubre e perigoso, cabendo a este trabalhador o direito, apenas, de optar por um deles.

Entretanto, para alguns doutrinadores, a exemplo de Formolo (2006, p. 56/57), Garcia (2014, p. 218) e Oliveira (2011, p. 80/95), o comando do § 2º do artigo 193 da CLT deve ser lido à luz das regras, dos princípios constitucionais (art.1º, III, art.5º “caput”, art.6º, art.7º, XII, XIII, art. 225, CF/88) e internacionais (Convenções de nº 148 e nº 155 da Organização Internacional do Trabalho/OIT, ratificadas pelo Brasil), pois esse conjunto de normas jurídicas contribuem para uma maior proteção à segurança e à saúde do trabalhador.

Esse entendimento coaduna com o ensinamento de Husek (2014, p. 83), ao afirmar ser “impossível a especialização no estudo do Direito, sem conhecimento do todo, porque as matérias jurídicas têm caminhos comuns”.

2 TUTELA DO MEIO AMBIENTE LABORAL E A CONSEQUENTE PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR

O princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado na Constituição da República de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III). Isso denota que a dignidade do indivíduo é protegida de forma concreta, e não abstrata, em sua vida real e cotidiana (MIRANDA, 2000, apud SARLET, 2009, p. 58), uma vez que esse princípio possui força normativa “de maior hierarquia axiológica valorativa” (K. STERN, 1988, apud SARLET, 2009, p. 78).

Nesse sentido, o filósofo Kant (ABBAGNANO & NICOLA, 2003, apud ZANETTI, 2009, p. 52) afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana é um “imperativo categórico” e ensina que:

“Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como também na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e nunca como um meio (Grundlegung zur Met. Der Sitten, II)”. Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. Ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. “O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente, o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem Dignidade”.

Por conseguinte, o conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, como os de liberdade (direitos civis e políticos *versus* limite do poder de atuação dos governantes), de igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais – obrigam o Estado a prestar políticas públicas de caráter social) e de fraternidade (direitos do consumidor, do meio ambiente e do desenvolvimento), é denominado “direito humano”, quando positivado na ordem internacional, e “direito fundamental”, quando internalizado pelo Estado (BARRETO, 2012, p. 52).

Dentre esses direitos fundamentais, faz-se necessário ressaltar que o direito à saúde foi assegurado, expressamente, na Constituição de 1988, como direito social (arts. 6º e 196 a 200). A jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o direito à saúde é um direito subjetivo, com supedâneo no artigo 196 da CF/1988: “saúde é direito de todos e dever do Estado (...)” (OLIVEIRA, 2011, p. 129).

Desse modo, Silva (2007, p.109/122) afirma que “a saúde do trabalhador, como espécie do gênero, compõe, ineludivelmente, o chamado conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana”, em razão de esse direito ser indissociável da própria pessoa humana.

Por tudo isso, a saúde do trabalhador é um direito fundamental, inalienável, imprescritível, irrenunciável, e as normas de proteção desse direito resultam da interdependência entre o direito à vida (integridade físico-funcional e moral, art. 5º CF/88), à saúde do trabalhador (arts. 6º, 196 a 200 CF/88) e ao meio ambiente do trabalho-equilibrado (art. 225 CF/88), ou seja, são direitos que se complementam (SILVA, 2007, p. 120).

No que tange ao direito ao meio ambiente, a Constituição Brasileira de 1988 o positivou no art. 225, dispondo que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O constituinte brasileiro, ao tutelar o meio ambiente, seguiu as diretrizes da Declaração de Estocolmo, aprovada no âmbito das Nações Unidas em 1972:

(...) o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras (MARMELSTEIN, 2009, p. 53).

Destaca-se que a motivação internacional para tutelar o meio ambiente, que é direito humano e difuso (Lei nº 8.078/90 art. 81, parágrafo único, inciso I), foi o “sentimento de solidariedade mundial que brotou como reação aos abusos praticados durante o regime nazista” (MARMELSTEIN, 2009, p. 52).

A doutrina classifica o meio ambiente em várias espécies: o natural (art. 225 “caput”, I e VII, §1º, CF/88), o artificial (art. 5, XXII, XXIII, XXIV, XXV; art. 21 XX; arts. 182 e 183, CF/88) o cultural (art. 216, CF/88) e o do trabalho (art. 200, VIII, CF/88) (FIORILLO, 2004, p. 20/23).

Dessa forma, “o meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente como um todo” (GARCIA, 2014, p. 18) e pode ser definido pela doutrina como:

O conjunto (= sistema) de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica e psicológica que incidem sobre o homem em sua atividade laboral, esteja ou não submetido ao poder hierárquico de outrem (FELICIANO, 2013, p. 13).

Esse conceito está em sintonia com a definição legal do que seja meio ambiente, conforme o disposto no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação: “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Portanto, a doutrina esclarece que a proteção do meio ambiente alcança o seu objeto imediato e o mediato, quais sejam, “a qualidade do meio ambiente em todos os seus aspectos, natural, artificial, cultural e do trabalho”, bem como “a saúde, segurança e bem-estar do cidadão, constantes da expressão ‘qualidade de vida’”, respectivamente (MELO, 2006, apud AIRES, 2008, p. 22).

As normas de proteção ao meio ambiente, nas quais se incluem os princípios de Direito Ambiental, são aplicáveis, também, ao âmbito trabalhista (MELO, 2004, apud GARCIA, 2014, p. 19). Portanto, faz-se necessário enumerar referidos princípios.

O *princípio da prevenção* visa “evitar qualquer perigo de dano ou prejuízo ao meio ambiente”, enquanto o *princípio da precaução* significa que, “se houver dúvida científica sobre a possibilidade de lesão ao meio ambiente, em relação a certa substância ou medida, a utilização deve ser evitada (RIO-92)”. O *princípio do desenvolvimento sustentável*, assegurado no artigo 170, VI, CF/1988 e no artigo 4º, I, da Lei 6.938/81, exige que o desenvolvimento econômico preserve o meio ambiente. Há ainda o *princípio do poluidor-pagador*, que estabelece a obrigação daquele que polui de ser responsabilizado pelo seu ato (RIO-92). E, por fim, existe também o *princípio da ubiquidade ou da transversalidade*, que preconiza que “toda a sociedade e todos os povos devem se empenhar na preservação e na proteção do meio ambiente” (MELO, 2004, apud GARCIA, 2014, p. 19/22).

E, de acordo com o ensinamento do jurista Feliciano (2006, p. 127), é no caso concreto que o operador do Direito irá se deparar com a necessidade de fazer a ponderação entre o sistema normativo brasileiro e a realidade social vivenciada pelo trabalhador, ou seja, irá perquirir se as situações de risco em que o obreiro está submetido no local do trabalho “comprometem” ou não a dignidade dele:

Cabe, pois, ao operador do Direito especialmente à autoridade administrativa e ao juiz sopesar o programa normativo (= Constituição, leis e direito secundário), em cotejo com o domínio normativo (= realidade social), e avaliar se, em determinado contexto factual, as condições perversas de trabalho a que se submetem os obreiros não comprometem, na essência, a *dignidade humana* (artigo 1º, III, da CRFB); e, bem assim, se são inevitáveis do ponto de vista do estado atual da técnica. Se forem razoavelmente evitáveis, há afetação ao núcleo essencial da dignidade humana da pessoa trabalhadora. Se, todavia, são ineludíveis e não malferem grave e iminentemente aquela dignidade, convém resguardar o primado da livre iniciativa, reconhecendo o direito à exploração daquela atividade econômica e o seu proveito social (o *emprego* artigo 170, VIII, a CRFB), mas garantindo ao trabalhador a compensação financeira pelo desgaste e/ou pelo risco consentido. Ante um quadro de vulneração essencial da dignidade humana, com lesão ou ameaça de lesão grave e iminente a bens jurídicos fundamentais como a vida e a integridade física, justifica-se, pela *primazia dos direitos de primeira geração*, a ordem de interrupção imediata da atividade (total ou parcial, temporária ou definitiva), quando não o embargo da obra ou a interdição de estabelecimento, setor, máquina ou equipamento, *ut* artigo 161 da CLT, em sede judicial (cautelar) ou administrativa.

3 TRABALHO INSALUBRE, PERIGOSO E A SAÚDE DO TRABALHADOR

Ramazzine é conhecido como o Pai da Medicina do Trabalho. A obra que lhe atribuiu esse título foi publicada, em 1700, denominada *De morbis artificum diatribe* (OLIVEIRA, 2011, p. 194).

Esse médico (artista e poeta) tratou, no referido livro, com profundidade, a relação entre todo o tipo de trabalho e doenças existentes naquela época. Dentre as perguntas que fazia aos seus enfermos, incluía: qual a sua profissão? Segundo Ramazzine, descobrir se o trabalho era a causa da doença de seu paciente/trabalhador o ajudava a “obter uma cura mais feliz” (BERNARDINO, 2000, p. 21).

No Brasil, as normas jurídicas sobre as atividades insalubres e perigosas são: Constituição Federal/1988, Consolidação das Leis Trabalhistas, Normas Regulamentares (NR-15 e NR-16 instituídas pelas Portarias MTb nº 3.214/1978 e nº 3.214/1978, respectivamente) e as Convenções da Organiza-

ção Internacional do Trabalho ratificadas e que se referem à segurança, saúde e meio ambiente do trabalho (BUCK, 2015, p. 74/97).

O artigo 189 da CLT apresenta uma definição legal do que seja atividade insalubre:

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, **exponham os empregados a agentes nocivos à saúde**, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. (g.n)

A Norma Regulamentar nº 15, editada pelo Ministério do Trabalho, conforme autorização legal contida no artigo 190 da CLT, apresenta os critérios de caracterização da insalubridade, a classificação dos agentes nocivos (físico, químico, biológico), os limites de tolerância e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

A jurisprudência consolidada do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 448, I, TST, ressalta que:

Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

Quanto à natureza do agente insalubre, é sabido que, em razão da exposição continuada do trabalhador a esse agente, as resistências do organismo dele vão sendo minadas paulatinamente, sobretudo quando a sua intensidade estiver acima dos limites de tolerância (OLIVEIRA, 2011, p. 194).

Destaque-se que, desde a Revolução Industrial, havia a presença do agente insalubre, apesar de ser um “subproduto indesejável”, que ainda aumentou em gênero, número e grau no ambiente de trabalho (PINTO & PAMPLONA FILHO, 2000, p. 47):

Com o refinamento de usos e costumes, aumentando incrivelmente o consumo de bens e exigindo produtos cada vez mais complexos, o homem forçou a industrialização e a operação de substâncias primárias – a água, o fogo, a terra e o ar – as quais, variando em percentagem, comporiam todas

as demais substâncias. A química e a física modernas, todos os dias, dão ao ser humano uma infinidade de produtos. Alguns de utilidade comprovada e de salubridade indispensável à própria sobrevivência do ser humano são obtidos por meios perigosos à saúde dos que os manipulam. Outras substâncias, declaradas excelentes para o uso ou consumo, com o tempo e com análises minuciosas, revelam-se nefastas (PRUNES, 1974, apud PINTO & PAMPLONA FILHO, 2000, p. 46/47)

O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites permitidos, assegura a percepção de adicional de 40, 20 ou 10% do salário mínimo (art.192, CLT), quando a insalubridade corresponder ao grau máximo, médio ou mínimo, respectivamente. É o entendimento que vem sendo adotado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho – TST (ROCHA & RIBEIRO, 2014, p. 20/21).

Em relação às atividades perigosas, primeiramente, elas são delimitadas pelo artigo 193 da CLT (redação dada pelas leis nº 12.740/2012 e nº 12.997/14):

São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem **risco acentuado** em virtude de **exposição** permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. (g.n)

Além disso, “a exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade” (OJ, SBDI1- nº 345, TST - Portarias do Ministério do Trabalho nº 3.393, de 17.12.1987, e nº 518, de 07.04.2003)

A Norma Regulamentar nº 16 do Ministério do Trabalho determina qual o risco em potencial existente em cada atividade perigosa. A doutrina faz diferença entre perigo e dano:

Perigo é a propriedade de um agente físico, químico, mecânico, biológico ou ergonômico causar dano; **risco é a probabilidade de que um dado perigo se materialize**, causando um dano específico (MARTINS NETO & LIONETTI JUNIOR, 1993, apud BUCK, 2015, p. 91). (g.n.)

O trabalho em condições perigosas assegura ao empregado um adicional de 30% sobre o seu salário básico (art. 193, § 1º da CLT), inclusive para os empregados que exercem atividade no setor de energia elétrica, após a revogação expressa da Lei nº 7.369/85 pela Lei 12.740/2012 a qual inseriu, no inciso I, do artigo 193 da CLT, dentre as atividades perigosas, a referente à “energia elétrica” (GARCIA, 2014, p. 216).

A doutrina adverte que os adicionais de insalubridade e periculosidade possuem natureza de risco, pois têm a função de indenizar a perspectiva do evento danoso (PINTO & PAMPLONA FILHO, 2000, p. 47).

Por outro lado, o pagamento habitual tanto do adicional de insalubridade quanto do de periculosidade lhes confere natureza salarial (salário-condição), gerando todos os reflexos legais, enquanto a situação de risco persistir, conforme artigo 194 da CLT (ROCHA & RIBEIRO, 2014, p. 22).

4 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO CUMULATIVO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE À LUZ DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS

A Constituição da República de 1988, no artigo 7º, inciso XXIII, assegurou aos trabalhadores urbanos e rurais, dentre outros direitos: “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

Passando pela linha do tempo, verifica-se que o primeiro adicional de risco a ter previsão na legislação brasileira foi o adicional de insalubridade. Posteriormente, em 1977, a Lei nº 6.514/1977 inseriu o direito ao adicional de periculosidade, no artigo 193 da CLT e, por outro lado, essa referida lei inseriu, também, o § 2º que afastou o direito de o empregado receber, ao mesmo tempo, os adicionais de insalubridade e periculosidade quando lhe for devido, restringindo o direito à opção por um deles (PINTO & PAMPLONA FILHO, 2000, p. 53).

A Norma Regulamentadora nº 15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, ao regulamentar as atividades e operações Insalubres (art. 200 CLT), sofreu influência da restrição contida no art.193, § 2º, da CLT (PINHEIRO, 2014, p. 221), vedando o direito ao recebimento de adicionais de insalubridade, cumulativamente, quando o obreiro estiver submetido a agentes insalubres diversos, conforme consta em seu artigo 15.3.

Os Ministros da Subseção I especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I) do Colendo TST, em 17/06/2016, admitiram a possibilidade de se cumular o pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade, quando os agentes forem distintos e autônomos entre si. Por outro lado, entenderam que quando o direito ao adicional de insalubridade e de periculosidade surgir de um único agente nocivo, ao mesmo tempo, não haverá pagamento dos adicionais respectivos, simultaneamente, vejamos:

5. Entretanto, interpretação teleológica, afinada ao texto constitucional, da norma inscrita no art. 193, § 2º, da CLT, conduz à conclusão de que a opção franqueada ao empregado, em relação à percepção de um ou de outro adicional, somente faz sentido se se partir do pressuposto de que o direito, em tese, ao pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade deriva de uma única causa de pedir. 6. Solução diversa impõe-se se se postula o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, concomitantemente, com fundamento em causas de pedir distintas. Uma vez caracterizadas e classificadas as atividades, individualmente consideradas, como insalubre e perigosa, nos termos do art. 195 da CLT, é inarredável a observância das normas que asseguram ao empregado o pagamento cumulativo dos respectivos adicionais – arts. 192 e 193, § 1º, da CLT. Trata-se de entendimento consentâneo com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988. Do contrário, emprestar-se-ia tratamento igual a empregados submetidos a condições gravosas distintas: o empregado submetido a um único agente nocivo, ainda que caracterizador de insalubridade e também de periculosidade, mereceria o mesmo tratamento dispensado ao empregado submetido a dois ou mais agentes nocivos, díspares e autônomos, cada qual em si suficiente para gerar um adicional. Assim, se presentes os agentes insalubre e de risco, simultaneamente, cada qual amparado em um fato gerador diferenciado e autônomo, em tese há direito à percepção cumulativa de ambos os adicionais. (TST - ARR - 1081-60.2012.5.03.0064, SBDI-1, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, DEJT 17/06/2016).²

Posteriormente, em 13/10/2016, novo julgamento da SBDI-I do Colendo TST volta a decidir pela não acumulação do pagamento de tais adicionais “independentemente das causas de pedir”. Ressalta-se que o posicionamento majoritário foi vencedor por sete votos a seis, prevalecendo o seguinte:

(...) que os adicionais não são acumuláveis, por força do parágrafo 2º do artigo 193 da CLT. (...) Na reclamação trabalhista, o moldador afirmou que trabalhava em condições de insalubridade, pela exposição a ruído e pó em valores superiores aos limites legais, e de periculosidade, devido ao contato com produtos inflamáveis, como graxa e óleo diesel. Por isso, sustentou que fazia jus aos dois adicionais. (TST - E-RR-1072-72.2011.5.02.0384, SBDI-1, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva).

Embora o entendimento majoritário da jurisprudência tenha sido a impossibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, percebe-se uma maior reflexão da comunidade jurídica (PINHEIRO, 2014, p. 19) em se admitir, por razões jurídica, lógica e biológica (OLIVEIRA, 2011, p.435), que “o § 2º do artigo 193 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal” (FORMOLO, 2006, p. 63) ou “foi tacitamente revogado” pelo artigo 11, alínea ‘b’, da Convenção de nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com a sua ratificação pelo Brasil em 18/05/1992 (OLIVEIRA, 2011, p. 437).

O jurista Formolo (2006, p.57) afirma que o § 2º do artigo 193 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois, ao assegurar o direito aos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, no inciso XXIII do artigo 7º, não houve vedação do pagamento cumulativo entre eles.

Entende esse doutrinador que o legislador infraconstitucional deve respeitar a diretriz adotada pelo constituinte originário ao regulamentar essa norma de eficácia contida (art.7º, XXIII, CF/88):

(...) Todavia, o texto do inciso XXIII da Constituição não dá margem razoável à interpretação de que, mesmo sendo insalubre a atividade, o adicional possa não ser devido, e da mesma forma quanto ao adicional de periculosidade. Se a atividade é insalubre, não importa a circunstância, não há como a lei dis-

por que não é devido o adicional de insalubridade, porque a Lei Maior assegura o adicional de remuneração para atividades insalubres; se a atividade é perigosa, tampouco importando a circunstância, a lei não tem autonomia para dizer que não é devido o adicional de periculosidade, porque a Constituição assegura o adicional de remuneração para as atividades perigosas. À lei cabe definir quais são as atividades insalubres e perigosas e fixar os respectivos adicionais, e apenas isso. Ao pretender negar o direito ao adicional de insalubridade ou de periculosidade se insalubre ou perigosa a atividade, respectivamente, ainda que se trate de atividade simultaneamente insalubre e perigosa, está extrapolando indevidamente os poderes que a Constituição lhe delegou (FORMOLO, 2006, p. 56-57).

Outro argumento é que a natureza do adicional de insalubridade e periculosidade possui fatos geradores distintos e autônomos (ROCHA & RIBEIRO, 2014, p.26). Em vista disso, a lógica leva a concluir que “o trabalhador receba cumulativamente os adicionais, para compensar separadamente cada condição adversa” a que foi submetido no local de trabalho (OLIVEIRA, 2011, p. 434-435).

Essa lógica é confirmada pelo princípio constitucional de isonomia salarial, no seu aspecto substancial, o qual exige que se trate diferentemente pessoas em condições fáticas desiguais (art. 5º CF/1988; art. 461, CLT). Assim, o valor da indenização paga ao trabalhador sujeito a vários agentes insalubres/perigosos deve ser superior ao montante pago àquele trabalhador submetido a apenas um agente insalubre/perigoso (PINHEIRO, 2014, p. 218).

Além disso, a Convenção nº 155 da OIT sobre “Saúde do Trabalhador”, ratificada pelo Brasil em 18/05/1992, estabeleceu normas e princípios sobre a saúde e segurança dos trabalhadores e sobre o meio ambiente laboral, direcionando-os a todas as pessoas empregadas, inclusive, servidor público (art. 3º, ‘b’). Dentre as suas determinações, o artigo 4º exige que seja instituída, pelo país que a ratificou, uma política nacional para colocar em prática os seus preceitos de forma coerente, com direito à revisão periódica (OLIVEIRA, 2014, p. 236).

Com a ratificação dessa Convenção nº 155 da OIT, alguns doutrinadores, a exemplo de Oliveira (2011, p. 437), passaram a entender que o artigo 11, alínea ‘b’, dessa Convenção revogou tacitamente o § 2º do artigo 193 da CLT:

CONVENÇÃO – Nº155/OIT Art. 11 — Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverá garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

(...) b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes.

No que tange à tutela da saúde do trabalhador, ressalte-se, ainda, que, além da Convenção nº 155 da OIT, a Convenção nº 148 da OIT sobre “Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações”, ratificada pelo Brasil em 14/01/1982, também tratou da importância de se considerar os riscos decorrentes “da exposição simultânea” a vários agentes agressivos à saúde do obreiro no local de trabalho. *In verbis*:

CONVENÇÃO-Nº 148/OIT Art. 8 — 1. (...) 3. Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho.

Oliveira (2014, p. 237) demonstra o alcance desse efeito combinado (sinérgico) entre os agentes agressivos à saúde do trabalhador (argumento biológico):

A presença de vários agentes agressivos, pelo efeito sinérgico, em vez de apenas somar, multiplica os malefícios. Pode ser que todos os agentes agressivos do ambiente de trabalho, isoladamente considerados, estejam dentro de limites toleráveis, mas a exposição simultânea, pelos efeitos combinados, desloca para patamar inferior os limites de tolerância.

Assim, embora as Convenções de nº 148 e nº 155 da OIT não se refiram ao pagamento de adicional de insalubridade e periculosidade, verifica-se que a regra do § 2º do art.193 da CLT (impede o pagamento de

tais adicionais de forma cumulativa) é incompatível com as normas de proteção à saúde do trabalhador veiculadas nos diplomas internacionais acima mencionados, nesse sentido, Garcia (2014, p. 218) esclarece que:

(...) se o empregado está exposto tanto à insalubridade como também à periculosidade, nada mais justo, razoável e lógico do que receber ambos os adicionais (que não se confundem), pois decorrentes de cada um dos diferentes fatos geradores, o que estaria em consonância com a necessária eficácia que se deve imprimir às normas de segurança e medicina do trabalho.

Cabe destacar que essas referidas convenções são normas de direitos humanos, pois regulamentam direitos à “saúde”, à “segurança” e ao “meio ambiente do trabalho”. Assim, embora esses diplomas internacionais não possuam *status* de norma constitucional, como prevê o artigo 5º § 3º da Constituição da República, possuem “natureza supralegal” (OLIVEIRA, 2011, p. 84).

Essa tese da supralegalidade foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal, em 2008, quando decidiu que a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel deixou de ter aplicabilidade em razão do efeito paralisante da legislação infraconstitucional, que disciplina a matéria, causado pela Convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), pois prevaleceu o entendimento de que aquela norma ordinária (inferior) era incompatível com esta norma internacional (superior).

Isso significa que as Convenções da OIT, que tratam de direitos humanos e que não possuem *status* de emenda constitucional (art.5º, §3º, da CF/88), situam-se abaixo da Constituição Federal da República de 1988, porém, acima das leis ordinárias, ou seja, significa que:

(...) as leis devem ostentar dupla compatibilidade vertical, atendendo ao texto da CF/88 (controle de constitucionalidade) e ao texto das Convenções de Direitos Humanos (controle de convencionalidade) (MACHADO, 2012, p. 286).

Nesse sentido, a 7ª Turma do Colendo TST, no julgamento RR-2439-05.2011.5.15.0018, decidiu que o § 2º do artigo 193 da CLT não foi recepcionado pela CF/1988 e reconheceu, ao mesmo tempo, a aplicação das Convenções da OIT de nº 148 e nº 155 na relação de emprego. Veja-se:

RECURSO DE REVISTA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT - JURISPRUDÊNCIA DO STF - OBSERVÂNCIA DAS CONVENÇÕES NºS 148 E 155 DA OIT. No julgamento do RR-1072- 72.2011.5.02.0384, de relatoria do Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, esta Turma firmou entendimento de que a norma contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal, que, em seu art. 7º, XXIII, garantiu o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, sem ressalva acerca da cumulação. A possibilidade de recebimento cumulado dos mencionados adicionais se justifica em face de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Além disso, a inclusão no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com a qualidade de normas materialmente constitucionais ou supraleais, como decidido pelo STF, determina a atualização contínua da legislação acerca das condições nocivas de labor e a consideração dos riscos para a saúde do trabalhador oriundos da exposição simultânea a várias substâncias insalubres e agentes perigosos. Assim, não se aplica mais a mencionada norma da CLT, sendo possível o pagamento conjunto dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. (Processo: RR-2439-05.2011.5.15.0018, Data do Julgamento: 02/12/2015, Relato Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data da Publicação: DEJT 04/12/2015).

Além disso, Pinheiro (2014, p. 219) traz a lume o fato de que, ainda que assim não fosse, o dispositivo do artigo 11, alínea ‘b’, da Convenção nº 155 da OIT deve prevalecer diante do parágrafo 2º do artigo 193 da CLT, em razão do princípio da norma mais favorável que rege o Direito do Trabalho, a saber:

Apenas por apego ao argumento, deve-se salientar que a hermenêutica trabalhista se orienta por meio de um critério hierárquico flexível, no qual a subsunção recai na norma mais favorável ao trabalhador (Princípio da Norma Mais Favorável). Por isso, mesmo que se desconsidere o “status” supralegal, o dispositivo da Convenção 155 deveria prevalecer virtude de concretizar em maior amplitude a dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, assim, que o fato de se pagarem simultaneamente tais adicionais é uma forma de se estimular o empregador a reduzir os riscos inerentes ao trabalho (art.7º, XXII, CF/1988). Esse raciocínio deflui da

prática trabalhista vivenciada pelo jurista Formolo (2006, p. 60), ao afirmar que a conscientização do empregador é despertada quando atinge o aspecto financeiro da empresa e não pela função social que ela desempenha.

Por fim, negar o direito de o trabalhador receber, simultaneamente, o adicional de insalubridade e de periculosidade, conforme prevê o § 2º do artigo 193 da CLT, reflete uma postura antiga do empregador que despreza o número de agentes insalubres e perigosos a que o obreiro esteja exposto. Revela-se, ainda, que se exige desse trabalhador que ele se adapte às condições laborais, contrariando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA, 2014, p. 237).

Ademais, a proteção da segurança e da saúde do trabalhador está assegurada pelo “sistema jurídico de tutela do meio ambiente do trabalho” (art. 200, VIII, CF/88), que “integra o meio ambiente em seu sentido global” (art. 225, CF/88)” (GARCIA, 2014, p.19), cujo fio condutor é o princípio da dignidade da pessoa humana, pois “o valor do trabalho não reside no fato de que se façam coisas, mas de que coisas são feitas pelo homem” (MIGLIACCIO FILHO, 1994, apud BOTELHO, 2014, p. 242).

Desse modo, a nova perspectiva do pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade vai além da compensação pecuniária feita ao trabalhador, em razão do agravamento do risco, pois visa, pelo viés monetário, compele o empregador a disponibilizar um ambiente seguro e sem riscos à vida e à saúde do trabalhador, em cumprimento às normas de segurança e medicina do trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do arcabouço jurídico inserido na ordem jurídica brasileira e que visa a proteger a segurança, a higidez e a saúde do trabalhador, no meio ambiente laboral, abstrai-se um novo padrão de conduta para o empregador atual, por exemplo:

- a) identificar todos os agentes nocivos à segurança e à saúde do trabalhador (princípio da prevenção do direito ambiental);
- b) informar os trabalhadores sobre todos os riscos ambientais a que estão submetidos (art. 19, § 3º, Lei nº 8.213/1991; arts. 8º a 10 da Conven-

ção nº 155 da OIT) e orientá-los para que contribuam, também, no cumprimento das obrigações legais (arts. 10, 19, ‘a’/ ‘f’, da Convenção nº 155 da OIT; e princípio da transversalidade/ubiquidade do direito ambiental);

c) tomar as medidas necessárias, razoáveis e praticamente realizáveis - quando houver “possibilidade técnica” (OLIVEIRA, 2014, p. 236) - para eliminar ou reduzir substâncias, agentes químicos, físicos e biológicos que apresentem risco para a segurança e a saúde de seus trabalhadores (art. 7º inciso XXII, da CF/1988 e art. 16.2 da Convenção nº 155 da OIT; e princípios da prevenção e precaução do direito ambiental);

d) pagar todos os adicionais devidos cumulativamente a seus empregados (art. 1º, inciso III, art. 5º, art. 6º e art. 7º, inciso XXIII da CF/1988; art. 5º, alínea ‘b’ e art. 11, alínea ‘b’ da Convenção nº 155 e art. 8º da Convenção nº 148 ambas da OIT, art. 461, CLT; e princípio do poluidor pagador do direito ambiental).

Esses parâmetros comportamentais estão em consonância com a Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalho instituída pelo Brasil (Decreto Federal nº 7.602/2011 que regulamenta a Convenção nº 155 da OIT).

Portanto, tem-se o escopo de sugerir a implantação de uma cultura preventiva, no que tange à segurança e à saúde do trabalhador, de forma que a monetização do risco seja um instrumento de auxílio à efetivação do direito constitucional de “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII, CF/1988), evitando, assim, a precarização das relações laborais.

REFERÊNCIAS

AIRES, Mariella Carvalho de Farias. *Direito de greve ambiental no ordenamento jurídico brasileiro*. 1ª ed. Goiânia: UCG. 2008.

BARRETO, Rafael. *Direitos humanos*. 1. ed. Rio de Janeiro: IMPETUS. 2012.

BOTELHO, Isabella Vieira. Convenção nº 155 da OIT: segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende et al. (Orgs.). *Direito internacional do trabalho e as convenções internacionais da OIT*. São Paulo: Ltr, 2014.

BUCK, Regina Célia. *Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. 2ª ed. São Paulo: Ltr. 2015.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil por danos causados ao trabalhador: dupla face ontológica*. In: Revista TRT 18ª, Goiânia, ano 9, 2006.

_____. O meio ambiente do trabalho e a responsabilidade civil patronal: reconhecendo a danosidade sistêmica. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João (Orgs.). *Direito ambiental do trabalho: Apontamentos para uma teoria geral: saúde, ambiente e trabalho: novos rumos da regulamentação jurídica do trabalho*, v. 1. São Paulo: LTr, 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FORMOLO, Fernando. *A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. In: Revista Justiça do Trabalho, Porto Alegre, n. 269, maio 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2014.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GEORGE, Marmelstein. *Curso de direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: ATLAS, 2009.

HUSEK, Carlos Roberto. *O direito marítimo, o direito do trabalho marítimo, aspectos gerais e as convenções da organização internacional do trabalho*. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende et al. (Orgs.). *Direito internacional do trabalho e as convenções internacionais da OIT*. São Paulo: Ltr, 2014.

MACHADO, Diego Pereira Machado. *Direito internacional e comunitário para concurso de juiz do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6ª ed. São Paulo: Ltr: 2011.

_____. Convenção nº 155 da OIT sobre saúde do trabalhador. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende et al. (Orgs.). *Direito internacional do trabalho e as convenções internacionais da OIT*. São Paulo: Ltr, 2014.

PINHEIRO, Iuri Pereira. *Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique et al. (Orgs.). *Estudos aprofundados da magistratura do trabalho*, v. II. Salvador: JusPodivm, 2014.

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

RAMAZZINE, Bernardino. *As doenças dos trabalhadores*. Tradução de Raimundo Estrêla. 3ª ed. São Paulo: Fundacentro, 2000.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; RIBEIRO, Ailana Santos. A possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz do direito do trabalho constitucionalizado. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, n. 52, Rio de Janeiro, out./dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. Saúde do trabalhador como um direito humano. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 31, jul/dez 2007.

ZANETTI, Fátima. *A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

**CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA:
NOVAS PERSPECTIVAS DIANTE DO ESTATUTO DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Lídia Barros Nercessian¹

Andressa Mayara de Araújo Rezende Diniz Faria²

Karine dos Anjos de Oliveira³

Lilaine Pereira da Silva Borges⁴

Murillo Carto Quirino⁵

Paulo Alessandro Rodrigues dos Santos⁶

RESUMO

Sob uma perspectiva mais humanizante e valorizando a autonomia do portador de deficiência, surge no ordenamento jurídico brasileiro, com a Lei nº 13.146/15, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, que inevitavelmente figura-se como alternativa menos “radical” à tutela e curatela. Trata-se, aqui, de um instrumento que provê apoio aos que detêm limitada capacidade de agir. A quem exatamente se destina e como será exercida a Tomada de Decisão Apoiada são as principais perguntas a que tentaremos responder.

Palavras-chave: *Apoiadores. Capacidade civil. Dignidade. Igualdade.*

¹ Bacharela em Comunicação Social pela Universidade de São Paulo (USP), bacharelada em Direito na Universidade Federal de Goiás (UFG) e Analista Judiciária no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

² Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Ex-bolsista PIBIC. Auxiliar de Gabinete do Tribunal de Justiça de Goiás.

³ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG).

⁴ Licenciada em Letras pela Universidade Estadual de Goiás (UEG) e bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG).

⁵ Bacharel em Odontologia e bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG).

⁶ Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera (Uniderp), bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e Técnico do Seguro Social no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

RESUMEN

Bajo una perspectiva más humanizada y valorizando la autonomía del portador de deficiencia, surge en el sistema jurídico brasileño, con la Ley N° 13.146/15, el Instituto de Aprobación de Decisión Apoyada, que, inevitablemente figura como una alternativa menos “radical” a la tutela y curatela. Es aquí un instrumento que provee apoyo a las personas que tienen una capacidad limitada para actuar. A quién exactamente está dirigida y como será ejercida la “Aprobación de Decisión Apoyada” son las principales preguntas que tratamos de responder.

Palabras clave: Partidarios. Capacidad Civil. Dignidad. Igualdad.

Sumário: 1. O Instituto da Tomada de Decisão Apoiada e os Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana. 2. A alteração do regime de capacidade civil das pessoas com deficiência e o novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada. 3. Uma análise jurisprudencial. 4. Como fica a validade dos negócios jurídicos celebrados sob a vigência da Tomada de Decisão Apoiada? Referências.

1 O INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A lei 13.146/2015, também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, surgiu como a personificação da garantia dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência e é fruto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova York, em 30 de março de 2007. Tal Convenção se tornou a primeira a ser aprovada pelo Congresso Nacional conforme procedimento determinado no § 3º, artigo 5º da Constituição Federal, se tornando, assim, equivalente às emendas constitucionais, isto por versar sobre direitos humanos.

De acordo com o § 2º do referido Estatuto,

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Ademais, já em seu Preâmbulo, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reafirma, relembra e reconhece a existência da diversidade entre pessoas com deficiência e que esta, além do aspecto biológico, é algo resultante da interação dos indivíduos portadores de algum impedimento com o mundo que os cerca e, em via de consequência, com as barreiras físicas e sociais próprias deste. Sendo assim, se torna fundamental o reconhecimento do papel do Estado na garantia do tratamento igualitário – dentro do aspecto da igualdade material e não apenas jurídico-formal – para com as pessoas com deficiência, respeitando, assim, sua autonomia, independência e liberdade de escolha.

Historicamente, o portador de deficiência, em especial a mental, sempre foi tratado de forma excludente pela sociedade e pelo próprio Estado. No entanto, quando o poder público passa a elaborar leis e políticas de atendimento a essas pessoas, o que se percebe é criação de normas ilógicas e atentatórias contra os direitos e garantias fundamentais destes. Isto porque os tratam, em comparação com outros portadores de deficiência, de forma genérica e abstrata, estabelecendo dispositivos jurídicos que não levam em conta as singularidades de cada um, tais como condição financeira, apoio familiar e nível de deficiência. A título de exemplificação, dois indivíduos com deficiência intelectual podem possuir níveis de discernimento diferentes e, portanto, precisam ser tratados de forma diferenciada, respeitando-se as limitação e capacidade cognitivas de cada um.

Especificamente no Direito Brasileiro, a Constituição Federal traz no caput de seu artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, ficando estabelecido, assim, o princípio da Igualdade, igualdade esta formal e que, na História, foi utilizada inúmeras vezes como fundamento para o cometimento de atrocidades inimagináveis até então. Destarte, por meio da contribuição de diversos pensadores contemporâneos, como Marx e sua obra “Crítica ao programa de Gotha”, surge o conceito de igualdade material ou substancial e a visão de que a desigualdade só será efetivamente combatida se forem observadas as condições próprias da realidade social de cada um, já que tais desigualdades são construídas e mantidas no seio da própria sociedade.

Assim, a igualdade material se constrói na proporcionalidade e justiça, não devendo “a lei ser fonte de privilégios ou perseguições, mas

instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos” (MELLO, 2003). Neste caminhar de ideias, o rompimento da igualdade formal e, conseqüentemente, o tratamento distinto da pessoa com deficiência, se faz necessário, uma vez que o ordenamento jurídico que rege as relações entre as pessoas sem deficiência acaba por criar barreiras e prejuízos de diversas ordens ao portador de impedimentos específicos.

A diferenciação não visa ao ato inconstitucional da discriminação e sim ao do tratamento igual de portadores de deficiência em situações de desproporcionalidade e injustiça. Por conseguinte, assegurar a igualdade material é passo fundamental para a concretização do respeito à dignidade da pessoa humana.

Nessa continuidade, a Constituição Federal traz como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, ao abordar o respaldo público dado àqueles que possuem quaisquer deficiências correlacionando tal tema com a evolução do Direito Civil Brasileiro, tem-se que, sendo este um ramo do Direito Privado, no passado o bem primordialmente tutelado por ele era o patrimônio, e suas bases se encontravam na propriedade, nos contratos e na família.

Desse modo, a curatela, instituto cuja origem remonta da Antiguidade, mais especificamente da “Lei das XII Tábuas”, foi utilizada no Código de Beviláqua com a finalidade primeira de proteger os bens do interdito, colocando este como mero espectador de sua própria vida. Com a Ação de Interdição, o curador passaria a administrar não apenas os bens do curatelado como também a sua vida civil, passando a prevalecer a sua vontade em detrimento à do indivíduo tido como incapaz. Isso, como já afirmado, sem levar em consideração as diversidades existentes entre cada pessoa com deficiência.

No período Pós Segunda Guerra Mundial, o mundo então se volta para a elaboração de Tratados, Convenções e outros documentos internacionais – e também nacionais – objetivando a efetivação da proteção dos direitos humanos, dentre eles a dignidade da pessoa humana. Assim, a incidência de tal direito e também princípio reformula as relações privadas e públicas, passando a ser reconhecida a necessidade de tutelar os direitos daqueles considerados incapazes e que, até então, não possuíam voz e nem eram enxergados.

Nessa perspectiva, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, colocado como fundamento de nossa República, passa a imputar ao Estado o dever de proporcionar à pessoa com deficiência a possibilidade de se autodeterminar dentro de seus limites de discernimento, considerando a autonomia um direito fundamental, sendo que para o filósofo Immanuel Kant autonomia seria:

(...) a capacidade da vontade humana de se autodeterminar segundo uma legislação moral por ela mesma estabelecida, livre de qualquer fator estranho ou exógeno com uma influência subjugante, tal como uma paixão ou uma inclinação afetiva incoercível.

Ante a tais ideias, verificou-se a urgente necessidade de alteração dos regimes de capacidade que generalizavam indivíduos com impedimentos de forma que ou eles eram tidos como relativamente incapazes ou absolutamente incapazes, não possuindo – ou pouco possuindo – capacidade de agir. Nessa lógica, surge então no cenário mundial a retromencionada “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”, que teve o Estatuto da Pessoa com Deficiência seu principal efeito no Brasil.

E é por meio desse Estatuto, em específico em seu artigo 84, que surge o instituto denominado Tomada de Decisão Apoiada, o qual passa a ser uma alternativa à curatela e esta se torna medida excepcional, haja vista tratar-se de instrumento que incapacita o indivíduo e até mesmo causa a sua morte civil (DIAS, 2011).

2 A ALTERAÇÃO DO REGIME DE CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O NOVO INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A lei 13.146/2015 faz uma alteração significativa na classificação da incapacidade, retirando os que não puderem exprimir sua vontade do rol das pessoas absolutamente incapazes e colocando-os relativamente capazes no exercício dos atos da vida civil. As modificações ocorridas com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência repercutiram em institutos como o casamento, a interdição e a curatela, isso porque objetiva a proteção da

dignidade da pessoa com deficiência e a garantia da igualdade de direitos e deveres quanto às demais pessoas.

O referido Estatuto provocou o afastamento da condição de incapaz dos portadores de deficiência, tornando-se necessária a separação entre transtorno mental, incapacidade e curatela. O transtorno mental deve ser avaliado no campo médico, declarando, por diagnósticos, a sua existência, baseando-se no *Diagnosticand Statistic Manual of Mental Disorders*, que é um documento emitido pela Associação Americana de Psiquiatria (REQUIÃO, 2015).

A incapacidade, por sua vez, é uma categoria jurídica advinda da falta de experiência de vida ou por qualquer outra circunstância, seja ela patológica ou não, independente de decretação judicial. Para que uma pessoa seja considerada incapaz, basta que preencha os requisitos presentes no suporte fático da norma (REQUIÃO, 2015).

A curatela consolida-se ao final de um processo de interdição procurando limitar a incapacidade da pessoa interditada e indicando alguém responsável por representá-la ou assisti-la na prática de atos jurídicos.

A partir deste Estatuto, a curatela torna-se uma medida excepcional, a ser aplicada pelo menor tempo possível nos casos em que o deficiente não possa manifestar a sua vontade (CORREIA, 2015), conforme o art. 84, §1º e 3º da Lei nº 13.146/2005 e o art. 1.769, CC.

Neste cenário, nasce um novo instituto para auxiliar os portadores de deficiência: trata-se da Tomada de Decisão Apoiada. Fazendo jus ao seu caráter de inovação, o novo sistema traz à pessoa com deficiência a possibilidade de escolher duas pessoas com as quais mantenha relação de confiança – algo significativo perante os vários casos de nomeações arbitrárias do magistrado no momento de escolha de um curador na Ação de Interdição - para lhe auxiliar sobre atos da vida civil, sendo os limites de apoio, respeito à vontade e tempo definidos pelo próprio indivíduo com deficiência. O novo instituto diferencia-se da curatela por limitar a atuação do apoiador (REQUIÃO, 2015) e preservar a autonomia do apoiado.

O que se vê aqui, portanto, é uma busca pela tentativa de promover a integração da pessoa com deficiência no âmbito da sociedade através do reconhecimento de sua autonomia e também de suas limitações. Passa-se a tratar a pessoa portadora de deficiência em relação de igualdade com os

demais indivíduos, respeitando-se seus interesses, desejos, habilidades, potencialidades, afetos e tudo mais que a componha em sua integridade, a fim de que possa orientar-se por si mesma e escolher os momentos nos quais queira ser ajudada e não mais subjugada.

Ressalta-se que a Tomada de Decisão Apoiada deve ser formalizada judicialmente. Conforme o art. 1.783-A, § 1º do CC/2002, também deve constar no pedido de decisão apoiada termo delimitando o apoio e os compromissos dos apoiadores, como também o prazo de vigência do acordo, em total respeito à vontade, aos direitos e interesses do apoiado (REQUIÃO, 2015).

Vale ressaltar que tal instituto objetiva reforçar a validade dos negócios jurídicos realizados pelo apoiado, o que não significa a perda da sua capacidade. Diferente da curatela, na Tomada de Decisão Apoiada o apoiado pode solicitar, a qualquer momento, a destituição do(s) apoiador(es), cabendo ao juiz, respeitando a vontade daquele, nomear um substituto.

3 UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Trazemos para análise um julgado representativo sobre o tema, havido no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG - Apelação Cível : AC 10694120045133001 MG). Referido acórdão trata a respeito de uma apelação requerida ao TJMG em razão de negativa de juíza da primeira instância em interditar civilmente o marido da apelante que sofreu traumatismo craniano após um acidente. A turma do Tribunal entendeu que a interdição seria adequada.

Buscando iniciar a nova noção de capacidade e incapacidade na vida civil dos portadores de alguma deficiência sob o fulcro da Lei 13146/2015, os deficientes, por si só, não estão sujeitos à curatela, pois esta não afeta a plena capacidade civil. O simples fato de possuir uma moléstia mental não é suficiente para impossibilitar uma pessoa de praticar atos da vida civil.

Com essa nova lei, às pessoas com deficiência, agora, são asseguradas condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, visando a sua inclusão social e sua cidadania em prol de sua dignidade como pessoa humana. A lei visa resguardar a autonomia dos deficientes e garantir a eles um tratamento isonômico, inclusivo e igualitário.

Numa sociedade capitalista problemática como a brasileira, representa um avanço. Diversos são os relatos de curadores que fazem uso dos bens dos seus curatelados em benefício próprio.

No presente caso, apesar da Lei nº 13.146/15, acordamos com a decisão do TJ-MG em interditar o indivíduo. No caso concreto, existe um laudo pericial atestando a incapacidade do indivíduo em gerir sua vida civil e administrar seus bens. Obviamente o magistrado não é vinculado ao laudo pericial, mas atestou inclusive a presteza da mulher para com o marido e a possibilidade de o mesmo vir a requerer futuramente o fim da condição de interditado.

Salientamos que a aplicação da Lei 13146 não deve ser feita de modo indistinto. O caso concreto e as provas periciais são fundamentais para a tomada de decisão do magistrado. A letra morta da lei não garante ao deficiente a igualdade buscada.

Não muito obstante, se o direito e o social caminham juntos, consequentemente se a sociedade sofre mutações e inovações, o direito necessita acompanhá-la simultaneamente. Percebe-se que a sociedade do século XXI é totalmente inovadora e complexa, isso devido ao avanço tecnológico que auxilia abundantemente a medicina e, consequentemente, reflete nas pessoas portadoras de deficiência, proporcionando uma vida relativamente capaz de algumas igualdades e deveres como de uma pessoa normal.

4 COMO FICA A VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS SOB A VIGÊNCIA DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA?

Questão relevante que se levanta é a de como fica a validade do negócio jurídico realizado na vigência da Tomada de Decisão Apoiada. O art. 1.783-A, §4º, CC, dispõe que “a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja nos limites do apoio acordado”, remetendo à ampliação da segurança de terceiro(s) que seja(m) parte na relação jurídica com o apoiado (REQUIÃO, 2015).

Note-se que o negócio jurídico celebrado sob a vigência da nova lei necessita estar em consonância com os limites constantes dos termos do pedido de decisão apoiada. Para a validade do negócio jurídico, deve-se con-

siderar a vontade, os direitos e os interesses do apoiado, vez que a Tomada da Decisão Apoiada constitui-se a partir do seu interesse. Havendo controvérsia entre o entendimento do apoiado e de seus apoiadores, prevalece a vontade daquele (art. 1.783-A, § 6º, CC).

Quanto à validade dos negócios jurídicos realizados sob curatela após a vigência do já mencionado Estado (e consequente modificação da capacidade civil das pessoas com deficiência, excluindo-se possibilidade de incapacidade absoluta, sendo no máximo relativa), a questão que surge é se eles são passíveis de nulidade ou anulabilidade. Pela ótica literal do Código Civil, tratar-se-ia de anulabilidade, já que os curatelados por deficiência passaram a ser pessoas relativamente incapazes. O juiz e professor Atalá Correia, entretanto, acredita que prevalecerá o regime de nulidade por ser mais benéfico à pessoa com deficiência submetida ao regime de curatela.

Sobre o mesmo assunto, Arnaldo Rizzardo, ex-desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, explica que os atos praticados pelos apoiados na ausência dos apoiadores poderão ser passíveis de anulação se comprovada a necessidade da presença de seus apoiadores, tendo em vista que a Tomada de Decisão Apoiada encerra importância declarada nos diplomas legais em questões de relevância econômica ou patrimonial.

Na ótica dos cartórios, o procedimento de registro ainda não se encontra estabelecido. Segundo nos explicou o escrevente do Cartório Silva⁷, o primeiro cartório de registro Goiânia, as sentenças nos casos de curatela, em geral, são, ora remetidas via malote pelo próprio Tribunal de Justiça, ora trazidas pelo curador para registro no livro especial, “Livro E” do cartório, ou para averbação na certidão de nascimento ou casamento do curatelado. Quando se verifica nos documentos apresentados que o curatelado é natural de outro município, é enviado comunicado para o registro civil desta cidade, considerando a necessidade da devida averbação em sua certidão de nascimento. Assim, quando exigida certidão de nascimento atualizada, haverá a informação quanto à curatela, estando assim os atos jurídicos protegidos quanto à necessidade de representação.

Esse é o procedimento até então adotado para casos de tutela. Quanto à sentença da Decisão Apoiada, o escrevente informa que até o

7 As informações foram gentilmente prestadas pelo escrevente Ednaldo Pereira Ferreira, do Cartório Silva, localizado na Avenida 85, no Setor Marista, em Goiânia, no dia 12 de julho de 2016.

momento nenhum caso chegou ao cartório. Salvo melhor entendimento, o procedimento que entendemos que deverá ser adotado perante os cartórios deve ser o mesmo já adotado em casos de curatela, qual seja, a averbação na certidão de nascimento ou casamento e/ou anotação no livro especial, constando os dados de praxe acrescidos do tempo de duração estabelecido para a Tomada de Decisão Apoiada. Além disso, comungamos da opinião de Rizzardo (2015) quanto à anulabilidade dos atos realizados sem a presença dos apoiadores quando esta se comprovar necessária.

REFERÊNCIAS

BRITO, Anne Lacerda de. *O que é interdição e para que serve?*. Disponível em: <https://annelbrito.jusbrasil.com.br/artigos/143838064/o-que-e-interdicao-e-para-que-serve>. Acesso em: 20 mai. 2018.

CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em: 20 mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOIÁS. Sentença publicada em 08/04/2016 no Diário da Justiça do Estado de Goiás. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/112826165/djgo-secao-iii-08-04-2016-pg-448>. Acesso em: 20 mai. 2018.

JUSBRASIL. *Juíza de Tijucas inova ao decidir ação com base no Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <https://coad.jusbrasil.com.br/noticias/306633375/juiza-de-tijucas-inova-ao-decidir-acao-com-base-no-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em: 20 mai. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>. Acesso em: 20 mai. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Os deficientes e a tomada de decisão apoiada*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/21/os-deficientes-e-a-tomada-de-decisao-apoiada>. Acesso em: 20 mai. 2018.

ROSENVALD, Nelson. *Há fungibilidade entre a tomada de decisão apoiada e as diretivas antecipadas de vontade?* Disponível em: <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/346124885/ha-fungibilidade-entre-a-tomada-de-decisao-apoiada-e-as-diretivas-antecipadas-de-vontade-artigo-de-nelson-rosenvald>. Acesso em 20 mai. 2018.

ROSENVALD, Nelson. *Perguntas e Respostas*, 2015. In: ASSUMPÇÃO, Leticia Franco Maculan. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência sob a Perspectiva de Notários e Registradores*. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Njc3MA>. Acesso em: 20 mai. 2018.

SILVA, Luzia Gomes da. *Portadores de deficiência, igualdade e inclusão social. Âmbito Jurídico*, v. XIV, n. 95, Rio Grande, dez 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10839. Acesso em 20 mai. 2018.

SILVA, Nicolas Trindade da. *Da igualdade formal à igualdade material. Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12556. Acesso em: 20 mai. 2018.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 1)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 20 mai. 2018.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em: 20 mai. 2018.

**A IRREDUTIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE
DAS NORMAS DE PROTEÇÃO À SAÚDE, HIGIENE
E SEGURANÇA NO TRABALHO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A REFORMA
TRABALHISTA E O RETROCESSO SOCIAL**

Alexandre Bittencourt Amui de Oliveira¹

RESUMO

O artigo visa analisar, em razão da entrada em vigor da lei 13.467/2017, a constitucionalidade das regras que norteiam a jornada de trabalho e os seus intervalos e a possibilidade de flexibilização através de norma coletiva ou até mesmo por contrato individual de trabalho e o retrocesso social, a partir das regras ditadas pela Constituição Federal de proteção ao meio ambiente de trabalho e, ainda, identificar o papel do direito do trabalho no estado democrático de direito, em especial para a proteção das normas que envolvem a saúde, higiene e segurança do trabalhador.

Palavras-chave: *Constitucionalidade. Meio Ambiente de Trabalho. Jornada de trabalho. Intervalo.*

ABSTRACT

The article aims at analyzing, in reason of the entry into force of Law 13467/177, the constitutionality of the rules that guide the workday and their ranges and the possibility of a greater flexibility through a collective standard norm or even an individual contract of employment and the social backlash, based on the rules dictated by the Federal Constitution for the protection of the working environment and also, identify the role of labor law in the democratic State of Law, in particular, for the protection of the rules involving health, hygiene and safety standards of the worker.

Keywords: *Constitutionality. Working environment. Workday. Ranges.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O Estado Democrático de Direito. 2.1. Evolução e conceituação. 2.2. O papel do direito do trabalho no estado democrático de direito e a vedação ao retrocesso social. 3. Normas de Saúde, Higiene e Segurança do trabalho e sua matriz constitucional: Irredutibilidade e Irrenunciabilidade. 4. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Com a publicação da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, iniciou-se um intenso debate sobre a inconstitucionalidade de alterações que suprimiram ou reduziram direitos mínimos garantidos ao trabalhador para efetivação da sua dignidade como pessoa humana e, a partir de então, voltaram-se as atenções sobre o papel do direito do trabalho no estado democrático de direito.

O discurso de que os direitos trabalhistas no Brasil oneram demasiadamente a atividade empresarial ensejou a criação da Lei 13.467/2017. Foi repetido, inclusive, durante o julgamento da ADI 5766 pelo Supremo Tribunal Federal,² e, dentre outros fatores, permitiu a negociação coletiva para reduzir direitos essenciais à proteção da saúde, higiene e segurança do trabalhador, em especial quanto à jornada e intervalo.

Conforme assinala Cláudio Janotti Rocha,³ os direitos trabalhistas surgem para atender às necessidades da classe trabalhadora em se manter fisiologicamente viva e dos empregadores/capital em se manterem ideologicamente vivos, ou seja, o direito laboral teve por finalidade, em seus primórdios, inibir a revolta da classe operária com o estabelecimento de direitos sociais mínimos e permitir que o capital se desenvolva com a exploração continuada da mão de obra.

Maurício Godinho Delgado⁴ afirma que o direito do trabalho, na forma de proteção decorrente do constitucionalismo social, institucionalizado no Brasil em 1943 com a Consolidação das Leis do Trabalho, teve por finalidade impedir as abusividades praticadas durante o estado liberal e a

2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5766, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, com julgamento suspenso após pedido de vista antecipada do Ministro Luiz Fux.

3 ROCHA, Cláudio Jannotti da. Porto, Lorena Vasconcelos. *Trabalho: Diálogos e Críticas*. LTR, 2018, p. 37.

4 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo. LTR, 2017, p. 114.

irracionalidade do próprio capital, e proteger a sua fonte de subsistência: a mão de obra.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com as emendas constitucionais 24/99 e 45/04, superou-se o modelo trabalhista corporativista criado durante o Estado Novo e consolidado após 1943, com um modelo sindical decorrente de um estado autoritário, e se ingressou num sistema democrático do direito do trabalho, com clara vertente de proteção à dignidade da pessoa humana, embora mantendo ainda alguns critérios ultrapassados, tais como a unicidade e enquadramento sindicais.

Entretanto, mesmo diante de uma nova ordem social, em que o direito do trabalho é claramente um dos meios de se efetivar o estado democrático de direito para possibilitar, além da justiça social, a dignidade da pessoa humana desta mão de obra que fomenta o capital, o capitalismo manipulatório tenta, a todo modo, preservar a proteção econômica, e minimizar as lutas sociais por igualdade, distribuição de renda e proteção dos socialmente excluídos.

Para Gorz,⁵ o capitalismo busca, de todas as formas, monetizar e quantificar tudo aquilo que se relaciona à vida humana, numa condição de sobrepor o interesse econômico sobre qualquer outra forma de razão social, ou seja, por mais que o capital dependa da mão de obra do trabalhador como instrumento para manutenção ou elevação dos seus lucros, ele tenta frear ou reduzir o direito do trabalho, o qual serve como contrapeso à livre e imoderada expansão sem preservação de direitos sociais, já que evita a degradação do labor humano.

Prova disso foi a famigerada “reforma trabalhista”, que, dentre outros pontos de efetivo retrocesso social, permitiu à norma coletiva suprimir ou reduzir direitos mínimos estabelecidos em lei, em especial jornada, inclusive os seus intervalos, enquadramento do grau de insalubridade e realização de horas extraordinárias em ambientes insalubres, mesmo sem autorização da autoridade administrativa competente, permitindo, assim, a relativização de normas essenciais à proteção da saúde, higiene e segurança do trabalhador.⁶

5 GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica*. Trad. Ana Montoia. Anablumme, 2003.

6 Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

Entretanto, no ordenamento jurídico pátrio, a análise e hermenêutica de quaisquer diplomas normativos deve ser submetida à compatibilidade com o sistema constitucional e seus pilares fundamentais, quais sejam: estado democrático de direito, arquitetura principiológica humanística e social da Constituição Federal e os direitos fundamentais da pessoa humana.⁷

Assim, necessário se faz entender o papel do direito do trabalho no estado democrático de direito, a sua condição como direito fundamental para se efetivar a justiça social e garantir a todo trabalhador os direitos mínimos e essenciais à preservação da sua dignidade como pessoa humana, em especial naquilo que lhe coloca em situação de extrema vulnerabilidade, como as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 EVOLUÇÃO E CONCEITUAÇÃO

O Estado Democrático de Direito, na forma como atualmente é compreendido, começou a ser construído na Europa após o holocausto da 2ª Grande Guerra Mundial, constituindo-se verdadeira transição entre o Estado Liberal, reconhecido pela institucionalização das liberdades civis, limitadas a uma pequena elite, e o Estado Social, deflagrado nas constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), com grande evolução em relação à matriz liberalista,

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
II - banco de horas anual;
III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
VI - regulamento empresarial;
VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
XI - troca do dia de feriado;
XII - enquadramento do grau de insalubridade.
XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

7 DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017. São Paulo, LTR. 2017.

pois inseria como norma Constitucional a proteção aos direitos sociais, tais como o Direito do Trabalho e Direito Previdenciário (atualmente, no estado democrático de direito, Seguridade Social).

O Estado Social contrapunha o liberalismo primitivo, com a inserção no texto constitucional de normas que ampliavam o conceito de cidadania, elencava direitos sociais de relevância para a classe dominada, em especial trabalhadores, mulheres e outros grupos sociais, intervencionismo estatal na economia e nas relações sociais, limitando-se ao direito de propriedade e ao poder exclusivamente privado do capitalismo, dentre outros.

Para José Afonso da Silva,⁸ o objetivo fundamental do Estado Liberal ou de direito seria assegurar o princípio da legalidade, de forma que todas as ações do Estado se norteiam pelas diretrizes taxativas da lei, e ainda afirma que estas foram suas características principais.

a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão;

b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica dos poderes legislativo, executivo e judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares;

c) enunciado e garantia dos direitos individuais.

Entretanto, embora o Estado Social trouxesse de forma mais evidente os critérios de democracia, ela não era plena e possuía inúmeras ressalvas antidemocráticas e de inclusão social, pois os direitos sociais não eram partes estruturantes das Constituições e não se tinha uma matriz voltada para os direitos humanistas e sociais.

Em razão disso, e após as atrocidades decorrentes da Segunda Guerra, teve início, no mundo, a nova concepção constitucional voltada à pessoa humana e à justiça social, amparada num constitucionalismo humanístico e social, decorrente do Estado Democrático de Direito.

8 SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126>>. Acesso em 30 de maio de 2018.

O Estado Democrático de Direito não decorre da junção formal do Estado Democrático com o Estado de Direito, mas num novo tipo de conceito em que todo processo democrático decorrerá da convivência social, numa sociedade justa, livre e solidária, em que o poder emana do povo, com a sua participação nos atos do governo, inclusive decisórios, de modo pluralista, ou seja, com pluralidade de ideias, de etnias e culturas, o qual, de acordo com José Afonso da Silva (ibidem), decorre de um

(...) processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Para Maurício Godinho Delgado, o Estado Democrático de Direito decorre de um alicerce balizado pela dignidade da pessoa humana e sociedades política e civil democráticas e inclusivas, em busca de justiça social, de modo que a centralidade é a pessoa humana, extirpando as exclusões e segregações sociais, econômicas e políticas.

Desta feita, a finalidade do Estado Democrático de Direito é a de extirpar ou superar as desigualdades sociais, através de um processo democrático, com efetivação da Justiça Social e, principalmente, tendo como centro a pessoa humana e sua dignidade, através de princípios como o da igualdade e com a proteção aos direitos fundamentais humanos individuais e coletivos.

2.2 O PAPEL DO DIREITO DO TRABALHO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

As políticas liberais e neoliberais, evidenciadas em épocas de crise do capital, que impõem uma cultura econômica dominante e exclusivamente materialista, sem dar a todos os cidadãos igualdade de oportunidade, tendem a buscar o crescimento ilimitado na ordem financeira e política, sem, contudo, preocupar-se, adequadamente, com os direitos sociais, uma vez que a finalidade é a riqueza e a prosperidade.⁹

⁹ MAMANI, Juan Ramos. *Novo constitucionalismo latino americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juizes*. Belo Horizonte: Arraes Editores LTDA., 2014, p. 5.

A procura pela riqueza e proteção exclusiva do capital, através de políticas liberais e neoliberais, prejudica as classes sociais menos privilegiadas, num primeiro momento a dos trabalhadores, a ferir, inclusive, princípios como o da igualdade, com tratativas discriminatórias e segregatórias da camada que não tem qualquer apoio ou respeito constitucional social, indicando quais cidadãos poderão aproveitar-se das atuais políticas e quais estão fadados ao esquecimento, o que é um contraponto ao Estado Democrático de Direito e seus direitos humanos fundamentais.¹⁰

Com a reforma trabalhista, fica nítido que Estado, Direito e Economia voltam-se para si, protegendo-os uns aos outros para a manutenção do poder e do capital, aproveitando-se de uma cultura imposta pela opressão e marginalidade, nas quais somente os escolhidos poderão ser sujeitos de direito, ou seja, aqueles que pertencem a uma minoria dominante. No entanto, não se poderão criar mecanismos de igualdade e condições de humanidade, sem, contudo, humanizar leis econômicas e estatais, políticas públicas ou de Estado, sem a consciência do povo como ativista social e política e precursor de mudança, a fim de se promover justiça social e democrática.

A garantia da dignidade da pessoa humana somente ocorrerá com a efetiva libertação dos homens naquilo que, rotineiramente, tem sido mais violentada, agredida e ignorada,¹¹ e não com políticas públicas voltadas exclusivamente à proteção do capital, com criação de leis que reduzam ou minimizem direitos fundamentais basilares do Estado Democrático de Direito, assim como ocorreu sequencialmente no Brasil através de leis que sabiamente colocaram os trabalhadores em condição de fragilidade, em especial no ano de 2017 (leis 13.429 e 13.467).

A criação de um sistema de diferenciação na seara trabalhista, sem a efetiva necessidade social ou de evolução, demonstra clara ofensa aos princípios constitucionais sociais:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 25.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2001, p. 231.

Em suma: Dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.¹²

A criação, pelo legislador, de obstáculos ao constitucionalismo social, como ocorreu com a “reforma trabalhista”, com a nítida intenção de aplicação de ideologias neoliberais de crescimento econômico imediatista, prejudica indivíduos que, em momento de risco social, se veem desprotegidos e discriminados e, com isso, continuam à margem da sociedade e taxados como engodos sociais e, principalmente, ficam à mercê da vontade do empregador ou do interesse do capital em relação a direitos humanos fundamentais.

O constitucionalismo social, fundado na ideia da pluralidade e do pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, busca garantir o “viver bem”,¹³ em detrimento do liberalismo econômico. Trata-se de uma concepção coletiva de vida, partindo do respeito à natureza e a todos os indivíduos, numa relação de superação da opressão das políticas governamentais, que por anos são submetidos ao labor exclusivamente para o sucesso profissional dos dominantes,¹⁴ o que demonstra o quão relevante é o direito do trabalho no Estado Democrático de Direito.

Para Gabriela Neves Delgado,¹⁵ o direito do trabalho tem por finalidade “regular as relações bilaterais e multilaterais do mundo empregatício, fixando regras imperativas”, estabelecendo-se um patamar civilizatório mínimo àqueles que dependem do trabalho para a sua sobrevivência e, portanto, tem relevante papel na distribuição de renda, efetivação de justiça social e centralização na pessoa humana e sua vida social, essenciais no Estado Democrático de Direito.

A sociedade, justa e solidária, deve se primar pela ideia de superação das dicotomias e segmentação do Estado para proteção de uma minoria dominante, a fazer um verdadeiro Estado do povo para o povo, que delimita

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 5.

13 MAMANI, Juan Ramos. *Novo constitucionalismo latino americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juizes*. Belo Horizonte: Arraes Editores LTDA., 2014, p. 5.

14 DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação na América Latina*. São Paulo: Edições Loyola, 1977, p. 146.

15 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017*. São Paulo, LTR, 2017, p. 40/41.

as reais necessidades, principalmente sociais, para que haja a redescoberta da consciência. E tal construção de sociedade ideal, passando pelo constitucionalismo social perpassa a ideia do ativismo político. O ativismo político como meio de pressão e coerção social para que o Estado reaja às pautas sociais, tem por finalidade a proteção daqueles que se encontram em situação de desvantagem, desigualdade e de opressão e não a de exclusão ou limitação de direitos, como ocorreu com a reforma trabalhista.

Para Boaventura,¹⁶ a ofensa maciça aos direitos humanos é resultado de joguetes daqueles sujeitos não integrantes do Estado que, em razão da corrupção generalizada e da ausência de políticas públicas efetivas de proteção social, utilizam do seu poder econômico para que o Poder Público seja objeto de manobra dos seus interesses pessoais ou de interesses da classe dominante, resultando na diminuição ou precarização dos direitos fundamentais, em especial do direito do trabalho.

A evolução da política neoliberal no mundo, assim como no Brasil, principalmente na década de 1990, movimentou-se “em sentido contrário à tendência de acumulação de direitos e de ampliação dos espaços de reivindicação e de exercício da cidadania”, o que demonstra ser a teoria de proteção à dignidade do homem questão que depende da participação mais ativa da sociedade, a fim de se evitar a continuidade de intervenção de grandes multinacionais nas decisões de cunho coletivo e individual de países com maior carência social,¹⁷ assim como o Brasil.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando buscou resguardar a proteção do ser humano, no intuito de garantir-lhes a justiça social tornou-se, nalguns países, como agora, no Brasil, um simples documento de caráter meramente formal, politicamente e legalmente inaplicável em razão de vários fatores, tais como a política neoliberal e a intervenção de grandes empresas que, de forma avassaladora, reduzem e retroagem os direitos sociais já adquiridos.¹⁸

16 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Derechos Humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

17 SÁNCHEZ RUBIO, Davi; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALO, Salo. *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 110-111.

18 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 23.

É cediço que, em países com grandes problemas sociais e pouco investimento em políticas públicas de auxílio às classes menos favorecidas, com a exploração de mão de obra barata (baixos salários) e ínfima fiscalização para a garantia dos direitos dos trabalhadores, é indubitável que o legislador envida seus esforços para atender aos interesses das classes dominantes, culpabilizando a vítima, ou seja, fomentando, inclusive, o discurso de ódio contra quem os protege, a Justiça do Trabalho, e contra os próprios trabalhadores, acusando-os de deslealdade contratual e processual ao buscar direitos que, na opinião deles, onerariam demasiadamente a atividade empresarial.

Pois bem. Todos estes fatores alhures elencados, somados à ausência de proteção aos trabalhadores, em especial os de baixa renda, ensejam um afastamento dos princípios e fundamentos basilares da Constituição Federal e das normas internacionais de direitos humanos, pois observa-se uma clara intenção em favorecer as ideologias do capital, que enseja retrocessos sociais em busca do crescimento econômico indiscriminado da pequena parcela da classe dominante.

O retrocesso social e as ofensas aos direitos humanos das classes menos favorecidas ocorre por um simples motivo: a imposição de uma política neoliberal de formação de riquezas e de exclusão opressora. O Estado tem o importante papel de sopesar os interesses externos e meramente econômicos em prol de proteção social com a criação de políticas de igualdade material e não de segregação, como ocorreu em 2017, com a lei 13.467, pois deveria resgatar o ativismo social, defendido por Dussel, como exercício da pressão social para garantir a participação igualitária de oportunidades a todos, indiscriminadamente.

Importante destacar que o ativismo social, sempre protegendo o ser coletivo, pode garantir melhores condições à sociedade e aos oprimidos, no intuito de buscar a criação de produções jurídicas que efetivem as políticas sociais decorrentes dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.¹⁹

É indubitável a ocorrência de retrocesso social no Brasil após a lei 13.467, que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, inclusive porque, se comparada a normas internacionais de proteção aos direitos

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 151-153.

humanos, com base nos fundamentos teóricos de direitos humanos e do Estado Democrático de Direito, ela nitidamente causa prejuízo aos sujeitos em situação de risco social, em face de normas de caráter meramente neoliberal para atender aos interesses da classe dominante e, em especial, permitindo a negociação coletiva de direitos fundamentais irrenunciáveis e inegociáveis para fins de redução ou supressão, tais como aquelas normas que envolvem saúde, higiene e segurança do trabalhador.

Os direitos fundamentais surgiram da ideia de limitação do poder absoluto do Estado, com a centralidade na dignidade da pessoa humana e na busca por justiça social e tem o direito do trabalho como matriz constitucional essencial para proteger aqueles que são diretamente explorados pelo capital, os trabalhadores, hipossuficientes na relação de emprego e expostos a condições de opressão.

Para Delgado, o Direito do Trabalho é uma vertente dos direitos humanos e, por isso, com a reforma trabalhista surge a necessidade da defesa de novos direitos fundamentais ou, pelo menos, intensificar o debate pelos direitos já esculpados nas normas legais e no próprio texto constitucional, evitando-se o retrocesso social.

A aplicação do direito do trabalho como matriz constitucional essencial no Estado Democrático de Direito exige do Estado e da sociedade que confirmem eficácia aos direitos dos mais necessitados, com a efetiva proteção aos preceitos de dignidade da pessoa humana e justiça social.

A Constituição Federal não pode se limitar a criar direitos fundamentais, devendo-se exigir o cumprimento destas disposições, a fim de que os direitos sociais sejam efetivados na prática, motivo pelo qual o legislador não poderá, simplesmente, reduzir ou mitigar aquilo que já fora socialmente conquistado, em especial porque deverá a referida norma ser avaliada com base na eficácia vertical e diagonal de proteção do trabalhador perante as supressões e reduções de direitos mínimos já sedimentados e essenciais à dignidade da grande maioria da população, sob pena de se configurar efetivo retrocesso social.²⁰

²⁰ O princípio de proibição do retrocesso social foi citado no voto vencido do ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI nº 2065-DF e, também, no voto do Ministro do STF, Celso de Mello na ADI nº 3105-DF.

3 NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO E SUA MATRIZ CONSTITUCIONAL – IRREDUTIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE POR NORMA COLETIVA

No Estado Democrático de Direito, foi alçado como questão de direito fundamental dos trabalhadores um ambiente de trabalho livre ou com efetiva redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, alinhado também como condição fundamental de trabalho e segurança, conforme vaticinam os artigos 6º e 7º, XXII, da Constituição da República.

Fábio de Assis Fernandes²¹ retrata que a saúde e o trabalho estão, também, diretamente ligados ao direito fundamental à vida, e o ambiente de trabalho deve proteger a incolumidade física e psíquica dos trabalhadores:

Para que se torne efetivo o direito fundamental à vida, assegurado no art. 5º, cabeça, do Texto Constitucional, faz-se mister que se assegure e viabilize o exercício, com a mesma densidade normativa de outros dois direitos tidos como pressupostos para sua existência, que são a saúde e o trabalho, sob pena de inviabilizar-se o exercício daquele, dito fundamental, porquanto suporte, por óbvio, de todos os demais.

A garantia constitucional do ambiente ecologicamente equilibrado tem por finalidade tutelar a vida humana.

O ambiente de trabalho equilibrado, com o estabelecimento de normas mínimas que envolvem a saúde, higiene e segurança do trabalhador é resguardado, também, pelo artigo 225, *caput* e §1º, V, da Constituição da República,²² com o nítido propósito de se proteger a dignidade da pessoa humana do trabalhador e, com isso, evitar a exposição do trabalhador a riscos acentuados que lhe possam trazer lesões, doenças ou até a morte.

Raimundo Simão de Melo²³ defende ainda que “o meio ambiente de trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, o qual se desrespeitado, provoca a agressão a

21 FERNANDES, Fábio de Assis F. A Constituição de 1988 e o meio ambiente do trabalho. O princípio da prevenção no meio ambiente do trabalho. Ministério Público do Trabalho e o licenciamento ambiental. Estudo Prévio e Relatório de Impacto Ambiental. Audiência Pública. Cipa e os Programas de Prevenção e Controle da Saúde e Segurança do Trabalhador. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 28, Brasília, LTR, 2004, p. 60.

22 PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTR, 2002, p. 32.

23 MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. LTR, 2013, p. 30-31.

toda a sociedade”. Continua dizendo, ainda, que “as normas de saúde, higiene e segurança não são normas de direito privado atinentes exclusivamente ao contrato individual do trabalho, embora a este se integrem”.

Nota-se, assim, que as normas que envolvem a saúde, higiene e segurança do trabalhador estão incluídas no rol de direitos fundamentais e, por isso, nenhuma autoridade poderá desrespeitar direitos mínimos individuais e coletivos, vinculando ao Estado o dever de fiscalização e de proteção das garantias mínimas já esculpidas no texto constitucional ou em normas específicas que regulam a matéria.

Para Dimitri Dimoulis:²⁴

Os direitos fundamentais vinculam o poder do Estado, proibindo-lhe de restringi-los por meio da legislação comum ou eximir-se da obrigação de respeito. Em outras palavras, os direitos fundamentais garantem, mediante a supremacia da Constituição, que nenhuma autoridade estatal, nem mesmo o Poder Legislativo, desrespeitará os direitos dos indivíduos. Isso constitui o efeito vertical dos direitos fundamentais que se manifesta nas relações caracterizadas pela desigualdade entre o “inferior” (indivíduo) e o “superior” (Estado), que detém, privativamente, o poder de legislar e um enorme potencial de violência organizada.

Com a entrada em vigor da lei 13.467/2017 e a possibilidade de se estabelecer por norma coletiva a redução do intervalo intrajornada, destinado à alimentação e descanso, para até 30 minutos, fixar compensação de jornada num período de até 6 (seis) meses em regime de banco de horas por contrato individual, possibilitar o enquadramento do grau de insalubridade, a prorrogação da jornada em ambiente insalubre, dentre outros itens vinculados à jornada de trabalho, percebe-se, claramente, a intenção do legislador em minimizar direitos diretamente vinculados à proteção da saúde, higiene e segurança do trabalhador.

Ato contínuo, estabeleceu no artigo 611-B, parágrafo único, da CLT a ideia de que as questões que norteiam jornada e intervalo não se constituem normas de saúde, higiene e segurança do trabalhador, ou seja, tentou limitar direitos fundamentais em prol do capital, o que fere a teoria

24 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 103.

de Konrad Hesse, aplicada pelo Supremo Tribunal Federal²⁵ em inúmeros julgados, em que a limitação de um direito fundamental deve ser proporcional em sentido restrito, de modo a resguardar aquilo que efetivamente proteja os interesses da sociedade, o que não foi o caso da “reforma trabalhista”.

Num primeiro momento, nota-se tratar de alteração legislativa que busca flexibilizar, de forma inconstitucional, os poderes da negociação coletiva de trabalho, inclusive, permitindo a redução de direitos socialmente já consolidados sem a exigência de cláusula compensatória (artigo 611-A, §2º, da CLT), já que, na lição de Maurício Godinho Delgado, rejeita o princípio da adequação setorial negociada, que estabelece a priorização da norma autônoma sobre a heterônoma.

Para Delgado, a prevalência da norma coletiva sobre o legislador, em especial, naquilo que se estabelece como direito fundamental, deve respeitar os seguintes critérios:

- a) Quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável;
- b) Quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

Ao se permitir que a negociação coletiva reduza ou suprima direitos mínimos estabelecidos em lei, fere-se não somente o artigo 7º da Constituição da República, como também as convenções internacionais da OIT (Organização Internacional do Trabalho) nº 87 e 98 (liberdade de associação e negociação coletiva), o que enseja, além da inconstitucionalidade, a inconveniência da Lei 13.467 de 2017.

Num segundo e último momento, nota-se que, simultaneamente, a Lei 13.467 de 2017 flexibilizou, de modo inconstitucional, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalhador, em afronta direta e literal ao artigo 7º, XXII, da Constituição da República, já citado, e convenção 155 da OIT.

Conforme já dito, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalhador constituem-se como de direito fundamental e, portanto, são regidas pelo princípio da imperatividade, de modo que é absolutamente inconsti-

tucional qualquer tentativa de flexibilização dos direitos daí decorrentes, seja por norma coletiva ou contrato individual de trabalho.

Conclui-se, assim que a jornada de trabalho e, em especial, os intervalos, constituem-se como normas de saúde, higiene e segurança do trabalhador,²⁶ já que estão diretamente ligados às doenças profissionais, ocupacionais e demais acidentes de trabalho provocados na pessoa humana envolta naquele contrato de trabalho e, portanto, são irrenunciáveis e inegociáveis para supressão ou redução de direitos mínimos já estabelecidos em lei.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que fora analisado, relevante se faz à hermenêutica jurídica subsidiar o Poder Judiciário para a prevalência dos direitos humanos fundamentais em face das injustiças e agressões cometidas pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, quando da transgressão deliberada de normas constitucionais e internacionais de direitos humanos, em especial daquelas que norteiam o núcleo essencial de uma sociedade justa e solidária, o meio ambiente de trabalho que proteja a saúde, higiene e segurança dos seus trabalhadores, possibilitando-lhes o ápice da dignidade da pessoa humana.

As normas de saúde, higiene e segurança do trabalhador, conforme dito, são tipificadas como direitos fundamentais e, portanto, devem prevalecer, pelo princípio da proporcionalidade, aos interesses do capital privado para proteção, inclusive, da propriedade.

Neste íterim, todas as questões que se refiram especificamente a jornada, em especial intervalo, não podem ser minimizadas ou extirpadas pelo legislador, o qual deve preservar a saúde, higiene e segurança em prol da sociedade, nem tampouco podem ser objeto de livre deliberação por norma coletiva ou contrato individual de trabalho, sob pena de se proteger o capital e ignorar a essência do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana, o que enseja, assim, pela consideração de inconstitucionalidade e inconveniência dos dispositivos que flexibilizem estas normas de proteção ao meio ambiente laboral.

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017*. São Paulo, LTR. 2017, p. 77-80.

²⁵ Consta menção no julgamento do RMS 23.452/RJ do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros Ed. Ltda., 2001.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Uma crítica descolonial ao discurso eurocêntrico dos direitos humanos. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Orgs.). *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTR, 14ª ed., 2017.
- _____ & DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017*. São Paulo, LTR, 2017.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2009. (Cap. 13: Os direitos humanos do outro). Páginas 349-374.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- _____. *Filosofia da libertação na América Latina*. São Paulo: Edições Loyola, 1977.
- FERNANDES, Fábio de Assis F. A Constituição de 1988 e o meio ambiente do trabalho. O princípio da prevenção no meio ambiente do trabalho. Ministério Público do Trabalho e o licenciamento ambiental. Estudo prévio e Relatório de Impacto Ambiental. Audiência Pública. Cipa e os Programas de Prevenção e Controle da Saúde e Segurança do Trabalhador. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 28, Brasília, LTR, 2004, p. 60.
- FLORES, Alberto Vivar. *Antropologia da libertação latino americana*. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.
- GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica*. Tradução de Ana Montoia. Anablumme, 2003.
- GRUBBA, Leilane Serratine; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Convergências entre Joaquín Herrera Flores e Luigi Ferrajoli*. Joaçaba: Espaço Jurídico, 2012.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

- MAMANI, Juan Ramos. *Novo constitucionalismo latino americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes Editores LTDA., 2014.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 440.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.
- ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos. *Trabalho: diálogos e críticas*. LTR, 2018.
- RUIZ, Castro M. M. Bartolomé. Mimese, memória e violência: aberturas críticas para uma cultura dos direitos humanos. In: RODINO, Ana Maria et al. (Orgs.). *Cultura e educação em direitos humanos na América Latina*. João Pessoa: Editora UFPB, 2014.
- SÁNCHEZ RUBIO, Davi; FRUTOS, J. A. S. *Teoría crítica del derecho: nuevos horizontes*. San L. Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, 2013.
- SÁNCHEZ RUBIO, Davi et al. *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011.
- _____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2011.
- _____. *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.
- SCOTT, Joan. O enigma da igualdade. *Revista Estudos Feministas*, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *O Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126>>. Acesso em 30 mai. 2018.
- VALÉRIO, Juliana Herek. *Reforma trabalhista: retrocesso em 20 pontos*, 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reforma-trabalhista-retrocesso-em-20-pontos-26042017>>. Acesso em 30 mai. 2018.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

**APLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017 (E SUAS ALTERAÇÕES)
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE,
DESAFIOS DOS OPERADORES DO DIREITO E A (IN)
SEGURANÇA JURÍDICA PÓS-REFORMA TRABALHISTA**

Gustavo Adolpho Montenegro de Aguiar Otto¹

RESUMO

O presente estudo buscará identificar e analisar os principais institutos e princípios constantes da Carta Maior, aplicáveis à esfera juslaboral, visando delimitar seu alcance, eficácia e coeficiente de mutabilidade em face das constantes alterações nas dinâmicas sociais, especificamente no que se refere às Relações de Trabalho e seus consectários.

A partir daí, será dado enfoque às alterações efetivadas pela Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista – que entrou em vigor em 11/11/2017 e alterou substancialmente o regramento normativo que informa o Direito do Trabalho pátrio.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Constitucional. Constitucionalidade. Lei 13.467/2017.

ABSTRACT

The present study will seek to identify and analyze the main institutes and principles contained in the Major Charter applicable to the labor law sphere, aiming to delimit its scope, effectiveness and coefficient of mutability in the face of constant changes in social dynamics, specifically in relation to Labor Relationships and its consectionaries.

¹ Advogado, com atuação focada na Justiça do Trabalho. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós-Graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (Uniderp) e em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Está cursando MBA em Gestão e Planejamento de Escritórios de Advocacia, pelo Instituto Dalmass, em parceria com a ESA/GO.

From then on, it will focus on the changes made by Law 13467/2017 - Labor Reform - which came into force on 11/11/2017 and substantially altered the normative rule that informs the Labor Law.

Sumário: 1. Lei 13.467/2017 e a Constituição Federal de 1988: análise principiológica e eficácia das normas constitucionais. 1.1. Funções dos princípios constitucionais. 1.2. Aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. 1.3. Direitos fundamentais. 1.4. Dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho. 1.5. Normas internacionais aplicáveis ao direito do trabalho brasileiro. 2. Controle de constitucionalidade da Lei 13.467/2017. 2.1. A “Guerra da Reforma Trabalhista”. 2.2. Controle difuso/incidental. 2.3. Controle Concentrado. 3. Conclusão.

1 LEI 13.467/2017 E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O Capítulo II do Título II da atual Constituição Brasileira trata, conforme sua denominação, “Dos Direitos Sociais”, e engloba em seu conteúdo os artigos 6º a 11 da Lei Maior.

Estes direitos sociais, em especial o trabalho, comportam direitos de defesa (liberdades sociais), de preservação da liberdade e da igualdade contra ingerências do Estado que possam reduzir seu grau de proteção, como também direitos a prestações, seja na realização de políticas públicas, seja na esfera individual, conforme ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] no âmbito dos direitos sociais (arts. 6º a 11 da CF), se encontram tanto direitos a prestações, quanto concretizações dos direitos de liberdade e igualdade, com estrutura jurídica diversa” (2010, p. 160).

O referido doutrinador conclui, ainda, que (2010, p. 174):

[...] boa parte dos direitos dos trabalhadores, positivados nos arts. 7º a 11 de nossa Lei Suprema, são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas. É o caso, por exemplo, da limitação da jornada de trabalho [...]

Importa notar que a Constituição brasileira não faz distinção entre os direitos e garantias fundamentais quanto ao regime jurídico a ser observado, impondo a todas estas normas sua aplicabilidade imediata, incluídas as decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (parágrafos primeiro e segundo do art. 5º).

De qualquer modo, não se pode descuidar da concepção de Estado Social, o que implica dizer que a liberdade e a igualdade somente serão realizadas, em sentido material, se considerado o compromisso assumido pelo Estado com a realização da justiça social, conforme brilhantemente expõe Sarlet:

Os direitos sociais, ou foram como tal designados por serem direitos a prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante a compensação de desigualdades fáticas e garantia do acesso a determinados bens e serviços por parte de parcelas da população socialmente vulneráveis, ou mesmo, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (que incluem uma série de direitos típicos de liberdade e de igualdade, no sentido de proibições de discriminação), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à garantia de tutela de uma determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria – e desequilíbrio – de poder econômico e social. (SARLET, 2010, p. 217-218)

Percebe-se que, já com o surgimento dos direitos sociais como direitos humanos de segunda dimensão, os conceitos de liberdade e de igualdade foram reformulados, de uma concepção individualista para uma concepção social, reforçada com o conceito de solidariedade, com maior ênfase à dignidade da pessoa humana.

Maurício Delgado (2016, p. 241) critica a aplicação da hermenêutica constitucional no que se refere ao Direito do Trabalho, expondo que “um dos grandes desafios do moderno Direito do Trabalho brasileiro é realizar mais plenamente no seu interior o a dimensão constitucional construída em 1988”. Assim sendo, passaremos a estudar neste capítulo os princípios constitucionais norteadores das relações de trabalho, as diferentes funções exercidas no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os graus de eficácia e aplicabilidade dos mesmos.

1.1 FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Tendo em vista a evolução principiológica-normativa implementada pela Constituição Federal de 1988, impende analisar as funções que os princípios constitucionais exercem no ordenamento jurídico e o grau de eficácia que os mesmos detêm.

Nos ensinamentos do professor e Ministro Maurício Godinho Delgado (2016, p. 192), “os princípios cumprem funções diferenciadas. Atuam, na verdade até mesmo na fase de construção da regra de Direito [...] mas será na fase jurídica típica, após consumada a elaboração da regra, que os princípios cumprirão sua atuação mais relevante”.

Assim, de acordo com o Ilustre doutrinador, na fase jurídica de aplicação dos princípios, estes podem ser divididos em três funções essenciais, as quais ele denomina como *Princípios Descritivos (ou Informativos)*, *Princípios Normativos Subsidiários* e *Princípios Normativos Próprios (ou Concorrentes)*, os quais exercem as seguintes funções em sua aplicação em face do ordenamento jurídico (2016, p. 193):

Princípios Descritivos – [...] cumprem, aqui, sua função mais clássica e recorrente, como veículo de auxílio à interpretação jurídica. Nesse papel, os princípios contribuem no processo de compreensão da regra e institutos jurídicos, balizando-os à seeência do conjunto do sistema de Direito. [...] não atuam, pois, como fonte formal do Direito, mas como instrumental de auxílio à interpretação jurídica.

Princípios Normativos Subsidiários – [...] Atuam como fonte normativas subsidiárias, à falta de outras regras jurídicas utilizáveis pelo intérprete e aplicador do Direito em face de um singular caso concreto. [...] A função normativa subsidiária dos princípios, embora mais rar do que sua função interpretativa, corresponde, curiosamente, àquela especialmente citada por texto expresso da legislação. É o que se passa quando a lei autoriza o recurso, pelo juiz, à integração jurífica (art. 8º, CLT; art. 4º, LICC; art. 126, CPC).

Princípios Normativos Próprios ou Concorrentes – [...] Esta última função atua, de maneira geral, em concurso com a interpretativa da regra analisada. Nesta atuação, ora estende o comando desta, ora o restringe, ora até mesmo esteriliza-o a partir de uma absorção de seu sentido no âmbito mais abrangente cimentado pelos princípios correlatos. [...] A clássica função interpretativa age, pois, em concurso com a função

normativa, ajustando as regras do Direito ao sentido essencial de todo o ordenamento. Por isso, se pode falar também em uma função simultaneamente interpretativa/normativa [...] que agem em conjunto, fusionadas, no processo de compreensão e aplicação do Direito.

1.2 APLICABILIDADE E EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

Além das funções acima descritas, o professor José Afonso da Silva foi o precursor da tradicional classificação das normas constitucionais de acordo com a sua aplicabilidade e eficácia, dividindo-as em normas de eficácia limitada, de eficácia contida (ou imediata) e de eficácia plena.

As *normas de eficácia plena* são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta ou indiretamente, quis regular.

Já as *normas de eficácia contida* são aquelas nas quais o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados

Por fim, as *normas de eficácia limitada* possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade. Estas podem ser divididas, ainda, em: a) *normas de eficácia limitada de princípios institutivos*, as quais traçam parâmetros para que o legislador infraconstitucional estabeleça a estrutura de órgãos, entidades ou institutos; e b) *normas de eficácia limitada de princípios programáticos*, sendo aquelas em que o legislador constitucional traçou princípios e objetivos a serem alcançados com o objetivo de realizar os fins sociais do Estado.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não por acaso, os Direitos Fundamentais encontram-se em posição de destaque na Constituição Federal de 1988, encontrando-se em seu Título I e precedendo as normas de estruturação do Estado e dos Poderes.

De acordo com Delgado e Delgado (2017, p. 33):

Os direitos fundamentais da pessoa humana dizem respeito àqueles que são inerentes ao universo de sua personalidade e de seu patrimônio moral, ao lado daqueles que são imprescindíveis para garantir um patamar civilizatório mínimo inerente à centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica. Trata-se, por exemplo, dos direitos individuais e coletivos elencados no Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) do Título I, a par dos direitos individuais e sociais elencados no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do mesmo Título I.

Para Eros Grau (2006, p. 194), são princípios que conformam a interpretação constitucional:

- a *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput*);

- os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e – valorização do trabalho humano e livre iniciativa – como fundamentos da ordem econômica (mundo do ser) (art. 17, *caput*);

- a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* como um dos objetos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I);

- o *garantir o desenvolvimento nacional* com um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, II);

- a *erradicação da pobreza e a marginalidade e a redução das desigualdades sociais e regionais* como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) – a redução das desigualdades regionais e sociais também como princípio da ordem econômica (art. 170, VII); 141.

Assim sendo, a ordem imposta pela Constituição por meio de suas normas principiológicas deve ser plenamente obedecida por todo o ordenamento jurídico pátrio, principalmente naquilo que se refere aos Direitos e Garantias Fundamentais e aos Fundamentos da República Federativa do Brasil, sob pena de se ferir de morte a Lei Maior naquilo que lhe é mais caro e valoroso.

No que concerne especificamente à seara juslaboral, a doutrina cuidou de extrair da Constituição, a partir da inteligência de seus arts. 7º a 11, os princípios específicos e basilares do Direito do Trabalho, sendo os

principais, de acordo com Maurício Delgado (2016, p. 201-214): princípio da proteção; princípio da norma mais favorável; princípio da imperatividade das normas trabalhistas; princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas; princípio da condição mais benéfica; princípio da inalterabilidade contratual lesiva; princípio da intangibilidade salarial; princípio da primazia da realidade e princípio da continuidade da relação de emprego.

Nesta esteira, é certo que a assimetria que envolve o dono dos meios de produção e a força de trabalho é significativa, o que exige do poder judiciário a utilização de meios para tornar tal relação mais equilibrada, inclusive através da utilização dos princípios-norma acima mencionados.

Todavia, a utilização imoderada de princípios protetivos vem trazendo em grande medida descrédito à Justiça do Trabalho junto à parcela considerável da sociedade, visto que tal medida leva, não raras vezes, a efeitos contrários aos que se visa tutelar, sendo inclusive fonte de desemprego.

1.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VALOR SOCIAL DO TRABALHO

O princípio da cidadania e o princípio da dignidade humana, previstos, respectivamente, nos incisos II e III do artigo 1º da Lei Maior, versam sobre a impossibilidade de haver Estado Democrático de Direito sem o respeito aos direitos fundamentais, que também só existirão se houver democracia.

O §1º do artigo 5º do mesmo Diploma estabelece que as regras constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, assim como as demais regras que versem sobre o tema, como os tratados internacionais, conforme prevê o §2º do mesmo artigo.

A principal discussão posta com o advento da Lei 13.467/2017 ocorre na esfera principiológica e normativa constitucional, a partir da verificação se a Reforma Trabalhista, em algum grau, atinge a sistemática protegida pela Carta Magna, em especial, dos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III e IV, da Constituição Federal).

A valorização do trabalho humano é tratada como princípio fundamental e distinguida com uma característica essencial: embora capi-

talista, a economia tem como principal pilar a valorização do trabalho, de sorte que a liberdade dos agentes que atuam no mercado deverá ser exercida de modo a respeitar e valorizar o trabalho humano, visando o bem-estar e a justiça social (arts.170 e 193 da CF/88).

Sobre este aspecto, salutar fazer alguns apontamentos acerca do poder diretivo do empregador e suas limitações. É pacífico na doutrina e jurisprudência que tal poder encontra limites claros no cumprimento das obrigações do empregado que derivam do contrato de trabalho e que estão relacionadas com a prestação de serviços do mesmo, no âmbito da empresa e no horário de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 rompeu com as diretrizes da ordem econômica até então vigente que consagrava as diretrizes do liberalismo em sua forma clássica para estabelecer uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano visando assegurar a todos uma existência digna de acordo com os ditames da justiça social.

A ordem econômica estabelecida pela Carta Magna criou um novo paradigma de direito de propriedade, em que a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa passam a figurar como bens socialmente tuteláveis, inseridos entre os princípios fundamentais do Estado.

1.5 NORMAS INTERNACIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Antes da edição Emenda Constitucional nº 45/2004, apenas havia a previsão na Constituição, em seu art. 5º, § 2º, de que os Direitos e Garantias Fundamentais expressos na Carta de 1988 “não excluíam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte”.

A mudança realizada pelo legislador, ao garantir hierarquia constitucional às normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos, consagrada no novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal, colocou o Brasil num cenário com maior consonância às tendências mundiais de valorização dos Direitos Humanos.

Os tratados internacionais de Direitos Humanos fortalecem a proteção dos Direitos Fundamentais no plano interno, principalmente porque

um país adere aos tratados de maneira voluntária, assumindo obrigações tanto em relação à comunidade internacional quanto em relação a seus cidadãos. Eles fortalecem também a noção de dignidade da pessoa humana como valor fundamental de todo o ordenamento jurídico.

Neste sentido, Maurício Delgado e Gabriela Delgado expõem acerca da Reforma Trabalhista que:

A Lei n. 13.467/2017 viola, em grande medida, a estrutura normativa de proteção ao trabalho humano prevista na Constituição (art. 12, III a IV; art. 32, I a III; art. 170 e art. 193, da Constituição Federal de 1988) e no Sistema Internacional de Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Declaração de Filadélfia, de 1944; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais da OIT, de 1998 e amplo rol de Convenções Internacionais do Trabalho da OIT ratificadas pelo Brasil). Assentada essa estrutura normativa constitucional e internacional nos princípios vetores da dignidade da pessoa humana e da justiça social, ela não absorve as regras desregulamentadoras e flexibilizadoras radicais da Lei da Reforma Trabalhista do País. (DELGADO & DELGADO, 2017, p. 73-74)

Acompanhando em parte a tese defendida por Delgado, o relatório anual do OIT denominado *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (em tradução livre, Relatório do Comitê de Especialistas na Aplicação de Convenções e Recomendações), publicado em 7 de fevereiro de 2018,² o organismo internacional questiona o governo brasileiro acerca das mudanças potencialmente prejudiciais aos trabalhadores, requerendo sejam enviadas explicações formais ao órgão sobre o tema.

Ainda no âmbito das regulamentações internacionais, Delgado faz duras críticas à Lei da Reforma Trabalhista quanto à sua compatibilidade com os diplomas internacionais ratificados e incorporados ao nosso ordenamento jurídico, principalmente no que se refere aos artigos 611-A e 611-B da CLT – os quais determinam os pontos em que a negociação coletiva deverá prevalecer sobre a lei - e foram incluídos no códex trabalhista através da Lei 13.467/2017, fazendo os seguintes apontamentos:

² Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_617065.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2018. Relatório sobre o Brasil constante das páginas 81 e 82.

O terceiro exemplo é o da flexibilização inconstitucional da negociação coletiva de trabalho, com a instituição da prevalência do negociado sobre o legislado, pelo art. 611-A da CLT, conforme texto inserido pela Lei n. 13.467/2017.

[...] Note-se que o art. 611-A, caput, da CLT, conforme redação promovida pela Lei n. 13.467/2017, autoriza a ampla prevalência das regras coletivas negociadas em contraposição às normas jusindividuais imperativas estatais existentes. À exceção apenas do rol de direitos previsto no art. 611-B da CLT (também por redação imposta pela nova lei), o que se estabelece é uma drástica ruptura com o padrão de direitos e de proteção ao trabalho firmados pela ordem jurídica heterônoma estatal do País, em seu tripé estruturante, ou seja, Constituição da República, normas internacionais vigorantes no Brasil e legislação federal trabalhista.

[...] A desnaturação da função constitucional da negociação coletiva, prevista no art. 7º do diploma constitucional, é inequívoca. Nesse quadro, são também violadas a Convenção 98 da OIT (direito de sindicalização e negociação coletiva) e a Convenção 154 da OIT (direito ao fomento à negociação coletiva), ambas ratificadas pelo Brasil e que ostentam status de direitos humanos trabalhistas e caráter supralegal na ordem jurídica interna brasileira.

Com base no acima expandido, verifica-se que a Reforma Trabalhista apresenta diversas possíveis e alegadas incongruências com o texto constitucional, assim como aos tratados e regulamentações internacionais.

No capítulo seguinte, portanto, analisaremos a posição do judiciário no que se refere à aplicação da novel norma e ao controle de constitucionalidade que vem sendo aplicado.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.467/2017

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, ou seja, uma norma pode ser declarada

inconstitucional em nosso país pela via incidental (ou difusa), assim como pode ser objeto das ações específicas pela via de controle concentrado.

Em estudo acerca do controle de constitucionalidade no Brasil, o professor e Ministro Gilmar Mendes descreve de maneira clara e objetiva o que vem a ser o controle difuso (2008, p. 2):

O modelo de controle difuso adotado pelo sistema brasileiro permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juizes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do poder público.

Ressalta-se, neste momento, que os efeitos da decisão tomada em sede de controle difuso terão eficácia *inter partes*, ou seja, produzirá efeitos apenas com relação às partes que compõem o processo.

Já o controle concentrado (ou abstrato) de constitucionalidade é realizado, via de regra, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de: i) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); ii) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); iii) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); ou iv) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Para estas ações, a Constituição prevê um rol taxativo de legitimados para propor as referidas ações, e, caso sejam conhecidas, o STF realizará a análise da norma em abstrato, ou seja, fora do caso concreto, tendo a decisão proferida eficácia *erga omnes*.

De acordo com MENDES (2008, p. 5):

O modelo de controle abstrato adotado pelo sistema brasileiro concentra no Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar as ações autônomas nas quais se apresenta a controvérsia constitucional. [...] recebeu ênfase da Constituição de 1988, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Neste capítulo, analisaremos e analisar como está sendo exercido o controle de constitucionalidade da Lei 13.467/2017 pelo Judiciário.

2.1 A “GUERRA DA REFORMA TRABALHISTA”

Antes mesmo da aprovação do PL 38/2017 - que viria a se tornar a Lei 13.467/17 - pelo Congresso Nacional e posterior sanção integral do projeto pelo Presidente Michel Temer, diversas entidades, grupos organizados da sociedade e instituições das mais variadas origens já se posicionavam acerca das alterações propostas no âmbito do Direito Trabalhista.

Não chega a configurar qualquer tipo de descomedimento dizer que se instaurou no âmbito das discussões e atividades juslaborais uma verdadeira disputa ideológica e jurídica, ilustrada por discursos extremados e defesas calorosas dos pontos de vista acerca da validade e eficácia - ou não - da novel norma frente aos ditames da Lei Fundamental Nacional, culminando no que denomino *Guerra da Reforma Trabalhista*.

Nessa “guerra”, desde o início da discussão para alteração da legislação trabalhista, figuram como protagonistas importantes entidades atuantes no cenário regional e nacional, listando, a título exemplificativo, como a favor da medida, a Confederação Nacional da Indústria (CNI), Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) e a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp).

De acordo com os apoiadores da medida, a Lei 13.467/2017 trouxe a modernização da legislação trabalhista, adequando a realidade normativa e do judiciário às novas dinâmicas das relações de trabalho, trazendo maior equilíbrio e moralização a essas relações.

Dizem, ainda, que a legislação que vigorou até o dia 10/11/2017 era demasiadamente onerosa ao empregador, além de trazer inseguranças e incertezas para o empresário brasileiro. A nova sistemática, assim, traria consigo o aumento dos empregos formais e diminuiria de maneira eficiente o alarmante grau de desemprego do país.

Outro argumento utilizado por este grupo é o de que as súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelo TST e pelos Tribunais Regionais do Trabalho restringiam direitos legalmente previstos e/ou criavam obrigações que não estão previstas na lei, fazendo referência à alteração do art. 702, I, “f”, da CLT e inclusão dos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo legal a partir da vigência da nova lei.

Na trincheira oposta, encontram-se importantes órgãos, entidades e associações de prestígio e renome do meio jurídico, como o Ministério Público do Trabalho (MPT), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), as quais se posicionaram de maneira veemente contra a aprovação do PL 38/17 nos moldes em que se encontrava.

Até mesmo a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), que não possui histórico de defesa aguerrida dos direitos trabalhistas, assinou uma Nota Pública em conjunto com outras quatorze entidades no dia anterior à aprovação final do PL 38/17 (11/07/2017) pelo Plenário do Senado Federal, em repúdio ao texto colocado em votação.

Na referida nota, as quinze entidades signatárias concluem:

Neste passo, conclamam o Senado da República à efetiva consecução de sua função constitucional revisora, impedindo a aprovação prematura de projeto crivado de inconstitucionalidades e deflagrador de grave retrocesso social, e, por ela, a consequente ruptura com o compromisso internacional assumido pelo País ao ensejo do art. 26 do Pacto de San Jose da Costa Rica, como também o rebaixamento histórico do patamar civilizatório mínimo de cidadania social que se construiu ao longo de quase dois séculos e meio de história universal.³

No dia 21/06/2017, quatro dos signatários da Nota Pública acima mencionada (ANAMATRA, ANPT, ABRAT e SINAIT) haviam encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (CCJC) uma Nota Técnica acerca dos “aspectos de inconstitucionalidade e de antijuridicidade” da Reforma Trabalhista, através da qual tecem argumentações acerca da inconstitucionalidade formal e material do PL 38/2017:

Nesse particular – o das inconstitucionalidades materiais –, sobressai, a toda evidência, a tese do chamado “negociado sobre o legislado” (i.e., admitir que a negociação coletiva possa indiscriminadamente estabelecer mínimos de proteção jurídico-laboral em níveis inferiores ao da legislação estatal). De fato, esse aspecto assume grande papel, porque abre brecha legal para que se estabeleçam, em todos os rincões do país, negociações coletivas tendentes a abolir direitos sociais pre-

³ Nota pública disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/files/Nota-Reforma-Trabalhista-1107.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2017. Entidades que assinaram a referida nota: MPT, CFOAB, CNBB, ANAMATRA, FRENTAS, AJUFE, AMB, CONAMP, ANPT, ANPR, AMPDFT, ANMPM, AMAGIS-DF, ABRAT e SINAIT.

vistos nos artigos acima listados (e especialmente no art. 7º), conquanto não fosse possível fazê-lo, como vimos, nem mesmo por proposta de emenda constitucional.

Já quanto às inconstitucionalidades formais (entre as quais incluímos as procedimentais), divisam-se, “prima facie”, três eixos críticos, insuperáveis por qualquer linha de argumentação que se tome. Importante percebê-lo porque, se no campo das inconstitucionalidades materiais há sempre alguma margem para debate (e não por outra razão o Deputado Rogério Marinho citava, a cada entrevista sua, o quanto decidido no RE n. 895.759, sobre “negociado v. legislado”, conquanto se saiba que ali houve uma única decisão, não uma jurisprudência mansa e pacífica do Excelso Pretório), não ocorre o mesmo com as inconstitucionalidades formais: tais inconstitucionalidades geralmente são evidentes, “de per se” e “prima facie”; e, no caso do PLC n. 38/2017, são notavelmente óbvias. Já por isso, tais constatações de inconstitucionalidade são dificilmente contornáveis, na perspectiva da argumentação jurídica. Afinal, como deriva do secular brocardo latino – que, embora não absoluto, serve bem à hipótese –, “in claris cessat interpretativo” (= “na clareza [do texto ou da sua contrariedade literal], cessa [deve cessar] a interpretação”).

Além das associações acima mencionadas, também outras instituições, juristas, doutrinadores, magistrados, advogados, membros do MP, enfim, diversos personagens envolvidos na discussão e aplicação do Direito do Trabalho apontaram supostas inconstitucionalidades presentes na Lei 13.467/2017.

Conforme restou demonstrado, são fortes e fundadas em argumentos plausíveis – sejam eles jurídicos, políticos, econômicos ou sociais – as ponderações tecidas por ambos os lados desta discussão que, certamente, ainda se encontram em seus primeiros momentos.

Com o aparente intuito de buscar a pacificação dos entendimentos acerca da novel norma em análise, o TST publicou, em 6 de fevereiro de 2018, a Resolução Administrativa nº 1953, a qual constituiu “Comissão de Ministros com a finalidade de regulamentar a aplicação da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, aos contratos de trabalho vigentes e processos em curso”, tendo em vista a total ausência de segurança jurídica que se encontra instaurada no âmbito Juslaboral.

A referida Comissão é formada por nove Ministros do C. TST e tem a função de “dar segurança jurídica às relações de trabalho, sinalizando, em caráter orientativo, quais as normas que seriam aplicáveis aos contratos de tra-

balho vigentes e processos em curso”, conforme dispõe a própria RA 1953/18,⁴ e até o presente momento não apresentou a tão aguardada regulamentação.

Certo é que, desde a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, houve considerável diminuição das reclamações trabalhistas, contudo, em análise mais criteriosa e baseada no convívio forense laboral, a ocorrência de tal fenômeno é fruto das incertezas jurídicas geradas pela nova lei, que pôs os advogados e reclamantes em estágio de espera, não havendo meios concretos de se concluir que tal diminuição se manterá por muito tempo, já que as ações judiciais só diminuem com a efetiva redução dos conflitos.

2.2 CONTROLE DIFUSO/INCIDENTAL

Conforme exposto acima, o controle difuso de constitucionalidade possibilita que *qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo*.

Neste sentido, é salutar informar neste momento que a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), entidade que reúne nacionalmente mais de 4 mil juízes do Trabalho, promoveu, em outubro de 2017 – um mês antes da entrada em vigor da Reforma – a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, evento inteiramente voltado ao debate da interpretação da Lei nº 13.467/2017.

A partir deste encontro, restaram aprovados 125 Enunciados norteadores da interpretação da novel norma laboral pelos juízes do Trabalho, sendo que em pelo menos dezesseis desses (enunciados nº 2, 15, 18, 27, 30, 31, 37, 45, 50, 57, 73, 87, 100, 103, 111 e 120) restou expressamente consignada a expressão “inconstitucionalidade” de diversos artigos da CLT ora em vigor, incluídos ou modificados no referido códex pela Lei 13.467/2017, sem contabilizar os demais enunciados que aduzem a incompatibilidade com a Constituição valendo-se de outros termos.

Tendo em vista o posicionamento da ANAMATRA – e consequentemente de grande parte dos juízes trabalhistas – e considerando que muitos desses já se manifestaram no sentido de que não iriam aplicar (e não

⁴ Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/124509/2018_ra1953.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 abr. 2018.

estão aplicando) os dispositivos da Lei 13.467/2017 os quais julgam ser inconstitucionais, resta claro que o controle de constitucionalidade pela via difusa será amplamente utilizado com relação à inovação legislativa.

Forte exemplo disso encontra-se na alteração dada pela Reforma Trabalhista com relação à compulsoriedade do recolhimento e repasse das contribuições sindicais (art. 578 e ss.), as quais, de acordo com a nova sistemática, deixaram de ser obrigatórias.

Acerca deste tema, a Central dos Sindicatos do Brasil (CSB) contabilizou que até o dia 28/03/2018,⁵ foram concedidas sessenta e oito (68) liminares que obrigaram empresas a recolherem a contribuição sindical dos empregados, a maioria com a fundamentação de que a natureza da referida contribuição é de tributo, não podendo ser alterada por lei ordinária.

Coincidentemente (ou não) o Enunciado nº 38 da ANAMATRA, referente à Jornada supramencionada, informa que:

ENUNCIADO Nº 38 – ANAMATRA

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

I - É LÍCITA A AUTORIZAÇÃO COLETIVA PRÉVIA E EXPRESSA PARA O DESCONTO DAS CONTRIBUIÇÕES SINDICAL E ASSISTENCIAL, MEDIANTE ASSEMBLEIA GERAL, NOS TERMOS DO ESTATUTO, SE OBTIDA MEDIANTE CONVOCAÇÃO DE TODA A CATEGORIA REPRESENTADA ESPECIFICAMENTE PARA ESSE FIM, INDEPENDENTEMENTE DE ASSOCIAÇÃO E SINDICALIZAÇÃO.

II - A DECISÃO DA ASSEMBLEIA GERAL SERÁ OBRIGATÓRIA PARA TODA A CATEGORIA, NO CASO DAS CONVENÇÕES COLETIVAS, OU PARA TODOS OS EMPREGADOS DAS EMPRESAS SIGNATÁRIAS DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO.

III - O PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR SOBRE O DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL É INCOMPATÍVEL COM O CAPUT DO ART. 8º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E COM O ART. 1º DA CONVENÇÃO 98 DA OIT, POR VIOLAR OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE E DA AUTONOMIA SINDICAL E DA COIBIÇÃO AOS ATOS ANTISSINDICAIS. (grifos nossos)

Pode-se verificar, ainda, através da prática forense laboral diária, que outras alterações efetivadas pelo legislador através da aprovação da Reforma Trabalhista não estão sendo levadas a cabo pelos juízes e tribunais

⁵ Fonte: <<https://veja.abril.com.br/economia/por-meio-de-liminares-sindicatos-conseguem-manter-contribuicao-anual>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

pátrios, como na aplicação do §3º do art. 790, que dispõe que a justiça gratuita apenas poderá ser concedida “àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”, sendo que grande parte dos juízes vêm entendendo que apenas a declaração de hipossuficiência basta para a concessão de tal beneplácito.

2.3 CONTROLE CONCENTRADO

A Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente em seu bojo, na inteligência do art. 60, §4º, IV, que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”. Acerca de tal determinação constitucional, Delgado e Delgado (2017, p. 32), expõem:

Essa norma constitucional de vedação explícita ao Poder Legislativo Reformador (e também, é óbvio, ao Poder Legislativo Ordinário) protege os direitos e garantias individuais fundamentais, isto é, aqueles direitos e garantias que sejam de titularidade de pessoas humanas, como sói ocorrer com os direitos individuais e sociais trabalhistas. Conforme se sabe, os direitos trabalhistas são, antes de tudo, direitos individuais, direitos da pessoa humana do trabalhador, em particular se este estiver inserido em uma relação de emprego e/ou relação sociojurídica equiparada; em seu conjunto, entretanto, os direitos individuais trabalhistas tornam-se também direitos sociais e/ou direitos coletivos – tal como acontece, a propósito, com diversos direitos individuais arrolados no Capítulo I do Título II da Constituição da República.

Assim, na eventualidade de possível incompatibilidade de uma norma com relação ao texto constitucional, cabe aos legitimados para propor as ações de competência direta do STF requerer a declaração de (in)constitucionalidade (ADC, ADI, ADO e ADPF) provocando da Suprema Corte brasileira para que esta avalie, em abstrato, a compatibilidade ou não de determinada norma à Constituição Federal.

Neste sentido, a Lei 13.467/2017 é objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade protocoladas no STF. Dezoito (18) delas já foram pro-

postas e encontram-se em trâmite na Suprema Corte brasileira (ADI números 5766, 5794, 5806, 5810, 5811, 5813, 5815, 5826, 5829, 5850, 5859, 5865, 5867, 5870, 5885, 5887, 5888 e 5892) as quais discutem a inconstitucionalidade da referida Lei no que se refere aos seguintes temas:

i) o fim da contribuição sindical obrigatória (art. 579) – este tema também possui uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5794 em andamento; ii) a possibilidade da celebração do contrato de trabalho intermitente (art. 443, caput e §3º e art. 452-A e ss.); iii) a criação de um valor máximo para as indenizações por dano extrapatrimonial (art. 223-A e ss.); iv) a correção do depósito recursal com base nos mesmos índices da poupança (art. 899, §4º); v) a criação de regras mais restritivas para a concessão dos benefícios da justiça gratuita e a instituição dos honorários de sucumbência de maneira mais ampla (art. 790, §3º, 790-B e 791-A); vi) a prevalência do negociado sobre o legislado nos casos previstos na lei (arts. 611-A e 611-B).

No dia 29/06/2018 o STF julgou, em sessão plenária, as ADIs e a ADC que possuíam como matéria o fim (ou manutenção) da contribuição sindical obrigatória sendo declarada na ocasião a constitucionalidade do ponto da Reforma Trabalhista que extinguiu a obrigatoriedade da contribuição sindical, por 6 votos a 3.

De acordo com notícia vinculada no site do STF:⁶

Prevaleceu o entendimento do ministro Luiz Fux, apresentado ontem (28), quando o julgamento foi iniciado. Entre os argumentos expostos por ele e pelos ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cármen Lúcia, está o de não se poder admitir que a contribuição sindical seja imposta a trabalhadores e empregadores quando a Constituição determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade sindical. Além disso, eles concordaram que o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical não ofende a Constituição.

3 CONCLUSÃO

A Reforma Trabalhista foi, sem sombra de dúvidas, uma das mais polêmicas leis aprovadas no Brasil nos últimos anos, trazendo, desde sua discussão inicial até os dias atuais, posicionamentos aguerridos a favor e contra

⁶ Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

a sua aplicação, em decorrência da possível ofensa à Constituição Federal de 1988 no que concerne aos direitos sociais historicamente conquistados.

Tal discussão encontra-se indubitavelmente longe de seu ponto final, tendo em vista o grande número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas contra a novel norma e a ausência de jurisprudência pacificada sobre o tema.

Neste cenário, os sujeitos da relação processual juslaboral, em especial as partes do processo – jurisdicionados – e seus procuradores, encontram-se órfãos de qualquer segurança jurídica, reféns de prováveis entendimentos conflitantes a depender do posicionamento jurídico-ideológico e convencimento de cada magistrado que venha a julgar seu caso concreto.

Torna-se imperiosa a necessidade de uniformização de entendimentos acerca da Lei 13.467/2017 o quanto antes, tratando-se de medida emergencial a ser observada pelos Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunal Superior do Trabalho e até mesmo do Supremo Tribunal Federal, com vistas a entregar à sociedade a necessária segurança jurídica às relações de trabalho, para que seja possível alcançar a tão almejada paz social.

REFERÊNCIAS

- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr., 2016.
- _____, & DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr. 2017.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle da constitucionalidade no Brasil, 2008*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1381_Texto_-_Gilmar_Mendes.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUSTOS PROCESSUAIS E A INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Rafael Silva Couto¹

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a questão dos custos processuais, assim entendidos como gênero, com um direcionamento maior para a Justiça do Trabalho, e como tais custos podem inevitavelmente inviabilizar o ajuizamento de pretensões. A temática primordial do presente trabalho leva a conjugação dos direitos fundamentais do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição e da assistência jurídica, todos consagrados no artigo 5º da lei maior. Além disso, abordaremos como as recentes alterações processuais legislativas, como a entrada em vigor do NCPC e da famigerada “reforma trabalhista” promoveram significativa restrição de acesso à justiça.

Palavras-chave: Custos processuais. Inafastabilidade da jurisdição.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the question of procedural costs, understood as gender, with a greater focus on Labor Justice, and how such costs can inevitably prevent the filing of claims. The main theme of this work is the combination of the fundamental rights of due process of law, the inafasability of jurisdiction and legal assistance, all enshrined in article 5 of the major law. In addition, we will address how recent legislative procedural changes, such as the entry into force of the NCPC and the notorious “labor reform”, have significantly restricted access to justice.

Keywords: Procedural costs. Inafasability of jurisdiction.

¹ Aluno do Mestrado em Gestão Organizacional pela Universidade Federal de Catalão (UFCat) e da Especialização em Direito Processual Civil e Argumentação Jurídica pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Bacharel em Direito pelo CESUC. Advogado.

Sumário: 1. Introdução. 2. A inafastabilidade da jurisdição como direito metaindividual. 2.1. A gratuidade da justiça na Justiça do Trabalho. 2.2. O combate à litigiosidade contida. 2.3. O alto custo judicial como inviabilizador do acesso à justiça. 2.4. A pessoa jurídica. 3. considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Por muito tempo se acreditou que o Direito Processual e Direito Constitucional consistiam em ramos totalmente distintos do ponto de vista tanto prático como teórico. Todavia, em virtude dos intensos movimentos intelectuais norteados especialmente pela herança experiência do pós-guerra, a moderna hermenêutica caminha no sentido de que o processo deve se compatibilizar com a Constituição. Somente se pode conceber um processo justo e razoável na medida em que ao menos as normas constitucionais asseguradas aos litigantes sejam minimamente asseguradas.

Neste cenário, Direito Processual e Direito Constitucional compõem a denominada Justiça Constitucional, assim entendida como aquela que se consubstancia na forma e instrumentos para asseguarção e supremacia da Constituição (JÚNIOR, 2004).

Ou seja, apenas entende-se constitucional, do ponto de vista processual, a razoável oportunidade de se fazer valer o direito. Tais direitos se consagram com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis (DE OLIVEIRA BARACHO, 2004).

É inegável que o mundo atual passa por significativas mudanças. A sociedade de consumo aliada a um mundo globalizado e cada vez mais conectado, passa a demandar soluções rápidas para seus problemas. Não alheio a isso, o mercado de trabalho também acaba tendo de se realinhar com as novas mudanças. Com isso, as antigas relações de trabalho abrem espaço para figuras mais modernas, como o *home office*, por exemplo.

No ano de 2017, foi aprovada a Lei nº 13.147/2017, que alterou profundamente a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Referida reforma teve como objetivo, nas palavras de seus idealizadores, promover a

[...] atualização e modernização da legislação trabalhista brasileira, adequando-a à dinâmica social e à realidade das relações estabelecidas entre trabalhadores e empregadores, com a manutenção de todos os direitos constitucionais conferidos aos trabalhadores, sem prejuízo de primar por um ambiente de maior liberdade contratual, com segurança jurídica e menor interferência do Estado nessas relações. (Exposição de motivos da MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017)

Dentre as inúmeras alterações promovidas, a que interessa ao presente estudo gira basicamente em torno dos custos processuais, que no presente estudo trataremos como sendo gênero, do qual são espécie as custas e emolumentos (CLT, art. 789 e ss.) e os honorários sucumbenciais (CLT, art. 791-A e ss).

Pois bem, dentre a vasta gama de princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, o que mais interessa ao presente estudo passa a ser o Princípio do Devido Processo Legal e, mais substancialmente, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição ou mesmo Princípio do Amplo Acesso ao Poder Judiciário.

O presente trabalho tem por escopo fomentar uma discussão não muito em voga no direito brasileiro, mas de fundamental importância para a efetiva consolidação do Estado Democrático de Direito, qual seja, a asseguarção do amplo acesso ao Poder Judiciário, ou mesmo o chamado Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, direito fundamental consagrado no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, e em que medida as Custas Judiciais, acabam por limitar o exercício desse direito tão importante.

Desta maneira, buscaremos ao longo das linhas seguintes abordar as diversas repercussões que o tema gera nos mais diversos ramos do direito, com um maior enfoque sob a perspectiva constitucional e dos direitos fundamentais que indiscutivelmente consistem em basilar ferramenta para a busca de princípios como a justiça social e igualdade.

Nesse íterim, também será realizado um direcionamento da discussão em torno da Lei nº 1.060/50 que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, além das disposições contidas no Código de Processo Civil e da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como com relação ao tratamento dispensado aos referidos diplomas por parte de nossos tribunais, nas mais diversas instâncias.

Por último, partindo das premissas ora levantadas, traçaremos um paralelo entre os temas, analisando a todo momento em que medida a sistemática dos custos processuais interferem na questão dos direitos e garantias conferidos aos cidadãos, com um enfoque muito especial na garantia da inafastabilidade da jurisdição.

2 A INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO COMO DIREITO METAINDIVIDUAL

Dizer que o direito é metaindividual significa que ele transpõe a barreira do individual, é um direito dos indivíduos assim considerados enquanto coletividade, pois é conferido a todos, sem distinção.

A operacionalização prática de tais direitos dentro do tema de investigação proposto, diz respeito à forma através da qual os custos processuais saem da esfera teórica e incidem no mundo fenomênico, produzindo, e muitas vezes, restringindo direitos.

Buscaremos aqui interligar os temas ora levantados, direcionando-os todos à temática do Amplo Acesso ao Poder Judiciário e de como seus altos custos (associados a um ativismo judicial de barreira) impedem que muitos cidadãos se amparem e efetivamente utilizem esse importante direito, corolário da ordem social e do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, necessário se faz garantir a maior efetividade possível dos direitos e garantias processuais. Tais avanços são alcançados em três passos, o primeiro passo na direção da efetividade consiste, exatamente, na identificação das barreiras que impedem o acesso à justiça e a própria efetividade do processo; o segundo, como atacá-las; e o terceiro, a que custo isso se faria (CORREIA, 2018).

2.1 A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Recepcionada pela Constituição Federal de 1988, vige desde o ano de 1950, no Brasil, a Lei nº 1.060, que garante aos que declararem insuficiência de recursos, os benefícios da assistência judiciária. Apesar de a Lei fazer menção unicamente à assistência judiciária, aqui se encontra também inserida a justiça gratuita, que poderá ser concedida pelo juiz nos mesmos termos.

Ocorre que o artigo 4º da lei em questão afirma bastar a simples afirmação, na própria petição inicial, de que a parte não está em condições de arcar com as despesas processuais para que se beneficie da assistência.

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 98, prevê claramente que a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

A CLT, ao seu turno, dispõe no artigo 790, §4º, que o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Vejam que, num primeiro momento, bastava a simples alegação de hipossuficiência econômica, entretanto, com a evolução legislativa, passou-se a se exigir como requisito para concessão do benefício, a comprovação da alegada insuficiência de recursos.

Tal exigência, em alguns casos mostra-se desarrazoada, uma vez que, em muitas das vezes, o reclamante encontra-se desempregado, logo, em tais circunstâncias sua incapacidade deveria ser presumida. Para além disso, a própria condição de empregado, assim compreendido aquele que fornece sua mão de obra, por si só, já pressupõe a hipossuficiência alegada.

Fato curioso é que o CPC prevê no artigo 99, §3º, que se presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural, ao passo que a CLT diz que a condição de hipossuficiência deverá ser comprovada (art. 790, §4º). Ou seja, invertendo toda a sistemática histórica do ordenamento jurídico brasileiro, a norma geral está sendo mais benéfica ao trabalhador do que a própria CLT, deixando de proteger o trabalhador em benefício dos mais fortalecidos (IVO, 2017).

O fato é que, tanto o reclamante como o reclamado poderão se sujeitar aos ônus da sucumbência. A responsabilidade agora vem com a derrota processual, tal como já ocorria no processo civil. Em síntese, arcará com todos os custos do processo, quem deve sair derrotado, ainda que essa derrota seja parcial.

É compreensível, em parte, a ideia por detrás dessa lógica, entretanto, ela desconsidera alguns fatores. Naturalmente, toda ação judicial pressupõe um certo risco, logo, demandar deve consistir em uma ação extre-

mamente bem calculada, a fim de que, em caso de derrota, além de não conseguir o que se pretendia através de uma sentença judicial, tenha o reclamante que arcar ainda com elevadas despesas processuais.

Em todo caso, como as alterações da legislação laboral encontram-se relativamente recentes, apenas novos estudos poderão dizer, através de dados empíricos, como a jurisprudência se comportou diante das novas exigências.

2.2 O COMBATE À LITIGIOSIDADE CONTIDA

Nas lições de Kazuo Watanabe (apud HERMANN, 2010), litigiosidade contida é o fenômeno pelo qual as demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário crescem em uma velocidade tamanha, que o sistema não consegue suportá-las, levando a uma baixa celeridade, e muitos litigantes a verem seus conflitos se arrastarem por anos e mais anos, gerando uma série de insatisfações, e, por esse motivo, a litigiosidade se torna contida na medida em que os pretensos litigantes desistem de ajuizar suas respectivas demandas, contendo, assim, os seus direitos.

Ocorre que, muitos desses conflitos consistem em pequenas demandas, a grande maioria deles, especialmente no que concerne à Justiça do Trabalho, são reclamações cujo valor máximo não excede a quarenta vezes o salário mínimo e submetidas ao Rito Sumaríssimo (art. 852-A, CLT), são processos de valores relativamente baixos, e que poderiam facilmente ser resolvidos mediante conciliação extrajudicial entre as partes, sem intervenção do Poder Judiciário. Todavia, pela tradição extremamente beligerante que muitas vezes relaciona as partes, isso acaba se tornando quase inviável.

Entretanto, há que se reconhecer a existência de demandas que consistem em verdadeiras aventuras judiciais, lides totalmente temerárias, sem estarem fundadas em qualquer fundamento ou respaldo fático ou jurídico, objetivando tão somente a perspectiva de um ganho fácil.

Nesse sentido, as custas processuais vêm como importante fator desestimulante a tais casos (além, é claro, de suas outras funções, como custeio de parte da máquina judiciária). Uma vez que o indivíduo se veja diante do pagamento de custas judiciais, honorários advocatícios bem como

outros encargos que porventura venham a ser cobrados, situações dessa natureza serão menos recorrentes.

A importância das custas processuais nesse sentido se dá na medida em que o desestímulo ocasionado pela sua imposição faz com que a máquina judiciária não se movimente desnecessariamente, podendo se dedicar às demandas que efetivamente tenham algum fundamento.

Nesse sentido, entendeu o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

CUSTAS PROCESSUAIS. PRAZO LEGAL PARA RECOLHIMENTO E COMPROVAÇÃO. A determinação contida no § 1º, do art. 897, da CLT, no sentido de que as custas processuais sejam recolhidas e comprovadas no prazo recursal não implica em punição ao recorrente, tampouco obsta o livre exercício do contraditório e da ampla defesa. Isso porque a obrigatoriedade contida na norma revela tratar-se de pressuposto objetivo de admissibilidade do recurso, que visa apenas amenizar o impacto financeiro gerado no Estado ante o acionamento da máquina judiciária e obstar que as partes ajuízem lides temerárias ou, ainda, que busquem protelar os feitos com a interposição de incontáveis recursos desprovidos de qualquer base legal. (TRT-10, Relator: Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran, Data de Julgamento: 28/05/2008, 1ª Turma)

No voto do eminente Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran, em seu voto, ao apreciar a matéria, especialmente sob o aspecto do preparo recursal, que também constitui modalidade de custa processual, ele entendeu que é dupla a função do referido instituto. Por um lado ele custeia o impacto financeiro ocasionado ao Estado pelo acionamento do judiciário para a reapreciação de uma decisão desfavorável, por outro, visa a obstar que as partes ajuízem inúmeras lides temerárias ou, ainda, que busquem protelá-las com a interposição de incontáveis recursos fundados em alegações estérteis, sem qualquer base legal, ou que interponham recursos com finalidades meramente protelatórias.

O que não se pode aceitar é que a tentativa de se evitar o ajuizamento de ações infundadas impeça o ajuizamento de ações que buscam efetivamente a proteção de direitos ameaçados. Cabe, portanto, aos aplicadores do direito, buscar o caminho do justo e equânime quando da exigência das custas processuais, analisando cada caso criteriosamente, e não estabelecendo regras gerais que de pouco ou nada valem em casos específicos.

Neste contexto, o pretexto do abarrotamento judiciário não pode se sobrepor às garantias constitucionais garantidas no Estado Democrático, sob pena de violação de patamares civilizatórios mínimos (IVO, 2017).

Combater a litigiosidade contida significa criar mecanismos hábeis a fazer com que o sistema judicial consiga dar a efetiva prestação jurisdicional a quem solicite. Significa não permitir que se acumulem grandes quantidades de demandas estagnadas na justiça, que inibam a sociedade de ajuizar outras novas, e não exercer seu direito de amplo acesso à justiça.

2.3 O ALTO CUSTO JUDICIAL COMO INVIABILIZADOR DO ACESSO À JUSTIÇA

A criação de exigências rigorosas para concessão da justiça gratuita associada com os riscos naturais da demanda acabam, senão por impedir, no mínimo inviabilizar ou ainda limitar consideravelmente o exercício do direito consagrado sob a égide constitucional de amplo acesso à justiça.

Um dos muitos argumentos que se usa para fundamentar tais exigências encontra-se no artigo 5º, LXXIV da CF/88, que afirma que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Como se sabe, no Brasil, adota-se o chamado princípio da sucumbência (CAPPELLETTI & GARTH, 1988), que em nada mais consiste que imputar à parte perdedora no processo o dever de arcar com as despesas processuais que eventualmente ali incidiram.

Conforme prelecionam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), a penalidade para o vencido acaba sendo duas vezes maior, haja vista ele ter de pagar os custos de ambas as partes, além do seu pretense direito que foi perdido. Ou seja, em sistemas em que se adota o referido princípio em seus ordenamentos (a não ser que se tenha efetivamente certeza de vitória, o que é extremamente difícil, uma vez que o processo se submete à discricionariedade do julgador), torna-se economicamente difícil ajuizar uma demanda judicial.

Quando falamos em custos judiciais, também devemos de considerar a questão dos honorários advocatícios. Sendo que, neste tópico, mais

uma vez eventualmente a parte sucumbente poderá ser duplamente penalizada, pois além de ter que arcar com os custos de seu próprio advogado, terá ainda que custear os honorários sucumbenciais da parte contrária.

A grosso modo, as alterações na CLT não consistem em sua essência em inovação legislativa, nem tampouco procedimental. Toda essa distribuição dos encargos da sucumbência sempre foi uma realidade no processo civil, entretanto, apenas agora é que ela foi compatibilizada com o processo do trabalho.

A grande crítica reside na natureza subjetiva que permeia as relações interpessoais subjacentes às demandas trabalhistas. Em geral, tratam-se elas de ações de empregados em face de seus empregadores, em que se cobra por direitos e/ou verbas não usufruídos ou não recebidos. Ou seja, pela própria característica do processo, já é possível perceber que há uma parte que já dele participa fragilizada.

Há que se falar que o CPC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho, em seu artigo 98, §3º, prevê que

[...] vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Embora o texto diga claramente “obrigações decorrentes de sua sucumbência”, entendemos que tal previsão aplica-se especificamente às custas e honorários periciais, pois, no que diz respeito aos honorários advocatícios, há disposição específica na CLT.

O art. 791-A, §4º, também prevê situação semelhante, no sentido de que

[...] vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação

de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Ou seja, para os honorários advocatícios sucumbenciais, o período de suspensão da exigibilidade é de 02 (dois) e não de 05 (cinco) anos, como ocorre com as demais despesas. Outra diferença está no fato de que os honorários advocatícios poderão inclusive ser compensados com créditos decorrentes não só do processo em questão, na hipótese de eventual sucumbência recíproca, mas como também poderá haver compensação em outros processos.

Em todo caso, após transcorrido o período de suspensão, e não sobrevindo melhora na capacidade financeira do devedor suficiente a adimplir com seus débitos, os mesmos perderão sua exigibilidade.

Todavia, em que pese tais previsões, não entendemos que eles sejam suficientes para garantir uma maior efetividade no acesso à justiça. Isso porque há ainda a possibilidade de sucumbência recíproca, onde o reclamante veria compensado em seus créditos as despesas decorrentes da parte em que sucumbiu, além do fato de que, mesmo que tenha sido sucumbente no todo e não tivesse créditos a compensar, ainda se veria limitado na medida em que, dentro do período de suspensão da exigibilidade das despesas, a qualquer momento poderiam seus credores invadir sua esfera patrimonial a fim de efetuar as cobranças pendentes.

A reforma teve como um de seus pretextos a flexibilização das relações de trabalho, baseado numa argumentação de que o empregador não seria capaz de manter a massa obreira custeando os encargos formais. Todavia o mesmo não se justifica, na medida em que viola o próprio texto constitucional, que garante o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF), além do que o risco da atividade pertence exclusivamente ao empregador (DIAS, 2018).

O sempre sábio Nelson Nery Júnior (2004) prevê soluções específicas para o caso de a lei infraconstitucional estar em descompasso com a Constituição. Para ele, se a norma for anterior à Constituição, não será recepcionada, por ser incompatível; se posterior, deverá ser considerada inconstitucional, cuja declaração será feita mediante controle difuso ou concentrado, conforme cada caso.

Como resta evidente que as reformas empreendidas no sistema processual trabalhista afastaram, e muito, o direito de acesso à justiça, não restará alternativa aos jurisdicionados senão a busca direta não apenas do direito material pretendido, mas também a garantia do direito processual em si, através dos mecanismos próprios, inclusive os de controle de constitucionalidade.

2.4 A PESSOA JURÍDICA

Consistindo em grande obstáculo à efetivação da justiça, conforme vimos, o valor dos custos é objeto a ser melhor avaliado. Mas, dentro de tais premissas, constatamos que não somente as pessoas físicas encontram obstáculos nesse sentido, mas as pessoas jurídicas se veem diante de tal problema, e sua questão também não pode escapar aos olhos do ordenamento jurídico.

Ora, as pessoas jurídicas, assim como as pessoas físicas, enfrentam problemas de ordem financeira, e necessitam, de igual forma, de amparo judicial para suas pretensões, estejam elas na posição de reclamadas, como é mais comum, ou de reclamantes, como ocasionalmente também ocorre. Não se pode vedar a elas o acesso à justiça simplesmente pelo fato de haver uma espécie de presunção de sua capacidade financeira.

Em que pese, dentro de uma perspectiva de relação de trabalho, estar a pessoa jurídica numa posição de detentora dos meios de produção e, ao menos hipoteticamente, numa situação econômica superior à do seu empregado, tal fato por si só não justifica a não concessão dos benefícios a elas. Uma mercearia de uma cidade do interior, por exemplo, é tão empresária quanto uma grande multinacional que oferta ações na bolsa de valores. Não é crível que se dê a ambas tratamento semelhante, pois cada uma tem suas próprias particularidades.

Embora o CPC, em seu artigo 98 diga em seu caput que a gratuidade da justiça será concedida tanto às pessoas físicas ou jurídicas que comprovem sua insuficiência de recursos, o que vemos na prática é uma limitação significativa dessas pessoas ao benefício, na medida em que, para elas, os requisitos para concessão são muito mais criteriosos.

Com o fito de solucionar tal questão no âmbito da justiça comum, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 481, que estabelece que a pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, que demonstre impossibilidade de arcar com as despesas do processo, fará jus ao benefício da justiça gratuita. Ressalte-se, todavia, que a referida súmula cuidou tão somente de garantir a justiça gratuita e não a assistência judiciária, que são institutos diversos, mas cuja diferenciação não interessa ao presente trabalho.

Assim como ocorre com relação às pessoas físicas, para as pessoas jurídicas não basta a simples afirmação na petição inicial de que não está em condições de arcar com as despesas processuais, nos termos do artigo 4º da Lei nº 1.060/50. Deverá ela efetivamente comprovar a real necessidade de concessão do benefício.

Aqui, no que tange tal exigência às pessoas jurídicas, parecem-nos ser ela cabível. Pois, muito embora seja possível tanto a pessoa física como a jurídica fazerem prova de sua hipossuficiência, torna-se consideravelmente mais fácil para a última o fazer, haja vista ter ela uma escrituração contábil hábil a demonstrar sua real situação financeira, o que não ocorre com relação às pessoas físicas, para quais o ônus da prova não seria tão facilmente suportado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, os diversos custos aos quais o pretense litigante está sujeito limitam em muito o acesso à justiça. Em que pese haverem benefícios a serem concedidos, entendemos que eles não são suficientes para contornar o problema de que está havendo sim um sistemático distanciamento do cidadão do controle da jurisdição.

Especificamente, as recentes alterações promovidas no processo do trabalho violam em muito a garantia do acesso à justiça, fazendo pesar sobre o cidadão a pecha da suspeição (IVO, 2017).

Não podemos de forma alguma retroagir no campo dos direitos e garantias fundamentais, em nome de um pretense (e hipotético) avanço econômico, que apenas interessa a alguns poucos, em detrimento de uma imensa maioria. As duras penas nossos direitos foram conquistados, e não podemos deles abrir mão assim tão facilmente.

Diversos problemas assombram a efetivação do direito constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário, sendo a questão dos altos custos judiciais somente um deles, entretanto cumpre-nos lutar a todo o momento pela garantia do exercício dessa importante garantia conferida pelo Estado Democrático a todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CORREIA, Frank Daniel Soares. *Acesso à Justiça e a reforma trabalhista trazida pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017*. 2018. (Trabalho de Conclusão de Curso). Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 17 de maio de 2018.

DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo. Teoria geral do processo constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 90, 2004, p. 69-170.

DIAS, Helena Bezerra. *A aplicação do princípio de proteção ao hipossuficiente no processo do trabalho e a consequente inconstitucionalidade da reforma trabalhista (lei 13.467/17)*. (Trabalho de Conclusão de Curso). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 17 de janeiro de 2018.

HERMANN, Ricardo Torres. *O tratamento das demandas de massa nos Juizados Especiais Cíveis*. 2010. (Tese de Doutorado). Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.

IVO, Jasiel. A reforma trabalhista e a violação constitucional do acesso à justiça. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 63, n. 96, jul./dez. 2017, p. 135-147.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

A PROPRIEDADE INTELECTUAL NOS CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO

Rosana Pilon Muknicka¹

RESUMO

O texto pretende abordar, de forma simples e prática, os problemas encontrados no contrato individual do trabalho quando há a criação de obra, invento ou software, em regime de colaboração ou coparticipação entre empregado e empregador.

Palavras-chave: *Propriedade Intelectual. Vínculo Empregatício. Empregado. Software. Direito Autoral. Propriedade Industrial.*

ABSTRACT

The text intends to approach, in a simple and practical way, the problems contemplated in the individual employment agreement when there is a creation of work, invention or software, in a system of collaboration or co-participation between employee and employer.

Keywords: *Intellectual property. Employment relationship. Employee. Software. Copyright. Industrial property.*

Sumário: *1. Introdução. 2. Propriedade intelectual. 3. Direitos autorais. 4. Propriedade industrial. 5. Proteção do software. 6. Conclusão.*

¹ Advogada trabalhista do escritório LO Baptista, graduada e pós-graduada em Direito pela USP, pós-graduada em Direito do Trabalho pela PUC/SP, especializada em contratos pela Harvard Law School e concluindo, em 2018, a Pós-Graduação em Direito Digital pela Faculdade de Engenharia Politécnica da USP.

1 INTRODUÇÃO

Conquanto a questão dos direitos relativos à propriedade intelectual se encontra amplamente discutida, quase dissecada, no âmbito civil, pouco se discute sobre este tema na seara trabalhista, não havendo jurisprudência suficiente sobre os direitos morais e patrimoniais decorrentes da propriedade intelectual inseridos no bojo de uma relação de trabalho.

Em verdade, o Direito do Trabalho acaba por se preocupar somente com os direitos constantes da Consolidação das Leis do Trabalho, pouco se relacionando com as demais ramificações do Direito. No entanto, com o incremento de novas tecnologias e a facilidade de acesso a informações sigilosas, inexoravelmente, surgirão novas demandas nas quais haverá a necessidade de uma análise mais detalhada tanto da lei de direitos autorais, quanto de propriedade industrial e da própria lei de proteção dos softwares.

Portanto, o presente trabalho apresenta como escopo uma breve análise sobre os direitos de propriedade intelectual quando inseridos no contexto de uma relação de trabalho, nesta inserida, precipuamente, a figura do empregado, nos termos do artigo 3º da CLT, cujo atributo essencial, para ser definido como tal, é a existência de subordinação jurídica no vínculo formado entre as partes.

2 PROPRIEDADE INTELECTUAL

A preocupação com a proteção dos direitos intelectuais não é nova. Em 1877, Edmond Picard² defendeu a criação e proteção de uma nova categoria de direitos, denominada direitos intelectuais, que se diferenciava dos direitos da pessoa, dos direitos incidentes sobre a pessoa alheia, dos direitos obrigacionais e direitos reais sobre as coisas imateriais.

Conforme definição do *Manual de Propriedade Intelectual*, coordenado por Patricia Peck Pinheiro para a Unesp,

2 PICARD, Edmond. *Le droit pur*. Paris: Flammarion, 1920, p. 92 e ss. Citado também a partir da obra traduzida: PICARD, Edmond. *O direito puro*. 2ª ed. Salvador: Livraria Progresso Ed., 1954, p. 116 (apud CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu, op. cit., p. 64-65).

Os direitos de propriedade intelectual são aqueles relacionados com a proteção legal que a lei atribui à criação do intelecto humano, garantindo aos autores de determinado conteúdo o reconhecimento pela obra desenvolvida, bem como a possibilidade de expor, dispor ou explorar comercialmente o fruto de sua criação. São duas ramificações atribuídas aos direitos da propriedade intelectual: direitos autorais e os direitos de propriedade industrial (marcas, patentes e know-how). Os direitos autorais são aqueles que dizem respeito às criações de caráter intelectual, artístico ou literário do espírito humano, tendo como principal atribuição a garantia de proteção aos autores de eventual uso incorreto ou irresponsável feito por terceiros de suas obras, além de permitir a estes explorar tais obras da maneira que achar mais conveniente. Já os direitos de propriedade industrial são aqueles que dizem respeito também às criações da mente humana, mas as que dão origem às invenções e às marcas, as quais têm caráter exclusivamente econômico e que possuem como essência a sua aplicabilidade em escala industrial. Os direitos de propriedade industrial visam proteger os produtos ou serviços que estão diretamente relacionados com as invenções ou marcas, além de garantir ao seu titular a possibilidade de explorá-las economicamente ou de impedir que terceiros o façam sem a sua autorização.³

Neste cenário, importante destacar que as ideias ou simples projetos elaborados durante uma relação de trabalho podem não ser considerados objeto de proteção como direitos autorais, nos termos do artigo 8º da Lei no 9.610/98, *in verbis*:

Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios [...].

Por sua vez, conforme a regra consubstanciada no artigo 10 da Lei no 9.279/96, não são protegidas como propriedade industrial:

Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

[...]

II - concepções puramente abstratas;

3 PINHEIRO, Patricia Peck (Coord.). In: *Manual de propriedade intelectual*, edição 2012-2013. São Paulo: Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), p. 11. Disponível em: <https://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/65802/1/unesp_nead_manual_propriedade_intelectual.pdf>.

III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;

[...]

V - programas de computador em si;

VI - apresentação de informações [...].

Portanto, a mera participação do empregado com ideias e concepções abstratas não são protegidas pela Lei de Direitos Autorais, pela Lei de Proteção à Propriedade Industrial e, muito menos, pela lei de proteção do software, que exige o suporte físico para considerar programa de computador, nos termos do artigo 1º da Lei 9.609/98.

3 DIREITOS AUTORAIS

O conceito de proteção aos direitos autorais como o conhecemos é relativamente recente.

O *copyright* surgiu, em seu primeiro momento, na Inglaterra, como simples monopólio da coroa inglesa de autorizar ou censurar obras e visava manter uma restrita autorização concedida a poucos editores e livreiros ingleses. Neste período, que perdurou por mais de 200 anos, o autor não detinha qualquer direito autoral sobre a sua obra. Somente em 1774, o Parlamento Inglês, ao determinar como deveria ser interpretado o “Statute of Anne”, criou o que seria considerada a primeira lei de direito autoral do mundo. Referida lei não reconhecia o direito do autor mas o protegia de forma indireta ao quebrar o monopólio dos livreiros e editores ingleses. Somente o *Literary Copyright Act*, de 1842, reconheceu, na Inglaterra, o direito do escritor e seus sucessores sobre a obra, pelo prazo de 42 anos contados da primeira publicação ou 7 anos da sua morte.

Nos Estados Unidos da América, em 1790 foi editado o Copyright Act, que protegia o direito do autor por 14 anos, contados da primeira publicação da sua obra, período este prorrogável por mais 14 anos. Atualmente, o *Copyright Act* estabelece o prazo de proteção de 50 anos após a morte do autor.

Por sua vez, na França, o “Droit d’auteur” foi reconhecido a partir da Revolução Francesa, em 1789, por meio do qual foi assegurado ao autor condições favoráveis na negociação da publicação de sua obra com o editor.

Diferentemente do copyright, no sistema *droit d’auteur*, o direito do autor derivava de um direito natural, e o registro não era condição para a titularidade do direito sobre a obra.

Esta concepção do direito do autor, que englobava tanto o seu aspecto moral quanto material, veio a ser sedimentada com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

O direito brasileiro, por força da sua filiação ao direito de tradição românica e adoção do *civil law*, desde o início adotou o sistema *droit d’auteur*, sendo que, desde a fundação dos cursos jurídicos no Brasil (na Faculdade de Direito do Largo São Francisco em São Paulo e da Faculdade de Olinda), em 1827, reconheceu-se a proteção dos direitos de exclusividade do autor sobre sua criação intelectual.

A Constituição Federal de 1988 trouxe proteção aos direitos autorais, inserindo-os na categoria de direitos fundamentais à pessoa humana, consagrando-os no inciso XXVII do seu artigo 5º, *in verbis*: “XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

Contudo, apesar da previsão constitucional de 1988, a matéria somente veio a definitivamente ser regulamentada após a Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais Multilaterais, 1994, organizada pela Organização Mundial do Comércio (OMC), na cidade de Marrakesh, e a celebração do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (conhecido por sua sigla em inglês TRIPs). Após, o TRIPs, o governo brasileiro promulgou a Lei no 9.610/98, que, de forma definitiva, estabeleceu as regras concernentes ao direito do autor. Note-se que referida norma, apesar de inúmeras críticas sobre a necessidade de urgente atualização, permanece vigente até os dias atuais.

Da análise conjunta das duas principais normas de proteção dos direitos autorais brasileiras em vigor (Constituição Federal e Lei de Direitos Autorais) podemos afirmar que estes englobam os direitos puramente morais bem como patrimoniais do autor.

No âmbito moral, os direitos autorais são intransferíveis e decorrem da capacidade criativa, que torna possível a ligação direta entre o criador e sua criação.

De outra sorte, decorre que, no âmbito patrimonial, a titularidade do autor pelas suas criações possui caráter de exclusividade, preceito este aplicável tanto em âmbito individual quanto coletivo, podendo, ainda, ser transmissíveis aos herdeiros. Possuem, no mais, proteção por tempo limitado, inclusive após o falecimento do autor, e conferem legitimidade ativa ao titular para realização da fiscalização do uso e aproveitamento econômico da obra.

Destaque-se que alguns doutrinadores, como a Professora Silmara Chinellato,⁴ defendem a impropriedade técnica de consideração como sendo patrimonial a natureza dos direitos autorais, considerando-os, pois, como direito de personalidade, visto nascer com a criação da obra, inserindo-os dentro de uma categoria única, sob os seguintes fundamentos: (i) a proteção aos direitos patrimoniais se aplicaria, somente, aos bens corpóreos, o que não seria o caso dos direitos autorais; (ii) a total impossibilidade de aplicação do instituto do usucapião de direito autoral; (iii) a distinção na forma de aquisição do direito autoral em relação aos direitos patrimoniais; (iv) diferentemente dos direitos patrimoniais, as limitações temporais dos direitos autorais. Contudo, a despeito de não considerar como sendo patrimonial a natureza do direito intelectual, reconhece a professora Silmara os necessários reflexos financeiros e patrimoniais decorrentes dos direitos intelectuais.

Nesta seara, no escopo do presente estudo, independentemente de ter ou não natureza eminentemente patrimonial, focaremos, apenas, nos reflexos patrimoniais decorrentes do direito do autor, mormente quando estes abrangem uma coletividade de indivíduos que colaboram para o resultado final do projeto organizado por um mesmo empregador.

Para que seja tutelada, determina a legislação pátria que a criação do espírito (caput do art. 7º da Lei nº 9.610 de 1.998) seja expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Observe-se, no entanto, como preleciona o professor Fabio Ulhoa Coelho,⁵

4 CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. Tese (Concurso para Titular). Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 80-82.

5 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Direito das coisas e direitos autorais*, v. 4. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 588.

[...] no Brasil e demais países signatários do Acordo TRIPs, é obra protegida pelo direito autoral a base de dados com estrutura nova. O titular da base tem, então, direito de exclusividade sobre essa configuração, mas não sobre o conteúdo, que é protegido por regras de concorrência desleal apenas.

Portanto, em tese, a criação do empregado inserida em um contrato de trabalho poderia ser tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio, assegurando ao seu criador a proteção em face de terceiros, desde que a obra possua forma original e função estética destacável.

Mas, uma vez que tanto os direitos patrimoniais como os morais do autor nascem do ato de criação, independentemente do registro em qualquer órgão como, por exemplo, o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), como compatibilizar referida regra aos contratos de trabalho para a realização de obra certa ou não que, aparentemente, retiram do autor/criador a titularidade dos direitos autorais?

Conforme examinado, os direitos morais sobre a criação sempre serão do autor/criador, contudo, o direito de exploração patrimonial do direito do autor poderá ser explorado por terceiro, no caso o empregador.

O registro da obra em órgãos como o INPI possui natureza meramente declaratória do direito autoral, ou seja, apenas confirma a existência do direito e do seu titular e serve, apenas, de elemento de prova da anterioridade da autoria.

Deste modo, ainda que não haja o registro da obra ou do projeto protegido pela Lei de Direitos Autorais, ao autor será garantido o reconhecimento do seu direito moral de autoria.

Observe-se que, via de regra, o autor, detentor do direito moral, possui o direito de exploração da obra produzida. Contudo, a Lei de Direitos Autorais traz duas importantes exceções à regra, a saber:

a) os direitos patrimoniais sobre as obras coletivas pertencem ao organizador da obra – aquele que convocou ou contratou os criadores (art. 17, § 2º da LDA);

b) os direitos sobre os escritos publicados na imprensa – salvo os artigos assinados ou reservados – pertencem ao editor do periódico (art. 36 da LDA).

No caso de obra coletiva, caberá ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra, nos termos do parágrafo 2º do artigo 17 da LDA, devendo estar consignado no contrato a remuneração e as condições para a execução do trabalho.

Neste caso, grande é a celeuma causada nas hipóteses quando o contrato de trabalho é omissivo sobre o valor da remuneração a ser paga ao empregado autor pelo direito de exploração da obra.

Alguns entendem que a cessão do direito do autor é onerosa, motivo pelo qual deve estar destacada no contrato de trabalho, o qual deverá indicar a remuneração paga ao autor uma vez que a LDA não teria revogado o disposto no artigo 13 da Lei 6.533/78, segundo o qual “não será permitida a cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais [...]”.⁶ Neste sentido, argumenta-se, ainda, que os contratos de Direito Autoral devem ser interpretados restritivamente.

No entanto, em decisão proferida em 2010, o Superior Tribunal de Justiça já havia se posicionado em sentido contrário, afirmando que, havendo vínculo empregatício, presume-se a transferência tácita dos direitos autorais de natureza patrimonial ao empregador.⁷

No mesmo sentido se posicionou o Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE – DIREITOS AUTORAIS – CENOGRAFIA – EMPRESA DE TELEVISÃO CRIAÇÃO ARTÍSTICA OBJETO DO CONTRATO DE TRABALHO – INDEVIDOS OS DIREITOS PATRIMONIAIS PLEITEADOS – 1- Os direitos autorais, previstos no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, XXVII e XXVIII, da Constituição Federal), são disciplinados pela Lei 9.610/98, que protege os direitos dos autores das criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. A referida lei contém expressa proteção às obras audiovisuais, inclusive as cinematográficas, bem como à ce-

6 PIMENTA, Eduardo Salles; GARCIA, Rebeca Alves de Souza. Lei não prevê cessão de direitos autorais no contrato de trabalho intelectual. *Opinião – Conjur.* 30/07/17. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-30/nao-cessao-direitos-autorais-acordo-trabalho-intelectual>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

7 A transferência ao empregador dos direitos patrimoniais sobre essas obras oriundas exclusivamente da relação de emprego exsurge como consequência lógica da remuneração recebida pelo empregado, sendo razoável supor a existência de acordo tácito nesse sentido, como forma de justificar o pagamento do salário. Por outro lado, esse mesmo salário não tem o condão de desfazer o liame subjetivo do autor com sua obra, persistindo o vínculo de caráter moral, que pertence à própria essência do direito de autor. Outrossim, tendo em vista que, havendo vínculo laboral entre autor e encomendante, a transmissão dos direitos autorais de natureza patrimonial ocorre de maneira tácita” (STJ, REsp nº 1.034.103/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, dj 22.06.10).

nografia, e abrange os direitos morais e patrimoniais do autor. 2- Ao contrário da Lei das Marcas e Patentes e da Lei que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, a Lei dos Direitos Autorais não disciplina as criações realizadas no âmbito da relação de emprego. 3- Tal como disciplinado no art. 27 da Lei 9.610/98, os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis. Tal prerrogativa, entretanto, não alcança os direitos patrimoniais, que não pertencem, necessariamente, ao seu criador, dependendo do que estiver previsto na lei ou no contrato. 4- Na lei, são previstas somente duas hipóteses em que os direitos patrimoniais não pertencem aos seus autores. Referem-se aos direitos patrimoniais sobre as obras coletivas, os quais pertencem ao organizador da equipe, e aos direitos de utilização econômica dos escritos publicados pela imprensa, que pertencem ao editor do periódico, salvo os artigos assinados ou com sinal de reserva. Não sendo o caso dessas exceções legais, devem-se observar os termos do contrato. 5- No caso dos autos, a condenação buscada pela Reclamante refere-se ao aspecto patrimonial dos direitos autorais. 6- Assim, nas relações de emprego, ainda que, em tese, os direitos pertençam aos autores, a contratação do empregado para atuar na criação de determinado trabalho, como é o caso dos autos, confere o direito pleno de utilização dos resultados desse trabalho ao empregador, sendo razoável concluir que o salário pago ao empregado corresponde à contraprestação do empregador pela atividade desenvolvida, salvo estipulação contratual em contrário. 7- Logo, em se tratando de contrato de trabalho que tem como fim precipuo a criação de cenários, os direitos patrimoniais correspondentes são do Empregador, razão pela qual não merece reforma a decisão recorrida. Recurso de revista obreiro não conhecido. (TST – RR 13700-65.2006.5.01.0071 – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJe 26.03.2013 – p. 3009)

Finalmente, há os que entendem que somente poderá haver exploração econômica da obra pelo empregador dentro dos limites contratuais. Sendo certo que, “caso o empregador a explore além dos contornos do contrato, pensamos que estará afrontando os direitos patrimoniais remanescentes e que são de titularidade do empregado, ficando, assim, sujeito às penalidades legais.”⁸

Portanto, para que não parem dúvidas sobre o alcance e os limites da cessão dos direitos autorais, recomenda-se a inclusão de cláusula

8 AMARANTE, Fernanda Machado. A criação autoral no âmbito do contrato de trabalho”. *JUS BR*, 05/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57931/a-criacao-autoral-no-ambito-do-contrato-de-emprego>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

expressa prevendo, por certo, qual o valor da remuneração e o período de exploração econômica da obra pelo empregador. A despeito da maior informalidade do contrato de trabalho que admite, inclusive, a forma tácita nos termos do artigo 442 da CLT, entendemos que sempre que houver a solicitação para a criação de obra protegida pelo Direito Autoral, que seja elaborado contrato por escrito, estabelecendo todas as regras concernentes à remuneração recebida pelo autor e os limites do direito de exploração da obra.

4 DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O direito industrial considera como “novo” as criações que não integram o estado da técnica, sendo certo que a invenção e/ou o desenho industrial devem ser diferentes daqueles anteriormente depositados no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). Por isso, é necessário que a invenção ou o desenho industrial a serem registrados não estejam compreendidos no domínio público. Interessa-nos observar que a novidade pode, por conseguinte, ser apreciada conforme graus diversos. Para a concessão de patentes, exige-se uma novidade absoluta, sendo somente considerada nova uma invenção, se jamais tiver se tornado acessível ao público.

A novidade é um dos requisitos necessários para a patenteabilidade das invenções e criações industriais. Uma invenção somente é considerada nova se, até a data de depósito do pedido de patente, não foi divulgada por qualquer meio, em qualquer parte do mundo (novidade absoluta). No Brasil, a novidade absoluta é aplicada para todos os tipos de patente (de invenção e modelos de utilidade), conforme o art. 11 da Lei 9.279/76, incluindo-se o registro de desenho industrial (§1º do art. 96). Alguns países exigem como requisito para as criações industriais (modelos de utilidade, desenhos e modelos industriais) apenas a novidade relativa. Neste sentido, considera-se novidade relativa a que apresenta limitações quanto à forma de divulgação ou ao espaço territorial em que a divulgação é efetuada. Note-se que, no caso das marcas, requer-se, apenas, a novidade relativa.

Portanto, diferentemente dos direitos autorais acima descritos, em que a patente é ato meramente declaratório, no caso da propriedade industrial ele é ato essencial para garantir o direito moral e de exploração sobre a criação.

Nesta seara, a preocupação com os direitos de propriedade intelectual, quando a invenção ou criação estão inseridos no contexto de uma relação de trabalho, é antiga. A redação original do artigo 454 da CLT de 1943 estabelecia que

Na vigência do contrato de trabalho, as invenções do empregado, quando decorrente de sua contribuição pessoal e da instalação ou equipamento fornecido pelo empregador, serão de propriedade comum, em partes iguais, salvo se o contrato de trabalho tiver por objeto, implícita ou explicitamente, pesquisa científica.

Por sua vez, havia uma limitação temporal para que o empregador explorasse o invento do seu empregado, nos termos da antiga redação do parágrafo único do artigo 454 da CLT, *in verbis*: “Ao empregador caberá a exploração do invento, ficando obrigado a promovê-la no prazo de um ano da data da concessão da patente, sob pena de reverter em favor do empregado a plena propriedade desse invento.”

A norma em comento se referia, precipuamente, à propriedade industrial e somente assegurava o direito de exploração pelo empregador se o invento fosse patenteado no prazo de um ano. Não havia qualquer referência ao direito autoral e, por certo, à criação de softwares pelo empregado.

Contudo, o referido artigo foi revogado na década de 1970 pela Lei 5.772/71, que instituiu o Código de Propriedade Industrial, o qual, alterando completamente a matéria, estabeleceu, em seu artigo 40 e seguintes, que pertenciam

[...] exclusivamente ao empregador os inventos, bem como os aperfeiçoamentos, realizados durante a vigência de contrato expressamente destinado a pesquisa no Brasil, em que a atividade inventiva do assalariado ou do prestador de serviços seja prevista, ou ainda que decorra da própria natureza da atividade contratada.

Ademais, preconizava que a compensação pelo invento estava compreendida na remuneração normalmente auferida pelo empregado. A exploração exclusiva do invento somente poderia ser do empregado ou do prestador de serviços se o invento não tivesse relação com o contrato de trabalho ou o empregado não tivesse utilizado qualquer meio ou equipamento

fornecido pelo empregador para a sua criação. O empregador teria, ainda, mero privilégio de exploração dos direitos decorrentes da invenção do seu empregado no exterior.

Contudo, referidos dispositivos legais foram, novamente, revogados pela Lei 9.279/96, que, a partir do seu artigo 88, passou a descrever a propriedade industrial quando inserida no contexto de um contrato de trabalho.

Precitado dispositivo legal afirma que

A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

Portanto, em um mundo globalizado, a primeira questão que surge acerca do dispositivo legal em comento se refere ao invento criado durante o contrato de trabalho cujos serviços foram parcialmente prestados no Brasil. Afinal, a norma parece ser clara quanto à limitação territorial da prestação dos serviços.

No entanto, na hipótese em apreço, preferimos uma interpretação menos restritiva da norma para adotarmos a segunda metade do caput do artigo 88 da Lei 9.278/96 que se refere aos serviços para os quais o empregado foi especificamente contratado. Portanto, por exemplo, será do empregador os direitos de exploração do invento se no contrato individual de trabalho restar consignado que, mesmo na hipótese das pesquisas ocorrerem no exterior, o produto final será patenteado no Brasil.

Outrossim, assevera o parágrafo 2º do artigo 88 da Lei 9.279/96 que “consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.”

Neste ponto, necessário perquirir se o legislador infraconstitucional reduziu o prazo prescricional inserido no inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal⁹ ou se, neste caso, deverá ser aplicado o prazo pres-

⁹ Artigo 7º, XXIX, CF: “ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

cricional adotado na esfera civil e a teoria do *actio nata*, segundo a qual, somente com a patente haveria o conhecimento pelo empregador da existência da obra e, portanto, deste momento se iniciaria o prazo prescricional para postular o direito de exploração da criação.

Da mesma forma que a norma constitucional é relativizada na hipótese de reconhecimento de acidente ou doença profissional diretamente relacionada ao trabalho após o término do contrato de trabalho, na qual se inicia a contagem do prazo prescricional após o conhecimento inequívoco das sequelas e dos danos causados, no caso do direito de propriedade industrial, ousamos supor que poderia ser aplicado, por analogia, entendimento semelhante, ou seja, somente com a patente após o término do contrato de trabalho (dentro do período de um ano) é que nasceria o direito do empregador de reivindicar para si a titularidade do direito de exploração do invento. Contudo, não localizamos qualquer jurisprudência sobre o tema para corroborar com o nosso entendimento fundamentado muito mais na equidade do que na interpretação restritiva da norma constitucional.

Outrossim, sendo o empregador o titular da patente, não fará o empregado jus ao pagamento de qualquer *plus* salarial pela sua criação, uma vez que se considera que foi devidamente remunerado por meio do pagamento do seu salário, salvo se as partes negociaram participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, sendo importante ressaltar que referidos ganhos possuem natureza indenizatória e não se incorporam a qualquer título à remuneração do empregado, nos termos do parágrafo único do artigo 89 da Lei 9.279/96. A norma trata referido pagamento como uma “participação nos ganhos econômicos” sem, contudo, especificar a natureza jurídica da parcela concedida, nos termos dos artigos 457 e 458 da CLT. Contudo, com a alteração das recentes reformas trabalhistas de 2017, necessário observar que houve uma profunda mudança no artigo 457 que delimitava quais as parcelas teriam ou não natureza salarial. Neste contexto, no rol disciplinado no parágrafo segundo do artigo 457 da CLT não se insere a figura “da participação nos ganhos econômicos”. Portanto, neste caso, para que não haja maiores discussões acerca da derrogação ou não da norma especial (Lei 9.279/96) pela lei mais nova que trata, especificamente, sobre a remuneração do empregado, recomenda-se a elaboração de cláusula na qual se dispo-

nha que esta participação nos ganhos econômicos adote a natureza jurídica de prêmio, devendo a cláusula contratual mencionar, ainda, que se trata de parcela decorrente de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício das suas atividades. Adotando-se a natureza jurídica de prêmio, referido pagamento não constitui base de incidência de encargos trabalhistas e previdenciários, cabendo, apenas, as retenções fiscais cabíveis. Contudo, não sendo inserida qualquer cláusula no contrato a ser celebrado com o inventor/criador, poderá ser arguida em juízo a natureza jurídica da parcela concedida ao empregado pelos seus inventos, uma vez que não é prevista nem no rol do artigo 457 da CLT, sendo certo que somente a importância recebida em decorrência da cessão de direitos autorais é contemplada no item “v” do parágrafo 9º, do artigo 28 da Lei 8.212/91, quando menciona as parcelas que não integram o salário de contribuição.

5 DA PROTEÇÃO DO SOFTWARE

Diferentemente do direito autoral ou da propriedade industrial, a proteção ao software passou a ter previsão somente no século XX, com a assinatura em 1994 do “Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights” ou, simplesmente, TRIPS, que, em seu artigo 10, estabelece que “programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela convenção de Berna”.

Portanto, remetia o programa de computador à proteção do Direito Autoral, tal como fez o Tratado OMPI de 1996, que também o remetia à proteção da convenção de Berna de 1971.

No entanto, a referida legislação não era suficiente para dirimir a questão relativa à proteção do software no Brasil, uma vez que nem o TRIPS nem o Tratado OMPI possuem aplicação direta:

[...] o fato de o programa de computador representar um bem econômico de grande valor tecnológico agregado, raramente associado à personalidade de um autor e que vale muito mais por sua funcionalidade e utilidade do que pelo seu valor cultural, acarreta uma significativa mudança no equilíbrio de interesses geralmente considerado pelo Direito de Autor.

Com efeito, no regime protetivo do programa de computador nota-se a preocupação do Legislador com os direitos do usuário e com a liberdade de concorrência. A matéria acarreta um impacto importante no campo dos limites do direito de autor: diversos diplomas legais tratam do direito do usuário de introduzir modificações para correção de erros e da legalidade da engenharia reversa para fins de interoperabilidade. São questões que não são reguladas quando se trata das demais obras intelectuais, embora este tipo de problema exista em parte no que se refere às bases de dados eletrônicas, outra criação de natureza e finalidade meramente utilitárias.¹⁰

Por esse motivo a legislação brasileira passou a adotar dois modelos de proteção ao software: a) o sistema trazido pela Lei 9.609/98, que aplica, subsidiariamente, o disposto na lei de Direitos Autorais para obras literárias; e, b) o sistema de patentes de invenção, que protege os inventos de software, isto é, as soluções técnicas construídas através de programas de computador.

Tal como o Direito Autoral, a proteção do software independe de registro, não sendo este elemento essencial de proteção, sendo certo que o inciso V do artigo 10 da Lei 9.276/96 veda a patente por não considerar modelo de utilidade ao programa de computador em si. Observe-se, no entanto, que a lei 9.609/98 traz em seu bojo a figura do registro do software que poderá conter, inclusive, informações sigilosas que somente poderão ser reveladas mediante ordem judicial ou requerimento do próprio titular.¹¹

Esta questão parece de pouca importância em um primeiro momento. No entanto, diferentemente do preceituado na lei de Direitos Autorais, o artigo 4º da Lei 9.609/98 expressamente estabelece que

[...] salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

10 SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

11 BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual – direitos autorais, direitos conexos e software*. Ed. Lumen Juris, 2003, p. 169.

Assim, é certo, ainda, que a compensação do trabalho ou serviço prestado para a criação do software limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencional.¹² Portanto, se tanto no Direito Autoral como no de proteção ao software não há necessidade de registro, no primeiro caso, a titularidade do direito de exploração da obra, salvo exceções, pertence ao autor. Já no caso do software, presume-se que a titularidade do direito de exploração pertence ao empregador.

Neste caso, imagine-se, por exemplo, a dificuldade de acesso do empregador ao software registrado pelo empregado e que contenha informações consideradas sigilosas em registro. Uma vez que não há acesso imediato de todos os dados do registro, este demandará o ajuizamento de ação perante o Judiciário para a confirmação de que, em verdade, determinado software é de propriedade do empregador ou contratante. Considerando a morosidade da justiça e a velocidade de transformação e modificações da tecnologia, por certo, dependendo da demora em se proferir determinada decisão, esta resultará em uma resposta inócua, cabendo ao empregador simplesmente pleitear indenização compensatória pelos prejuízos a serem apurados, por vezes, por mera expectativa, caso se constate que o software era, em verdade, de sua propriedade.

Outra questão trazida em relação ao software é que, diferentemente da propriedade industrial, terminado o vínculo empregatício ou prazo do contrato, não há qualquer período adicional no qual haja a presunção relativa de que o software seja do empregador. Portanto, encerrado o vínculo empregatício ou o contrato, há a inversão do ônus da prova, cabendo ao empregador/contratante a demonstração de que o software foi criado utilizando-se dos seus equipamentos ou informações durante o período quando o empregado lhe prestava serviços.

A prova pelo empregador/contratante se torna ainda mais difícil na hipótese do trabalho realizado remotamente, no regime de home office. Neste caso, se for adotado o sistema do “Bring your own device” (“BYOD”), no qual o empregado utiliza o seu próprio equipamento para a realização do trabalho, poderá este alegar que o software criado não pertence ao empregador/contratante pois não foram utilizados seus equipamentos para a criação. Poderá, no mais, requerer o empregado/contratado que seja reconhecida a coautoria do

¹² BARBOSA, Denis Borges. *Tratado de propriedade intelectual*, t. III. R. de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1923-1928.

programa de computador, se utilizou de informações do empregador mas materiais e equipamentos próprios para a criação do software.

Observe-se, neste caso, que o parágrafo 2º do artigo 4º da Lei 9.609/98 somente concede ao empregado/contratado o direito de exclusividade ao programa de computador se este, além dos seus próprios equipamentos, não utiliza informações, segredos e recursos do empregador, não definindo a lei, propriamente, o que seriam os denominados “recursos” ou se, neste contexto, seria a concessão do pagamento das despesas para a realização do trabalho (com energia elétrica, internet, provedor, etc.), ou se o contexto de salário estaria incluído nesta expressão. Ou seja, auferindo o pagamento para o trabalho, estaria o empregado recebendo recursos para a criação do software.

Observa-se, ainda, que uma vez que o empregador não possui qualquer garantia após o término do contrato de trabalho assegurada na lei de proteção ao software, este teria que recorrer às normas de proteção ao direito concorrencial e à violação de segredo em razão da profissão, cabendo indenização, apenas, se demonstrados os prejuízos sofridos, sendo certo, no mais, que, salvo a existência de fato considerado crime pela legislação penal, todas as demais discussões sobre a utilização de informações do empregador, acessos indevidos de dados, indenizações, etc, seriam apreciadas e julgadas pela Justiça do Trabalho por força do artigo 114 da Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

Conforme acima brevemente esclarecido, necessária se faz a adoção de cláusulas bem elaboradas no que concerne aos direitos de propriedade intelectual nos contratos de trabalho, não sendo suficientes as regras incluídas nas legislações específicas, mormente com o advento das reformas trabalhistas de 2017, que trouxeram novas cláusulas dispendo sobre o rol das parcelas que não constituem base de incidência de encargos trabalhistas.

Ademais, com a inclusão de facilidades para a adoção do regime de home office, a garantia e a segurança dos dados confidenciais da empresa poderão ser afetadas, uma vez que o empregado, longe do olhar direto do seu empregador, poderá produzir obras e criações e registrá-las em seu nome, não informando sequer ao empregador.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos da personalidade e sua aplicação às relações de trabalho. *Direitos fundamentais e justiça*, v. 3. n. 6, Porto Alegre, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Estudos sobre direito da Internet e da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2001.

BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual – direitos autorais, direitos conexos e software*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 169.

_____. *Tratado de propriedade intelectual*, t. III. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p. 1923-1928.

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

BITTAR, Carlos Alberto. O direito de autor. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, n. 1, São Paulo, jan. /abr. 1997, p. 59-72.

_____. *Direito de autor na obra feita sob encomenda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 80.

CAMPOS, Anita Pissolito. *Direitos morais no patrimônio cultural imaterial*. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CARBONI, Guilherme Capizanzaiki. *O direito de autor na multimídia*. 2001. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. Tese (Concurso para Titular). Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

CRIVELLI, Ivana Có Galdino. *Direito de autor: exceções, com ênfase em normas técnicas*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: direito das coisas e direitos autorais*, v. 4. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DE MATTIA, Fábio Maria. Direito de autor constitucional. *Repertório IOB de Jurisprudência* 3, n. 15, São Paulo, IOB, 1ª quinzena, ago. 1989, p. 262-263.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

GEIDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEONARDI, Fernanda Stinchi Pascale. *Licenças compulsórias e direitos autorais*. 2014. 169 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MORATO, Antonio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Os direitos autorais na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*: a obra coletiva e a titularidade originária decorrente da organização da obra. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, São Paulo, 2014, p. 109-128. Disponível em: <<http://www.producao.usp.br/bitstream/handle/BDPI/49041/Os%20direitos%20autorais%20na%20Revista%20da%20Faculdade%20de%20Direito%20da.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

PICARD, Edmond. *Le droit pur*. Paris: Flammarion, 1920.

_____. *O direito puro*. 2ª ed. Salvador: Livraria Progresso Ed., 1954.

PIMENTA, Eduardo Salles; GARCIA, Rebeca Alves de Souza. Lei não prevê cessão de direitos autorais no contrato de trabalho intelectual. *Opinião – Conjur*, 30/07/17. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-30/nao-cessao-direitos-autorais-acordo-trabalho-intelectual>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

PINHEIRO, Patrícia Peck (Coord.). *Manual de propriedade intelectual*, edição 2012-2013. São Paulo: Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp), p. 11. Disponível em: <https://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/65864/1/unesp_nead_guiia_mpi.pdf>.

REBELLO, Luiz Francisco. A transposição da directiva no. 2001/29/CE: um comentário crítico. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Direito da sociedade da informação*, v. 7. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 433-458.

ROSA, Flávia. O direito de autor e o acesso aberto. In: SILVA, Rubens Ribeiro Gonçalves (Org.). *Direito autoral, propriedade intelectual e plágio*. Salvador: UFBA, 2014. p. 85-110.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

A LINGUAGEM DE DOMINAÇÃO DO DIREITO E DO JORNALISMO: NOTÍCIA E NORMA JURÍDICA COMO ELEMENTOS DE PODER SIMBÓLICO

Marco Aurélio Alves Faleiro Filho¹

RESUMO

A linguagem e a técnica aplicadas tanto no direito quanto no jornalismo contemporâneos são ferramentas de dominação. Compreender esse processo é importante para analisar as estruturas jurídicas e comunicativas com um viés histórico. É então que cabe buscar respostas para a pergunta: por que o Estado democrático de direito e modelo de empresas privadas de comunicação são universalizados como única alternativa de desenvolvimento humano? Este trabalho pretende discutir uma outra via para pensar o desenvolvimento além do aperfeiçoamento dessa pretensa situação normalizada. Por ser uma análise de curto fôlego, o trabalho tem como metodologia a revisão bibliográfica com alguns dos mais importantes referenciais de teóricos críticos marxistas da área.

Palavras-chave: Direito. Jornalismo. Linguagem. Poder simbólico. Dominação.

ABSTRACT

The language and technique applied to both contemporary law and journalism are tools for domination. Comprehending this process is vital to the analyses of the juridical and communicative structures in a historical approach. Precisely here appears as necessary the search for an answer to the question: why are the rule of law and the private model of media corporations universalized as the only way for

¹ Bacharel em Comunicação com Habilitação em Jornalismo pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e graduando em Direito pela mesma instituição. Atua como jornalista.

human development? This work focuses on debating an alternative manner of thinking progress beyond the perfecting of this so-called normal situation. Being short run, this analysis takes advantage of the literature review of some of the main references in critical Marxist theory in those areas.

Keywords: *Law. Journalism. Language. Symbolic power. Domination.*

Sumário: *1. Introdução. 2. Na era do capital. 3. A lógica mercadológica. 4. Positivismo e técnica. 5. A técnica é neutra e impessoal? 6. Direito e jornalismo como ferramentas de transformação.*

1 INTRODUÇÃO

“Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial” (BOURDIEU, 1989, p. 213). À concepção do autor pode-se acrescentar sem prejuízo um quinto tipo de texto: o jornalístico.

Na construção das notícias, assim como na elaboração das normas jurídicas, tem-se em geral uma série de pressupostos por meio dos quais é possível constatar justamente a atuação do poder simbólico do grupo dominante naquilo que se convencionou chamar de “posto”. De um lado está o fato, enquanto de outro encontra-se o direito positivo. Tudo isso como se a linguagem pretensamente imparcial e neutra adotada no tratamento desses conceitos fosse algo além da ideologia empregada a serviço da construção de uma cultura dominante.

A aproximação que aí existe é observável no momento em que se convencionou que o critério de justiça do direito positivado e a transmissão noticiosa de um fato possam existir desvinculadas da subjetividade dos autores, respectivamente o jurista e o repórter. Nesse sentido, constata-se que tanto a notícia quanto a norma jurídica, categorias essenciais da analítica do jornalismo e do direito, são compostas por técnicas e conceitos que intentam mascarar seu caráter ideológico.

Em tais campos de conhecimento, a palavra aparece como o elemento básico de construção de falsos consensos e manutenção da ordem.

Isso porque, como definiu Bourdieu (1989), transforma-se o mundo por meio da transformação das palavras que o nomeiam. E o monopólio da validação jornalística e da interpretação do texto jurídico são a garantia mais eficaz de que a transformação em sentido contrário seja mínima, senão inexistente.

No entanto, todo esse sistema só tem eficácia na medida em que permanece velada a realidade arbitrária da sua composição. Ora, a convenção das palavras adotadas nas manchetes dos jornais, além dos ângulos fotográficos, atendem a interesses econômicos e políticos, assim como princípios gerais basilares do direito contemporâneo (como o sujeito de direito que tem autonomia para celebrar contratos) permitem a livre circulação do capital.

Assim, para Alysso Mascaro (2013), há uma tradução do que é uma relação originada das imposições da necessidade capitalista para, em termos jurídicos, autonomia da vontade. Ainda nesse sentido, o direito constrói e qualifica as categorias que possibilitam o funcionamento das sociedades capitalistas, como a família nuclear, a propriedade privada e a liberdade individual.

2 NA ERA DO CAPITAL

Direito e jornalismo também se aproximam enquanto categorias que ganham seus contornos atuais apenas na era capitalista. Seja na divisão do trabalho ou em concepções teóricas, não se pode falar em uma produção jornalística medieval, tampouco em atividade jurídica da Antiguidade, sem incorrer em anacronismos insolúveis.

Tal cronologia é adotada por Mascaro, para quem “o direito ganha especificidade apenas no capitalismo, a partir de Idade Moderna” (MASCARO, 2013, p. 2). Essa análise propõe que o direito, antes inespecífico e indistinguível de doutrinas religiosas e filosóficas, torna-se singular apenas após as revoluções burguesas que hegemonizaram definitivamente o sistema capitalista de produção. Sobre o Direito Romano, por exemplo, o pensador destaca que a sua aplicação diverge por estar situado em uma organização política diversa da moderna, “onde a força impera acima das leis, e não só por meio delas” (MASCARO, 2013, p. 17).

Essa visão parte da concepção de Eugênio Pachukanis (2004), que, por sua vez, dialoga com os estudos econômicos de Karl Marx para compreender o direito como condição necessária e análoga à troca de commodities no livre mercado. Para ele, a forma legal é oriunda de um meio social composto por seres egoístas em busca de defender seus interesses privados.

Em linhas gerais, o mesmo pode ser dito em relação ao jornalismo. Essa é a abordagem de Nelson Traquina (2004), que analisa a atividade como a conhecemos hoje tendo início apenas no século XIX, com o desenvolvimento do primeiro *mass media*, a imprensa.

No mesmo século, o autor percebe o delineamento de um novo paradigma para os jornais: a substituição da simples propaganda pela informação trabalhada. Assim, ele estabelece um ponto claro de divisão entre o jornalismo panfletário de séculos passados e o jornalismo informativo desta época de transição, quando, pela primeira vez, pode-se falar no novo grupo social dos jornalistas.

Desse modo, o Estado Moderno, a Revolução Industrial e a complexificação das relações de trocas aparecem como elementos essenciais no desenvolvimento do direito e do jornalismo contemporâneos. Pode-se dizer, portanto, que as legislações codificadas dos direitos nacionais são marcos definidores do campo jurídico atual assim como a conversão dos jornais de atividades abnegadas de luta política em negócios que visam lucro.

3 A LÓGICA MERCADOLÓGICA

De acordo com o jurista soviético Eugênio Pachukanis (2004), são as condições de produção que fazem com que as pessoas tomem parte do sistema legal e de todas as relações sociais que ele envolve. Assim, não se trata de uma escolha subjetiva, de aceitar ou não as leis ou o Estado, mas de um imperativo para a existência da sociedade burguesa.

Essa lógica foi alvo de mistificação de vários teóricos liberais, que tentaram apresentar a realidade burguesa como condição de existência de todas as sociedades humanas. Tal concepção foi adotada pela escola jus-naturalista e em especial pelos contratualistas, responsáveis por explicar os Estados Nacionais como um pacto deliberado feito por seres racionais. “Tra-

tando e constituindo a todos como sujeitos de direito iguais, o campo jurídico abre margem a uma valoração de sociedade como campo da mera autonomia da vontade de indivíduos livres, quando não o é” (MASCARO, 2013, p. 28).

No entanto, é possível observar que até mesmo o funcionamento dos processos criminais assumem características de transações comerciais, o que aponta para a natureza capitalista do direito contemporâneo. Na análise de Pachukanis (2004), um tribunal poderia ser comparado a um mercado, no qual partes antagonistas (acusação vs. defesa ou comprador vs. vendedor) se encontram e debatem entre si até estabelecerem um meio termo: enquanto a defesa quer minimizar a pena do réu, o comprador quer diminuir a valor que terá que gastar; do outro lado, a acusação e o vendedor querem uma compensação ou retribuição equivalente pela transgressão da lei ou pela disposição do bem.

Segundo Mascaro,

É por isso que se pode dizer que o direito moderno seja capitalista. Não só porque suas normas protejam o capital de maneira explícita ou total, porque até mesmo é possível que haja algumas normas contra o capital. Não porque o trabalhador nunca ganhe alguns benefícios. É até possível que haja umas tantas garantias ao trabalhador na lei. O direito moderno é capitalista porque a forma do direito se equivale à forma capitalista mercantil. (MASCARO, 2013, p. 6)

De maneira certa, Mascaro desvela a função principal a que serve o direito. Longe de ter como objetivo a promoção do bem-estar social, o direito visa garantir a circulação do capital. Para tanto, estabelece-se que todos sejam livres e iguais formalmente. Assim, todos podem comprar e vender, explorar ou ser explorados.

Em relação ao jornalismo, ocorre fenômeno semelhante. Diferente das análises mais idealistas, que tratam a mídia como o “quarto poder” atuante na fiscalização dos outros poderes e na formação de opinião a favor da democracia, autores como Sylvia Moretzsohn entendem o jornalismo como reprodutor do sistema capitalista.

Para Moretzsohn (2002, p. 120), a notícia é uma mercadoria que vende muito mais do que somente a informação: vende a velocidade. A autora aponta que as empresas jornalísticas estão estruturadas de maneira tal que o seu objetivo de negócio é antes “chegar na frente” do que “dizer a verdade”.

Nessa linha de raciocínio, o jornalista, enquanto trabalhador assalariado, também participa do processo de estranhamento em relação àquilo que produz: as notícias. A rotina das redações é mecanizada, as fontes de informação são padronizadas e o bom profissional é aquele que gera a maior quantidade de mercadoria com o mínimo de erratas possível.

E pior: revoluções tecnológicas raramente são implantadas pelas empresas jornalísticas com o intuito de melhorar a qualidade de trabalho dos seus funcionários. Um bom exemplo seria o desenvolvimento de uma máquina que aumentasse a velocidade de impressão do jornal. Em vez de fornecer mais possibilidade de descanso para o trabalhador, ou tempo para que o repórter termine a matéria, essas inovações tecnológicas, via de regra, apenas acarretam maior volume de produção, ou fazem com que os jornais cheguem mais rápido que os concorrentes às mãos do leitor (MORETZSOHN, 2002).

4 POSITIVISMO E TÉCNICA

Todo esse discurso ideológico permeia também (e sobretudo) a escola juspositivista, que identifica o fenômeno jurídico estritamente ao âmbito estatal. Dessa maneira, sugere-se que o direito e a regulação do convívio social sempre existiram e só poderiam existir atrelados ao Estado, ideia que nega uma realidade histórica: o Estado nem sempre existiu da maneira como o conhecemos hoje, tampouco as estruturas jurídicas atuais. Justamente por isso, a construção sistemática desse modelo de pensamento juspositivista data do século XIX, quando os Estados nacionais europeus já estavam plenamente sobre o controle da burguesia, “que então dita seus interesses por meio de normas jurídicas estatais” (MASCARO, 2013, p. 54).

No entanto, apesar de conter tal viés puramente ideológico, para Mascaro (2013), o positivismo jurídico também abarcou um “salto qualitativo em relação ao passado”. O autor cita Hans Kelsen como um dos responsáveis por desvincular o direito da moral e da religiosidade. Na medida em que o direito analisado cientificamente passa a se limitar às normas estatais e

deixa de emanar de um deus, “sua forma normativa está liberta de conteúdos éticos” (MASCARO, 2013, p. 67).

Assim como Kelsen, outros pensadores foram essenciais ao darem especificidade e distinção a diversos campos do saber. Ainda no século XVI, por exemplo, Nicolau Maquiavel deu um importante passo na direção da separação entre ciência política e moral ou religião. O positivista August Comte também destacou-se ao propor o rigor ao método científico e a supremacia da observação à imaginação.

Não por acaso, esse apego ao método e à técnica como ferramentas para dar imparcialidade à ciência sobrevive até a contemporaneidade. No direito, o silogismo jurídico é a operação lógica utilizada na aplicação das normas jurídicas. Em seu *Manual de introdução ao estudo do direito*, Dimitri Dimoulis (2011, p. 125) descreve que “o silogismo permite deduzir uma conclusão a partir de determinadas proposições, chamadas premissas”.

O emprego da lógica e operações quase matemáticas intencionam suprimir a subjetividade na aplicação das leis. Porém, por mais que a técnica propicie uma evolução em relação à arbitrariedade da solução de conflitos em outras épocas da história, ela não se traduz automaticamente em justiça. Para Mascaro, se o direito era inseguro, incerto e muitas vezes produzia injustiças na Antiguidade, agora, com o Estado democrático de direito e as leis, “o direito garante que o capitalismo seja seguramente injusto” (MASCARO, 2013, p. 15).

Já no jornalismo, a pirâmide invertida aparece como o paralelo do silogismo jurídico. Nessa técnica jornalística, compreende-se que as informações mais importantes (ou relevantes noticiosamente) devam estar presentes no primeiro parágrafo do texto, conhecido como lead. Alegadamente, essa estratégia permitiria uma comunicação mais eficaz e rápida.

Todavia, o teórico crítico Adelmo Genro Filho aponta que, ao sintetizar as informações básicas logo no início da notícia, o lead “situa o fenômeno como uma totalidade empírica que estivesse se manifestando diretamente aos sentidos do leitor” (GENRO FILHO, 2004, p. 138). Segundo ele, os eventos singularizados e sem conexão com a materialidade histórica que

os produziu apresentados pelas notícias atendem a interesses ideológicos do grupo dominante.

Para que se torne possível escapar dessas concepções limitadas e limitantes, é preciso, então, recorrer à dialética para entender as raízes mais profundas dos fenômenos sociais. Por meio dela, revela-se a estrutura por trás das notícias, das instituições jurídicas e do Estado, possibilitando-nos “compreender todas as relações sociais, históricas e naturais que perfazem um certo fenômeno” (MASCARO, 2013, p. 36).

5 A TÉCNICA É NEUTRA E IMPESSOAL?

Como já estabelecido, a adoção da técnica e a padronização dos métodos dão ares de automatização aos processos informativos e jurídicos. Nessa perspectiva, as normas surgiriam como manifestação das vontades humanas, e os fatos espelhar-se-iam nos relatos noticiosos. Porém, é inegável que o que há na verdade é uma disputa pela construção do consenso.

No direito, “o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas” (BOURDIEU, 1989, p.124). No jornalismo, “o julgamento ético, a postura ideológica, a interpretação e a opinião não formam um discurso que se agrega aos fenômenos somente depois da percepção, mas são sua pré-condição, o pressuposto mesmo da sua existência como fato social” (GENRO FILHO, 1987, p. 48).

As técnicas surgem, então, dialeticamente como minimização das arbitrariedades e máscara dos interesses atendidos pela suposta “situação normal” do mundo. Nessas leituras, toma-se a sociedade burguesa, capitalista e democrática como a única possível, assim como as categorias usadas para enxergar o mundo, como os sujeitos de direito e a imparcialidade midiática.

A estratégia é semelhante nos dois campos de conhecimento e, segundo Pierre Bourdieu (1989), produz no direito os efeitos da neutralização e da universalização:

O efeito de neutralização é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impessoalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objectivo. O efeito de universalização é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego, próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado (“aceita”, “confessa”, “compromete-se”, “declarou”, etc.); o uso de indefinidos (“todo o condenado”) e do presente intemporal - ou do futuro jurídico - próprios para exprimirem a generalidade e a omnitemporalidade da regra do direito; a referência a valores transsubjectivos que pressupõem a existência de um consenso ético (por exemplo, “como bom pai de família”); o recurso a fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais. (BOURDIEU, 1987, p. 215-216)

Bourdieu (1989) aponta que a dominação simbólica também é exercida por meio desse efeito de universalização. Esses conjuntos de regras sociais, oficiais e “universais”, que são as normas jurídicas, acabam por intensificar a autoridade social da classe dominante por meio da “normalização” das suas práticas e da transformação da sua cultura na única legítima. Em sentido análogo, Genro Filho (1987) também aponta que “independência e imparcialidade significam, no fundo, ter como pressuposto que o capitalismo desenvolvido norte-americano e sua hegemonia imperialista é um tipo de sociedade ‘normal’, e deve ser preservada contra todas as ‘patologias’ políticas, sociais e econômicas” (GENRO FILHO, 1987, p. 41).

No entanto, essa argumentação é invalidada pela simples presença de juízo de valor “embutido na própria forma de apreensão, hierarquização e seleção dos fatos, bem como na constituição da linguagem e no relacionamento espacial e temporal dos fenômenos através de sua difusão” (GENRO FILHO, 1987, p. 45).

6 DIREITO E JORNALISMO COMO FERRAMENTAS DE TRANSFORMAÇÃO

Apesar das críticas direcionadas às atividades jurídicas e jornalísticas, não as entendemos como intrinsecamente negativas e condenadas à derrocada concomitante à do capitalismo. Todavia, é limitada a visão de que esse sistema seja a condição normal das coisas, na qual as estruturas devem ser aperfeiçoadas dentro de limites capitalistas.

Em consonância com Genro Filho (1987, p. 3), tratamos do jornalismo “como forma social de conhecimento, historicamente condicionada pelo desenvolvimento do capitalismo, mas dotada de potencialidades que o ultrapassam”. Dialeticamente o autor sugere a máxima: a imprensa em geral é a consumação da liberdade humana e a consumação da liberdade humana exige o desenvolvimento da imprensa em geral.

Portanto, não se trata de encontrar uma maneira ideal para que o jornalista seja bastião do povo livre da tirania dos proprietários dos meios de comunicação; mas de procurar uma alternativa para o jornalismo mais analítico, contextualizado e subjetivo, assim desassociado da lógica de produção industrial de notícias na grande mídia.

O mesmo pode ser dito a respeito do direito. Nas inspiradoras palavras de Alysson Mascaro, o trabalho jurídico pode – e deve – ser questionador e transformador da realidade, não somente o de um operador do direito. “O jurista médio, frio e tecnicista, só tem olhos às normas jurídicas estatais. O grande jurista tem olhos voltados à esperança de um mundo justo” (MASCARO, 2013, p. 200).

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GENRO FILHO, Adelmo. *O segredo da pirâmide: para uma teoria marxista do jornalismo*. Porto Alegre: Tchê, 1987.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em “tempo real”: o fetiche da velocidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

PACHUKANIS, Eugênio. *The General Theory of Law and Marxism*, 2004. Disponível em: <goo.gl/EX4cCq>. Acesso em: 27 jul. 2018.

TRAQUINA, Nelson. *Teorias do jornalismo*, v. I: Porque as notícias são como são. Florianópolis: Insular, 2004.

EXTERNALIDADES NEGATIVAS CAUSADAS AO MEIO AMBIENTE PELA EXPANSÃO DO AGRONEGÓCIO NO BRASIL SOB A ÓPTICA DO DIREITO

Flailton Rosa de Sousa¹
Norma Abadia de Moura Oliveira²

RESUMO

Há a necessidade de verificar o quanto o crescimento da produção agrícola e suas externalidades negativas afetam o meio ambiente. Não se pode esquecer que os ecossistemas são sistemas vivos e interligados, e sua degradação para ampliar a agricultura, em um futuro próximo, representará um desequilíbrio de tais proporções que poderá exaurir as áreas produtivas e provocar alterações ambientais que culminarão na redução severa da produção agrícola nacional. O poder judiciário não deve se afastar desta polêmica, pois este será mediador desse processo que busca o equilíbrio entre a necessidade da produção agrícola com a preservação ambiental.

Palavras-chave: Agronegócio. Externalidades. Meio ambiente. Direito.

ABSTRACT

There is a need to verify how much the growth of agricultural production and its negative externalities affect the environment. It can not be forgotten that ecosystems are living and interconnected systems and their degradation to expand agriculture in the near future will represent an imbalance of such proportions that could exhaust the productive areas and cause environmental changes that will culminate in the severe reduction of national agricultural production.

¹ Graduando em Direito pela Unicerrado.

² Graduada em Geografia e Ciências Contábeis pela UEG e especialista em Auditoria e Contabilidade Empresarial pela Unopar.

The judiciary must not depart from this controversy, since it will be the mediator of this process that seeks the balance between the need of agricultural production and environmental preservation.

Keywords: Agribusiness. Externalities. Environment. Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. As externalidades negativas geradas pelo agronegócio sobre o meio ambiente. 3. Evolução do agronegócio no Brasil. 4. O arcabouço jurídico da questão do agronegócio sobre o meio ambiente. 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Trabalharemos as relações sociais entre o homem e a terra, sobre as externalidades negativas da expansão da agricultura, abordaremos as relações de mercado em que a agricultura se encontra e as questões jurídicas que abarcam as relações entre agricultura e meio ambiente.

A exploração do meio natural pelo homem é tão dicotômica que é necessária a mediação desta relação pelo poder legislativo, que, através da legislação em vigor, tenta estabelecer regras para garantir a preservação ambiental sem comprometer o crescimento econômico do setor agrícola, normatizando e estabelecendo a punição para os excessos.

2 AS EXTERNALIDADES NEGATIVAS GERADAS PELO AGRONEGÓCIO SOBRE O MEIO AMBIENTE

A externalidade é um conceito econômico que se refere aos efeitos colaterais, ou seja, as consequências de uma ação sobre os entes que não fazem parte daquela atividade ou daquele processo decisório. Para Nath (NATH, 1969 *apud* ERBER, 2008) a externalidade é uma interdependência não comercializada. Porto e Soares (2006) entendem que, na externalidade, a economia e a formação de preços deixam de incorporar impactos sociais, ambientais e sanitários consequentes das atividades produtivas que geram produtos e serviços.

O uso indiscriminado de defensivos agrícolas, a exploração intensiva das áreas de plantio, o uso de técnicas produtivas condenáveis, como as queimadas de pastagens ou nas plantações de cana-de-açúcar, o descarte inapropriado das embalagens dos defensivos agrícolas, o desrespeito aos vazios sanitários, o descarte de rejeitos nos rios por parte das indústrias do agronegócio, o desmatamento descontrolado para ampliação das áreas de plantio, são alguns exemplos de práticas vinculadas ao agronegócio que geram as externalidades negativas sobre o meio ambiente. Estas práticas são justificadas pelos produtores rurais pela necessidade do crescimento econômico para a promoção do desenvolvimento ou pela necessidade de se abastecer uma população mundial cada vez maior.

Há de se entender, entretanto, que crescimento econômico não é sinônimo de desenvolvimento. Veiga (2010) explica que, desde 1990, o crescimento econômico não é mais visto como um sinônimo de benefícios à população, e ainda, segundo Furtado (2004, *apud* VEIGA, 2010), o desenvolvimento se caracteriza pelo projeto social subjacente ao crescimento econômico e, somente com condições suficientes para preparar um melhor futuro para massa da população, teremos o desenvolvimento. Amartya Sen (2000, *apud* ABRAMOVAY, 2012) define o desenvolvimento como um processo permanente de ampliação das liberdades substantivas dos seres humanos e o desenvolvimento sustentável como a satisfação das necessidades das gerações presentes sem comprometer as gerações futuras.

Fica então a indagação de se é possível alavancar a produção do agronegócio no Brasil sem causar ou ampliar as externalidades negativas. Desde a década de 1970, temos vivenciado um grande desenvolvimento tecnológico no campo, que tem propiciado melhoramentos genéticos em plantas e animais e elevado a produtividade no campo, com esses seres mais precoces e resistentes a pragas, elevando a produtividade sem a necessidade de ampliar as áreas dos empreendimentos.

A adoção de políticas públicas, como o incentivo à agricultura familiar, com linhas de crédito específicas e adequadas a este público, programas governamentais que estimulam sua produção, como o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), é medida que tende a reduzir os impactos sobre o meio ambiente,

visto que esta categoria de produtores possui um sistema de produção mais próximo da produção orgânica.

Práticas do uso de tecnologias verdes e da agricultura de baixo carbono (ABC) também é uma medida para se reduzir as externalidades negativas da agropecuária sobre o meio ambiente. A Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) tem defendido o uso das tecnologias verdes e da agricultura de baixo carbono como essencial na obtenção da segurança alimentar em um cenário onde se estima que o mundo tenha que aumentar em 70% sua produção agrícola nos próximos 40 anos, e ao Brasil aumentar em 40% sua safra até 2.050. Essas tecnologias se baseiam na redução do uso de insumos químicos como fertilizantes e pesticidas, em tornar mais eficiente o uso da água e dos recursos naturais. Distanciar-se dos empreendimentos agrícolas em larga escala para reduzir a degradação do solo e estimular os pequenos agricultores, como na agricultura familiar, que promove a sustentabilidade com a redução da pobreza no campo. Porto e Soares (2006) explicam que atualmente, 90% da produção mundial de alimentos está restrita somente a quinze espécies vegetais e oito animais, e um sistema ecológico homogêneo como este pode se tornar um desastre.

Abramovay (2012) explica que atualmente tem sido adotado pela comunidade empresarial, governamental e mesmo civil o termo economia verde, que se pauta em três dimensões: na transição do uso em larga escala de combustíveis fósseis por fontes renováveis de energia, aproveitamento de produtos e serviços oferecidos pela biodiversidade, e na oferta de bens e serviços apoiada em técnicas capazes de reduzir a emissão de poluentes.

3 EVOLUÇÃO DO AGRONEGÓCIO NO BRASIL

Nos primórdios das civilizações, os seres humanos eram indivíduos nômades e que migravam de uma região para a outra conforme a disponibilidade de alimentos. Posteriormente, passaram a se organizar em bandos com o objetivo de se fortalecerem para se defenderem e ampliarem sua capacidade de se alimentar. Com o passar dos tempos, estes grupos descobriram a capacidade de domesticar os animais e a capacidade de germinação das plantas ao se jogar as sementes no solo, e este se torna o início da agropecuária, con-

comitante com a fixação do homem em regiões pré-definidas (ARAÚJO, 2013), formando comunidades que evoluíram continuamente.

Com o passar dos tempos, a agropecuária vai se consolidando pelo mundo como principal fator de distribuição espacial, concentrando a maior parcela da população no campo, e, posteriormente, com a evolução socioeconômica e dos avanços tecnológicos, esta população majoritariamente rurícola passa a migrar para os grandes centros urbanos. No Brasil não foi diferente, como pode ser observado pelos dados do IBGE (IBGE, 1997) referentes à população residente, que em 1940, 68,76% da população brasileira residia no meio rural contra 31,24% em meio urbano, enquanto em 1996 esses números passam para 21,64% da população brasileira residente em meio rural contra 78,36% de residentes em meio urbano.

Tabela 1. População residente, por situação de domicílio em nº absolutos e percentual (1940 a 1996)

| ANOS | URBANA | | RURAL | | TOTAL |
|------|-------------|--------|------------|--------|-------------|
| | QTD | % | QTD | % | |
| 1940 | 12.880.182 | 31,24% | 28.356.133 | 68,76% | 41.236.315 |
| 1950 | 18.782.891 | 36,16% | 33.161.506 | 63,84% | 51.944.397 |
| 1960 | 31.303.034 | 44,67% | 38.767.423 | 55,33% | 70.070.457 |
| 1970 | 52.084.984 | 55,92% | 41.054.053 | 44,08% | 93.139.037 |
| 1980 | 80.436.409 | 67,59% | 38.566.297 | 32,41% | 119.002.706 |
| 1991 | 110.990.990 | 75,59% | 35.834.485 | 24,41% | 146.825.475 |
| 1996 | 123.076.831 | 78,36% | 33.993.332 | 21,64% | 157.070.163 |

Fonte: IBGE.

Com o êxodo rural, a população rural tinha que produzir cada vez mais matéria prima para abastecer os centros urbanos com cada vez menos trabalhadores no campo. Essa realidade gera um grande avanço tecnológico no campo para aperfeiçoar a produção de alimentos e outros produtos provenientes da agropecuária, deixando a agricultura cada vez mais especializada e integrante de um processo produtivo e comercial (ARAÚJO, 2013).

Na década de 1960, iniciou-se a elaboração das políticas pública de desenvolvimento do agronegócio, como a criação do Sistema Nacional

de Crédito Rural (SNCR) em 1964, do Crédito Rural em 1965, da Empresa Brasileira de Pesquisas Agropecuárias (Embrapa) em 1973 para atuar na pesquisa agropecuária, buscando o aumento da produtividade do meio rural e estimulando o uso racional dos recursos naturais por meio da orientação técnica rural, e, mais tardiamente, em 1996, a criação do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf).

4 O ARCABOUÇO JURÍDICO DA QUESTÃO DO AGRONEGÓCIO SOBRE O MEIO AMBIENTE

Atualmente a legislação ambiental brasileira é considerada como uma das mais completas do mundo, e o que alguns autores criticam é que elas não são cumpridas adequadamente, o que resulta na falta de eficácia. A Tabela 2 relaciona a legislação ambiental brasileira editada até o ano de 2015, o que facilitará o entendimento legal sobre o tema.

Tabela 2. Relação da legislação ambiental brasileira (1937 até 2015)

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|----------------------------------|----------------|--|--|
| Decreto-lei nº 25, de 30/11/1937 | Getúlio Vargas | Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional | Lei que normatiza a Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Inclui no rol do patrimônio nacional os bens de valor etnográfico, arqueológico, os monumentos naturais, além dos sítios e paisagens de valor notável pela natureza ou a partir de uma intervenção humana. A partir do tombamento de um destes bens, ficam proibidas sua demolição, destruição ou mutilação sem prévia autorização do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, SPHAN |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|-----------------------------------|-------------------|---|--|
| Lei nº 4.771, de 15/09/1965 | H. Castelo Branco | Institui o novo Código Florestal | Determina a proteção de florestas nativas e define como áreas de preservação permanente (onde a conservação da vegetação é obrigatória) uma faixa de 30 a 500 metros nas margens dos rios, de lagos e de reservatórios, além de topos de morro, encostas com declividade superior a 45° e locais acima de 1.800 metros de altitude. Também exige que propriedades rurais da região Sudeste do país preservem 20% da cobertura arbórea, devendo tal reserva ser averbada em cartório de registro de imóveis |
| Lei nº 5.197, de 03/01/1967 | H. Castelo Branco | Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. | A lei classifica como crime o uso, perseguição, captura de animais silvestres, caça profissional, comércio de espécies da fauna silvestre e produtos derivados de sua caça, além de proibir a introdução de espécie exótica (importada) e a caça amadorística sem autorização do Ibama. Criminaliza também a exportação de peles e couros de anfíbios e répteis em bruto. Para saber mais: www.ibama.gov.br |
| Decreto-lei nº 227, de 28/02/1967 | H. Castelo Branco | Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Código de Minas) | Atribui à União a administração de recursos minerais, a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o consumo de produtos minerais |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|-----------------------------|-------------------|--|---|
| Lei nº 6.453, de 17/10/1977 | H. Castelo Branco | Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. | Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com as atividades nucleares. Determina que se houver um acidente nuclear, a instituição autorizada a operar a instalação tem a responsabilidade civil pelo dano, independente da existência de culpa. Em caso de acidente nuclear não relacionado a qualquer operador, os danos serão assumidos pela União. Esta lei classifica como crime produzir, processar, fornecer, usar, importar ou exportar material sem autorização legal, extrair e comercializar ilegalmente minério nuclear, transmitir informações sigilosas neste setor, ou deixar de seguir normas de segurança relativas à instalação nuclear. |
| Lei nº 6.766, de 19/12/1979 | João Figueiredo | Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências | Estabelece as regras para loteamentos urbanos, proibidos em áreas de preservação ecológicas, naquelas onde a poluição representa perigo à saúde e em terrenos alagadiços. |
| Lei nº 6.803, de 02/07/1980 | João Figueiredo | Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências | Atribui aos estados e municípios o poder de estabelecer limites e padrões ambientais para a instalação e licenciamento das indústrias, exigindo o Estudo de Impacto Ambiental. |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|-----------------------------|-----------------|--|---|
| Lei nº 6.902, de 27/04/1981 | João Figueiredo | Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências. | Lei que criou as “Estações Ecológicas”, áreas representativas de ecossistemas brasileiros, sendo que 90 % delas devem permanecer intocadas e 10 % podem sofrer alterações para fins científicos. Foram criadas também as “Áreas de Proteção Ambiental” ou APAS, áreas que podem conter propriedades privadas e onde o poder público limita as atividades econômicas para fins de proteção ambiental. |
| Lei nº 6.938, de 31/08/1981 | João Figueiredo | Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. | É a lei ambiental mais importante e define que o poluidor é obrigado a indenizar danos ambientais que causar, independentemente da culpa. O Ministério Público pode propor ações de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, impondo ao poluidor a obrigação de recuperar e/ou indenizar prejuízos causados. Esta lei criou a obrigatoriedade dos estudos e respectivos relatórios de Impacto Ambiental (EIA-RIMA). |
| Lei nº 7.347, de 24/07/1985 | José Sarney | Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. | Lei de interesses difusos trata da ação civil pública de responsabilidades por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, turístico ou paisagístico. |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|-----------------------------------|---------------------|--|---|
| Resolução Conama 1, de 23/01/1986 | Deni Lineu Schwartz | Estabelece as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. | Define o impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de atividade humana. Determina a necessidade de estudo de impacto ambiental para construção de estradas, portos, aeroportos, ferrovias, oleodutos, linhas de transmissão acima de 230 kva, usinas de geração de energia, aterros, distritos industriais entre outros. |
| Lei nº 7.661, de 16/05/1988 | José Sarney | Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e dá outras providências. | Define as diretrizes para criar o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, ou seja, define o que é zona costeira como espaço geográfico da interação do ar, do mar e da terra, incluindo os recursos naturais e abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre. Permite aos estados e municípios costeiros instituírem seus próprios planos de gerenciamento costeiro, desde que prevaleçam as normas mais restritivas. Este gerenciamento costeiro deve obedecer as normas do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|-------------------------------------|-------------------------|--|--|
| Constituição de 1988, de 05/10/1988 | Ulysses Guimarães | Constituição da República Federalista do Brasil de 1988 | O capítulo VI, no art. 225 dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e ainda prevê a preservação do patrimônio genético do país, manejo ecológico dos ecossistemas, estudos prévios de impacto ambiental, a promoção da educação ambiental, proteção da fauna e flora e a definição da Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira como patrimônio nacional |
| Lei nº 7.735, de 22/02/1989 | Senador Nelson Carneiro | Dispõe sobre a extinção de órgão e de entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e dá outras providências. | Criou o IBAMA, incorporando a Secretaria Especial do Meio Ambiente e as agências federais na área de pesca, desenvolvimento florestal e borracha. Ao IBAMA compete executar a política nacional do meio ambiente, atuando para conservar, fiscalizar, controlar e fomentar o uso racional dos recursos naturais |

| TIPO / N° / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|-----------------------------|-------------|---|--|
| Lei nº 7.802, de 11/07/1989 | José Sarney | Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. | <p>A lei regulamenta desde a pesquisa e fabricação dos agrotóxicos até sua comercialização, aplicação, controle, fiscalização e também o destino da embalagem</p> <p>Exigências impostas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - obrigatoriedade do receituário agrônomo para venda de agrotóxicos ao consumidor - registro de produtos nos Ministérios da Agricultura e da Saúde - registro no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) <p>o descumprimento desta lei pode acarretar multas e reclusão</p> |

| TIPO / N° / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|----------------------------------|-----------------|---|---|
| Lei nº 7.805, de 18/07/1989 | José Sarney | Altera o Decreto-Lei nº 227, de 28/02/67, cria o regime de permissão de lavra garimpeira, extingue o regime de matrícula, e dá outras providências. | Esta lei regulamenta as atividades garimpeiras. Para estas atividades é obrigatória a licença ambiental prévia, que deve ser concedida pelo órgão ambiental competente. Os trabalhos de pesquisa ou lavra, que causarem danos ao meio ambiente são passíveis de suspensão, sendo o titular da autorização de exploração dos minérios responsável pelos danos ambientais. A atividade garimpeira executada sem permissão ou licenciamento é crime. Para saber mais: www.dnpm.gov.br . |
| Decreto nº 99.274, de 06/06/1990 | Fernando Collor | Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27/04/81, e a Lei nº 6.938, de 31/08/81, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. | Determina a proteção, fiscalização e incentivar o estudo do meio ambiente e unidades de conservação. Estrutura o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA). Institui o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|-----------------------------|---------------------------|--|---|
| Lei nº 8.171, de 17/01/1991 | Fernando Collor | Dispõe sobre a política agrícola | Coloca a proteção do meio ambiente entre seus objetivos e como um de seus instrumentos. Define que o poder público deve disciplinar e fiscalizar o uso racional do solo, da água, da fauna e da flora; realizar zoneamentos agroecológicos para ordenar a ocupação de diversas atividades produtivas, desenvolverem programas de educação ambiental, fomentar a produção de mudas de espécies nativas, entre outros. |
| Lei nº 8.974, de 05/01/1995 | Fernando Henrique Cardoso | Revogada pela Lei nº 11.105, de 24/03/2005 | Esta lei estabelece normas para aplicação da engenharia genética, desde o cultivo, manipulação e transporte de organismos modificados (OGM), até sua comercialização, consumo e liberação no meio ambiente. A autorização e fiscalização do funcionamento das atividades na área e da entrada de qualquer produto geneticamente modificado no país são de responsabilidade dos Ministérios do Meio Ambiente, da Saúde e da Agricultura. Toda entidade que usar técnicas de engenharia genética é obrigada a criar sua Comissão Interna de Biossegurança, que deverá, entre outros, informarem trabalhadores e a comunidade sobre questões relacionadas à saúde e segurança nesta atividade. |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|-----------------------------|---------------------------|--|---|
| Lei nº 9.433, de 08/01/1997 | Fernando Henrique Cardoso | Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989 | Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Recursos Hídricos. Define a água como recurso natural limitado, dotado de valor econômico, que pode ter usos múltiplos (consumo humano, produção de energia, transporte, lançamento de esgotos). A lei prevê também a criação do Sistema Nacional de Informação sobre Recursos Hídricos para a coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações sobre recursos hídricos e fatores intervenientes em sua gestão |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|--|-----------------------------------|---|--|
| Resolução Conama nº 237, de 19/12/1997 | Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho | Revisão dos procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental, de forma a efetivar a utilização do sistema de licenciamento, instituído pela Política Nacional do Meio Ambiente | Traz a definição de licenciamento ambiental, licença ambiental, estudo ambiental e impacto ambiental regional. Estabelecesse as condições que estão sujeitas ao licenciamento ambiental |
| Lei nº 9.605, de 12/02/1998 | Fernando Henrique Cardoso | Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências | Reordena a legislação ambiental brasileira no que se refere às infrações e punições. A pessoa jurídica, autora ou coautora da infração ambiental, pode ser penalizada, chegando à liquidação da empresa, se ela tiver sido criada ou usada para facilitar ou ocultar um crime ambiental. A punição pode ser extinta caso se comprove a recuperação do dano ambiental. As multas variam de R\$ 50,00 a R\$ 50 milhões de reais. Para saber mais: www.ibama.gov.br |
| Lei nº 9.795, de 27/04/1999 | Fernando Henrique Cardoso | Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências | Determina que a educação ambiental deve fazer parte em todos os níveis e modalidades do processo educativo, formais e não-formais. |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|--|----------------------------------|--|--|
| Lei nº 9.985, de 18/07/2000 | Marco Antonio de Oliveira Maciel | Regulamenta o art. 225, § 1º, inc. I, II, III e VII da Constituição, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências | Estabelece critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação. Define a diversidade ambiental, unidade de conservação, preservação, zoneamento, manejo, entre outros termos. Regula a criação e implantação das unidades de conservação |
| Lei nº 10.257, de 10/07/2001 | Fernando Henrique Cardoso | Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências | Atribui aos municípios a inclusão no plano diretor os temas de parcelamento de edificação, IPTU, desapropriação após 5 anos sem pagamento de IPTU, do usucapião, do direito de superfície e do próprio plano diretor municipal |
| Resolução Conama nº 302, de 20/03/2002 | José Carlos Carvalho | Dispõe sobre os parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno | Definições e limita Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|------------------------------|---------------------------|--|---|
| Lei nº 11.105, de 24/03/2005 | Luiz Inácio Lula da Silva | Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados [...] e dá outras providências | Visa principalmente ao estabelecimento dos mecanismos de proteção para o uso da biotecnologia moderna. Regulamenta os transgênicos |
| Lei nº 11.284, de 02/03/2006 | Luiz Inácio Lula da Silva | Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro SFB [...] e dá outras providências | Trata da gestão de florestas públicas com o objetivo de uma produção sustentável e institui princípios para a administração das florestas públicas, relacionando gestão de florestas e manejo sustentável |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|---|---------------------------|--|--|
| Resolução Conama, nº 378, de 19/10/2006 | Marina Silva | Define os empreendimentos causadores de impacto ambiental nacional ou regional para fins do disposto no inciso III, § 1º, art. 19 da Lei nº 4.771, de 15/09/65, e dá outras providências | Define os empreendimentos potencialmente causadores de impacto ambiental nacional ou regional |
| Lei nº 11.445, 05/01/2007 | Luiz Inácio Lula da Silva | Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico [...] e dá outras providências | Aborda o conjunto de serviços de abastecimento público de água potável; coleta, tratamento e disposição final adequada dos esgotos sanitários; drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, além da limpeza urbana e o manejo dos resíduos sólidos |
| Lei nº 12.305, de 02/08/2010 | Luiz Inácio Lula da Silva | Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências | A Política Nacional de Resíduos Sólidos foi desenvolvida com base na experiência de países desenvolvidos. Foi adaptada às necessidades brasileiras de geração de emprego, combate à poluição, demanda por inovação e tecnologia, desenvolvimento sustentável. A Política Nacional de Resíduos Sólidos estabelece princípios, objetivos, instrumentos e diretrizes para a gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos. Também as responsabilidades dos geradores, do poder público, e dos consumidores, bem como instrumentos econômicos aplicáveis |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|--|----------------|---|--|
| Lei Complementar nº 140, de 08/12/2011 | Dilma Rousseff | Fixa normas [...] para a cooperação entre a União, os Estados, o DF e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis [...] e dá outras providências | Fixa normas, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora |
| Lei nº 12.651, de 25/05/2012 | Dilma Rousseff | Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa [...] e dá outras providências | Conhecida como novo "Código Florestal", estabelece normas gerais sobre a Proteção da Vegetação Nativa, incluindo Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de Uso Restrito; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais, o controle e prevenção dos incêndios florestais, e a previsão de instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos |

| TIPO / Nº / DATA | PROMULGADOR | DISPOSTO | COMENTÁRIO |
|------------------------------|----------------|---|---|
| Lei nº 13.123, de 20/05/2015 | Dilma Rousseff | Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, o art. 1, a alínea j do art. 8, a alínea c do art. 10, o art. 15 e os §§ 3º e 4º do art. 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica [...] e dá outras providências | Normatiza as pesquisas com o patrimônio genético brasileiro, assim como o desenvolvimento de produtos como nossa biodiversidade, não necessitam de autorização prévia para o seu desenvolvimento. Será necessário apenas um registro das atividades de acesso com o patrimônio genético em um cadastro eletrônico denominado Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético (SISGen), e que está sendo desenvolvido pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA) |

Fonte: Machado (2007), complementado pelos autores.

A regulamentação brasileira, no que diz respeito ao estudo do Direito Ambiental, teve seu primeiro marco teórico significativo em 1.981 com a promulgação da Lei 6.938/81, que criou a Política Nacional do Meio Ambiente. Em 1.988, a Constituição Federal do Brasil dedicou um capítulo inteiro ao meio ambiente e, posteriormente, em 2.010, foi promulgada a Lei 12.305, denominada Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS (PORTO & SOARES, 2006).

A Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981 dispõe sobre a racionalização do uso do solo, subsolo, água e ar. Dispõe ainda sobre a proteção dos ecossistemas, controle e zoneamento das atividades poluidoras, recuperação de áreas degradadas, servidão ambiental entre outros temas (BRASIL, 1981).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o capítulo VI, no art. 225, dispõe que todos têm direito ao meio ambiente eco-

logicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e ainda prevê a preservação do patrimônio genético do país, manejo ecológico dos ecossistemas, estudos prévios de impacto ambiental, a promoção da educação ambiental, proteção da fauna e flora e a definição da Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal mato-grossense e a Zona Costeira como patrimônio nacional (BRASIL, 1988).

A Lei 12.30 de 02 de agosto de 2.010 classifica os resíduos sólidos quanto à origem e periculosidade, implantação da coleta seletiva, descarte de embalagens de produtos químicos, proibição de destinação de rejeitos ou resíduos sólidos in natura a céu aberto, proibição aos lixões e instituição dos aterros sanitários para destinação dos resíduos sólidos (BRASIL, 2010).

5 CONCLUSÃO

A Externalidade, nome atribuído às consequências de uma ação sobre os entes que não fazem parte daquela atividade ou daquele processo decisório, quando negativas e causadas pela atividade agrícola, representam atitudes praticadas pelo homem que prejudicam o meio ambiente e toda a sociedade, direta ou indiretamente.

Sob a óptica do Legislador, o ponto de destaque à proteção, inibição e penalização dos entes que exploram os recursos naturais está no princípio do poluidor-pagador, ou princípio da responsabilidade, contemplado pela Lei 6.938/81, que impõe ao usuário-predador do recurso natural ou a seu poluidor a obrigação de indenizar ou recuperar os danos causados ao recurso natural. Este princípio tem por objetivo inibir a externalidade negativa sobre o meio natural, impondo ao usuário predador do recurso natural ou seu poluidor a obrigação de indenizar ou recuperar os danos causados ao recurso natural, podendo, inclusive, do ponto de vista jurídico, impedir que o produto seja produzido, ou seja, importante instrumento de proteção ao meio ambiente.

Algumas alternativas levantadas neste estudo podem contribuir para racionalizar esta relação entre o agronegócio e meio ambiente, as quais são a modernização do campo, externalidades positivas, uso de soluções tecnológicas verdes, agricultura de precisão, agricultura de baixo carbono - ABC, da redução de defensivos agrícolas, do fortalecimento da agricultura sustentável e da agricultura familiar.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Ricardo. *Muito além da economia verde*. São Paulo: Abril, 2012.
- ARAÚJO, Massilon J. *Fundamentos de Agronegócios*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. 175 p.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.
- _____. *Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Brasília, 2010. Disponível em <http://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.
- _____. *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 30 set. 2017.
- ERBER, Fábio Stefano. Eficiência coletiva em arranjos produtivos locais industriais: comentando o conceito. *Revista Nova Economia*, v.18, n. 1, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://scielo.br/scielo.php?pid=S0103-63512008000100001&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 set. 2017.
- FLEXOR, Georges; LEITE, Sérgio Pereira. *Análise de políticas públicas: breves considerações teórico-metodológicas*. Bahia, 2006. Disponível em: <<https://xa.yimg.com/kq/groups/23144148/1281863539/name/An%C3%A1lise+De+Pol%C3%ADticas+P%C3%ABlicas.PDF>>. Acesso em: 30 set. 2017.
- IBGE – DADOS HISTÓRICOS DOS CENSOS. *População residente, por situação do domicílio e por sexo (1940-1996)*, 1997. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censohistorico/1940_1996.shtm>. Acesso em 30 set. 2017.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Meio ambiente: as dezessete leis ambientais do Brasil*, 2007. Disponível em <<http://planetaorganico.com.br/site/index.php/meio-ambiente-as-17-leis-ambientais-do-brasil>>. Acesso em: 30 abr. 2018
- PORTO, Marcelo Firpo; SOARES, Wagner Lopes. Atividade agrícola e externalidade ambiental: uma análise a partir do uso de agrotóxicos no cerrado brasileiro. *Rede de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal*. ago. 2006. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/630/63012112>>. Acesso em: 30 set. 2017.
- VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

O FIM DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA: IMPACTOS E PERSPECTIVAS NO SINDICALISMO BRASILEIRO

Daniela Moreira Bueno¹

RESUMO

A temática do presente artigo abarca a análise do fim da contribuição sindical brasileira obrigatória, tendo em vista que a Lei 13.467/2017 trouxe a necessidade da prévia e expressa autorização do contribuinte como requisitos para sua cobrança. Recorrendo ao método de compilação ou bibliográfica, o estudo almeja demonstrar os novos rumos do Direito sindical brasileiro, delineando os impactos e as perspectivas criados com a instauração da facultatividade da contribuição sindical.

Palavras-chave: *Contribuição sindical. Organizações sindicais. Custeio dos sindicatos. Direito sindical.*

ABSTRACT

The thematic of the present article includes the analysis of the end of the obligatory Brazilian union contribution, considering that Law 13467/2017 brought the need of prior and express authorization of the taxpayer as requirements for its collection. Using the compilation or bibliographic method, the study aims to demonstrate the new directions of Brazilian trade union law, outlining the impacts and perspectives created with the introduction of the faculties of the union contribution.

Keywords: *Union Contribution. Trade Union Organizations. Costing of Unions. Trade Union Right.*

Sumário: *1. Introdução. 2. Surgimento e Evolução do Sindicalismo no Brasil. 3. Fontes de Custeio do Sistema Sindical Brasileiro Após a Edição da Lei 13.467/2017. 4. Requisitos Autorizativos para o Recolhimento da Contribuição Sindical. 5. Exame Jurisprudencial. 6. Impactos. 7. Perspectivas. 8. Conclusão.*

¹ Advogada. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal de Goiás.

1 INTRODUÇÃO

Durante décadas a contribuição sindical figurou como a principal fonte de custeio do sistema sindicalista brasileiro. Entretanto, com a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, essa importante receita sofreu significativas alterações, passando a exigir a prévia e expressa autorização do integrante da categoria para sua arrecadação.

A discussão acerca do fim da contribuição sindical obrigatória é de suma relevância no contexto em que as organizações sindicais estão inseridas, haja vista que, além de representar uma “microrreforma” no sistema sindical brasileiro, constitui um marco histórico direcionador de novos horizontes para o sindicalismo nacional.

Nesse sentido, o propósito desse artigo é analisar e fomentar as discussões que abarcam o estudo das fontes de custeio do sistema sindical brasileiro após a edição da Lei 13.467/2017.

O tema aborda os impactos e as perspectivas do sindicalismo pátrio, acerca da instauração da contribuição sindical facultativa, oriunda da mutação legal no cenário das receitas sindicais.

O objetivo do estudo a seguir exposto é transparecer quanto aos novos rumos que o sindicalismo brasileiro deve seguir diante da redução do orçamento financeiro das entidades sindicais provocada pela instauração da contribuição sindical facultativa, bem como fomentar um discurso válido a ser aplicado frente à problemática.

Desta forma, o presente artigo, por meio de um procedimento bibliográfico, utiliza-se de um método de abordagem empírica e descritiva, dialético-comparativo, foi estruturado em três partes, sendo demonstrada na primeira parte uma visão histórica e analítica do sindicalismo nacional; na segunda parte foram abordadas as receitas sindicais, com ênfase na contribuição sindical facultativa, e, por fim, na terceira parte foi sistematizada a questão dos impactos e perspectivas das organizações sindicais brasileiras na dinâmica da modificação das fontes de custeio.

2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO SINDICALISMO NO BRASIL

O sindicalismo surge no campo internacional como resposta às péssimas condições de vida e trabalho às quais estavam submetidos os trabalhadores europeus, tendo em vista a expansão da industrialização e a consolidação do capitalismo.

Os primeiros sindicatos brasileiros datam do início do século XX e foram resguardados pelo Decreto nº 979, de 6 de janeiro de 1903, que faculta aos profissionais da agricultura e indústrias rurais a organização de sindicatos para defesa de seus interesses, e pelo Decreto nº 1637, de 5 de janeiro de 1907, que cria sindicatos profissionais e sociedade cooperativas.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2013, p. 963), a justificativa para a primeira lei sindical brasileira dispor sobre a sindicalização no âmbito rural, e não urbana, como ocorreu na Europa, está na hegemonia do trabalho rural em face do trabalho urbano vivenciado no Brasil durante aquele período. Portanto, embora em campos de batalha distintos, as situações de trabalho degradantes, aviltantes e excessivas também se faziam existentes no cenário nacional, servindo como pivô para a propagação dos idealismos sindicais.

Ao contrário do que aconteceu na Inglaterra, onde os direitos sociais conquistados são frutos de grandioso esforço, a formação da sociedade brasileira permite compreender que, no Brasil, os direitos sociais foram oferecidos como benesses do Estado, apoderando-se dos progressos sociais europeus (MARTINS, 2017).

Nesse contexto, percebe-se que o surgimento e a evolução do direito sindical brasileiro seguiu um caminho diversamente do trilhado pelos países pertencentes ao continente europeu, ou seja, enquanto na Inglaterra, França e Alemanha os sindicatos emergem, no Brasil os sindicatos revelam-se de cima para baixo.

O desenvolvimento do direito sindical brasileiro nas lições de Amauri Mascaro Nascimento (2014, p.1244,1245 e 1247), em sua obra Curso de Direito do Trabalho, seria compreendido pela análise de quatro fases distintas, o anarcossindicalismo, o corporativismo sindical, o sindicalismo autônomo e a reforma sindical projetada em 2004, sendo:

O *anarcossindicalismo* fundou-se nas ideias do sindicalismo revolucionário contestativo do Estado, da autoridade e das leis, segundo os princípios do anarquismo voltados para o movimento sindical, trazidos para o Brasil pelos imigrantes, especialmente italianos, que tiveram uma influência significativa na primeira fase do nosso movimento sindical, entre 1890 e 1920 [...].

A segunda fase do direito sindical brasileiro, de maior duração é a *intervencionista*, a partir de 1930, com o Estado Novo de Getúlio Vargas, a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio nesse ano a política de *nacionalização do trabalho*, com a *Lei dos Dois Terços*, restritiva da presença do operariado estrangeiro nas empresas, a *Lei dos Sindicatos* (Dec. N. 19.770, de 1931), fiel aos princípios corporativistas [...].

A terceira fase é o *sindicalismo autônomo*, caracterizada pela abertura política, que proporcionou um diferente tipo de relacionamento entre o Estado e os sindicatos, e que tem como um dos seus aspectos iniciais o movimento sindical, de que resultou a criação de diversas centrais sindicais sem amparo legal para o pluralismo que de fato instaurou-se na cúpula da estrutura sindical e, depois com o desmembramento de diversas categorias par a instituição, na base, de novos sindicatos que se vincularam espontaneamente a uma das Centrais sindicais. [...]. (Grifo nosso)

Dessa forma, acompanhando as supramencionadas fases do direito sindical, a legislação brasileira que abarca a matéria foi evoluindo, de modo que as transformações do contexto social fazem-se reflexas na esfera legal.

A expressa previsão do artigo 8º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de que a associação profissional ou sindical é livre, não podendo a lei dispor sobre exigência de autorização estatal para fundação de sindicatos, salvo registro no órgão competente, proibida quaisquer interferência e intervenção do Poder Público na organização sindical, exemplifica claramente a fase do sindicalismo autônomo no âmbito jurídico.

A liberdade sindical também foi assunto do XV Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, que aconteceu na data de 28 de abril a 1 de maio do ano de 2010, na cidade de Brasília. Nessa ocasião os juízes brasileiros aprovaram a tese nº 11, que versa sobre a inconveniência da contribuição sindical obrigatória, acentuando que o Brasil teria afastado todas as regras celetistas que disciplinam o recolhimento da contribuição sindical

obrigatória ao incorporar no patrimônio jurídico nacional, pelo Decreto nº 3.321/99, o Protocolo de San Salvador, que consagra a liberdade sindical.

Por fim, é importante salientar que as organizações sindicais dos trabalhadores representam um mecanismo de resistência às imposições da classe patronal e busca por melhores condições de trabalho, o qual, apesar do descrédito popular que vem sofrido nos últimos anos, consiste em valiosa ferramenta na luta pelos direitos dos trabalhadores.

3 FONTES DE CUSTEIO DO SISTEMA SINDICAL BRASILEIRO APÓS A EDIÇÃO DA LEI 13.467/2017

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a Lei 13.467/2017, de 13 de julho de 2017, comumente conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, é responsável por alterar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Pois bem, o sistema jurídico trabalhista brasileiro enumera quatro espécies de contribuições dos trabalhadores para o custeio das suas respectivas entidades sindicais, quais sejam: a) contribuição sindical, b) contribuição confederativa, c) contribuição assistencial e d) contribuição associativa.

A contribuição sindical encontra-se disposta nos artigos 578 a 610 da CLT e parte final do artigo 8º, inciso IV, da Constituição Federal, sendo devida por todos os participantes de categorias econômicas, profissionais ou profissões liberais aos seus sindicatos, desde que prévia e expressamente autorizem seu débito.

Importante esclarecer, que a exigência da prévia e expressa autorização para a cobrança da contribuição sindical é fruto de uma das alterações sofridas pela Consolidação das Leis do Trabalho com o advento da Lei 13.467/2017.

Acerca do recolhimento da contribuição sindical, os artigos 582 e 583 da CLT disciplinam que será efetuado uma vez ao ano, no mês de março para os empregados, correspondente à quantia de um dia de trabalho, no mês

de fevereiro para os trabalhadores autônomos e profissionais liberais, no mês de abril para os empregados e trabalhadores avulsos, ambos numa importância calculada na forma da Nota Técnica /CGRT/SRT n. 05/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego.

No tocante à contribuição confederativa, a Constituição Federal, na primeira parte do artigo 8º, inciso IV, assegura à assembleia geral de categoria profissional a fixação de contribuição que será descontada em folha para o custeio do sistema sindical confederativo.

Quanto aos sujeitos passivos da contribuição confederativa, o Supremo Tribunal Federal, por meio da súmula vinculante 40, fixou o entendimento de que ela é exigível apenas dos filiados.

A contribuição assistencial tem respaldo genérico no artigo 513, alínea e, da CLT, o qual, embora determine que essa contribuição é devida por todos os integrantes da categoria, somente poderá ser exigida dos sindicalizados, conforme Orientação Jurisprudencial 17 da SDC do TST e Precedente Normativo 119 do mesmo órgão jurisdicional.

Luciano Martinez (2016, p. 879), em sua obra *Curso de Direito do Trabalho*, elucida que a diferenciação da contribuição assistencial com a contribuição confederativa resiste na finalidade. Sendo assim, à medida que a contribuição confederativa objetiva custear o sistema sindical, a contribuição assistencial busca o fortalecimento da entidade sindical após uma pesada luta por avanços nas condições laborais ou de movimento pelo progresso institucional.

Por último, e não menos relevante, a contribuição associativa, também conhecida como mensalidade sindical, é estabelecida pelos estatutos das entidades sindicais e imposta a todos aos sindicalizados para subsidiar os benefícios a eles concedidos.

4 REQUISITOS AUTORIZATIVOS PARA O RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Conforme exposto precedentemente, a Contribuição Sindical sofreu interferências com a edição da Lei 13.467/2017, passando a requerer a autorização prévia e expressa dos integrantes das categorias econômicas ou profissionais liberais representadas pelas referidas entidades, como condicio-

nantes para o recolhimento da Contribuição Sindical. Vejamos a disposição da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, **desde que prévia e expressamente autorizadas.** (grifos nossos)

Assim, a contribuição sindical, anteriormente obrigatória, tornou-se facultativa.

Comentando a contribuição sindical obrigatória, Valentin Carrión (2014, p. 556) afirma ser “meio de atrelar os sindicatos ao status existente e é indício de que a liberdade sindical não é completa, uma das más opções que os países podem adotar”.

Isto posto, observamos uma progressão da legislação trabalhista, compatibilizando seus mandamentos com o princípio da liberdade sindical, para que os participantes das categorias profissionais e econômicas manifestem seu desejo em contribuir as respectivas entidades sindicais.

Com relação ao modo de realização dessa manifestação de vontade em autorizar a contribuição sindical, essa deverá ser especificada por escrito, por significar meio seguro para empregado e empregador em assunto de descontos salariais, pouco importando o meio de vinculação dessa manifestação, podendo ser oriundo de aplicativo WhatsApp, e-mail, desde que através de registro escrito (SOUZA JÚNIOR et al., 2017, p. 267).

Já quanto ao tempo em exprimir a vontade de autorizar o recolhimento da contribuição sindical, o artigo 578 da CLT limitou-se a dizer que deverá ser prévia, logo, o empregado poderá informar seu interesse em efetuar a contribuição sindical até o fecho da folha de pagamento.

Em que pese a disposição legal tratar da necessidade de autorização expressa e prévia, deixou de estabelecer taxativamente se deverá ser feita individualmente (pelo empregado) ou coletivamente (por Assembleia Geral).

Enunciado 38 - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

I - É LÍCITA A **AUTORIZAÇÃO COLETIVA** PRÉVIA E EXPRESA PARA O DESCONTO DAS CONTRIBUIÇÕES SINDICAL E ASSISTENCIAL, MEDIANTE ASSEMBLEIA GERAL, NOS TERMOS DO ESTATUTO, SE OBTIDA MEDIANTE CONVOCAÇÃO DE TODA A CATEGORIA REPRESENTADA ESPECIFICAMENTE PARA ESSE FIM, INDEPENDENTEMENTE DE ASSOCIAÇÃO E SINDICALIZAÇÃO. II - A DECISÃO DA ASSEMBLEIA GERAL **SERÁ OBRIGATÓRIA PARA TODA A CATEGORIA**, NO CASO DAS CONVENÇÕES COLETIVAS, OU PARA TODOS OS EMPREGADOS DAS EMPRESAS SIGNATÁRIAS DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. III - O PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR SOBRE O DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL É INCOMPATÍVEL COM O CAPUT DO ART. 8º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E COM O ART. 1º DA CONVENÇÃO 98 DA OIT, POR VIOLAR OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE E DA AUTONOMIA SINDICAL E DA COIBIÇÃO AOS ATOS ANTISINDICAIS. (grifos nossos)

Assunto esse que provocou a criação do Enunciado 38 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que aconteceu em Brasília/DF nos dias 09 e 10 de outubro de 2017.

Baseada nas disposições do artigo 104 e 107 do Código Civil, a instituição de um modelo de autorização geral em norma coletiva para cobrança da contribuição sindical corresponderia a negócio jurídico plenamente válido (AMORIM e SCUDELER, 2018).

Entretanto, não parece ser a autorização coletiva o melhor entendimento, haja vista que, ao transferir para a Assembleia Geral o poder de deliberação sobre a matéria, contraria-se a liberdade individual de manifestação de cada integrante de categoria.

5 EXAME JURISPRUDENCIAL

E inegável que a Lei 13.467/2017 impactou profundamente o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, principalmente por abalar as estruturas das finanças sindicais, que foram drasticamente afetadas com o fim da obrigatoriedade do pagamento da contribuição sindical.

Assim, podemos afirmar, mesmo de forma incidental, que o sistema sindicalista brasileiro sofreu uma microrreforma com o advento da nova legislação.

Os reflexos dessa inovação legislativa demonstram-se claramente perceptíveis ao analisarmos o aumento quantitativo de demandas judiciais discutindo a extinção da contribuição sindical obrigatória.

De acordo com um levantamento feito pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar-DIAP até a data de 14 de junho de 2018, totalizam, em âmbito nacional, 151 (cento e cinquenta e uma) decisões a favor do desconto obrigatório das contribuições sindicais.

No Supremo Tribunal Federal, já somam 20 (vinte) o número de ações versando sobre a constitucionalidade do fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, quais sejam, ADI 5794, ADI 5912, ADI 5923, ADI 5859, ADI 5865, ADI 5813, ADI 5885, ADI 5887, ADI 5913, ADI 5810, ADC 55, ADI 5811, ADI 5888, ADI 5892, ADI 5806, ADI 5815, ADI 5850, ADI 5900, ADI 5950 e ADI 5945.

A discussão sobre a inconstitucionalidade da norma que condicionou o pagamento da contribuição sindical à autorização prévia e expressa dos integrantes da categoria tem por fundo a questão da natureza jurídica da contribuição sindical.

Para Sérgio Pinto Martins (2015, p. 839) a contribuição sindical tem natureza jurídica tributária por se apoiar na disposição do artigo 149 da Constituição Federal, como contribuição de interesse de categorias profissionais e econômicas.

De outro lado, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Mauricio Godinho Delgado (2015, p. 1.440), em sua tradicional obra Curso de Direito do Trabalho, defende que, proveniente de lei e recaindo sobre trabalhadores não sindicalizados, a arrecadação da contribuição sindical tem indissimulável matiz parafiscal, o que não impede a revogação dos preceitos legais instituidores da verba.

É indiscutível a perda do caráter tributário ou a natureza fiscal da contribuição sindical, a partir do momento em que a obrigatoriedade é desarraigada do conceito, brotando em seu lugar a facultatividade (RODRIGUES, 2017, p. 222).

Nesse cenário, de total insegurança jurídica, nas datas de 28 e 29 de junho de 2018, o Supremo Tribunal Federal brasileiro se reuniu para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794, que tinha 19 (dezenove) proces-

sos apensados, isto é, 18 (dezoito) Ações Diretas de Inconstitucionalidade e 1 (uma) Ação Direta de Constitucionalidade.

Em uma disputa acirrada, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, julgou improcedentes os pedidos formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade e procedente o pedido formulado na ação declaratória de constitucionalidade.

Resumidamente, concluíram os nobres julgadores que a Lei 13.467/2017 não feriu nenhum preceito constitucional ao introduzir o requisito da autorização prévia e expressa do contribuinte para a cobrança da contribuição sindical, logo, está em conformidade com a Constituição da República Federativa Brasileira.

Dessa forma, a decisão colocou fim ao confronto jurisprudencial e legal, provocado pelas decisões judiciais que ressuscitavam a obrigatoriedade da contribuição sindical em oposição à disposição legal da Consolidação das Leis do Trabalho, trazendo segurança jurídica para o ordenamento jurídico pátrio.

6 IMPACTOS

Sem dúvida alguma, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794 acabou com as últimas esperanças de muitos sindicalistas em ressuscitar a obrigatoriedade das contribuições sindicais.

Com isso, a realidade do recolhimento da contribuição sindical precedido de autorização prévia e expressa dos participantes das categorias econômicas ou profissionais, ou das profissões liberais, está mais presente do que nunca no cotidiano das entidades sindicais brasileiras.

Luciano Máximo e Raphael Di Cunto, em matéria do jornal online *Valor Econômico* de 27 de março de 2018, afirmam que as organizações sindicais patronais foram as primeiras a perceber a redução na arrecadação da contribuição sindical, a qual, em números, simbolizam uma diminuição de cerca de 80% (oitenta por cento) contrapondo ao ano de 2017, levando em consideração dados dos maiores sindicatos, federações e confederações empresariais do país.

Segundo publicação de Douglas Gravas, na data de 04 de junho de 2018 no jornal online *Estadão*, as arrecadações das associações que repre-

sentam trabalhadores despencou 90% (noventa por cento) quanto ao mesmo período do ano anterior, tendo em vista dados apresentados pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Os números descritos acima são alarmantes, pois evidenciam uma redução brutal na arrecadação financeira de inúmeras entidades sindicais brasileiras, a qual será repassada para todos os que compõem e orbitam nesse sistema.

Por conseguinte, muitos sindicatos que têm sua receita alicerçada na contribuição sindical ameaçam fechar as portas por ausência de condições financeiras, enquanto outros enxergam na atenuação de custos um mecanismo de sobrevivência.

Em vista disso, o aumento no número de desempregados oriundos do setor sindical é um fato cada vez mais frequente, contribuindo com um quadro socioeconômico negativo brasileiro.

Assim, o ataque indireto aos sindicatos, provocado pela introdução no ordenamento jurídico brasileiro da Lei 13.467/2017, é forte e contundente, de modo que amplia os poderes negociais do sindicato e, simultaneamente e contraditoriamente, reduz seus recursos financeiros indispensáveis à sua subsistência (DANTAS JÚNIOR, 2017).

Tratando sobre o fim da contribuição compulsória, Platon Teixeira de Azevedo Neto (2016, p. 8) defende sua eliminação gradativa, em um prazo mínimo de três anos e no máximo de cinco anos, chamando a atenção para um possível colapso momentâneo das entidades sindicais:

Entendemos, dessarte, ser necessário estabelecer um “desmame” para que as entidades sindicais possam se adaptar à diminuição da receita sem comprometer as suas atividades. Certamente será um baque enorme a retirada instantânea de fontes de receita sem uma correspondente substituição automática. Isso poderá **significar até mesmo um colapso momentâneo das entidades sindicais**, o que não seria desejável. (grifos nossos)

Nesse diapasão, a instauração imediata da contribuição sindical facultativa, como ocorreu, impactou profundamente as estruturas sindicais brasileiras, as quais diante de uma receita encolhida se depararam com o principal questionamento: como sobreviver?

7 PERSPECTIVAS

A busca de solução que conduza ao equilíbrio das finanças das entidades sindicais brasileiras é assunto recorrente na pauta diária dos sindicatos, federações e confederações, tanto no âmbito patronal, quanto no âmbito laboral. Essa perquirição tem provocado uma intensa reflexão institucional, na qual uma retrospectiva dos fundamentos constitutivos da corporação, luta por melhorias, apresenta-se como direcionadores para uma transformação.

O termo *sindicato*, de acordo com o dicionário da língua portuguesa, significa associação de pessoas integrantes da mesma categoria econômica ou profissional para a tutela de seus interesses (FERREIRA, 2001, p. 638). O retromencionado conceito elucida claramente a forma organizacional, os deveres e o nicho de atuação dos sindicatos.

O papel dos sindicatos também foi regulado pela Constituição da República Federativa do Brasil no inciso III do artigo 8º, que prescreve ser de sua responsabilidade a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, seja administrativamente ou judicialmente.

Na mesma toada, o caput do artigo 511 da Consolidação das Leis do Trabalho permite a associação de indivíduos que atuem, respectivamente, em campos econômicos ou profissionais, idênticos, similares ou conexos, desde que com intenção de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses.

Tecidas tais considerações, é possível notar que as entidades sindicais são detentoras do direito da representação da categoria econômica e profissional, pois a lei confere-lhes o exercício dessa função.

Contudo, apesar de possuir o direito de representação, não raras vezes, os sindicatos atuam de maneira insuficiente ao transmitir os verdadeiros interesses e necessidades de sua categoria, deixando a desejar em matéria de representatividade.

No que tange à representatividade, Marcus de Oliveira Kaufmann (2010, p. 118) contribui com a seguinte explanação:

A representatividade sindical expressa, muito mais, a qualidade da representação formal sindical, a verdadeira legitimidade de se ter um porta-voz. Se a representação sindical está, enfim, próxima às bases representadas, mais legitimada estará a estrutura de representação formal, legal, instituída, no caso brasileiro, por lei, para aquele mister de representação. Por consequência, menos insegurança representativa haverá.

O caminho para alcançar a verdadeira representatividade dos sindicatos percorre a restauração dos conceitos históricos que levaram à criação da entidade e à salvaguarda da liberdade de expressão dos integrantes das categorias representadas, consolidando os acordos e convenções coletivas de trabalho celebrados (WOLOWSKI e SILVA, 2016).

Em suma, quanto mais as entidades sindicais refletirem os anseios dos membros de suas respectivas categorias, legitimando o direito de representação conferido pela lei, maior será sua representatividade.

Sob essa ótica, duas são as perspectivas das organizações sindicais: 1) reestruturar-se a fim de alcançar um maior número de identificação dos membros com os propósitos institucionais; ou 2) estar fadada ao colapso pela pouquidão de orçamento financeiro.

Nesse sentido, conforme dito alhures, uma análise dos elementos motivadores da organização sindical, bem como de seus propósitos instituidores, é extremamente indispensável para o estabelecimento de novos horizontes que visem a sobrevivência financeira das entidades sindicais.

Por conseguinte, a formação de corporações efetivamente representativas atuaram como via de acesso para um sistema sindical forte, ativo e autossuficiente, diante do novo modelo de custeio do sistema sindical brasileiro instalado após a edição da Lei 13.467/2017.

8 CONCLUSÃO

Conforme narrativa que abrange o estudo do fim da contribuição sindical obrigatória, seus impactos e perspectivas, a sobrevivência e sustentação das entidades sindicais estão pautadas na ampliação de seu grau de representatividade. É imperiosa a formação de organizações sindicais que, além de legítimas, sejam efetivamente representativas, ou seja, honrem o Direito de representação de suas respectivas categorias conferido pela legislação, veiculando os reais interesses de seus representados.

Sendo assim, a inércia das entidades sindicais frente às alterações sofridas na fonte de custeio do sistema sindical nacional poderá levá-las à extinção ou ao seu enfraquecimento, devido à insuficiência de orçamento financeiro.

Contudo, diante do estudo, observa-se que os rumos do Direito sindical brasileiro estão extremamente ligados às atitudes das instituições

sindicais perante a facultatividade da contribuição sindical, seja atuando de forma cada vez mais representativa com o fim de provocar o fortalecimento e a auto-subsistência da instituição, seja se mantendo estática com um risco iminente de colapso, colocando em xeque muitas décadas de luta pela evolução e defesa dos direitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos V. Duarte; SCUDELER, Mateo. Do Tributo ao Trabalho: a Lei nº 13.467/2017 e o fim da contribuição sindical obrigatória. *Revista do TRT da 10ª Região*, v. 22, n. 1, jun. 2018, p. 73-86. Disponível em: <<http://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/205>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. O fim da contribuição sindical compulsória no Brasil: uma rediscussão necessária. *Revistas dos Tribunais*, v. 965, ano 105, mar. 2016, p. 225-242. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.965.11.PDF>. Acesso em: 08 jul. 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. S. Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794. Requerentes: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na pesca e nos portos (CONTIMAF) e Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade*. Brasília, 29 jun. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

CARRION, Valentin. *Comentários à CLT: legislação complementar: jurisprudência*. 39ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONGRESSOS NACIONAIS DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *A história dos Conamats de 1990 a 2014*. Brasília: ANAMATRA, 2015.

CUNTO, Raphael Di; MÁXIMO, Luciano. Entidades patronais perdem cerca de 80% do imposto sindical. *Valor Econômico*, 27 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/5410513/entidades-patronais-perdem-cerca-de-80-do-imposto-sindical>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Fim da contribuição sindical obrigatória: consequências para as entidades sindicais e categorias representadas. *Revista do TRT da 3ª Região*, n. esp., nov. 2017, p. 271-287. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/127095>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

DECISÕES EM FAVOR DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL JÁ SOMAM MAIS DE 100. *Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar*, 4 abr. 2018.

Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/noticias/noticias/28031-decisoes-em-favor-da-contribuicao-sindical-ja-somam-mais-de-100>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GAVRAS, Douglas. Seis meses após reforma trabalhista, arrecadação de sindicatos desaba 88%. *Estadão*, 4 jun. 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,seis-meses-apos-reforma-trabalhista-arrecadacao-de-sindicatos-desaba-88,70002336300>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

KAUFMANN, M. de O. Da formal representação à efetiva representatividade sindical: problemas e sugestões em modelo de unicidade. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 76, n. 2, abr./jun. 2010, p. 109-157. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/14076>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Carlos A. dos S. Nascimento. *Atividade sindical no Brasil e os desafios da representatividade dos trabalhadores no contexto da precarização das relações de trabalho*. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Curitiba, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=5723656>. Acesso em: 22 jun. 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Deusmar José et al. (Orgs.). *Lei da reforma trabalhista comentada artigo por artigo*. Leme: JH Mizuno, 2017.

SEGUNDA JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2017, Brasília. *Enunciados*. Disponível em: <<http://www.jornadana-cional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto et al. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.

WOLOWSKI, Matheus R. de Oliveira; SILVA, Leda Maria M. da. A ausência de garantia de emprego para o empregado e o modelo sindical brasileiro como fator de enfraquecimento das negociações coletivas no Brasil. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 5, n. 51, jun. 2016, p. 130-145. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/94616>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

A PROTEÇÃO DO CYBER ATLETA ATRAVÉS DA REGULAMENTAÇÃO TRABALHISTA DOS E-SPORTS

Diogo Almeida Ferreira Leite¹
Marcelo Magalhães Mesquita²

RESUMO

Este artigo aborda a necessidade de uma legislação específica à atividade desportiva dos e-Sports, sendo feito um introito abordando o crescimento dessa prática e grande movimentação financeira decorrente, elementos que resultam em grande número de atletas de alto rendimento, originadores de uma nova categoria profissional. A abordagem aqui feita é focada em pontos específicos da atividade, as necessidades inerentes ao seu desempenho e ainda pontos semelhantes já abordados pela Lei n. 9.615/98, bem como a necessidade da inovação legislativa necessária ao devido amparo dos cyber atletas em observância à proteção ofertada pela Constituição Federal e pela CLT no âmbito laboral.

Palavras-chave: e-Sports. Cyber atletas. Lei n. 9.615/98. Legislação específica.

ABSTRACT

This article takes on the necessity of a legislation specific to the sportive activity of e-Sports, an introduction regarding the growth of this practice and the huge financial influx following, elements that result in a great number of high-performance athletes, originators of a new professional category. The approach made here is focused in specific points of the activity, the necessities inherent to its accomplishment and also similar points already addressed by the Law n. 9.615/98,

¹ Bacharel em Direito pela UFG. Advogado associado no escritório Marden e Fraga Advogados Associados. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes (ATAME Pós-graduação e Cursos) e em Direito Digital e Compliance pela Damásio Educacional. Membro da Associação Goiana da Advocacia Sindical Obreira e do Instituto Goiano de Direito Digital.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Goiás, cursando o 4º período. Estagiário no escritório Marden e Fraga Advogados Associados.

as well as the need for legislative innovation required to the correct support of the cyber athletes regarding the protection given by the Federal Constitution and by the CLT in the labor sphere.

Keywords: *e-Sports. Cyber athletes. Law n. 9.615/98. Specific legislation.*

Sumário: *1. Introdução. 2. A atual situação dos e-sports. 3. O atleta dos e-sports em um mercado de trabalho ultradinâmico e carente de regulação. 4. Propostas legislativas. 5. Problemática da falta de legislação específica. 6. Questões legais assemelhadas às dos demais desportos e aspectos específicos. 7. Conclusão: bases legais, discussão, inovação e amparo.*

1 INTRODUÇÃO

Muito se fala a respeito dos e-Sports, uma modalidade esportiva, relativamente nova, que vem crescendo exponencialmente a cada ano. O e-Sport, manifestado através de jogos multiplayer de alta competitividade e profundidade técnica,³ vem conquistando pelo mundo muitos praticantes e também telespectadores, dando origem a um mercado de grande porte e que cada vez mais necessita de uma regulamentação, principalmente no âmbito trabalhista, que é o foco deste artigo.

Segundo a pesquisa do periódico holandês, NewZoo,⁴ os e-Sports no ano de 2018 vão movimentar cerca de 905.6 milhões de dólares, isso significaria um crescimento de 48% em relação ao ano anterior. Toda essa movimentação financeira e impacto social são reflexos de diversas competições que hoje existem, para as quais estão se formando atletas, equipes e todo um corpo de profissionais altamente especializados e direcionados para o alto rendimento da modalidade, envolvendo preparação dos atletas, logística e paramentação, com patrocinadores variando de gigantes da tecnologia (Intel e Dell) a redes de fastfood (McDonald's) e gigantes do varejo (Submarino).⁵

3 Wikipedia. eSports. Disponível em: <<https://en.wikipedia.org/wiki/ESports>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

4 PANNEKEET, Jurre. Global Esports Economy Will Reach \$905.6 Million in 2018 as Brand Investment Grows by 48%. NEWZOO, 21 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://newzoo.com/insights/articles/newzoo-global-esports-economy-will-reach-905-6-million-2018-brand-investment-grows-48/>>. Acesso em 10 jul. 2018.

5 ALVES, Thiago. 10 Cases de marcas que investiram em eSports. eSPORTS PRO BR, 16 março 2017. Disponível em: <<http://esportsprobr.com.br/conteudo/10-cases-de-marcas-que-investiram-em-esports>>. Acesso em: 10 julho 2018.

Esse rápido crescimento em popularidade e rentabilidade chama atenção às proporções que o mercado está tomando, tornando cada vez mais comum a profissionalização de jogadores em vista da alta competitividade do meio, sendo uma necessidade das equipes os investimentos em preparadores físicos, psicólogos e nutricionistas.

Constitui-se então um verdadeiro esporte com mercados de transferências, centros de treinamentos e alta especialização. Dessa forma, como é feita a regulamentação dos trabalhadores que se dedicam a tais modalidades? Como são resguardados os seus direitos? Há monitoramento de suas jornadas? Como são feitos os acertos e pagamentos de salários, garantindo que não ocorram fraudes?

É a respeito das garantias básicas que busca este artigo explorar, destrinchando os aspectos específicos da modalidade e buscando se precaver de abusos e problemas advindos de uma relação de trabalho ainda pouco discutida, mas que possui a necessidade de regulamentação.

2 A ATUAL SITUAÇÃO DOS E-SPORTS

Os e-Sports são uma modalidade relativamente recente em jogos eletrônicos, principalmente dos gêneros real-time strategy (RTS), first-person shooter (FPS), fighting, e multiplayer online battle arena (MOBA), sendo o principal componente a alta competitividade e dependência da habilidade dos envolvidos. As competições normalmente são organizadas pelas empresas privadas que desenvolvem e distribuem os jogos envolvidos. As regras e especificidades do campeonato são decididas de acordo com o jogo escolhido, podendo ter modalidades individuais ou coletivas.

Atualmente, não há uma regulamentação das relações de trabalho nesse meio, sendo que sequer o Código Brasileiro de Ocupações reconhece o atleta de e-Sports como uma profissão. Cumpre destacar que algumas competições exigem que o atleta possua um contrato de trabalho, razão pela qual a identificação da profissão utilizada refere-se às áreas de TI e não de atletas profissionais.

E ainda: COUTINHO, Beatriz. 10 grandes marcas que patrocinam o cenário de eSports. VERSUS BETA, 2 fevereiro 2018. Disponível em: <<https://vs.com.br/artigo/10-grandes-marcas-que-patrocina-o-cenario-de-esports>>. Acesso em: 10 julho 2018.

Dessa forma, nota-se que ainda inexistem um conjunto de regras que se adequem às especificidades dessa profissão, implicando a vulnerabilidade do atleta, que se encontra mergulhado em mercado altamente competitivo e com uma rotatividade, em termos de filiação às equipes, muito superior àquela referente aos atletas convencionais, principalmente quando consideramos toda a dinamicidade inerente ao público, jogos e transmissões via internet. Dessarte, a sujeição dos cyberatletas a abusos contratuais, instabilidade, incertezas profissionais e falta de amparo jurídico ignora totalmente as garantias ao livre exercício profissional insculpidas no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Outrossim, a falta de reconhecimento da profissão impede ainda a devida fiscalização da observância dos ditames legais, o desenvolvimento de discussões que conduzam a inovações legais necessárias às peculiaridades da atividade e, por fim, à devida assessoria jurídica dos atletas, que, não obstante as partidas competitivas, ainda passam por sessões de treinamento extenuantes e requerem toda uma atenção à sua saúde no desempenho de atividades em uma carga e frequência para as quais o corpo humano não está acostumado.

3 O ATLETA DOS E-SPORTS EM UM MERCADO DE TRABALHO ULTRADINÂMICO E CARENTE DE REGULAÇÃO

Atualmente, dado o crescimento do mercado de games e de competições esportivas destes, os jogos virtuais ganharam os olhos do mundo, inclusive do mercado financeiro, que ensejou igual aumento em termos de investimentos.

Não se trata mais de apenas jogos eletrônicos ou competições amadoras, o mercado se profissionalizou e muitas pessoas vivem dele. Um exemplo disso é o atleta Rafael Salles, também conhecido pela alcunha Rafifa13. O Atleta, que tem conciliado uma jornada de treinos e preparação para alcançar grandes resultados, firmou um contrato de dois anos com uma empresa interessada no público alvo do mundo dos games, e para garantir bons resultados, o contrato prevê pagamento de bonificações durante os campeonatos.

A preocupação aqui são as legislações que regulam esses contratos, principalmente no que tange à jornada laboral e consequências do labor

na vida do atleta paralelamente à remuneração equivalente. Nesse sentido, uma vez que não existe uma regulamentação sólida, a empresa pode definir metas através de ofertas de bonificações que não estão ao alcance do atleta, causando evidente sobrecarga laboral e estabelecendo salário-condição que implica grande variação remuneratória em descompasso ao empenho do atleta, contrariando o Princípio da Estabilidade Financeira, já abordado pelo Tribunal Superior do Trabalho quando da redação da Súmula n. 372, I.

O problema da ausência de regulamentação não é apenas definir a jornada dos jogadores, é muito maior que isso. A CLT de 1943 é um marco para o país por instituir e regulamentar as relações de trabalho e, anos depois, houve sua reforma sob o argumento de adaptar a CLT às mudanças ocorridas nos mais de 70 anos de sua vigência de forma a propiciar avanços para que as relações de trabalho se desenvolvam de forma harmônica.

Dessa forma, é essencial a instituição de mecanismos legais capazes de estender ao cyberatletas a proteção conferida aos demais trabalhadores pela CLT, sendo a necessidade de uma regulação específica verificada diante de questões particulares a essa categoria em especial, evitando que a categoria profissional fique sujeita aos riscos da atividade econômica.

Assim, a continuidade da ausência de regulamentação e atenção a essa nova profissão pode gerar desequilíbrios futuros e contrariar preceitos legislativos trabalhistas de resguardo e amparo ao trabalhador, parte hipossuficiente e carente da proteção estatal a ser desempenhada pela devida regularização e tutela na resolução dos possíveis conflitos.

4 PROPOSTAS LEGISLATIVAS

Existem algumas propostas que tramitam no cenário nacional para regularizar a relação de trabalho entre os atletas e empresas que organizam as equipes, uma delas é a existente no estado de São Paulo, de autoria do deputado estadual Alexandre Pereira, e que está sob análise no senado, de autoria do senador Roberto Rocha.

Em síntese, as propostas apresentadas buscam adequar o praticante dos e-Sports ao termo “atleta”, sendo assim, por analogia, seria aplicado a estes as disposições da Lei Pelé (Lei nº 9.615 de 24 de março de 1998), criando uma igualdade formal entre atletas de diferentes esportes.

Cabe ressaltar também que, segundo o artigo escrito pela advogada Tarsila Machado Alves,⁶ a Riot Games, organizadora do campeonato de League of Legends, um jogo popular no meio dos e-Sports, a partir de 2017, impôs uma série de regulamentações para que fossem formalizados os vínculos empregatícios com os jogadores e treinadores. Dessa forma, foi determinado que seria aplicada, por analogia, a Lei Pelé aos atletas.

No entanto, mero enquadramento dos atletas dos e-Sports na Lei Pelé não se mostra suficiente quanto ao âmbito trabalhista. Cada esporte tem suas peculiaridades devendo ser tratadas como tal, bem como não é possível depender a aplicação análoga da Lei às regulamentações particulares de cada competição na ausência de lei específica, concedendo aos profissionais dos e-Sports status de atletas profissionais.

Assim, uma regulamentação geral não pode dispor de características específicas dos e-Sports, mas já demonstra um grande avanço, porquanto o reconhecimento formal da modalidade como esporte direciona os conflitos para as justiças especializadas e competentes para a solução da lide, no caso a Justiça Trabalhista e a Justiça Desportiva.

Os avanços são importantes, mas ainda se mostram pequenos diante da magnitude que o esporte tem tomado, por isso as atenções devem se direcionar ao esporte em comento.

5 PROBLEMÁTICA DA FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Em vista do aumento da demanda de atletas no mundo dos e-Sports, criou-se a nível internacional um mercado próprio que envolve contratos, transferências e condições, assim, aumentam também o número de conflitos entre atletas, contratantes e terceiros, sendo necessária a interferência do Direito do Trabalho.

Como destacou Marcos Ullhoa Dani, no âmbito do direito desportivo, “a lei n. 9.615/98(Lei Pelé) não trouxe regulação exaustiva de todas

⁶ ALVES, T. Carteira de trabalho é apenas uma das formas de contrato nos e-Sports. *ESPN*, 4 set. 2017. Disponível em: <http://cspn.com.br/noticia/724367_carteira-de-trabalho-e- apenas-uma-das-formas-de-contrato-nos-esports-entenda>. Acesso em 10 jul. 2018.

as situações que podem advir de um contrato desportivo, em especial no que tange aos registros e às transferências dos atletas”.⁷

A diferença é que, configurado o vínculo empregatício, como ocorre hoje em dia segundo a Lei nº 9.615, o jogador pode recorrer à justiça trabalhista para a justa solução de alguma lide, da mesma forma que existe a possibilidade dos conflitos desportivos no futebol serem resolvidos através da própria justiça do desporto, desde que esta não viole o ordenamento vigente, ela tem plena competência para a resolução de conflitos no âmbito desportivo.

Atualmente o atleta de jogos virtuais ainda não tem uma justiça detentora de conhecimentos peculiares ao seu labor, estando à mercê apenas dos contratos estabelecidos, podendo assim criar-se uma grande injustiça em decisões. Outro problema é que, diante da dinamicidade das contratações e competições, a alta rotatividade implica demissões relâmpago e desmembramento de equipes sem observância da legislação trabalhista quando de rescisões laborais e há ainda pouquíssimo amparo jurídico aos profissionais quando da redação dos contratos, sequer sendo observadas muitas rescisórias ou cláusulas compensatórias, de tal forma que apenas as empregadoras são resguardadas em caso de rompimento de vínculo.

A título de exemplo, cabe citar uma situação a qual se visa prevenir, o famoso caso Bossman, que modificou a estrutura das negociações futebolísticas no mundo. Um atleta teve sua carreira prejudicada por uma cláusula abusiva em seu contrato que previa o pagamento de um valor exorbitante pelo chamado Passe, que era a liberação dele do seu antigo time.

Dessa forma, nenhum clube pôde pagar aquele passe, e o jogador, que possuía o contrato vencido e nenhum interesse de renovação com o clube diante da imposição por este de grande redução salarial, acabou tendo sua transferência obstada pelo exagerado passe estipulado. A solução do caso se deu apenas com apelo à Corte Internacional.

Em observância a essa situação, que possui diversos paralelos e similaridades com os abusos existentes no ramo dos e-Sports, foi elaborada a legislação resguardando o desporto e buscando extinguir os abusos dos

⁷ DANI, M. Ulhoa. *Transferências e registros de atletas profissionais de futebol: responsabilidades e direitos*. São Paulo: LTr, 2016.

empregadores. No Brasil, a Lei nº 9.615/98 definiu o vínculo esportivo como acessório ao vínculo empregatício, outrossim, não existindo contrato de trabalho não se configura vínculo esportivo.

A mesma vinculação deve ocorrer no caso dos e-Sports, sob pena de precarização da profissão recém surgida e, subsequentemente, prejuízo a toda essa nova forma de entretenimento.

6 QUESTÕES LEGAIS ASSEMELHADAS ÀS DOS DEMAIS DESPORTOS E ASPECTOS ESPECÍFICOS

A fim de exemplificar as questões legais tidas como específicas dos atletas de e-Sports, passa-se a uma abordagem perfunctória de certos aspectos das atividades dos cyber atletas que necessitam de um foco diferenciado.

Primeiramente, é possível estabelecer um paralelo entre alguns aspectos da atividade dos atletas convencionais, amparados por dispositivos da Lei Pelé, que muito se assemelham a aspectos da jornada dos atletas aqui abordados, quais sejam: os períodos de concentração anteriormente às partidas profissionais (art. 28, §4º, I), existência de cláusula compensatória no contrato laboral (art. 28, II), contrato por prazo determinado como regra (art. 30), fornecimento de treinamentos e equipamentos necessários à prática do esporte (art. 34, II), necessidade de integração ao contrato das condições de transferência do atleta (art. 40, §1º). Além desses pontos, existem vários outros, restando destacados somente alguns diante do intuito exemplificativo deste parágrafo, e não exaustivo.

Por outro lado, há questões de suma importância que reforçam a necessidade de legislação específica à categoria, como a necessidade de acompanhamento psicológico, não apenas para que os desportos lidem com questões inerentes à pressão e estresse comum aos esportes de grande competitividade, mas também em atenção à recente classificação, pela OMS, de vícios em jogos de videogame como um distúrbio mental.⁸ Outras questões

⁸ WAKEFIELD, Jane. Pela primeira vez, vício em games é considerado distúrbio mental pela OMS. *BBC News Brasil*, 2 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42545208>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

importantes são a importância da ergonomia e EPIs necessários à prevenção de doenças ocupacionais referentes à musculatura envolvida, estabelecimento de intervalos dentro da própria jornada em decorrência da intensidade da atividade, que não encontra limites específicos como é o caso de esportes convencionais e o cansaço visível dos atletas.

Além de todas essas questões é importante mencionar a divulgação da imagem dos atletas, que se dá muito mais comumente através de transmissões pela internet em plataformas como o Twitch e o YouTube, o que traz toda uma nova abordagem a respeito da diferente arrecadação e necessidade de repasse ao desporto, haja vista que as transmissões via televisão, regra nos esportes convencionais, aqui atingem apenas uma pequena parte do público.

Passadas essas questões, é evidente que há situações fáticas que não estão abarcadas pela Lei n. 9.615/1998 e que são essenciais ao correto exercício da profissão na perspectiva de uma tutela jurídica efetiva.

7 CONCLUSÃO – BASES LEGAIS, DISCUSSÃO, INOVAÇÃO E AMPARO

Nos termos do que já foi exposto, o atleta dos e-Sports, atualmente, encontra-se num vácuo legislativo, onde seus direitos e suas responsabilidades não são atribuídos de forma clara e negligenciam as peculiaridades da sua modalidade.

Dessa forma, o estabelecimento da Justiça do Trabalho como competente à resolução de lides advindas de vínculos empregatícios entre empresas que possuem equipes de e-Sports e os atletas se dá, primeiramente, mediante toda uma discussão a respeito da natureza da atividade e, muitas vezes, através da necessidade de reconhecimento do vínculo empregatício existente para, só então, ser analisado o mérito da questão.

Por isso se faz importante o reconhecimento da modalidade como esporte, para que se torne obrigatória a formalização de um vínculo empregatício, bem como a atribuição de status de atleta profissional aos jogadores que atuam nas competições profissionais como forma de evitar abusos e resguardar os direitos do atleta, reduzindo as chances de uma pactuação unilateral e

totalmente alheia às necessidades do cyberatletas, sejam as comuns aos atletas convencionais ou ainda aquelas específicas dos e-Sports.

O primeiro passo para tanto é o reconhecimento da condição dos cyber atletas mediante legislação específica, bem como a abordagem de questões já conhecidas como a jornada diferenciada, contabilização dos treinamentos na jornada laboral, caráter não-salarial de premiações, resguardo mediante cláusulas compensatórias, necessidade de acompanhamento médico e psicológico, nos termos do que já foi abordado neste artigo.

A partir de uma base legal sólida e já capaz de englobar os meandros da profissão em um momento inicial, a aplicação da lei permitirá um segundo momento de estudos e verificação do impacto legal, viabilizando novas alterações e adequações, possibilitando a inovação legal frente às inovações trazidas por esse peculiar vínculo empregatício e, logo, garantindo real amparo aos profissionais envolvidos e permitindo a continuidade do desenvolvimento dos e-Sports.

REFERÊNCIAS

ALVES, Tarsila. Carteira de trabalho é apenas uma das formas de contrato nos eSports, *ESPN*, 4 set. 2017. Disponível em: <http://www.espn.com.br/noticia/724367_carteira-de-trabalho-e- apenas-uma-das-formas-de-contrato-nos-esports-entenda>. Acesso em: 10 jul. 2018.

ALVES, Thiago. 10 Cases de marcas que investiram em eSports. *eSPORTS PRO BR*, 16 mar. 2017. Disponível em: <<http://esportsprobr.com.br/conteudo/10-cases-de-marcas-que-investiram-em-esports/>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

COUTINHO, Beatriz. 10 grandes marcas que patrocinam o cenário de eSports. *VERSUS BETA*, 2 fev. 2018. Disponível em: <<https://vs.com.br/artigo/10-grandes-marcas-que-patrocinam-o-cenario-de-esports>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

DANI, Marcos Ulhoa. *Transferências e Registros de Atletas Profissionais de Futebol: responsabilidades e direitos*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

ESPORTS. In: *Wikipedia*. Disponível em: <<https://en.wikipedia.org/wiki/ESports>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

PANNEKEET, Jurre. Global Esports Economy Will Reach \$905.6 Million in 2018 as Brand Investment Grows by 48%. *NEWZOO*, 21 fev. 2018. Disponível em: <<https://newzoo.com/insights/articles/newzoo-global-esports-economy-will-reach-905-6-million-2018-brand-investment-grows-48/>>. Acesso em 10 jul. 2018.

WAKEFIELD, Jane. *Pela primeira vez, vício em games é considerado distúrbio mental pela OMS*. *BBC News Brasil*, 2 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42545208>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA PERANTE O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Luciano Pizzotti Silva¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a inovação legislativa consistente na possibilidade de condenação da parte vencida, ainda que reciprocamente, em honorários de sucumbência. A partir de uma definição principiológica do Direito Processual do Trabalho, será realizada uma análise crítica da presença dos honorários de sucumbência também nas lides decorrentes da relação de emprego. Também será analisado o efeito da eventual condenação em honorários sucumbenciais pelo beneficiário da justiça gratuita. Por fim, apresentar-se-á conclusão inerente à mencionada interpretação crítica, ressaltando a espera pela definição jurisprudencial.

Palavras-chave: *Direito Processual do Trabalho. Princípio da ubiquidade. Honorários de sucumbência. Justiça gratuita.*

ABSTRACT

This paper intend to analyse the new legislation about the possibility to condemn the unsuccessful claimant or defendant, even if reciprocally, in lawyer's fees. From a principle definition of labor due process, will be analyse, in a critycal way, lawyer's fees' presence on the litigation that occurs because of the labor relation. Will be analyse, as well, the lawyer's fees' conviction's effect related to the free justice fees beneficiary. Lastly, will be present the conclusion regard the critycal interpretation above indicated, excepting the wait for the jurisprudence definition.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Processual Civil. Advogado trabalhista. Professor Universitário das disciplinas Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Autor de artigos jurídicos. Professor em curso jurídico.

Sumário: 1. *Introdução.* 2. *Princípio da ubiquidade.* 3. *Direito Processual do Trabalho: características e finalidades.* 4. *Honorários sucumbenciais.* 5. *Honorários de sucumbência e justiça gratuita.* 6. *Conclusão.*

1 INTRODUÇÃO

O advento da denominada “Reforma Trabalhista”, instituída pela Lei nº 13.467/2017, inseriu no texto juslaboral o instituto dos honorários sucumbenciais, por meio específico do artigo 791-A da CLT, abrangendo, também, as lides decorrentes das relações de emprego.

Considerando o conteúdo normativo (tanto o regramento, quanto a principiologia) do Direito Processual do Trabalho, a incidência da nova estipulação legal sucumbencial gerou polêmica doutrinária desde o início, fomentando o debate entre os operadores do Direito, ainda sem uma tendência de pacificação de entendimento.

Questão muito importante, quando da apreciação do tema da incidência de honorários sucumbenciais no âmbito processual laboral, refere-se à compatibilização entre a regra colocada pelo legislador ordinário e a normatização constitucional, dotada de qualidade fundamental, consistente na previsão contida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988, qual seja, o princípio da ubiquidade.

Colocada a dimensão do debate, em relação às duas normatizações em específico, buscar-se-á, por meio do presente, cotejar a teleologia constitucional e legislativa, verificando eventual possibilidade de compatibilização das matrizes jurídicas que se denotam por meio da previsão fundamental existente e da positivada inovação ordinária.

2 PRINCÍPIO DA UBIQUIDADE

O artigo 5º, inciso XXXV da CF/88 prevê, expressamente, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Conhece-se esse dispositivo, usualmente, pela denominação de princípio da inafastabilidade da jurisdição. Contudo, a evolução do pensamento doutrinário

e do conteúdo das decisões judiciais reposicionaram referida disposição constitucional a um novo patamar.

É certo que, a princípio, o entendimento hermenêutico se dava no sentido de vedar qualquer impossibilidade de o cidadão, sujeito de direitos e deveres na ordem civil (artigo 1º do CCB/02), buscar a tutela jurisdicional. Vale mencionar, desde já, por óbvio, que referido entendimento ainda persiste normativamente vigente no conteúdo jurídico pátrio, garantindo ao cidadão proteger eventual posição jurídica de vantagem que se considere titular.

Todavia, o estabelecimento de bases salutares para o desenvolvimento da jurisdição pátria, pois deve ser tida por inconstitucional qualquer norma que limite o acesso ao Judiciário², não impede, mas, ao contrário, estimula a exegese no sentido de garantir, da mesma forma, o acesso à ordem jurídica justa, adequada.

Segundo defendido pelo professor Freitas Câmara (2008)³, o alcance da formalidade pela tutela estatal não é suficiente para proteger o direito material prejudicado pela resistência da parte adversa. Nesse sentido, existe um dever correspondente ao direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, qual seja, uma necessidade jurídico-social de entrega, pelo Estado, de uma prestação jurisdicional adequada.

Assim, percebe-se que a disposição constitucional ora comentada adquire uma roupagem não apenas de garantir o acesso à tutela jurisdicional, mas também que, ao se provocar o Poder Judiciário, a realização do direito fundamental se faça de maneira adequada.

Adequação, ou acesso à ordem jurídica justa, significa propiciar ao tutelado um resultado jurisdicional que possa garantir efetividade em relação ao objetivo que exista em razão da atuação judiciária. Pode-se mencionar algumas qualidades exemplificativas, tais como, tempo de tramitação dos feitos, consistência jurídica das manifestações processuais estatais, dentre outros.

Por certo, sabe-se que garantir apenas o acesso ao Judiciário não é suficiente, pois o cidadão, a par do acesso, também busca o respectivo

² O condicionamento da análise meritória ao atendimento das condições da ação e dos pressupostos processuais, por exemplo, não se consideram limitação ao acesso jurisdicional, conforme coloca a doutrina pátria, pois revestem-se de razoabilidade e constitucionalidade.

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, volume I. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

resultado, seja na qualidade de demandante ou demandado, haja vista a abstração processual.

Veja-se o preciso magistério do professor Mauro Schiavi:

Trata-se de uma das garantias mais importantes do cidadão, uma vez que, modernamente, a acessibilidade ao Judiciário é um direito fundamental de qualquer pessoa para efetivação de seus direitos. De outro lado, não basta apenas a ampla acessibilidade ao Judiciário, mas também que o procedimento seja justo e que produza resultados (efetividade).⁴

Percebe-se, portanto, que as normas processuais não devem apenas garantir o acesso do cidadão ao Judiciário, mas, também, permitir que a característica de instrumentalidade do processo seja alcançada, ou seja, o direito material deve possuir condições de ser efetivado por meio do processo. Nessa toada, a existência de normas processuais que afastam do poder republicano o cidadão lesionado em seu direito não se harmoniza com o dispositivo constitucional.

3 DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO: CARACTERÍSTICAS E FINALIDADES

O Direito processual, amplamente considerado, possui como característica fundamental sua instrumentalidade. Percebe-se, assim, que o processo não é um fim em si mesmo, devendo buscar soluções publicistas para que o direito material possa se concretizar.

Não há que se concluir pela maior ou menor importância entre direito substantivo ou adjetivo, pois ambos possuem natureza jurídica fundamental, destinados à interação. Assim, afasta-se qualquer questionamento sobre a autonomia do Direito Processual e, principalmente, do Direito Processual do Trabalho, haja vista a existência de princípios, regras e institutos próprios.

Ainda no tocante ao tema da autonomia do processo laboral, deve-se analisar que determinado ramo do Direito possui característica científica não apenas pelo regramento positivado que lhe é pertinente. Conforme

afirmado acima, além das regras pertinentes a determinado ramo jurídico, também o individualizam o conteúdo principiológico e o institucional. Assim sendo, a inovação legislativa, ainda que tenha o condão de mitigar o conteúdo autônomo do ramo do Direito, não se mostra com força normativa suficiente para tanto.

A filosofia do Direito contribui para que o sistema jurídico tenha sua formulação e, conseqüentemente, culminação de resultados de maneira coerente e autônoma. O que se quer dizer é: reconhece-se força normativa não apenas às regras jurídicas, mas também aos princípios. Estes consistem nas diretrizes basilares de determinado ramo jurídico autônomo, assim como o Direito Processual do Trabalho, orientando a exegese jurídica no exercício da concretização das normas.

O Direito Processual do Trabalho possui seus princípios peculiares, conteúdos definitórios, viabilizando sua utilização cotidiana em relação aos jurisdicionados. O ramo do Direito surge com sua respectiva carga principiológica, a qual o define, ou seja, a legitimidade da aplicabilidade do processo laboral existirá, da maneira como o é hodiernamente, até que o fato social implique análise hermenêutica em relação ao conteúdo de seus princípios.

Por bem dizer, ainda não se está diante de alteração do fato social, mas, apenas, de modificação de orientação legislativa, a qual deve ser interpretada segundo o conteúdo fundamental do Direito posto, para que o sistema jurídico respectivo não se prejudique em termos de unicidade, coerência e, por fim, justiça e segurança jurídica.

Desta forma, analisando o conteúdo instrumental processual laboral, deve-se reconhecer que o Direito do Trabalho possui matriz constitucional fundamental, à vista do artigo 7º e artigo 1º, III ambos da CF/88, por exemplo. Além disso, todo o conteúdo legislativo ordinário existe em função do reconhecimento do valor social do trabalho (artigo 1º, IV, CF/88) e da função social da propriedade (artigo 170, III da CF/88).

Ainda nesse sentido, o conjunto celetista reconhece a necessidade de se garantir ao trabalhador o patamar civilizatório mínimo para que possa exercer sua plena cidadania. O reconhecimento de direitos, nesse caso, considera a característica de hipossuficiência do empregado, até mesmo em função da inerente condição de ser coletivo do empregador.

⁴ SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 92.

Portanto, o processo do trabalho deve ser instrumento hábil à realização do respectivo direito material, isto é, qualquer disposição legislativa que não contribua com mencionada finalidade deve ser afastada do conjunto normativo.

Ainda vale mencionar dois princípios do Direito Processual do Trabalho que constituem seu núcleo basilar e são importantes para a análise e conclusão a que se propõe.

O processo, considerada sua natureza jurídica, possui característica publicista. Portanto, natural é reconhecer sua função social, pois não se admite execução de função estatal distante de finalidade social, considerada a supremacia do interesse público.

Assim, fundamenta-se a função social do processo do trabalho na função social da propriedade (envergadura constitucional) e na função social do contrato (artigo 421 do CCB/02). Ainda, forçoso é reconhecer, como consectário da função social, o princípio da vedação ao retrocesso social também em âmbito instrumental laboral.

A condição social progressiva do trabalhador demanda uma ferramenta efetiva no mesmo sentido. Valendo-se, novamente, do magistério do professor Mauro Schiavi:

Pelo princípio da vedação do retrocesso social do processo do trabalho, ele deve sempre estar em evolução, acompanhando os direitos fundamentais do cidadão, bem como propiciar a efetividade do direito fundamental do acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho.⁵

Tem-se, portanto, a indicação exemplificativa de alguns princípios que apresentam a função primordial do Direito Processual do Trabalho, qual seja, de permitir, em situação judicial, que o direito material seja aplicado com isonomia e, fundamentalmente, haja vista a estatística das principais causas de reclamações trabalhistas, que o trabalhador tenha acesso às suas verbas alimentares.

Por fim, tem-se que todo o conjunto principiológico do Direito Processual do Trabalho - veja-se, por exemplo, o princípio do protecionismo temperado ao trabalhador - indica o sentido de permitir ao trabalhador, na

⁵ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 9ª edição. São Paulo: LTr, 2015, p. 136.

massiva maioria das vezes na qualidade de ex-empregado, a realização de seus direitos fundamentais sociais, além daqueles previstos na legislação ordinária e nos instrumentos coletivos.

4 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

A Lei nº 13.467/2017 acresceu ao texto celetista o artigo 791-A, prevendo a possibilidade de condenação ao pagamento de honorários de sucumbência da parte vencida em favor do advogado da parte contrária. A inserção do mencionado dispositivo tem causado importante debate doutrinário e, também, discussão judicial a respeito do tema.

Estabelecamos as bases do dispositivo: os honorários de sucumbência serão devidos no percentual que varia entre 5% e 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Também serão devidos os respectivos honorários nas ações contra a Fazenda Pública e nas hipóteses de assistência ou substituição pelo sindicato da categoria da parte. Ainda, a lei estabelece os critérios de valoração, além de prever a eventualidade da ocorrência de sucumbência recíproca, vedada a compensação (artigo 368 e seguintes do CCB/02 c/c artigo 23 da Lei nº 8.906/94).

Por fim, também existe a previsão de possibilidade de pagamento de honorários de sucumbência pelo beneficiário da justiça gratuita, desde que tenha condições financeiras de arcar com o pagamento em razão de crédito obtido no mesmo ou em outro feito. Não sendo o caso, o crédito permanecerá sob condição suspensiva de exigibilidade por até dois anos, período em que o credor poderá demonstrar a superação da condição de hipossuficiência financeira do devedor.

Diante do cenário sucumbencial positivado, pode-se concluir que as Súmulas 219 e 329 do TST encontram-se superadas. Além disso, a previsibilidade de verba sucumbencial já existia junto à Justiça Laboral, mas no tocante às relações de trabalho, que não as de emprego, consoante a ampliação da competência feita pela EC 45/04. Aplicava-se, no caso, o conteúdo previsto no artigo 85 e seguintes do CPC.

Regulamentando o tema, ainda em 2005, no tocante às lides que não decorressem das relações de emprego, o TST editou a Instrução Normativa 27/2005, especificando a possibilidade em seu artigo 5º.

Também importa ressaltar que, por força do previsto no artigo 7º, inciso IV da CF/88, admitindo-se a aplicabilidade do artigo 791-A da CLT, os honorários advocatícios não podem ser fixados em salários mínimos (Súmula 201 do STJ).

Veja-se: um dos objetivos do Direito Processual do Trabalho, ramo jurídico autônomo, como visto, é assegurar o acesso do cidadão à Justiça do Trabalho, sendo que por acessibilidade entenda-se adequação.

É certo que a teleologia do legislador ordinário foi no sentido de conter alguns pedidos que são considerados, por alguns, desarrastados, criando um receio no empregado, um obstáculo ao acesso à Justiça, distanciando-o da histórica missão institucional laboral: acolher os pleitos, apreciá-los e decidir conforme a legislação de referência.

Todavia, deve-se reconhecer que a procedência ou a improcedência são conclusões inerentes ao processo judicial, haja vista seu estado de abstração. O jurisdicionado, atendidas as condições da ação e os pressupostos processuais, tem o direito de obter um dizer jurisdicional acolhendo ou rejeitando o pedido. Não se pode inovar a legislação, considerando a natureza alimentar das verbas trabalhistas, tentando afastar o jurisdicionado da função republicana.

Sabe-se, por óbvio, que não se está mais diante da definição do direito de ação segundo a teoria concreta. As inspiradoras teorias abstrata, eclética e da asserção denotam que o processo pode definir resultado de procedência ou improcedência. Assim, verifica-se que a improcedência integra a dinâmica processual, não enquanto uma penalização, mas como decorrência natural do processo.

No caso em específico, considerando toda a carga principiológica do Direito Processual do Trabalho e a natureza alimentar das verbas trabalhistas, a imposição da verba sucumbencial não contribui para a adequação da prestação jurisdicional.

A previsão de condenação de honorários de sucumbência, por si só, já fere diretamente o princípio da ubiquidade, previsto no artigo 5º, XXXV da CF/88. Existem instrumentos legais aptos a conter o abuso do direito de

ação, tal qual a condenação por litigância de má-fé, prevista no artigo 79 e seguintes do CPC (artigo 769 da CLT).

O legislador utilizou uma ferramenta legal incompatível com o conteúdo principiológico do Direito Processual do Trabalho, ao passo que já existia normatização apta a atingir a finalidade com qualificação republicana.

O trabalhador, por exemplo, terá receio de realizar pedido de horas extraordinárias e, eventualmente, a instrução probatória indicará realização de trabalho extra a menor do que o alegado. O princípio da verdade possível (alguns doutrinadores ainda colocam a verdade processual) denota que nem sempre a parte que alega consegue se desvencilhar de seu ônus probatório por inteiro, sem que se possa qualificar tal impedimento como litigância de má-fé.

A regra da sucumbência recíproca, *data venia*, piora o cenário. Veja-se o ensinamento de Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Severo:

O § 3º do artigo 791 prevê que na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

Aqui talvez se esteja diante de uma das mais nefastas previsões da Lei n. 13.467/17, pois a sucumbência recíproca é a antítese da razão de existência mesma de um processo do trabalho, ao menos nos moldes propostos, isto é, sem o reconhecimento da gratuidade como princípio do acesso à justiça e sem a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ou seja, impondo custos a quem não tem como pagar. A Justiça do Trabalho tem por pressuposto a facilitação do acesso à justiça, o que inclui a noção de *jus postulandi* e de assistência gratuita.

[...] Destaque-se que mesmo na dinâmica do processo civil, a compreensão doutrinária, já refletida em jurisprudência e em lei, é a de que os honorários advocatícios não servem para conferir um proveito econômico à parte que não tem razão; ou, dito de outro modo, não constituem instrumento para penalizar a parte economicamente desprovida e que vai à Justiça pleitear os seus direitos. Vide, neste sentido, a Súmula n. 326 do STJ: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.” E, também, o teor do parágrafo único do artigo 86: “Se um litigante sucumbir em parte mínimo do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.”⁶

⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *Acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista*. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-acesso-a-justica-sob-a-mira-da-reforma-trabalhista-ou-como-garantir-o-acesso-a-justica-diante-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

Uma alternativa colocada pela doutrina, para tentar compatibilizar a inovação legislativa com os preceitos constitucionais processuais laborais, é ampliar o critério previsto na Súmula 326 do STJ para todos os pedidos realizados no processo do trabalho. Veja-se o teor da mencionada Súmula 326: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca (Súmula 326, CORTE ESPECIAL, julgado em 22/05/2006, DJ 07/06/2006 p. 240).”

Assim, a sucumbência recíproca apenas seria reconhecida na hipótese de procedência total de um pedido, diminuindo a insegurança jurídica de se pleitear uma verba devida, mas, por diversos possíveis fatores éticos e lícitos, não se conseguir o desvencilhamento do ônus probatório.

5 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E JUSTIÇA GRATUITA

Ainda, pode-se notar do conteúdo do parágrafo quarto do artigo 791-A da CLT a previsão de pagamento de honorários de sucumbência pelo beneficiário da justiça gratuita.

Veja-se: de acordo com o exposto no presente, percebe-se que a mera previsão sucumbencial já prejudica o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho. Assim, a previsibilidade de a parte economicamente hipossuficiente ter que arcar com os mencionados honorários potencializa a disfunção do exercício republicano do Poder Judiciário.

Nos termos da Lei nº 13.467/2017, será concedido o benefício da justiça gratuita para aquele que perceber salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Portanto, o beneficiado, de acordo com o artigo 791-A, parágrafo quarto da CLT, ainda poderá pagar os honorários de sucumbência, desde que tenha obtido em juízo, no mesmo ou em outro processo, crédito capaz de adimplir a verba sucumbencial.

Inexistindo capacidade econômica, o crédito permanecerá sob condição suspensiva de exigibilidade por dois anos a partir da decisão que certifica o trânsito em julgado. Não havendo modificação na situação do beneficiário, o crédito, após referido prazo, extinguir-se-á.

A polêmica que se coloca já é objeto de Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) perante o STF (ADI nº 5766), proposta pela Procuradoria Geral da República. Na mencionada ação, o órgão máximo ministerial alega que o parágrafo quarto do artigo 791-A da CLT contraria o direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade judiciária e ao acesso inafastável à tutela jurisdicional (artigo 5º, XXXV e LXXIV da CF/88). Mencionados direitos fundamentais também se caracterizam como direitos humanos, haja vista previsão em diversas normas internacionais.

Alguns Ministros da Suprema Corte já se pronunciaram no âmbito da mencionada ADI. O Ministro Roberto Barroso “entendeu que não há desproporcionalidade nas regras questionadas, uma vez que a limitação tem como objetivo restringir a judicialização excessiva das relações de trabalho”.⁷

Todavia, o Ministro Edson Fachin

[...] abriu a divergência em relação ao voto do relator e posicionou-se pela procedência do pedido. Ele sustentou que os dispositivos questionados mitigaram em situações específicas o direito fundamental à assistência judicial gratuita e o direito fundamental ao acesso à Justiça. Para Fachin, as restrições impostas trazem como consequência o esvaziamento do interesse dos trabalhadores em demandar na Justiça do Trabalho, tendo em vista a pouca perspectiva de retorno. Para ele, há a imposição de barreiras que tornam inacessíveis os meios de reivindicação judicial de direitos a hipossuficientes econômicos.⁸

O julgamento ainda não foi concluído.

É fato que o trabalhador com poucos recursos financeiros ficará com temor em relação ao ajuizamento de reclamação trabalhista por direito que, eventualmente, lhe foi descumprido. Tratou-se desta possibilidade alhures: nem sempre se consegue se desvencilhar do ônus probatório de maneira ideal. Ainda que não haja a obtenção de recursos, imagine-se a situação de um trabalhador que aufera a renda mensal de dois salários mínimos, não obtém recursos em juízo e ainda terá uma dívida contra si por dois anos. Sua dignidade será, diretamente, atacada (artigo 1º, III, CF/88).

⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378076>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378076>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

A forma como indicada pela nova legislação poderá fazer com que o trabalhador, obtendo êxito em determinado pedido, venha a nada receber de sua verba alimentar, na hipótese de existência de verba sucumbencial em sentido contrário. Tal possibilidade, prevista pela legislação, prejudicará, essencialmente, os objetivos históricos da Justiça do Trabalho, do Direito Processual do Trabalho e do Direito do Trabalho.

Se a Justiça do Trabalho tem, por teleologia, o acesso do trabalhador com adequação, ou seja, eventualmente, diante de direito não adimplido, garantir sua prestação, se o Direito Processual do Trabalho possui, essencialmente, característica instrumental, e se o Direito do Trabalho tem tríplice finalidade (impedir a exploração do capital sobre a mão-de-obra; aprimorar as condições de trabalho; e aprimorar as condições de cidadania), admitir que o trabalhador terá reconhecido direito e nada receberá aniquila toda a construção teórico-normativa feita.

O instituto do honorário de sucumbência, agravado pela possibilidade da condenação do trabalhador sem recursos, não é compatível com a sistematização de toda a construção normativa laboral.

Ao se permitir que verbas alimentares possam ser objeto de pagamento de honorários de sucumbência impede-se a concretização dos próprios objetivos da República, situação agravada em se considerando o hipossuficiente, à vista do conteúdo do artigo 3º da CF/88.

Outra questão que se coloca é a postura do Judiciário em relação ao período de suspensão de exigibilidade do crédito. Apenas será autorizado o pagamento da verba de sucumbência se superado, pelo trabalhador, seu estado de miserabilidade. Portanto, deve-se atentar que não é a simples constatação da aquisição de um bem ordinário que autorizará a não caracterização de insuficiência de recursos.

Dever-se-á constatar, de maneira qualitativa, que o trabalhador, beneficiário da justiça gratuita, aprimorou sua condição de vida em relação a todas as possibilidades descritas, por exemplo, no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal de 88.

6 CONCLUSÃO

É possível verificar que o conteúdo normativo do princípio da ubiquidade garante ao cidadão o acesso à ordem jurídica justa, adequada, com vista à efetividade e não meramente uma opção de entrada formal de pretensão ao republicanismo.

Também é reconhecida, em termos jurídico-científicos, a característica hipossuficiente do trabalhador, conceito constatado que não pode ser superado de maneira simplória, por meio de uma inovação legal, sem se atentar para os diversos fatores históricos, sociológicos e econômicos que o compõe (teoria tridimensional do Direito).

Além disso, sabe-se que o Direito Processual do Trabalho deve garantir o acesso do trabalhador à ordem jurídica laboral, consistindo em ferramenta de realização do Direito do Trabalho. Destaca-se a função social e a vedação ao retrocesso social por meio do processo laboral.

Uma disposição pontualmente indicada pelo legislador, destoando-se da coerência normativa do sistema, não pode prevalecer sobre a própria finalidade do instituto, qual seja, a realização dos direitos sociais fundamentais.

A colocação aqui realizada sobre as definições principiológicas oferece bases jurídicas suficientes para que a exegese feita em relação ao disposto no parágrafo quarto do artigo 791-A da CLT não comprometa o crédito alimentar, fundamental para a concretização da principal teleologia do sistema jurídico: a dignidade da pessoa.

O receio ou o temor de exercer um direito (art. 5º, XXXV, CF/88) jamais podem ser admitidos em ambiente democrático-republicano. O sistema processual já possui soluções jurídicas para repreender aquele que abuse de seu direito de ação (artigo 79 e seguintes do CPC). A previsão sucumbencial no âmbito do processo do trabalho cria uma situação não coerente com a finalidade instrumental.

O trabalhador, diante da atual conjuntura processual, ainda que beneficiário da justiça gratuita, potencializando a característica de gravidade, pode, mediante uma atuação lícita e ética, não conseguindo se desvencilhar

de seu ônus probatório – pois a improcedência decorre da abstração do direito de ação –, enfrentar uma situação de caracterização de dívida. O direito fundamental de ação não pode se resumir a tal finalidade.

O princípio da ubiquidade, consoante definição apresentada, restará seriamente prejudicado diante do contexto de eventualidade de enfrentamento de prejuízo quando da busca de crédito alimentar. O cenário adequado seria procedência ou improcedência, sem possibilidade de sucumbência, sempre existindo a possibilidade contida no artigo 79 e seguintes do CPC/2015. Não se confirmando tal cenário, a depender do julgamento da ADI 5766, que se amplie a exegese prevista na Súmula 326 do STJ, diminuindo a insegurança jurídica relacionada à matéria posta.

Além disso, os princípios processuais laborais da função social e da vedação ao retrocesso também restam abalados por força de uma disposição que pode ocasionar um prejuízo ao trabalhador que busca a Justiça.

Nesse sentido, nota-se que o conteúdo legislativo ordinário colocado destoa das definições principiológicas do processo laboral. A decisão da Suprema Corte estabelecerá as bases do entendimento a ser realizado no tocante aos honorários de sucumbência, ainda que a mencionada ADI trate apenas da situação do beneficiário da justiça gratuita.

Assim, percebe-se a importância da discussão do presente tema, pois, qualquer que seja a tese prevalecente, que seja de maneira fundamentada, conhecendo as causas, os efeitos e, principalmente, a lógica do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. I. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Orgs.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – volume único*. 9ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. São Paulo: LTr Editora, 2017.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *Acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista*. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-acesso-a-justica-sob-a-mira-da-reforma-trabalhista-ou-como-garantir-o-acesso-a-justica-diante-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378076>>. Acesso em 13 ago. 18.

SISTEMA DE GESTÃO DE SAÚDE E SEGURANÇA OCUPACIONAL (ISO 45001:2018) COMO INSTRUMENTO ÚTIL NA PREVENÇÃO DE ACIDENTE DE TRABALHO

Stefany Jaqueline Rezende¹
Luciano do Valle²
Marcus Vinícius Silva Coelho³

RESUMO

O presente artigo trata-se do estudo sobre a implantação nas empresas do Sistema de Gestão de Saúde e Segurança Ocupacional ISO45001:2018, como forma direta de prevenção de acidente de trabalho/doença ocupacional. Ressalta-se que esta análise parte da premissa de que o empregador deve utilizar-se de toda e qualquer ferramenta a fim de estabelecer medidas de saúde e segurança no ambiente laboral. Vale salientar que, num cenário de dados estatísticos tão exorbitantes de acidentes de trabalho, necessário se faz o estudo do tema, bem como analisar a implantação de um sistema que se compromete com a saúde e integridade física dos trabalhadores.

Palavras-chave: *Acidente de trabalho. Doença ocupacional. Prevenção. Normas de Segurança. Sistema de Gestão. Saúde. Segurança.*

¹ Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniEvangélica, pós-graduanda em Ciências e Legislação do Trabalho pelo Instituto de Pós-Graduação e Graduação (IPOG). Militante na área trabalhista, com foco de atuação no setor sucroalcooleiro. E, ainda, atuante nas áreas: administrativa, cível e previdenciária. Experiente com Sistema de Gestão da Qualidade e auditorias internas em indústria sucroalcooleira.

² Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniEvangélica, Mestre em Sociedade, Tecnologia e Meio Ambiente pelo Centro Universitário de Anápolis, Brasil. Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário de Anápolis. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Ceres-GO.

³ Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniEvangélica. Pós-graduado em Direito Público com ênfase em Gestão Pública e capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Damásio Educacional. Militante nas áreas: administrativa, eleitoral e trabalhista. Ouvidor da OAB/Subseção de Ceres-GO.

ABSTRACT

This article is about the study on the implementation in the companies of the Occupational Health and Safety Management System ISO45001:2018, as a direct form of prevention of occupational accidents and / or illness. It should be emphasized that this analysis starts from the premise that the employer must use every tool to establish health and safety measures in the workplace. It is worth saluting that in a scenario of such exorbitant statistical data of work accidents, it is necessary to study the subject, as well as to analyze the implementation of a system that is committed to the health and physical integrity of the workers.

Keywords: *Accident at work. Occupational disease. Prevention. Safety rules. Management system. Health security.*

Sumário: *1. Introdução. 2. Acidente de trabalho/Doença ocupacional. 3. Organização Internacional de Padronização (International Organization for Standardization) – ISO. 3.1. ISO 45001:20018 - Sistemas de Gestão de Saúde e Segurança Ocupacional. 3.1.1. Visão geral da Norma e seus principais conceitos. 4. Conclusão.*

1 INTRODUÇÃO

Em se tratando de meio ambiente laboral, a análise dos riscos à saúde e segurança dos trabalhadores é uma das grandes precariedades em muitas empresas na atualidade. Desta forma, o estudo e implantação de sistemas e normas que vão além da legislação vigente fazem parte da melhoria contínua no processo de prevenção de acidentes do trabalho/doença ocupacional.

Para iniciarmos a análise destes sistemas, importante se faz destacar alguns pontos. No ambiente de trabalho, a legislação traz que, caso o risco não possa ser eliminado totalmente, este deve ser amenizado, o que vem a ser tratado como prevenção. A Norma Regulamentadora nº 9 do Ministério do Trabalho estabelece a obrigação de todo empregador para elaboração

e implementação do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), visando além da integralidade dos trabalhadores à preservação da saúde destes, isto com a antecipação, reconhecimentos, avaliação e controle de riscos ambientais de trabalho.

Insta destacar que o PPRA é parte complementar do conjunto de iniciativas da empresa quanto à prevenção, pois este deve ser articulado com as demais NR, em especial com o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) previsto na Norma Regulamentadora nº 7.

O objetivo do PPRA é o de estabelecer métodos eficazes na preservação à saúde e integridade física dos trabalhadores a partir da análise dos agentes químicos, físicos e biológicos. Já o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) monitora os riscos não eliminados pelo PPRA, portanto, são complementares.

Estes métodos de prevenção atuam de forma concomitante com as demais Normas Regulamentadoras e consignados na Consolidação das Leis do Trabalho de forma geral. Todavia, não basta criar um plano que tecnicamente parece consistente, tendo em vista que é obrigatório, se, na prática, muito pode se perder pela falta de organização e/ou padronização destes planejamentos. Desta feita, a implantação de um sistema de gestão pode ser primordial para o efetivo controle preventivo aos acidentes de trabalho.

O SGSST, como é conhecido o Sistema de Gestão de Segurança no Trabalho é uma ferramenta de prevenção que envolve toda a estrutura operacional, o planejamento das atividades, a identificação, a avaliação e o controle de perigos e riscos na atividade da empresa. Esta ferramenta acaba sendo muito mais ampla do que a legislação impõe aos empregadores, pois trata-se de uma um conjunto de métodos aplicados após um estudo categórico e efetivo dos riscos inerentes a determinada organização. Neste sentido, é possível dizer que a implantação de um sistema de gestão é um instrumento de melhoria contínua.

2 ACIDENTE DE TRABALHO/DOENÇA OCUPACIONAL

Diante da complexidade do tema abordado, importante se faz compreender, primeiramente, o que vem a ser de fato acidente de trabalho.

Como o próprio nome já diz, trata-se do evento que ocorre com outrem durante o desenvolvimento de suas atividades laborais, evento este que lhe cause alguma lesão, seja ela permanente ou temporal, ou ainda, a morte. A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, define acidente de trabalho da seguinte forma,

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Neste sentido é possível afirmar que o acidente de trabalho se trata de um sinistro decorrente da execução do contrato de trabalho e deste decorre lesão corporal, podendo reduzir a capacidade laborativa do agente ou até mesmo a morte. (NETO, 2008, p. 223). Para complementar o estudo sobre este assunto, pode-se destacar também o que se equipara a acidente de trabalho, sendo a doença profissional e a doença do trabalho, como expõe o artigo 20, I, II da Lei nº 8.213/91:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - Doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - Doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

Diante disso, essas doenças se incluem nessa relação devido ao fato de que o ambiente de trabalho está diretamente relacionado a proporcionar condições para que essas lesões incapacitantes se desenvolvam.

Nesse contexto, denota-se que, para ser caracterizado o acidente de trabalho ou doença a ele equipado, é necessário que se façam presentes alguns elementos que são de uma importância, ou seja, o nexo causal. Dentre eles, a existência efetiva da relação de trabalho e sua caracterização perante

estudos. Para isso, como pressuposto para relacionar a condição de relação de trabalho, voltemos à conceituação que traz a legislação vigente. Os arts. 2º e 3º da CLT assim descrevem empregado e empregador,

Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Ademais, cediço é que, além desses requisitos à relação de trabalho, temos também alguns princípios basilares dessa situação, sendo eles a pessoalidade, a onerosidade, a não eventualidade, a subordinação e a continuidade. A partir desses princípios, constituímos a ideia de relação de trabalho e, assim, pode-se analisar a questão do acidente de trabalho de forma mais clara e objetiva.

A partir desta premissa e conceituação básica do que vem a ser o acidente de trabalho/doença ocupacional, válido é o estudo de como uma Norma Internacional de Padronização Técnica auxiliará de forma direta na prevenção destes eventos danos.

3 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE PADRONIZAÇÃO (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION) – ISO

A ISO refere-se a uma Organização Internacional de padronização que trata da promoção de normas para produtos e serviços em qualquer tipo de empresa. Essa norma requer um conjunto de requisitos que tem a finalidade de promover a melhoria contínua aos meios de produção. Para que uma empresa seja certificada pela ISO, esta deve passar por diversas fases que irão, ao final, garantir a eficácia da norma, e a correta aplicação das medidas implementadas.

Além da boa imagem que a empresa faz no setor econômico de possuir uma certificação como esta, uma série de vantagens podem ser vistas pelos empregadores, as quais abordaremos a seguir.

3.1 ISO 45001:20018 – SISTEMAS DE GESTÃO DE SAÚDE E SEGURANÇA OCUPACIONAL

Em quatro de maio de 2018, a ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, publicou a ISO 45001:2018 - Sistemas de gestão de saúde e segurança ocupacional, que foi lançada em março deste ano.

A ISO 45001:2018 foi desenvolvida por um comitê de especialistas em saúde e segurança do trabalho e segue abordagens extensivas de sistema de gestão, como a ISO14001:2015 (Gestão Ambiental) e a ISO9001:2015 (Gestão da Qualidade). Esse sistema da ISO45001:2018 considera diversas normas internacionais da área de saúde e Segurança (SST), como a OHSAS 18001 e as Diretrizes da OIT – Organização Internacional do Trabalho, além de várias normas e convenções internacionais e nacionais (ISO 45001:2018, p. 4). Segundo Andrade (apud NEVES, 2004, p. 9),

O Sistema de Segurança e Saúde Ocupacional (SSO), por exemplo, é regido pela norma OHSAS 18001, que fornece os requisitos necessários para a organização adquirir capacidade de controle dos seus riscos em termos de saúde e segurança, e, assim, melhorar o seu desempenho. Aplica-se a qualquer organização que pretenda implementar um sistema de saúde e de segurança ocupacional, de forma a eliminar ou minimizar os riscos a que os seus empregados e outras partes interessadas estão sujeitos.

Ressalta-se que o Sistema de Segurança e Saúde Ocupacional já era tratado na norma OHSAS 18001, sendo que o sistema ISO45001 veio para substituí-la tendo em vista a ampliação desta nova norma no que se diz respeito à participação dos trabalhadores ao sistema.

Importante destacar que, por decisão da Comissão Nacional Tripartite no âmbito do Ministério do Trabalho, o Brasil não teve participação na elaboração da ISO45001 e nem irá publicá-la como norma brasileira NBR, porém o Centro da Qualidade, Segurança e Produtividade, acompanhou todas as etapas de desenvolvimento da Norma ISO4500.

Outro fator preponderante diz respeito ao QSP, criado em 1991, o qual consiste em um grupo de empresas, professores universitários, e consultores, sendo uma associação técnico-científica, sem finalidade lucrativa, que atua no País e na América Latina, e participa de inúmeros projetos nas

áreas de gestão de riscos, Sistema Integrados de Gestão, Segurança, responsabilidade social etc.

Desta feita, mesmo que o Brasil não publique a ISO45001 como norma brasileira, esta pode ser implantada e implementada em qualquer empresa, pois segue diretrizes internacionais relacionadas a saúde e segurança.

A ISO 45001:2018 fornece orientação para o uso e ainda especifica os diversos requisitos para um Sistema de Gestão de Saúde e Segurança Ocupacional (SSO), possibilitando que quaisquer empresas possam garantir locais de trabalhos seguros e organizados, além de atuar diretamente na prevenção de lesões e problemas de saúde entre seus empregados, além de possibilitar a proatividade e desempenho de SSO (BRANT, 2017).

A relevância desta aplicação se dá principalmente quando verificamos o número de acidentes que ocorrem ano após ano no Brasil e no mundo. A OIT, registrou a ocorrência de 2,78 milhões de acidentes fatais só em 2017, ou seja, podemos analisar que mais de 7.600 pessoas são vítimas fatais de acidentes e doenças do trabalho todos os dias, isto sem contabilizar os eventos de apenas ferimentos e demais, que somariam mais de 374 milhões por ano. (ZIA, 2018.)

No Brasil, o cenário não é diferente: dados do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho, desenvolvido pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e pela OIT, revelam o número preocupante de 574.050 acidentes de trabalho registrados apenas no ano de 2017, sendo em média contabilizado 1 acidente a cada 54 segundos. (OBSERVATÓRIO SST-MPT, 2018).

Desta feita, é nítida a importância de se trabalhar na prevenção, garantindo uma gestão de saúde e segurança alinhada à direção e à organização da empresa, sendo esta a premissa trazida pela ISO45001.

3.1.1 VISÃO GERAL DA NORMA E SEUS PRINCIPAIS CONCEITOS

A ISO 45001 trabalha, sob enfoque principal, o contexto da organização, dos trabalhadores e de outras partes interessadas, a liderança e cultura, a participação e consulta, os riscos e oportunidades, o planejamento e controle operacional, a avaliação de conformidade, a análise crítica pela direção, os incidentes, as não conformidades, a ação corretiva etc.

Um dos primeiros passos para implantação do Sistema consiste na aplicação das regras contidas no manual da norma. Além disso, importante se faz destacar que a ISO45001 aplica em seu sistema um dos mais conhecidos métodos de eficiência conhecidos na administração, o ciclo PDCA (Plan-Do-Check-Act).

Este método de gestão trabalha quatro passos na utilização e controle de processos, sendo estes o “Plan” de planejar, o “Do” de fazer, o “Check” de checar e o “Act” de agir, ou seja, o SST primeiramente determina e avalia os riscos, estabelecendo metas da organização; em seguida, implementa os processos como planejado e passa a monitorar, checar e mediar as atividades desempenhadas e, por fim, toma as ações necessárias para a continuidade e a manutenção do sistema. (CICCO, 2018).

A estrutura desta norma trata em 10 (dez) tópicos pontos específicos sobre o Sistema de Gestão sendo eles: Escopo; Referências Normativas; Termos e definições; Contexto da Organização; Liderança; Planejamento; Apoio / Suporte; Operação; Avaliação de Desempenho, e Melhoria.

A primeira cláusula da Norma detalha o escopo e especifica todos os requisitos que integram um Sistema de Gestão de Saúde e Segurança Ocupacional (SSO), além das orientações para sua utilização. Esta primeira análise fornece métodos para que a empresa forneça condições de trabalho seguras e previna lesões e problemas de saúde ocupacionais, além de promover a melhoria e desempenho do SSO.

Após a especificação do escopo, da listagem, dos termos e definições da norma e ainda a tratativa do contexto e organização do sistema, a norma passa a dar ênfase ao papel da liderança no desempenho e participação ativa do sistema, na ideia de disseminar a cultura da prevenção e a análise de riscos em toda a organização.

Ademais, há requisitos da norma que enfatizam que a organização tem a obrigação de fornecer mecanismos, treinamentos e recursos para a participação de todos os trabalhadores, excluindo a barreira das repesálias, alfabetização, linguagem e etc. (FREITAS, A. 2018).

Além disso, no contexto da organização, a norma define e considera questões internas na aplicabilidade de normas técnicas, legais, culturais, e, ainda externas, nas questões ambientais, socioeconômicas e políticas,

sendo que estas afetam diretamente a capacidade que a organização tem de atingir as metas que serão previamente estabelecidas.

Já na sexta cláusula da Norma ISO 45001 é tratado o planejamento. Para a obtenção de resultados do SST, são considerados dois elementos, sendo eles: a avaliação dos riscos e avaliação de oportunidades.

O primeiro, consiste na avaliação de níveis de riscos para o sistema utilizando-se de uma ideia de probabilidade em contraste com a consequência, sendo que esta análise também é associada aos riscos do negócio, que empunhariam mudanças no sistema.

No que se diz respeito à avaliação de oportunidades, este se traduz no cenário oportuno que levaria à melhoria do desempenho do SST, incluindo adaptação do ambiente de trabalho, análise e eliminação dos riscos, e aprimoramento do sistema. Fernando De Cicco (2018), acrescenta que

[...] é importante ressaltar que riscos e oportunidades devem ser determinados antes da mudança planejada. Há também uma ênfase crescente na identificação de perigos associados a doenças ocupacionais decorrentes do excesso de carga de trabalho, *bullying*, ou outras resultantes do estilo de liderança e da cultura da organização. Além disso, a identificação de perigos deve começar na etapa conceitual do projeto, levando em conta o grau de maturidade da organização, o ambiente de trabalho, instalações, equipamentos, processos, atividades, etc.

Na visão de Álvaro Freitas, 2018, no planejamento deve-se antecipar qualquer tipo de mudança no cenário da organização, corroborando com o reconhecimento das circunstâncias que podem garantir uma consequência eficaz:

O planejamento deve ser visto como um processo em que antecipa a mudança de circunstâncias. A primeira parte abrange a identificação de riscos e oportunidades que precisam ser abordados para garantir que o sistema possa alcançar os resultados desejados, prevenir ou reduzir os efeitos indesejáveis e melhorar continuamente. A identificação e avaliação de perigos é fundamental e deve incluir atividades rotineiras e não rotineiras, entre outras, bem como trabalhadores, contratados, visitantes e outros que não estão sob controle direto da organização. Um processo precisa ser estabelecido e mantido para avaliar os riscos e oportunidades identificados e como eles devem ser gerenciados proativamente de forma sistemática. A ISO 45001 exige que as organizações estabeleçam um processo

para determinar e atualizar os requisitos legais e outros que são aplicáveis aos seus perigos e riscos de SSO. Outro elemento-chave é a necessidade de estabelecer objetivos de SSO que sejam mensuráveis ou, pelo menos, capazes de avaliação. Os objetivos da SSO precisam manter e melhorar continuamente o sistema de gerenciamento. A cláusula também aborda o planejamento de mudanças que devem ser feitas de forma sistemática. É necessário identificar as consequências potenciais das mudanças, pois estas podem apresentar riscos para os trabalhadores e oportunidades para melhorar o desempenho.

O próximo ponto a ser ressaltado pela norma trata-se da comunicação, ou seja, a norma apresenta os primeiros requisitos quanto ao estabelecimento da informação dentro da organização. Essa cláusula aplica-se principalmente aos recursos humanos, naturais, infraestrutura e os recursos financeiros da empresa.

Toda a organização precisa manter métodos de comunicação prática, eficiente, porém documentada e registrada; para isso, importante que a empresa passe a todos seus colaboradores as informações necessárias quanto a prevenção, identificação e perigos avaliados no planejamento do Sistema. Ademais, para que a empresa consiga alcançar estes primeiros resultados, é importante que a organização determine a competência de cada trabalhador no que afetará diretamente o sistema de gerenciamento do SSO.

Após o planejamento, a análise, o suporte, e a organização dos interessados, temos a parte do controle operacional. É nele que temos a mudança mais significativa em relação à OHSAS18001. Fernando Cicco (2018) traz que a seção “Planejamento e controle operacionais” tornou o uso da “hierarquia de controles” um requisito específico, como também introduziu novas subseções sobre gestão de mudanças e sobre aquisição:

A ISO 45001 estabelece que as organizações devem planejar como implementar mudanças, de forma que não introduzam novos perigos ou aumentem os riscos relacionados à SST, além de terem de identificar as oportunidades para melhorar o desempenho da gestão da SST que as mudanças possam possibilitar.

Nesta execução dos planos e processos, os controles operacionais atuam com diversos métodos para a redução de riscos ao SSO, sendo

estes: a introdução e declarações de ferramentas a um sistema de trabalho seguro; a manutenção preventiva; os programas de inspeção e ainda a análise periódica do que foi compelido aos trabalhadores.

Essa cláusula oitava na norma, também trata sobre a terceirização, com ênfase no que a organização deve estabelecer como controle eficaz na função dos colaboradores de terceiros, garantindo, assim, que a efetividade da prevenção de acidente seja aplicada não somente aos funcionários de uma empresa, mas todos os que atuam nela. Para isso, a norma inclui requisitos contratuais que tratam sobre os treinamentos, inspeções, e critérios de seleção dos contratados.

Já na nona cláusula da norma, tem-se a avaliação e os indicadores de desempenho. A ISO45001 determina que a organização estabeleça, implemente, monitore, meça, e avalie o desempenho de todo o processo de acordo com o planejado. Nesta etapa, é necessário que os indicadores sejam acompanhados de forma efetiva, a fim de assegurar a melhoria contínua dos processos no que se refere aos aspectos de saúde e segurança dos trabalhadores.

Por fim, a norma traz a seção da “melhoria”, que também é requisito quanto à eliminação de incidentes e não conformidades detectadas. Esta reflete o objetivo geral da norma quanto à prevenção de doenças e lesões provenientes do trabalho, pois atua, por exemplo, na ação corretiva de pequenos incidentes, o que impossibilita problemas futuros. Desta feita, a empresa, de forma contínua, consegue propiciar a cada dia ambientes laborais mais seguros e saudáveis ao trabalhador.

4 CONCLUSÃO

Os números diários de acidente laborais são exorbitantes, por isso é importante que as empresas tenham consciência das diversas ferramentas existentes que auxiliam diretamente no quesito prevenção.

A relevância de um bom ambiente de trabalho se faz presente em qualquer organização, isto pois a garantia de um local saudável e seguro é capaz de promover a melhoria na produção e eficácia de todo um setor.

A ISO 45001:2018 é um grande avanço no que se refere à prevenção de acidente de trabalho/doença ocupacional. Ela é responsável por

normatizar e formalizar todos os procedimentos de saúde e segurança de uma empresa. Vale ressaltar que a norma não é obrigatória, mas não há dúvidas quanto à sua efetividade quando implantada e mantida na organização.

Vale ressaltar que apenas a implantação de um sistema, por si só, não trará resultados para a empresa. É necessário seu acompanhamento devido e, ainda, a participação direta da alta direção, bem como dos próprios trabalhadores, que serão, então, multiplicadores da nova cultura estabelecida na organização sobre saúde e segurança ocupacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *NR 09: Programa de prevenção de riscos ambientais – PPRa*. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2017. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR-09.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *NR 07: Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO*. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2013. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR7.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. *Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. *Decreto lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Consolidação das leis do trabalho*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 05 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ISO 45.001:2018. Sistema de Gestão de Segurança e Saúde Ocupacional*.

BRANT, F. F. *ISO 45001: novo padrão de sistema de gestão de saúde e segurança ocupacional*. 2018. Disponível em: <<https://www.consultoriaiso.org/iso-45001-novo-padrao-de-sistema-de-gestao-de-saude-e-seguranca-ocupacional>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

ZIA, M. *ISO 45001:2018 já tem versão em português*. Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2018. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/imprensa/releases/5898-iso-45001-2018-ja-tem-versao-em-portugues>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

OBSERVATÓRIO DIGITAL DE SAÚDE E SEGURANÇA NO TRABALHO – SMARTLAB DE TRABALHO DECENTE MPT – OIT. *Acidentes registrados*, 2018. Disponível em: <<http://observatoriosst.mpt.mp.br>>. Acesso em 18 jul. 2018.

CICCO, F. *OHSAS 18001 X ISO 45001*. 2018. Disponível em: <<http://www.qsp.net.br/2018/06/ohsas-18001-x-iso-45001-as-10.html>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

FREITAS, A. *Requisitos da ISO 45001: saúde e segurança ocupacional*, 2018. Disponível em: <<https://cmcenter.com.br/pt-br/iso45001/requisitos-da-iso-45001>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2017.

NEVES, Thiago França. *Importância da utilização do ciclo PDCA para garantia da qualidade do produto em uma indústria automobilística*. Disponível em: <http://www.ufjf.br/ep/files/2014/07/2007_3_Thiago.pdf>.

GRUPO ECONÔMICO: INOVAÇÕES E CONSTITUCIONALIDADE

Patrícia Miranda Centeno¹

RESUMO

O presente trabalho propõe a análise do instituto do grupo econômico, abordando seu impacto econômico-social, inclusive da recente alteração jurídica de sua natureza, analisando também os aspectos constitucionais da aplicação, em especial em fase de execução, apontando medidas que viabilizam sua discussão.

Palavras-chave: Grupo econômico. Execução. Reforma trabalhista Constitucionalidade.

ABSTRACT

The present study proposes the analysis of the institute of the economic group, addressing its social economic impact, including the recent legal change of its nature, also analyzing the constitutional aspects of the application, especially in the execution phase, pointing to measures that enable its discussion.

Sumário: 1. Introdução. 2. Grupo Econômico: subordinação ou coordenação. 3. Grupo Econômico e a Reforma Trabalhista. 4. Grupo Econômico: efetividade versus o direito de defesa. 4.1. Grupo Econômico na Execução. 5. Combate aos efeitos inconstitucionais. 6. Conclusão.

¹ Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Conselheira Estadual OAB-GO (triênio 2013-2015). Palestrante e Professora de Direito do Trabalho da Escola de Direitos Humanos, no curso de Pós-Graduação de Residência em Trabalho e Previdência. Gestora Jurídica do escritório Miranda Arantes Advogados. Este trabalho foi desenvolvido em grupo de estudos do Miranda Arantes Advogados, sob orientação do Prof. Ms. Alessandro Eduardo Moura.

1 INTRODUÇÃO

O tema trazido para discussão vem ganhando cada vez mais expressão nas rodas de discussões nos Tribunais, nas tribunas, e nas Academias. O que antes era delegado a segundo plano, não trazendo grande preocupação ao meio empresarial e aos advogados de uma forma geral, chegou nesta nova conjuntura econômica com a força capaz de comprometer toda uma atividade empresarial, e fazer com que uma empresa acumule, do dia para noite, dívidas milionárias. E não por acaso.

Segundo dados do IBGE,² em 2016, a economia brasileira encolheu 3,6%. Em passado recente, 2010, a realidade era inversa e o país havia registrado seu maior avanço do PIB em 20 anos, quando a economia cresceu 7,5%. O número de empresas que pediu recuperação judicial foi recorde em 2016: 1.863, aumento de 44,8% ante 2015.³

Sabe-se que o Direito, enquanto fenômeno cultural, é modelado pela civilização vigorante no espaço e tempo, sofrendo os influxos culturais que projetam a civilização. E não poderia ser diferente. No “espaço e tempo” descrito, o grupo econômico passa a ser uma importante ferramenta para garantir a efetividade do resultado da prestação jurisdicional, fundamental para que “quem ganhe, possa levar”, no dizer popular.

O desafio trazido neste artigo é enfrentar a dicotômica relação entre a efetividade da prestação jurisdicional e o direito ao devido processo legal da forma ampla e irrestrita que a declaração de grupo econômico insiste em causar: fazer isto com um olhar voltado à recente alteração legislativa, ressaltando os mecanismos que possibilitem minimizar os efeitos devastadores de quando a busca pela efetividade avança à fronteira do direito constitucional de defesa.

2 GRUPO ECONÔMICO: SUBORDINAÇÃO OU COORDENAÇÃO

No desafio lançado, o primeiro passo é entender o instituto e suas construções jurisprudenciais.

² IBGE.

³ Serasa Experian.

Até a Lei nº 13.467/2017, a redação dada ao §2º do art. 2º da CLT era:

[...] sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituído grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Tal dispositivo deu margem a duas correntes interpretativas. A primeira delas é a tese da coordenação, que em uma definição bem simples defende a responsabilidade solidária através de uma relação vertical, na qual as empresas são interligadas por elementos em comum, tais como identidade societária, administração em comum, compartilhamento de empregado.

Grandes e respeitados juristas encampam esta tese, tal como o professor e Excelentíssimo Ministro Maurício Godinho Delgado:

O grupo econômico aventado pelo Direito do Trabalho define-se como a figura resultante da vinculação trabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta e indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica. O tipo legal do grupo econômico, para fins trabalhistas, está lançado tanto na Consolidação das Leis do Trabalho, como na Lei do Trabalho Rural (...).⁴

Já a corrente da subordinação afirma que não bastam os elementos da coordenação, devendo estar presente também a subordinação, que se traduz na existência de uma relação hierárquica, na qual uma empresa seria líder, e as demais lideradas.

O Tribunal Superior do Trabalho adotou, através de seu órgão uniformizador, este entendimento:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. CONFIGURAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. ART. 2º, § 2º, DA CLT. EXISTÊNCIA DE SÓCIOS EM COMUM. A interpre-

⁴ Curso de Direito do Trabalho, LTR, 6ª edição, p. 399.

tação do art. 2º, § 2º, da CLT conduz à conclusão de que, para a configuração de grupo econômico, não basta a mera situação de coordenação entre as empresas. É necessária a presença de relação hierárquica entre elas, de efetivo controle de uma empresa sobre as outras. O simples fato de haver sócios em comum não implica por si só o reconhecimento do grupo econômico. No caso, não há elementos fáticos que comprovem a existência de hierarquia ou de laços de direção entre as reclamadas que autorize a responsabilidade solidária. Recurso de Embargos conhecido por divergência jurisprudencial e desprovido.⁵

GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. O art. 2º, § 2º, da CLT exige, para a configuração de grupo econômico, subordinação à mesma direção, controle ou administração, embora cada uma das empresas possua personalidade jurídica própria. Assim, para se reconhecer a existência de grupo econômico é necessário prova de que há uma relação de coordenação entre as empresas e o controle central exercido por uma delas. No presente caso, não restou suficientemente demonstrado a presença de elementos objetivos que evidenciem a existência de uma relação de hierarquia entre as empresas, suficiente à configuração de grupo econômico a atrair a condenação solidária. Recurso de Embargos de que se conhece em parte e a que se nega provimento.⁶

Assim, pode-se afirmar que grupo econômico para fins de responsabilidade solidária nas relações de trabalho deverá ser declarado a partir da tese da subordinação, sendo exigência para declaração de grupo econômico, além dos elementos de coordenação, a configuração de uma empresa líder, que exerça controle sobre as lideradas.

3 GRUPO ECONÔMICO E A REFORMA TRABALHISTA

Muito se discute acerca da Lei 13.467/2017, mas há alguns fatos incontroversos sobre ela. Não se pode negar que o procedimento que culminou em sua vigência ocorreu no afogadilho.

Da aprovação no Senado em 11.07.2017 a sua vigência em 11.11.2017, foram somente quatro meses. Não houve tempo de maturação, de

⁵ E-ED-RR 214940-39.2006.5.02.0472. Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires. Data do julgamento: 22.05.2014. SDI I, data da publicação: 15.08.2014.

⁶ E-ED-RR 996-63.2010.5.02.0261. Relator Ministro João Batista Brito Pereira. Data do julgamento: 12.05.2016. SDI I, data da publicação: 20.05.2016.

discussão, de ouvir as categorias sociais envolvidas, perdendo-se a chance de modernizar a legislação de forma qualitativa.

Mais do que isso, nem mesmo o que claramente se pretendia foi de fato alcançado. Sabe-se que as alterações no §2º do artigo 2º da CLT advieram de uma demanda da categoria empresarial, visando garantir mais segurança a este setor quando o assunto fosse responsabilidade solidária.

Entretanto, a alteração na redação do §2º tem trazido o entendimento de que não se faz mais obrigatória a presença do elemento que verticaliza a relação, ou seja, da tão falada hierarquia, com a indicação de uma empresa líder, fortalecendo a corrente que defende a mera coordenação.

O novo dispositivo diz:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

A controvérsia nasce da expressão “ou ainda quando”, como se tal expressão autorizasse o entendimento quanto à possibilidade da existência de duas espécies de grupo econômico capazes de gerar a relação de solidariedade: subordinação (primeira hipótese) e por coordenação (segunda hipótese).

Um exemplo deste entendimento é a recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região:

GRUPO ECONÔMICO. A existência do grupo econômico decorre de um nexos relacional evidenciado por uma vinculação hierárquica entre a empresa principal e suas filiadas ou, ao menos, uma relação de coordenação entre as empresas componentes do grupo. Ausente a prova dessa ligação, é forçoso reconhecer que a recorrente não pertence ao grupo econômico das demais reclamadas, afastando-se sua responsabilização pelo pagamento das obrigações decorrentes da sentença.⁷

⁷ AP 0011066-19.2017.5.18.0013. Relatora Desembargadora Iara Teixeira Rios. Data do julgamento: 07.03.2018, 2ª Turma do TRT 18ª Região. Data da publicação: 16.03.2018.

No corpo do voto, constou:

A existência do grupo econômico decorre de um nexo relacional evidenciado por uma vinculação hierárquica entre a empresa principal e suas filiais ou, ao menos, uma relação de coordenação entre as empresas componentes do grupo. Ausente a prova dessa ligação, é forçoso reconhecer que a recorrente não pertence ao grupo econômico das demais executadas, afastando-se sua responsabilização pelo pagamento das obrigações decorrentes da sentença.

Da análise comparativa dos dois textos normativos, verifica-se que a tese desta corrente doutrinária passa necessária pelo conceito de “autonomia”.

Este termo não existia na antiga redação e surge como única qualificadora da nova “espécie” de grupo econômico: “**ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia**, integrem grupo econômico”. (sem grifo no original).

Trocando em miúdos, a nova interpretação é a de que há grupo econômico sempre que empresas sem autonomia estiverem sob direção controle ou administração de outra ou quando guardem sua autonomia, e ponto final.

Assim, a nova corrente somente existe sob a assertiva de que empresas ligadas por subordinação passam necessariamente pela ausência de autonomia das lideradas.

Tal premissa não subsiste.

Nota-se que o grupo econômico por subordinação é uma espécie mais sofisticada, que passa inclusive pelo grupo econômico por coordenação, não tendo a nova redação legislativa, que não alterou a fundamentação do grupo econômico por subordinação, o condão de alterar a natureza do instituto.

A SDI afirmou:

Ainda que se considere que no Direito do Trabalho a configuração de grupo econômico não exija o rigor da sua tipificação como no Direito Comercial, certo é que a mera ocupação do mesmo espaço físico pelas reclamadas bem como o fato de os empregados prestarem serviços concomitantemente a ambas as reclamadas não configura, por si só, grupo econômico. O art. 2º, § 2º, da CLT exige, para tanto, subordinação à mes-

ma direção, controle ou administração, embora cada uma das empresas possua personalidade jurídica própria. Assim, para existência de grupo econômico é necessária prova de que há uma relação de coordenação entre as empresas e o controle central exercido por uma delas. No presente caso, não restou suficientemente demonstrado a presença de elementos objetivos que evidenciem a existência de uma relação de hierarquia entre as empresas suficiente à configuração de grupo econômico e, conseqüentemente, atrair a condenação solidária.⁸

Tanto as empresas ligadas por elo de coordenação quanto por subordinação são empresas autônomas, não sendo esta definição o norte para caracterização de grupo econômico.

Além disso, a interpretação do dispositivo tem de levar em consideração a intenção do legislador, e esta fica clara quando se analisa o §3º do artigo em análise:

Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

Ora, este entendimento foi extraído, inclusive utilizando os mesmos termos, da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. CONFIGURAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. ART. 2º, § 2º, DA CLT. EXISTÊNCIA DE SÓCIOS EM COMUM. A interpretação do art. 2º, § 2º, da CLT conduz à conclusão de que, para a configuração de grupo econômico, não basta a mera situação de coordenação entre as empresas. É necessária a presença de relação hierárquica entre elas, de efetivo controle de uma empresa sobre as outras. **O simples fato de haver sócios em comum não implica por si só o reconhecimento do grupo econômico.** No caso, não há elementos fáticos que comprovem a existência de hierarquia ou de laços de direção entre as reclamadas que autorize a responsabilidade solidária. Recurso de Embargos conhecido por divergência jurisprudencial e desprovido.⁹ (sem grifos no original)

8 E-ED-RR 996-63.2010.5.02.0261. Relator Ministro João Batista Brito Pereira, Data do Julgamento: 12.05.2016, SDI I, Data da publicação: 20.05.2016.

9 E-ED-RR 214940-39.2006.5.02.0472, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Data do Julgamento: 22.05.2014, SDI I, Data da publicação: 15.08.2014.

Tal fato deixa claro que o que se buscava com a alteração legislativa era tão somente confirmar a jurisprudência consolidada e não alterá-la, não havendo respaldo jurídico para a corrente que defende este alcance para a reforma sobre o tema.

4 GRUPO ECONÔMICO: EFETIVIDADE VERSUS O DIREITO DE DEFESA

Um dos grandes desafios da Justiça laboral sempre foi a efetividade da prestação jurisdicional, cuja eficácia está diretamente relacionada ao encerramento do processo com êxito na execução. Para tal, a Especializada conta com diversos mecanismos, podendo citar como um dos mais eficientes a penhora via BACEN.

Dada conjuntura já analisada, a efetividade do processo se viu ameaçada, inclusive pelo crescente número de recuperações judiciais, situação que uma vez declarada provoca, em um primeiro momento, a suspensão da execução por 180 dias (prorrogáveis), e, após aprovado o plano, a alteração de competência executiva da “célere” Justiça do Trabalho para o “moroso” Juízo responsável pelo processo recuperacional.

Uma das saídas para se manter a efetividade e garantir o princípio constitucional da razoável duração do processo insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988¹⁰, foi exatamente a declaração de grupo econômico em fase de execução.

Tal procedimento seria plenamente válido desde que não ultrapassasse a fronteira de outra garantia constitucional, como o da ampla defesa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.¹¹

¹⁰ “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

¹¹ Constituição Federal.

4.1 GRUPO ECONÔMICO NA EXECUÇÃO

Até 21.11.2003, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho entendia que a legislação pátria não permitia a declaração de grupo econômico em fase de execução, uma vez que aquela empresa não teria participado da relação processual em fase de conhecimento:

Súmula nº 205 do TST. GRUPO ECONÔMICO. EXECUÇÃO. SOLIDARIEDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.¹²

Entretanto, o entendimento foi cancelado e, a partir de então, tal prática passou a ser permitida, ao fundamento de que não haveria ofensa ao contraditório e à ampla defesa. E eis a problemática.

A jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema diz:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. I) A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a inclusão de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico no polo passivo da execução não viola as garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, previstas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. II) A imposição de multa por litigância de má-fé não envolve diretamente matéria constitucional. Trata-se de interpretação e aplicação de normas processuais de natureza infraconstitucional, o que não autoriza o seguimento do recurso de revista (art. 896, §2º, da CLT). Agravo de instrumento a que se nega provimento.¹³

NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DA EMPRESA AGRAVANTE NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. INCLUSÃO NA FASE DE EXECUÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. Não há se falar em cerceamento de defesa quando a inclusão da empresa no polo passivo da demanda na fase de execução decorre do reconhecimento de que compõe grupo econômico com a

¹² Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-205>.

devedora principal, na forma do art. 2º, § 2º, da CLT. Incólumes os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Agravo de instrumento a que se nega provimento.¹⁴

Voltando os olhos para a prática, a situação não é bem essa.

A premissa de que a referida declaração em fase executória não fere o contraditório e a ampla defesa é falsa.

Note que uma empresa que é chamada a compor o polo passivo somente para pagar a conta não tem à sua disposição a fase de conhecimento. Não pode apresentar defesa e nem produzir provas, e mais, sua defesa está condicionada ao pagamento prévio da dívida.

Via de regra, quando o artigo 880 da CLT é cumprido, havendo citação prévia para pagamento, a empresa somente toma ciência de sua inclusão através de um mandado de citação para pagamento em 48 horas, sob pena de penhora. E, caso não o faça, iniciam-se os atos de constrição.

Somente após o ato de afetação patrimonial é que é dada a oportunidade de o então devedor se manifestar sobre sua condição de “não devedor”.

O recurso utilizado em primeira instância são os “embargos de execução”, que é assim descrito pela CLT:

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

§ 1º - A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida.

Note-se a limitação conferida pelo §1º.

O recurso cabível, em segunda instância, é Agravo de Petição. E, finalmente, pode a parte discutir a matéria em Recurso de Revista.

Ocorre que se está diante de um processo em fase de execução, e diz o artigo 896 da CLT:

13 AIRR - 115600-93.2005.5.12.0015, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, DEJT 18/10/2013.

14 ED-AIRR - 56500-16.2007.5.15.0126. Data de julgamento: 30/11/2016. Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma. Data de publicação: DEJT 03/02/2017.

§ 2º Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

Entendimento ratificado pela Súmula 266 do TST:

A admissibilidade do recurso de revista interposto de acórdão proferido em agravo de petição, na liquidação de sentença ou em processo incidente na execução, inclusive os embargos de terceiro, depende de demonstração inequívoca de violência direta à Constituição Federal.

Entretanto, a matéria grupo econômico é de cunho infraconstitucional (artigo 2º, §2º da CLT), o que significa dizer que uma empresa que tenha sido incluída no polo passivo da demanda somente em fase de execução não poderá discutir a matéria em instância superior.

O cenário delineado não parece compatível com diversos dispositivos constitucionais:

1) É preciso pagar ou ter o patrimônio constricto para que se possa garantir o direito de defesa:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.¹⁵

2) Não há fase de conhecimento, e nem possibilidade de produção de provas:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.¹⁶

3) Não existe a possibilidade de conhecimento de revista sobre a matéria por violação ao artigo que a rege.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.¹⁷

Neste cenário, o que se pretende responder é se é possível e quais os mecanismos para se combater os efeitos inconstitucionais.

15 Constituição Federal.

16 Constituição Federal.

17 Duplo grau de jurisdição.

5 COMBATE AOS EFEITOS INCONSTITUCIONAIS

Quando se fala em ofensas constitucionais, o primeiro remédio processual que vem à mente é o mandado de segurança.

Mas resta saber se, na situação na qual uma empresa é incluída no polo passivo da demanda em fase de execução com ordem de contrição ou efetiva constrição de patrimônio, tal medida seria cabível?

Há quem entenda que não, e baseia este entendimento na OJ 92 da SDI II do Tribunal:

92. MANDADO DE SEGURANÇA. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido.

Mas esta corrente não deve prevalecer.

O próprio TST relativizou o entendimento ao admitir o mandado de segurança, por exemplo, contra decisão que exige depósito prévio para custeio dos honorários periciais, por incompatibilidade com o processo do trabalho, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia, independentemente do depósito (OJ-SDI2-98); contra decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta-salário, para satisfação de crédito trabalhista, por ilegalidade (OJ-SDI2-153); bem como contra decisão que defere liminar ou tutela antecipada, em face da inexistência de recurso próprio (SUM-414, II) e que rejeita a equivalência da carta de fiança bancária e o seguro-garantia judicial e dinheiro para efeito da gradação dos bens penhoráveis (OJ-SDI2-59).

Tais exceções se baseiam na premissa de que “a espera por uma possível reforma ‘mediante recurso próprio’ será inútil para o jurisdicionado se o diferimento implicar perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo - e, com maior razão, se o caso for de certeza da inutilidade do provimento jurisdicional”, como bem pontuou o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região de relatoria do Excelentíssimo Desembargador Mario Sérgio Bottazzo.

Disse mais:

É imperioso que o juiz assegure a efetividade da jurisdição e decida no sentido de impedir lesão a direito (CR, art. 5º, XXXV) e garanta “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, no âmbito judicial e administrativo (CRFB, art. 5º, LXXVIII). É que não basta que a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário a ameaça a direito: é indispensável que o juiz aprecie e entregue a tutela a tempo e modo, especialmente se a demora implicar perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo - e, com maior razão, se o caso for de certeza da inutilidade do provimento jurisdicional. Por isso, é cabível a ação mandamental contra ato judicial no processo do trabalho, mesmo existindo recurso com efeito diferido, se o diferimento implicar perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.¹⁸

O fato de existir recurso próprio não pode ser empecilho de apreciação de mandado de segurança quando o dito recurso não carrega em si o efeito de evitar a ameaça do direito, ou principalmente, quando o referido recurso, para ser interposto, exija exatamente o que se pretende evitar.

Na situação em análise, a empresa foi incluída no polo passivo da demanda em fase de execução, e o “recurso próprio” prescinde da garantia do juízo, ato que a impetrante pretende evitar.

Não há outro recurso para o caso concreto, sendo inviável a exceção de pré-executividade para discussão com esta amplitude probatória (ainda que em tese), assim como não se enquadra a empresa na definição de “terceiro” para fins de embargos nesta modalidade:

Como se vê, a impetrante agravante foi atingida na fase executória embora não conste como devedora no título executivo judicial e mesmo não tendo sido citada da execução. Exatamente por não constar no título executivo a impetrante não pode se valer da exceção de pré-executividade. [...] Considerando que a impetrante já teve a execução dirigida contra si, inclusive constando como devedora na autuação, não lhe socorre a via dos Embargos de Terceiro. Além disso, a amplitude probatória na via dos Embargos à Execução é extremamente restrita (CLT, art. 884, § 1º) e exige a garantia do juízo – exatamente o que a impetrante quer evitar. [...] De todo o exposto, o recurso próprio cabível no caso exige, como pressuposto, exatamente o dano que a impetrante quer evitar. No caso, o diferimento implica a certeza da inutilidade do provimento jurisdicional.¹⁹

¹⁸ MS 0010836-16.2017.5.18.0000.

¹⁹ AR 0010836-16.2017.5.18.0000. Relator Desembargador Mario Sérgio Bottazzo, Pleno do TRT 18ª Região. Data da publicação: 15.02.2018.

Avançando o tema para a análise do direito pretendido no remédio recursal em estudo, tem-se a conclusão inequívoca de que houve a inclusão de uma empresa ao polo passivo da demanda sem que fosse assegurado o contraditório:

Ora, é fora de dúvida que todas as regras processuais consolidadas foram erigidas em busca de celeridade e efetividade na satisfação do credor trabalhista - que é, por via de regra, o empregado hipossuficiente.²⁰

Avançando o tema para a análise do direito pretendido no remédio recursal em estudo, tem-se a conclusão inequívoca de que houve a inclusão de uma empresa ao polo passivo da demanda sem que fosse assegurado o contraditório.

Com propriedade, concluiu o Excelentíssimo Desembargador Mario Sérgio Bottazzo:

Daí que se pode exigir do devedor indicado no título executivo trabalhista a garantia do juízo como condição para apresentar embargos e limitar a matéria de embargos a cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida e impugnação da conta, sem cogitar de ofensa à garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. (...) Em miúdos, o direcionamento da execução contra o sócio de pessoa jurídica e contra a empresa alegadamente integrante de grupo econômico (que não constam do título executivo) começa com a composição da lide (se houver) entre ele/ela e o exequente - um processo de conhecimento, portanto. Dessa atividade cognitiva emergirá (ou não) uma obrigação reconhecida em título executivo judicial, que é a condição da atividade executória. A propósito, “o cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento” (CPC, art. 513, §5º). Tudo isso é consequência da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa; (...). Aliás, exatamente em razão dessa ascendência constitucional, o regramento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica incide também no caso de direcionamento da execução contra empresa integrante de grupo econômico (que não consta do título executivo). Releva notar que i) o IDPJ aplica-se ao processo do trabalho e, especialmente, ii) da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente ocorrido na fase de execução cabe agravo de petição independentemente de garantia do juízo (TST, IN 39/16, art. 6º, cabeça e § 1º, II). Ora, se não é

20 AR 0010836-16.2017.5.18.0000. Relator Desembargador Mario Sergio Bottazzo, Pleno do TRT 18º Região. Data da publicação: 15.02.2018.

nem mesmo exigível garantia de juízo da impetrante para que possa discutir sua responsabilidade, o bloqueio de seus bens no contexto acima delineado fere direito líquido e certo seu.²¹

Assim, em nome da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, fere direito líquido e certo da empresa a exigência de pagamento da execução quando incluída no polo passivo somente na fase de execução, sendo cabível mandado de segurança deste ato, ainda que não tenha havido efetiva constrição de patrimônio.

Este entendimento encontra-se sedimentado no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região:

GRUPO ECONÔMICO. RECONHECIMENTO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE CERTEZA QUANTO À CONDIÇÃO DE DEVEDOR. INEXIGIBILIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO. ILEGALIDADE DA DETERMINAÇÃO DE PENHORA. Não tendo o executado - incluído no processo em razão da formação de grupo econômico - participado do processo de conhecimento do qual se originou o título executivo, a sua condição de devedor não se reveste de certeza, devendo ser garantido a ele o direito de defesa. Nesse contexto, a decisão que, intimando-o da sua inclusão no polo passivo da execução, determina a penhora de seus bens caso não quitada a dívida no prazo fixado, fere o direito líquido e certo de defesa. Segurança parcialmente concedida para determinar a suspensão da decisão impugnada, apenas na parte em que determinou o pagamento ou garantia da execução sob pena de penhora.²²

A impetração do mandado de segurança garante que o direito constitucional de não privação de bens sem o devido processo legal seja respeitado.

Entretanto, há ainda o direito ao contraditório e à ampla defesa, antes que se tenha a obrigatoriedade de pagamento prévio, o que não pode ser alcançado através de mandado de segurança.

Pois bem, neste ponto o remédio é outro.

Quando se tem esta situação há duas certezas: existe um título executivo e existe um credor. Mas não há certeza quanto a quem é o devedor, se tratando de um ato que fere os princípios constitucionais estudados exigir que primeiro se pague a dívida para que depois se confirme o devedor.

21 AR 0010836-16.2017.5.18.0000. Relator Desembargador Mario Sergio Bottazzo, Pleno do TRT 18º Região. Data da publicação: 15.02.2018.

22 AR 0010708-93.2017.5.18.0000. Relator Desembargador Daniel Viana Júnior, Pleno do TRT 18º Região. Data da publicação: 01.12.2017.

Mas não assim quanto à empresa integrante de grupo econômico incluída no processo na fase de execução: a existência da obrigação (*an debeat*) é certa quanto ao credor indicado no título executivo mas não é certa quanto a ela. É dizer, da empresa integrante de grupo econômico que é incluída no polo passivo apenas na fase de execução não é exigível a garantia do juízo para apresentar embargos (e agravar de petição) se ela negar a responsabilidade que se lhe quer imputar - justa e exatamente porque devedor ela (ainda) não é. Aliás, porque a existência da obrigação não é certa quanto ao integrante de grupo chamado apenas na execução é que a matéria alegável não se restringe àquela mencionada acima (cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida e impugnação da conta). E é admissível a produção de provas, inclusive oral, tendo por objeto os fatos concernentes à existência do grupo. Em miúdos, o direcionamento da execução contra a empresa alegadamente integrante de grupo econômico (que não consta do título executivo) começa com a composição da lide (se houver) entre ela e o exequente - um processo de conhecimento, portanto. Dessa atividade cognitiva emergirá (ou não) uma obrigação reconhecida em título executivo judicial, que é a condição da atividade executória. Tudo isso é consequência da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa; não é possível dizer, portanto, que o CPC/15 tenha inovado ao dispor sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica - de fato, o CPC/15 apenas explicitou a garantia constitucional. Aliás, exatamente em razão dessa ascendência constitucional, o regramento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica incide também no caso de direcionamento da execução contra empresa integrante de grupo econômico (que não consta do título executivo).²³

Assim, primeiro se garante a não afetação patrimonial através do mandado de segurança e, na sequência, se garante o exercício do contraditório e da ampla defesa com interposição de embargos de execução sem o cumprimento do requisito da garantia do juízo.

Desta forma, os efeitos da declaração de grupo econômico em fase de execução são minimizados, respeitando as garantias constitucionais.

²³ AIAP 0010748-07.2016.5.180131. Relator Desembargador Mario Sergio Bottazzo, Pleno do TRT 18ª Região. Data da publicação: 14.12.2016.

6 CONCLUSÃO

O tema abordado tem alto grau de relevância econômica e social e precisa ser debatido. Não há dúvidas de que muitos trabalhadores não conseguem receber seu crédito advindo da sentença judicial transitada em julgada. E este é um fato que precisa ser combatido, buscando sempre uma entrega jurisdicional plena e completa. Mas não a qualquer custo.

Há um dizer popular que expressa bem a situação exposta “o direito de um termina onde começa o do outro”.

Não há como relativizar garantias constitucionais em nome de outra garantia, mesmo que também seja de cunho constitucional.

O direito de defesa é garantia fundamental, e ofendê-lo é defender um estado de exceção. Dívidas devem ser pagas, mas direitos devem ser respeitados.

E mais, é preciso confiar nos institutos jurídicos, como o da recuperação judicial. Muitas vezes, o que parece mais simples e eficiente, de fato não é. Receber o crédito de uma empresa supostamente integrante do mesmo grupo econômico pode parecer mais rápido do que a determinação de habilitação do referido crédito no plano de recuperação judicial, mas pode causar, de forma injusta ou justa, o comprometimento das atividades da empresa e, de consequência, postos de trabalhos ativos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (3ª Turma). *Agravo de Instrumento em Agravo de Petição 0010748-07.2016.5.180131*, EMENTA: EXECUÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. EMPRESA QUE NÃO CONSTA DO TÍTULO EXECUTIVO. EMBARGOS. GARANTIA DO JUÍZO INEXIGÍVEL. Relator Desembargador Mario Sergio Bottazzo, 14.12.2016. Disponível em <https://sistemas.trt18.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=4739391&p_idpje=44559&p_num=44559&p_>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (2ª Turma). *Agravo de Petição 0011066-19.2017.5.18.0013*, EMENTA: EXECUÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. Relatora Des. Iara Teixeira Rios, 04.04.2018. Disponível em: <https://sistemas.trt18.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=9379357&p_idpje=89538&p_num=89538&p_npag=x&p_sec1=yuIItmzrkZ4%3D&p_sec2=KEt52gQmIYC4XoPC2cQxpQ%3D%3D>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (Pleno). *Agravo Regimental em Mandado de Segurança 0010708-93.2017.5.18.0000*, EMENTA: GRUPO ECONÔMICO. RECONHECIMENTO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE CERTEZA QUANTO À CONDIÇÃO DE DEVEDOR. INEXIGIBILIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO. ILEGALIDADE DA DETERMINAÇÃO DE PENHORA. Relator Desembargador Daniel Viana Júnior, 01.12.2017. Disponível em: <https://sistemas.trt18.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=8801517&p_idpje=79706&p_num=79706&p_npag=x&p_sec1=G2z06ID08oQ%3D&p_sec2=TwaFmfE9%2FUTTTcF1mFK4KQ%3D%3D>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (Pleno). *Agravo Regimental em Mandado de Segurança 0010836-16.2017.5.18.0000*, EMENTA: EXECUÇÃO. PESSOA JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO. DIRECIONAMENTO. Relatora Desembargadora Rosa Nair da Silva Nogueira, 19.06.2018. Disponível em: <https://sistemas.trt18.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=9976181&p_idpje=84646&p_num=84646&p_npag=x&p_sec1=fToP0Pinf74%3D&p_sec2=OLvbhMlejWbYNIqK71WGEQ%3D%3D>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). *Recurso de Embargos 996-63.2010.5.02.0261*, EMENTA: GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Relator Ministro João Batista Brito Pereira, 20.05.2016.

GODINHO, Mauricio. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTR, [201-].

IBGE. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br>>.

SERASA. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/SerasaExperian>>.

SUBSUNÇÃO DA OPTOMETRIA À SEGURANÇA LABORAL¹

Phalena Cavalcante de Freitas²

RESUMO

Hodiernamente busca-se cada vez mais uma adequação entre o desenvolvimento econômico e a qualidade de vida. Se trouxermos essa discussão para o Direito do Trabalho, não há como descartar a segurança do trabalhador como garantia do sucesso de uma empresa qualificada. E o que se observa, como veremos, é que, em relação ao índice de acidentes de trabalho, a negligência na saúde visual é totalmente previsível e/ou evitável. Momento em que surge a Optometria como Ciência para auxiliar a segurança laboral, pois avalia a qualidade visual muito além das doenças oculares diagnosticadas em um exame oftalmológico rotineiro.

Palavras-chave: Segurança e saúde do trabalhador. Acidente de trabalho. Qualidade visual. Optometria. Produtividade.

ABSTRACT

Nowadays, searching for balance between economic development and quality of life is prime. In Labour Law, there is no way we discard worker safety as a guarantee of the success of a great company. And what can be observed, as we shall see, is that compared with the index of industrial accidents, negligence in visual health is totally predictable and/or preventable. So, we can use Optometry to assist job security, because it assesses the visual quality far beyond eye diseases diagnosed in a routine eye examination.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito do Trabalho. 2.1. Segurança e Saúde do Trabalhador. 3. Oftalmologia. 4. Optometria. 4.1. Ambiente Físico do Trabalho. 4.2. Lesão por Esforço Repetitivo Ocular. 5. Conclusão.

¹ Artigo apresentado à Coordenação de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, sob a orientação do Prof. Arnaldo Bastos Santos Neto.

² Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Advogada atuante na área trabalhista e previdenciária. Assessora jurídica voluntária na Casa de Apoio São Luis. Advogada assistente do Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria.

1 INTRODUÇÃO

A visão é mais do que ter uma vista 100%. A vista é simplesmente a habilidade de ver algo com nitidez. A visão vai mais além do que é a vista e poderia ser definida como a capacidade para compreender o que vemos. A visão implica captar a informação visual, processá-la e obter significado desta. A visão é um processo dinâmico, é um processo de organização, interpretação e compreensão do que vemos que está constantemente mudando. É um processo que integra a informação sensorial e motora gerada pelo cérebro e pelo corpo dando significado e dirigindo os movimentos do corpo.

Os profissionais do Direito material e processual trabalhista têm dado especial atenção à segurança e à medicina do trabalho. Apesar de as taxas de acidente do trabalho estarem em constante declínio, o número de acidentados ainda é alarmante.

A perda de um profissional no auge de sua vida laboral é prejudicial para o Estado, para a família, para o empregador e, não raro, para o próprio trabalhador. São todos vítimas da falta, ou, da falha em atitudes simples para prevenir acidentes.

Com a evolução da sociedade e o acesso a diferentes tipos de informação, é possível criar e aperfeiçoar novas ciências em busca não só de facilitar em aumentar a produtividade laboral, mas também a melhoria da qualidade de vida dentro e fora da empresa.

Nos exames admissionais pouco se preocupa com a avaliação visual e, quando é feita, há uma padronização do exame de vista, em que todos os profissionais são avaliados da mesma forma, indiferentemente de se vão usar mais o sentido da visão ou o sentido do paladar. Se o profissional vai pilotar um avião com mais de 200 pessoas, ou se vai operar uma autoclave industrial, o exame é o mesmo.

Sob esse ângulo é que a Optometria faz a diferença, por estarem os Bacharéis preparados para avaliar a visão com os requisitos necessários para cada caso, indicar a lente ideal para determinada profissão, a armação de óculos própria para cada tipo de lente e o sucesso alcançado com o resultado do simples ato da visão ideal.

Em um estudo realizado na Universidade Federal da Bahia – UFBA, entre 2008 e 2010, 66,5% de trabalhadores que morreram em acidente de trabalho tinha entre 30 e 39 anos. É nesta faixa etária que começa a aparecer a Presbiopia, uma dificuldade de enxergar para perto: mais uma vez a pesquisa ignorou a possibilidade de os trabalhadores estarem sofrendo de algum problema visual. Ou seja, sofreu o acidente laboral que resultou em morte, porque não enxergou os riscos iminentes.

Recentemente, um Centro de Formação de Condutores liberou a Carteira Nacional de Habilitação, categoria “E” (dirigir carreta), após exame de vista do DETRAN, para um motorista estrábico. Detalhe, o estrábico não tem noção de profundidade. Mais cedo ou mais tarde vai acontecer um acidente com este trabalhador, isto é fato.

Rigorosamente falando, a falta de avaliação da qualidade visual do trabalhador é primordial para sua segurança laboral.

2 DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho não generaliza o trabalhador, reduz sua proteção ao trabalho subordinado e assemelhado. Busca assegurar condições sociais e laborais ao trabalhador, aplicando as medidas de saúde, proteção e segurança que lhe são destinadas.

O Direito do Trabalho tem como característica primordial a proteção do trabalhador, seja por normatização das condições mínimas da relação de emprego, seja por medidas sociais adotadas e implantadas pela sociedade ou pelo Estado.

Vólia conceitua Direito do Trabalho como

[...] um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. (CASSAR, 2012, p. 5)

O Direito do Trabalho deve estar atento às novidades existentes. Sobretudo no que se refere à saúde laboral, tomando sempre as medidas necessárias para que o trabalhador esteja protegido de riscos químicos, físicos, biológicos e ergonômicos.

Atualmente, deverá ser considerado insensatez, no Direito Laboral, deixar de utilizar as novas Ciências, sobretudo a Optometria, no contexto da saúde ocupacional.

2.1 SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHADOR

A integridade física e psíquica é um direito fundamental do trabalhador, com respaldo Constitucional em seu artigo 7º, inciso XXII, cuja preocupação é de âmbito internacional discutida e convencionada, inclusive, pela Organização Internacional do Trabalho. Tem-se a Segurança e a Medicina do Trabalho como conteúdo multidisciplinar, que abrange várias Ciências, dentre elas o Direito, a Medicina, a Engenharia, a Arquitetura e a Optometria, integradas com o objetivo de estabelecer medidas de proteção à segurança e à saúde laboral.

É comum nas Doutrinas jurídicas a descrição de fatores que abalam a saúde do trabalhador. Constitucionalmente, é competência do sistema único de saúde colaborar na proteção do meio ambiente do trabalho, com apoio da fiscalização das Delegacias do Trabalho que fazem cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho nas empresas, adotando as medidas necessárias e impondo penalidades, caso haja descumprimento de regras.

As medidas preventivas de medicina do trabalho concebe o exame médico como uma dentre outras medidas preventivas à saúde laboral. Desta forma, não descarta que exames complementares possam ser exigidos, para apuração da capacidade ou aptidão física ou mental do obreiro para a função que deva exercer. Incumbe ao Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer, de acordo com o risco da atividade, o tempo de exposição e a periodicidade dos exames médicos.

As empresas devem dispor obrigatoriamente aos empregados o Equipamento de Proteção Individual, gratuitamente, de maneira a protegê-los contra danos a saúde e possíveis riscos de acidentes do trabalho. Deve o empre-

gador adquirir o tipo adequado de Equipamento de Proteção às atividades do empregado, treinar o trabalhador para o seu uso, tornar obrigatório o seu uso e substituí-lo quando danificado ou extraviado. Consideram-se, entre outros, equipamentos de proteção individual: protetores auriculares, luvas, máscaras, calçados, capacetes, vestimentas, óculos etc., enfim é todo instrumento, dispositivo, equipamento, vestimenta ou produto capaz de reduzir, eliminar, proteger, ou neutralizar os riscos inerentes do trabalho.

As Leis, as Convenções, as Normas Regulamentadoras, os Órgãos de Segurança estão unidos a uma preocupação global que trata a saúde do trabalhador, porém é pouco discutida a saúde visual laboral. Há o resumo dos óculos apenas como aparelho de proteção e prevenção de acidentes causados diretamente nos olhos. Assim, reduz a possibilidade do trabalhador adquirir Lesão por Esforço Repetitivo Ocular.

3 OFTALMOLOGIA

Oftalmologia é uma especialidade da medicina que trata enfermidades, realiza cirurgias e estuda as doenças dos olhos. O oftalmologista está capacitado a tratar e diagnosticar patologias da área, bem como é capaz de interpretar exames específicos da especialidade.

É comum nesta área da Medicina capacitarem-se médicos em programas de oftalmologia sanitária, oftalmologia pediátrica, oftalmologia oncológica, oftalmologia clínica, oftalmologia cirúrgica e oftalmologia patológica.

Compreensível não haver estudos voltados para a medicina oftálmica laboral, pois a busca na segurança do trabalhador neste contexto não está relacionada à Medicina, mas a procedimentos preventivos, este sim diretamente voltados à competência da Ciência Optométrica. Além do que, a Lei resguarda o direito do médico em exigir exames complementares, para apuração da capacidade ou aptidão física ou mental do empregado em razão da função que o trabalhador deva exercer. O que não descarta a possibilidade do próprio médico indicar um profissional não médico adequado para avaliar o empregado, levando em consideração sua formação e capacidade técnica científica.

4 OPTOMETRIA

Optometria é a Ciência da área da saúde ligada à física que trata a visão, principalmente dos problemas da saúde primários, ou seja, é o estudo dos problemas de visão não patológicos e sensoriais sobre o ponto de vista físico. O optometrista não utiliza nenhum procedimento ou medicamento invasivo, ele só observa e aplica técnicas de avaliação qualitativa e quantitativa do sistema de visão do paciente e é considerado preventivo. Caso o profissional encontre qualquer problema ou alteração ocular de origem patológica, ele está apto a reconhecê-lo e encaminhar a um especialista. O papel do optometrista é avaliar e medir a estrutura de visão em aspectos funcionais e comportamentais, além de propor meios ópticos de correção dos defeitos encontrados no globo ocular.

Das especializações existentes, a Optometria Comportamental é a mais indicada para avaliar a saúde visual do obreiro na busca da redução dos riscos inerentes ao trabalho.

A qualidade visual é essencial para todas as atividades humanas, assim, é de suma importância a atenção voltada para a acuidade visual em relação à demanda de uma determinada tarefa. Para avaliar a necessidade visual profissional, é necessário observar vários fatores, considerando a visão como um conjunto, conhecendo e compreendendo que a capacidade visual de cada paciente depende da demanda visual de seu trabalho.

Para evitar acidentes de trabalho, é fundamental a avaliação constante da qualidade de visão, estereopsia, binocularidade, motilidade, entre outras avaliações em que o Optometrista tem como praxe em sua rotina de exames, medidas necessárias que garantem a integridade física e mental do trabalhador

4.1 AMBIENTE FÍSICO DO TRABALHO

Na avaliação optométrica laboral, explora-se a postura e o movimento de cabeça do trabalhador, a distância e o tamanho do detalhe do trabalho, a visão em cores, os campos visuais, a visibilidade, e a iluminação.

Ao se apreciar a postura do trabalhador, é observado se ele trabalha em pé ou sentado, o quanto se move e a qualidade da visão de perto.

Não se pode avaliar igualmente a visão de um profissional que trabalha sentado em uma mesa, com um operador de máquinas que trabalha de pé, ou um mecânico. Sobretudo se os profissionais forem maiores de 40 anos, que é quando surge a presbiopia, vulgarmente conhecida por vista cansada. Já na movimentação, os efeitos do trabalho sobre a visão são marcantes quando o trabalhador muda de atividade enquanto estava acostumado a certos hábitos visuais. Estas pessoas estão propícias a cansaço e a doenças visuais causadas pela constante mudança de direção e distância do novo ofício. Às vezes é necessário recomendar a troca de local de trabalho para aumentar a comodidade e o rendimento do trabalhador.

A distância entre os objetos de trabalho e o olho modifica o tamanho da imagem retiniana e, em consequência, a qualidade visual para distinguir os objetos. As distâncias se classificam em: longe, se os objetos visualizados se encontram visualizados a mais de 2 metros, por exemplo, motorista; próxima, se refere àqueles trabalhos em que os principais objetos visualizados se encontram a menos de 2 metros e mais de 30 centímetros; e muito próxima, esta distância compreende todos os objetos cujos detalhes não se pode distinguir claramente a menos de 30 centímetros, a exemplo de costura e circuitos elétricos. Para valorar as distâncias de trabalho, deve-se também levar em consideração o tamanho do detalhe do trabalho para com isso realizar com rapidez, precisão e comodidade a tarefa.

O optometrista reconhece que existem cada vez mais profissionais em que se exige uma sensibilidade e apreciação adequada das cores. A discriminação adequada das cores é, naturalmente, indispensável para os sinais luminosos e de tráfego, as cores dos cabos elétricos, ou ainda para comparar a exatidão de pinturas, tanto em atividades domésticas como industriais. Estas tarefas exigem não só uma visão adequada das cores, mas também uma iluminação correta. Em se tratando de segurança, as combinações cromáticas são diferenciadas por brilho e também por formas geométricas.

A quantidade de luminosidade necessária para um trabalho depende da complexidade e da dificuldade visual do trabalhador, da qualidade de visão e idade do trabalhador, do ambiente laboral e do nível de rendimento que se espera. O optometrista tem um conhecimento dos diferentes aspectos de iluminação, assim assessora o trabalhador sobre a melhor forma de

atingir uma excelente visão, garantindo a saúde e a segurança do obreiro. Observamos que, em um país de clima tropical como o Brasil, é comum vermos trabalhadores a céu aberto, sem óculos solar. Este trabalhador terá um envelhecimento visual prematuro, o que fará desenvolver doenças nos olhos como a catarata e o pterígio.

4.2 LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO OCULAR

Os acidentes perfurantes nos olhos acontecem em sua maioria no local do trabalho, motivo pelo qual é de fundamental importância o uso de equipamentos de proteção tais como óculos e luvas. Mas o cuidado com o ambiente do trabalho em geral evitará doenças que se manifestam com o decorrer do tempo, e, sobretudo, com o esforço repetitivo da atividade.

A Lesão por esforço repetitivo é causada, entre outras, por ações repetitivas e posições desagradáveis por longo período. Normalmente causam dores seguidas de incapacidade funcional, esta ligada a certas atividades laborais. Não é permitida em nossa legislação a dispensa de um trabalhador por causa da LER, assim como de qualquer outra doença ocupacional relacionada ao trabalho. Não só a capacidade laboral é comprometida mas também os atos da vida diária são bastante prejudicados. É comum as alterações psicológicas com quadros de ansiedade, depressão e angústia. O tratamento geralmente é imobilizar a área traumatizada.

Das diversas profissões que causam a LER, a que mais atinge a visão é aquela em que o trabalhador passa maior tempo em frente à tela do computador, por sua tela ser composta de píxeis, o olho tem dificuldade de foco.

O trabalhador em frente ao computador gera tensão nos músculos dos olhos, diminui as piscadas que chega a ser cinco vezes mais baixo que a situação normal, o que torna o olho seco. E, por se tratar de esforço repetitivo, haverá piora quanto mais tempo continuar com a atividade.

Situação semelhante à daqueles trabalhadores supracitados, expostos por um longo período ao tempo livre, expostos às radiações solares, é a dos trabalhadores que têm o ambiente de trabalho não adaptado para a função que está exercendo, havendo displicência em relação ao equipamento de proteção individual, pouca luminosidade, móveis desconfortáveis, entre outros.

Os sintomas são visão dupla e/ou turva, olhos vermelhos, dores de cabeça, no pescoço e nas costas. A falta de acompanhamento por um profissional especializado em optometria pode agravar a situação, e um simples desconforto pode acabar por gerar doenças nos olhos ou até mesmo a cegueira.

5 CONCLUSÃO

No Manual da Boa Visão, elaborado pelo Núcleo de Prevenção à Cegueira da Universidade de Campinas, no tópico Cuidados no Trabalho a orientação é a seguinte:

MÁ ILUMINAÇÃO: o ambiente de trabalho deve ter condições mínimas de higiene, iluminação e ventilação. Quando à vista, é imprescindível trabalhar com luz branca, sem sombra.

ÓCULOS DE PROTEÇÃO: Se no seu trabalho você fica exposto à poeira, inseticidas, vapores ácidos, solda ou objetos volante, nunca deixe de usar os óculos de proteção. Não esqueça de usá-los também em casa quando realizar tarefas semelhantes. Há mais olhos perdidos em acidentes de trabalho do que braços e pernas.

CISCO: Cisco nos olhos podem ser muito perigoso, se estiver na frente da menina dos olhos (pupila).

Na leitura destas recomendações, observa-se que o objetivo médico da prevenção do acidente é a proteção específica do olho, no âmbito da oftalmologia, mais precisamente evitar acidente em que o trabalhador corra risco de cegueira, de ferir os olhos de forma mecânica.

Se comparar com as recomendações optométricas, observa-se que o objetivo é mais amplo: busca-se a proteção no meio ambiente do trabalho através da excelência na visão. Para o optometrista, não basta apenas os olhos estarem protegidos, mas também o corpo e a mente por intermédio de um dos sentidos mais importante que temos. A visão.

Os óculos de proteção usados por trabalhadores não passam por avaliação de qualidade. Suas lentes são em plástico comum, o que causa desconforto, distorção na visão, dores de cabeça, e, na verdade, a proteção é apenas mecânica, pois se levarmos em conta a saúde visual do trabalhador, mais atrapalha que ajuda. E ainda diminui o rendimento profissional.

A Qualidade de visão que se busca na Optometria Laboral é proteger o trabalhador:

- para que ele não perca um membro, ou até mesmo a vida, por não enxergar um risco iminente. Por exemplo: déficit de atenção causado por problema visual, o trabalhador pode abrir uma autoclave, sem perceber que está despressurizada, como aconteceu em Aparecida de Goiânia em abril de 2001, na empresa Equipler;

- para que não sofra acidentes nos olhos por estarem expostos a agentes que somente irão se manifestar anos após a exposição. Por exemplo: envelhecimento precoce, com cegueira causada por catarata, como acontece com os garis que trabalham na varrição das ruas, principalmente na orla marítima. Neste caso os óculos de proteção protegem dos ciscos, mas não protege das radiações solares, o ideal são óculos solares com lentes oftálmicas, pois protegem da luz e de agentes mecânicos;

- para que não coloque sua vida em risco e o da sociedade por exemplo, avaliar a motilidade ocular, os forias e os estrabismos dos motoristas de carreta, requisitos que auxiliam a visão de profundidade, o que evita o risco de acidentes nas rodovias;

- para que tenham segurança em relação ao manuseio de utensílios que exigem precisão na distinção de cores, como atenção especial nos casos de daltonismo ou discromopsia, como acontece com profissionais da construção civil, que têm necessidade de distinguir cores de fios, canos e luzes.

Ter um empregado em segurança e saudável é bom para o trabalhador e para o empregador. Em contrapartida, um empregado sem avaliação optométrica poderá trazer prejuízos tanto para a empresa, quanto a si próprio, quanto para o Estado. Arion Sayão Romita tem pensamento análogo:

As normas sobre saúde e segurança do trabalho são promulgadas em razão de superiores interesses sociais: sua aplicação transcende o âmbito contratual, no sentido de ser desnecessário o suporte de um contrato de trabalho para sua incidência [...] O bem jurídico protegido pelas normas de saúde e segurança do trabalho é uno, diz respeito a qualquer empregado. (Romita, Arion Sayão, 2005, p. 380)

Enfim, a subsunção da optometria à segurança laboral vai além da segurança do trabalhador, atinge a família, a sociedade e a economia, bens jurídicos tutelados pela Consolidação das Leis Trabalhista e pela Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL: *Manual da boa visão: solucionando dúvidas sobre o olho e a visão*. Edição 2006. Disponível em: <<http://www.sapphire.com.br/brustoptica/manual/manual18.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

BRASIL. *Portal da Oftalmologia: Núcleo de Prevenção da Cegueira*, 20 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.portaldaretina.com.br/home/saibamais.asp?cod=63>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 6ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2012.

GIMÉNEZ, Maria Pilar Vergara. *Tanta inteligência tão pouco rendimento: Poderia ser a visão a chave para desbloquear sua aprendizagem?* São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

GUYTON, Arthur C.; HALL, Jonh E. *Tratado de fisiologia médica*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

LLEWELLYN, Richard. *Optometria*. Barcelona: Masson/Salvat Medicina, 1995.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

OS DESAFIOS DOS SINDICATOS APÓS O FIM DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL COMPULSÓRIA

Anne Caroline Ferreira Peixoto Marra¹
Bruna de Sá Araújo²
Isabella Nascimento Macedo³
Lucas Magalhaes Mantovani Cesar⁴

RESUMO

O presente artigo científico possui como objeto de estudo uma breve apresentação do histórico e conceito de contribuição sindical, bem como a evolução legislativa de sua regulamentação no Brasil até chegar a Lei 13.467/2017, vigente desde 11 de novembro de 2017. Aborda o custeio sindical na visão da OIT e dos tratados internacionais, o entendimento dos Tribunais Superiores acerca da contribuição sindical, as primeiras consequências para os Sindicatos após a vigência da Lei 13.467/2017 e a necessidade de buscar novas formas de financiamento das suas atividades. O estudo visa possibilitar o conhecimento legislativo necessário para entender as mudanças ocorridas neste instituto do direito pátrio e, para isso, vale-se da integração das diversas formas de interpretação jurídica, tais como: interpretação histórica, sistemática, teleológica e sociológica.

Palavras-chave: Sindicatos. Contribuição sindical. Legislação trabalhista. Reforma trabalhista.

1 Advogada, especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela ESA/FUMEC.

2 Advogada, especialista em Direito do Trabalho pelo IPOG e UFG.

3 Advogada.

4 Advogado.

ABSTRACT

The present scientific article has as subject of analysis a concise historical presentation and definition of union contribution, as well as the evolution of national legislation, until Law 13.467/2017, in effect since 11 November 2017. Addresses the trade union according to what has been established on ILO (International Labor Organization) and international agreements, Higher Courts' understanding of the union contribution, the first consequences for trade unions after the enactment of Law 13467/17 and the need to seek new ways of financing its activities. The study aims to provide the necessary legislative knowledge to understand the changes that have occurred in this institute of the Brazilian Laws and for that, it resorts to integrate the various forms of legal interpretation such as: historical, systematic, teleological and sociological interpretation.

Keywords: Unions. Union contribution. Labor legislation. Labor reform.

sumário: 1. Introdução. 2. Breves considerações históricas sobre os sindicatos e a contribuição sindical. 3. Espécies de contribuições sindicais e sua natureza jurídica. 4. As alterações trazidas pela Lei 13.467/2017 à contribuição sindical. 5. Ações diretas de inconstitucionalidade e a recente decisão do Supremo Tribunal Federal. 6. Primeiras consequências da Lei nº 13.467/2017 aos sindicatos. 7. O futuro da contribuição sindical. 8. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, trouxe profundas mudanças em vários institutos do Direito do Trabalho, tanto no âmbito dos direitos materiais, quanto em relação ao direito processual. Entre todas as inovações trazidas pelo legislador reformista, está a extinção da contribuição sindical compulsória.

No entanto, antes de analisar o fim da contribuição sindical compulsória e suas repercussões na realidade sindical brasileira, cumpre analisar as espécies de contribuições sindicais e as características das con-

tribuições que compõem o financiamento das entidades sindicais. A Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional disciplinam, além da contribuição sindical obrigatória, a contribuição federativa, contribuição assistencial e a mensalidade dos associados dos Sindicatos.

Cumpre ressaltar que a doutrina majoritariamente critica o modelo sindical brasileiro, cujas principais características seriam a unicidade sindical e, até o advento da Lei nº 13.467/2017, a contribuição sindical compulsória, ao argumento de que estes institutos estariam pautados na doutrina corporativista e contrariariam o Estado Democrático de Direito, consagrado na Carta Magna.

Com a alteração dos artigos referentes à contribuição sindical, trazida pela Reforma Trabalhista, esta passou a ser facultativa, dependendo de autorização prévia e expressa.

Tal mudança legislativa requer um exame da sua aplicação na realidade das entidades sindicais, bem como de seus reflexos para a atuação na defesa dos seus representados, além de validar a legalidade da norma legal que ensejou esta alteração.

Por fim, o presente artigo científico possui como objeto de estudo uma breve apresentação do histórico e conceito da contribuição sindical no Brasil. Vencida essa etapa, passa-se a analisar sua regulamentação no país, desde sua criação pela Constituição Federal de 1937 até as mudanças recentes, ocorridas pelas alterações legislativas promovidas pela Lei 13.467/2017, com a consequente comoção social ocorrida e a análise da matéria pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5794.

Nesse contexto, o presente trabalho visa discutir a constitucionalidade dessa mudança e, logicamente, expor os questionamentos e polêmicas que a envolvem.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE OS SINDICATOS E A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

A semente do sindicalismo remonta ao Direito Romano, logicamente não com o formato que conhecemos hoje, mas, aos colégios romanos, que dividiam os trabalhadores de acordo com seu ofício ou arte. Posterior-

mente, no século XII, surgem as primeiras corporações de ofício e guildas germânicas que representavam seus membros respondendo de forma colegiada, sendo a reunião de pessoas que desenvolviam atividades similares, ou seja, desde os tempos mais remotos, os seres humanos têm a necessidade de se agrupar, de se reconhecer enquanto membro de um coletivo.

Segundo José Carlos Arouca:

As primeiras associações teriam sido as corporações de Roma, criadas, segundo uns, por Numa Pompílio (736-671 a.C.), segundo outros, por Sêrvio Túlio, sem que representassem instrumentos de defesa dos interesses coletivos, pois foram pensadas para distribuir o povo conforme seus ofícios: músicos, carpinteiros, sapateiros, etc. A origem das corporações de ofícios em seus mais remotos antecedentes se perde na história e no tempo. Os colégios romanos distinguiram-se em públicos e privados, conforme sua atuação, mas sempre formados por trabalhadores autônomos, sem vinculação com um empregador. Foram dissolvidos no ano 64 a. C. (2016, p. 14)

Entretanto, existem autores que tecem críticas quanto à fixação desses marcos históricos e acreditam que só é possível falar em sindicalismo após a revolução industrial. Segundo Alfredo J. Ruprecht (1995, p. 60), trata-se de antiguidade, haja vista ser “muito difícil pretender achar nas uniões daqueles tempos, semelhanças com os sindicatos modernos”.

Sendo assim, podemos considerar o sindicalismo como fenômeno próprio da primeira Revolução Industrial, quando o surgimento de novos métodos de produção, consistentes no uso de maquinário em substituição ao trabalho braçal e repetitivo, possibilitou a ampliação da escala da produção dos bens. Portanto, ocorreu a substituição em larga escala do trabalho artesanal pelo maquinário, some-se a isso a migração do homem do campo para a cidade, e surge o momento histórico perfeito para nascimento do sindicalismo moderno.

Os sindicatos surgiram com a função precípua de garantir melhorias nas condições de trabalho, e por conseguinte na condição de vida dos trabalhadores. Essas melhorias são alcançadas através de negociações coletivas intermediadas ou provocadas pelos sindicatos.

No Brasil, o sindicalismo iniciou-se com a liga operária, surgida em 1879, porém, foi a Lei 19.770/31 que estabelecia a unicidade sindical

e outras regras que deu origem de fato ao movimento sindical brasileiro. Hoje temos mais de 15 mil sindicatos e estamos passando por um momento crítico e que com toda certeza marcará essa trajetória histórica, importante, portanto, entender a evolução do nosso direito sindical para compreender o que agora se debate.

Já na Primeira República, em um país que acabava de abandonar o modelo escravagista de produção, que possuía uma economia centrada na agricultura e um processo de industrialização que dava os primeiros passos, o movimento sindical era pálido e embrionário.

Porém, em 1903 foi editado o Decreto 979, que trazia em bojo o direito à organização para agricultores e trabalhadores da indústria rural, para defenderem os interesses de sua categoria. Para a fundação do sindicato, era necessária a existência de sete sócios, resguardou-se o direito de ingresso e de saída de cada membro do sindicato e destacava-se, entre suas atribuições, a função assistencial: criação de caixas para os sócios, cooperativas de crédito e facilitação do comércio da produção (NASCIMENTO, 2015, p. 101)

Em 1907, o Decreto 1.637 regulamentou a criação dos sindicatos urbanos, organizando a situação de trabalhadores de uma mesma categoria, bem como daqueles que desenvolviam atividades conexas, além disso tratou da sua forma de registro e estabeleceu quais seriam os campos de atuação da entidade, apontando o estudo, a defesa e o desenvolvimento dos interesses gerais da profissão e dos interesses individuais de seus membros como sua missão primordial. Previu ainda a criação de Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem para resolver conflitos surgidos entre empregados e empregadores.

No início da década de 1930, aconteceu um movimento de fortalecimento sindical, havendo a edição de vários decretos, entre eles o Decreto 19.770/1931, conhecido como Lei dos Sindicatos; o Decreto 21.7631/1932, que deu nome aos instrumentos de negociação coletiva atribuindo aos sindicatos legitimidade para negociá-los, e o Decreto 24.694/1934, que previu a unicidade sindical. Sobre esse período esclarece Amauri Mascaro Nascimento:

O Estado transformou-se. Tornou-se intervencionista a partir de 1930. Dessa fase permanecem, ainda, traços não afastados da CLT. A fase da estrutura legal interferiu na organização e na ação dos sindicatos. [...]

Seguindo essa linha, o Estado atribuiu aos sindicatos funções de colaboração com o Poder Público, publicizou a concepção dos sindicatos para que, sob o seu controle, não se atrasassem, em lutas, o capital e o trabalho. O governo criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (1930), atribuiu-lhe, como uma das funções, pôr em prática a política trabalhista e administrar a organização do proletariado como força de cooperação com o Estado, e passou a regulamentar, por meio de decretos, direitos específicos de algumas profissões. (NASCI-MENTO, 2015, p. 219)

Aqui cabe a apresentação da metáfora desenvolvida por Luciano Martinez, que brilhantemente compara a estrutura sindical a um filme:

O Decreto n. 19.770, de 19 de março de 1931, criou de modo artificial os protagonistas e o cenário de um filme que permanece em cartaz a partir de então, com insignificantes mudanças de roteiro. Aos personagens principais desse espetáculo (sindicatos) foram garantidas cadeira cativa (unicidade sindical) e suporte financeiro, independentemente dos resultados da bilheteria (contribuição sindical), ainda que nenhum espectador tivesse interesse por ele. Não é de se admirar, por isso, que a insistência do diretor (Estado) na manutenção das condições oferecidas para o referido espetáculo tenha produzido um imenso desinteresse da crítica especializada (trabalhadores e segmentos laborais) e do público (sociedade), e uma lamentável e viciosa estagnação dos atores nessa trama, que, verdadeiramente, perderam o elã de atuar. (MARTINEZ, 2013, p. 99)

A Constituição Republicana do Brasil de 1937 estabeleceu a organização corporativista dos sindicatos. Dentro do capítulo da ordem econômica, no artigo 140, há expressa previsão: “A economia da produção será organizada em entidades representativas das forças do trabalho e que, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de Poder Público”.

Além disso, criou o conselho da economia nacional que era composto por representantes indicados pelas associações profissionais e possuía, entre seus atributos, a edição de normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho. Veja-se:

Art. 57. O Conselho da Economia Nacional compõe-se de representantes dos vários ramos da produção nacional designados, dentre pessoas qualificadas pela sua competência especial, pelas associações profissionais ou sindicatos reconhecidos em

lei, garantida a igualdade de representação entre empregadores e empregados. [...]

Art. 61. São atribuições do Conselho da Economia Nacional:

- a) estabelecer normas relativas à assistência prestada pelas associações, sindicatos ou institutos;
- b) editar normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho entre os sindicatos da mesma categoria da produção ou entre associações representativas de duas ou mais categorias.

Em 1º de maio de 1943, ocorreu a publicação da Consolidação das Leis do Trabalho, porém, ela apenas reuniu a legislação esparsa já existente, trazendo para seu texto o que já era previsto no Decreto-lei n. 1.402, de 1939, sobre organização sindical, no Decreto-lei n. 2.381, de 1940, sobre enquadramento sindical e no Decreto-lei n. 2.377, de 1940, sobre contribuição sindical.

Com a constituinte de 1946 restabeleceu-se o direito de greve, que não havia sido previsto na carta de 1937 porém, não houve modificação na organização sindical ou qualquer mudança na ideologia corporativista reinante.

Até a Constituição de 1988, praticamente não houve mudanças na ordem legal estabelecida, ocorrendo pequenas alterações pontuais como a revogação da proibição das centrais sindicais e a Portaria 3.117/85, que dispunha sobre as eleições sindicais.

Assim, chegamos ao texto da CRFB 1988, que optou por continuar a sustentar o sindicalismo brasileiro sobre o tripé da unicidade sindical, representatividade compulsória e a contribuição sindical, sendo que todos esses pilares possuem previsão no artigo 8º do nosso texto magno:

Art. 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo, da representação sindical respectiva, **independentemente da contribuição prevista em lei.** (grifos nossos)

Mesmo com a manutenção desses pilares fundamentais, a Constituição de 1988 trouxe em seu bojo importantes inovações quanto ao direito sindical. Não podemos olvidar que o supracitado artigo 8º aponta em seu inciso I que a Lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, vedando ao poder público a interferência e intervenção na organização sindical.

Nesse cenário, sabendo que as normas constitucionais originárias não guardam relação de hierarquia entre si, pelo princípio da unicidade da constituição, devemos considerar o sistema sindical constitucional brasileiro em sua totalidade, observadas a técnicas de ponderação de bens como forma de interpretar a Constituição.

3 ESPÉCIES DE CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS E SUA NATUREZA JURÍDICA

As entidades sindicais, como meio de financiarem suas atividades, utilizam-se basicamente de quatro tipos de contribuições pagas pelos trabalhadores vinculados a estas, que são: contribuição sindical, contribuição confederativa, contribuição assistencial e mensalidades dos associados dos sindicatos, conhecida também como contribuição associativa.

A contribuição sindical, disciplinada no artigo 578 e seguintes da CLT e prevista no artigo 8º, IV, da Constituição Federal de 1988, trata-se de uma prestação pecuniária, descontada na folha de pagamento do trabalhador, de recolhimento anual, em favor do sistema sindical. Anteriormente à vigência da Lei 13.467/2017, seu recolhimento era obrigatório, o que lhe atribuía natureza tributária. Posterior à edição desta, sua natureza passou a ser facultativa, pois seu recolhimento agora necessita da autorização dos empregados, empregadores, avulsos e autônomos.

Outra forma de contribuição é a confederativa, prevista no inciso IV do artigo 8º da Constituição Federal de 1988. Assim como a contribuição sindical, a confederativa tem seu desconto em folha, entretanto apenas na de seus filiados (Súmula Vinculante 40). Ela é disciplinada pela assembleia geral.

Já a contribuição assistencial, também facultativa, é pactuada entre sindicatos patronais e profissionais nas negociações coletivas. Possui natureza negocial. Sua previsão está no artigo 513, e, da CLT.

A contribuição associativa tem caráter voluntário. É paga pelo associado ao sindicato em razão de sua filiação à agremiação. A contribuição é estipulada pelo estatuto ou pela assembleia geral, não possuindo, por essa razão, natureza tributária. Tem sua previsão no artigo 548, alínea “b”, da CLT.

Além dessas contribuições, as entidades sindicais possuem outras formas de financiarem suas atividades, como os bens e valores adquiridos e as rendas produzidas pelos sindicatos, as doações e legados e as multas e outras rendas eventuais, conforme disposto nas alíneas “c”, “d” e “e”, do artigo 548, da CLT.

Antes da vigência da reforma trabalhista, a contribuição sindical era de recolhimento obrigatório a todos os trabalhadores, sindicalizados ou não. Essa exigência universal decorria da natureza tributária atribuída àquela, enquadrando-a no conceito legal de tributo, nos termos do artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN), sendo tratada como receita pública pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Neste sentido:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – CONTROLE – ENTIDADES SINDICAIS – AUTONOMIA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. A atividade de controle do Tribunal de Contas da União sobre a atuação das entidades sindicais não representa violação à respectiva autonomia assegurada na Lei Maior. MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – FISCALIZAÇÃO – RESPONSÁVEIS – CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS – NATUREZA TRIBUTÁRIA – RECEITA PÚBLICA. **As contribuições sindicais compulsórias possuem natureza tributária, constituindo receita pública, estando os responsáveis sujeitos à competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União.** (STF – MS: 28465 DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 18/03/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe – 066 Divulg. 02-04-2014 Public 03-04-2014)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. **CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: NATUREZA JURÍDICA DE TRIBUTO. COMPULSORIEDADE. PRECEDENTES.** AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE 496.456-AgR, Relatora: Min. Carmem Lúcia, Primeira Turma, DJe 21.8.2009).

Além deste fato, por ter sua previsão em lei, o STF ainda levava em consideração o fato gerador desta contribuição, nos termos do artigo 4º do CTN. E tinha como fundamento uma contribuição de interesse das categorias econômicas e profissionais, conforme entendimento do disposto no artigo 149 da Constituição Federal, veja:

Posto isto, a contribuição sindical, instituída por lei, de caráter compulsório, segundo o STF possuía, antes da reforma trabalhista, natureza jurídica tributária.

3 AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.467/2017 À CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

A contribuição sindical, sem sombra de dúvidas, era a principal fonte de receita dos Sindicatos no Brasil. Tratava-se de um montante recolhido uma vez ao ano em favor dos sindicatos, ou do Sistema Sindical, nos meses e montantes determinados pela legislação trabalhista pré-reforma. Para os empregados, estes sofriam o desconto na folha de pagamento do mês de março à base do salário equivalente a um dia de trabalho.

Tal contribuição era tratada como parafiscal, razão pela qual atraía críticas quanto à agressão que propiciaria aos princípios da liberdade de associação, consagrados não somente na Constituição da República, como também na Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho, já amplamente citada.

A unicidade sindical e a contribuição sindical obrigatória são aspectos que divergem diretamente do princípio da liberdade sindical que guia o direito internacional do trabalho. O fim da obrigatoriedade da contribuição sindical alinha o Brasil um pouco mais com os parâmetros internacionais traçados pela Organização Internacional do Trabalho.

O professor e ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado, alertava, antes do advento da Lei 13.467/2017, o contexto peculiar que permeava a contribuição sindical obrigatória:

A contribuição sindical obrigatória é a mais controvertida, do ponto de vista político-ideológico, dessas receitas. Prevista na ordem jurídica desde a implantação do tradicional sistema sindical corporativista, há várias décadas, inicialmente sob a denominação de imposto sindical, foi, tempos depois, rebatizada com epíteto mais eufemístico, ainda hoje prevalecente. (2015, p. 1529)

Verifica-se, inobstante, que, até a Lei 13.467/2017, a contribuição sindical era de cunho obrigatório, descontada diretamente dos rendimentos do trabalhador, seja ele filiado ao sindicato ou não. Era a previsão do artigo 545 da CLT, antes da reforma trabalhista:

Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao Sindicato, quando por este notificados, salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades.

Tal artigo foi reformulado pela Lei 13.467/2017, e sua nova redação vincula o desconto da contribuição sindical à autorização expressa do empregado: “Art. 545 - Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados”.

Nota-se que a alteração legal é, propriamente, a extinção da **obrigatoriedade** da contribuição sindical. Não se trata, portanto, do fim da contribuição sindical, mas do fim de sua compulsoriedade, fato este que é costumeiramente ignorado quando se discute essa alteração legislativa.

O professor Platon Teixeira de Azevedo Neto faz preciosas considerações a respeito da necessidade de autorização do empregado:

No mais, a expressão “devidamente autorizados” deve ser interpretada como manifestação expressa dos empregados envolvidos, até porque somente tal entendimento pode estar em consonância com os demais dispositivos alterados (arts. 578, 579, 582 e 583 da “nova” CLT). (2017, p. 219)

Assim, entende-se que não é possível a aceitação tácita do desconto da contribuição sindical anual, pois a legislação requer a devida autorização para que isso aconteça. Por segurança jurídica ao empregado e ao sindicato, interessa que a autorização seja feita de forma escrita e formal.

Isso porque, caso o empregado seja cobrado indevidamente, poderá requerer a restituição dessa quantia judicialmente, como nos ensina Platon Neto:

Vislumbra-se, ainda, que muita discussão haverá quanto aos descontos que foram feitos pelos empregadores e que não forem expressamente autorizados, devendo ser determinada a restituição, se cobrada, pela Justiça do Trabalho. À semelhança do que vem ocorrendo com as contribuições confederativa e assistencial, possivelmente ocorrerão discussões sobre cobranças indevidas, sendo que caberá à Justiça Especializada dirimir os conflitos decorrentes dos descontos feitos indevidamente. (2017, p. 579)

O artigo 578 da CLT também foi modificado, mas apenas para corresponder ao anteriormente citado artigo 545, no sentido de que é obrigatória a concordância do empregado para que o empregador realize os respectivos descontos destinados ao sistema sindical.

Por muito tempo a contribuição sindical vigorou no Brasil como de natureza tributária e obrigatória, traços do autoritarismo característico do período em que a malfadada contribuição surgiu, além de refletir sua inspiração na Carta Del Lavoro italiana, a legislação trabalhista de Benito Mussolini.

No Brasil, contudo, já há algum tempo esse tema ganhava repercussão, sendo rediscutido no meio jurídico trabalhista. Sayonara Grillo destacou alguns efeitos dessa contribuição para o trabalhador:

O imposto sindical acabou por ser um fator de desestímulo à filiação sindical no país. Era compulsório para toda a categoria, mas apenas os filiados às entidades sindicais tinham acesso ao conjunto de serviços que o imposto pretendia financiar. Desta forma, o aumento do número de sindicalizados nas entidades sindicais implicaria na redução do acesso destes associados aos serviços assistenciais estruturados para atender um conjunto limitado de pessoas. (2008, p. 163)

O modo como a contribuição sindical era descontada na folha de pagamento do trabalhador, seja ele sindicalizado ou não, correspondia a uma violência contra a propriedade, além de violar princípios basilares da liberdade sindical. Em que pese os manifestos de discordância dos Sindicatos e de alguns operadores do Direito, a alteração foi recebida com bom ânimo

pelo trabalhador, ainda mais aqueles que não notavam um trabalho mais incisivo do Sindicato de sua categoria em seu favor.

Nesse sentido, pontua Arion Sayão Romita:

O imposto sindical é, realmente, típico do regime corporativo, só contemplado pelo direito positivo na Itália fascista e no Brasil, ainda hoje. O sindicato, como pessoa jurídica de direito público interno, tem o poder, que a lei lhe atribui, de impor contribuição obrigatória para todos os integrantes da categoria, pertençam ou não ao quadro de associados. Esse imposto sindical não se compadece com o regime de liberdade sindical: aqueles que preferem não aderir ao sindicato não podem ser compelidos a manter uma entidade, apenas porque esta representa toda a categoria profissional. (2002, p. 21)

O artigo 583 teve ligeira alteração, apenas para destacar que a devida autorização é requisito, também, para que a contribuição sindical seja cobrada dos empregados avulsos, trabalhadores avulsos, agentes, trabalhadores autônomos e profissionais liberais.

O artigo 602 foi modificado apenas para ressaltar que os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto da contribuição sindical e que tenham autorizado prévia e expressamente o recolhimento serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho.

Tal artigo reitera e ratifica o entendimento de que é necessária autorização **expressa** para que o desconto seja efetuado. Ou seja, só haverá sentido falar no mencionado desconto se o empregado tiver explicitamente autorizado.

5 AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E A RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Contribuição Sindical obrigatória é assunto que abre espaço para controvérsias e aguerridos debates, e o processo legislativo célere que culminou com a publicação da Lei 13.467/2017 foi bastante criticado pelos atores sociais, dentre estes, os Sindicatos. Não sem razão, foram ajuizadas dezenove Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) questionando o fim da contribuição sindical obrigatória.

A ADI nº 5794 foi a primeira, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos – CONTTMAF, tendo por objeto o artigo 1º da Lei 13.467/2017, o qual deu nova redação aos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), regulamentando a contribuição sindical.

O ente sindical sustentou, em apertada síntese, a inconstitucionalidade da norma impugnada em virtude de suposta violação dos artigos 146, II e III, 149 e 150, §6º, dentre outros, da Constituição da República. Protocolizada a primeira ADI junto ao STF, todas as posteriores (5806, 5810, 5811, 5813, 5815, 5850, 5859, 5865, 5885, 5887, 5888, 5892, 5900, 5912, 5913, 5923, 5945, 5950) foram distribuídas por prevenção e apensadas à ADI nº 5794, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin.

Foram suscitadas várias teses quanto à inconstitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória, dentre os quais podemos destacar:

A necessidade de edição de lei complementar para alterar a regra de recolhimento da contribuição sindical, haja vista que se instituiu uma regra geral de isenção ou não incidência de obrigação (a alteração promovida pela Lei 13.467/2017 teria possibilitado a definição da base de cálculo do tributo por decisão do próprio contribuinte) (ADI 5810);

Interferência no princípio da isonomia tributária, eis que a alteração legislativa teria dividido os contribuintes entre optantes e isentos, além de violar os princípios da representatividade e da unicidade sindical (ADI 5810);

A contribuição sindical tem natureza tributária e torna-se obrigatória a todos os trabalhadores da categoria, sindicalizados ou não, uma vez que o tributo, como tal, é uma obrigação compulsória. Nesse sentido, não seria possível estabelecer a contribuição sindical como voluntária, uma vez que a finalidade da contribuição sindical é defender os interesses coletivos ou individuais da categoria, e essa representação independe de autorização ou filiação (ADI 5811);

O artigo 150, parágrafo 6º, da Constituição Federal veda a concessão de subsídio ou isenção a não ser por lei específica que regule exclusivamente o tema;

Ofensa à Convenção 144 da Organização Internacional do Trabalho, segundo a qual mudanças na legislação de natureza social necessitam da ampla participação dos empregados e empregadores, o que não teria ocorrido em razão do célere processo legislativo que culminou na Reforma Trabalhista.

O relator do da ADI 5794, Ministro Edson Fachin votou pela total procedência dos pedidos das ADIs para julgar inconstitucionais as alterações realizadas na CLT que incluíram a expressões que garantem que a contribuição sindical só se dará mediante autorização do trabalhador.

Votaram no sentido dos argumentos expostos por Fachin também o ministro Dias Toffoli e a ministra Rosa Weber, sustentando que o fim da obrigatoriedade do tributo vai impedir os sindicatos de buscarem formas de organização mais eficazes para defender os direitos dos trabalhadores perante os interesses patronais.

Inaugurando a divergência, o ministro Luiz Fux, que pediu para antecipar seu voto por ausência na próxima sessão, pontuou que a reforma trabalhista não contempla normas gerais de Direito Tributário, então, e por óbvio, não reclama para esse tema uma exigência de lei complementar.

Para ele, não se pode admitir que a contribuição sindical seja imposta a todos os integrantes de todas as categorias, sendo que a Constituição Federal determina que ninguém é obrigado a filiar-se ou se manter-se filiado a nenhuma entidade sindical.

Destacou que a reforma trabalhista ampliou as formas de financiamento dos sindicatos, passando a prever, inclusive, o direito aos advogados sindicais à percepção de honorários sucumbenciais.

Votaram no mesmo sentido os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cármen Lúcia.

Ao contrário, entendeu-se que a contribuição compulsória não coadunava com a plena liberdade sindical prevista no artigo 8º e incisos da Constituição Federal, no sentido de que ninguém é obrigado a se filiar e se manter filiado a uma entidade sindical.

Aliás, como já ressaltado, a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) já previa que o país membro da OIT para o qual esta Convenção esteja em vigor “obriga-se a adotar todas as medidas necessárias e apropriadas para garantir aos trabalhadores e aos empregadores o livre exercício do direito de sindicalização” (art. 11).

Verifica-se que, não obstante a variedade de teses que foram arduas nas ações diretas de inconstitucionalidade que foram ajuizadas questionando o fim da contribuição sindical obrigatória, o STF trilhou o caminho

das normas internacionais e pôs fim ao imbróglio, deixando claro que o trabalhador deve manifestar expressamente sua anuência com o desconto da contribuição sindical, sob pena de nulidade.

6 PRIMEIRAS CONSEQUÊNCIAS DA LEI Nº 13.467/2017 AOS SINDICATOS

Deixando de lado as discussões de natureza ideológica, é necessário que os operadores do Direito lidem com a realidade que já se impôs no cenário pós Reforma Trabalhista: a contribuição sindical não é mais obrigatória ao trabalhador, sendo necessária a concordância expressa deste para que o referido desconto seja feito na folha de pagamento.

A principal consequência é a diminuição do número de sindicatos, pois ficarão apenas os que prestam bons serviços para a categoria. Além disso, com menos dinheiro, os Sindicatos se viram obrigados a cortar despesas para se manter, demitindo funcionários, vendendo bens e reformulando os serviços prestados aos associados, acostumando-se a operar com menos recursos em caixa.

Outro efeito nítido após a Lei 13.467/2017 é a volta dos sindicatos para ações de rua, seja com mobilizações dos trabalhadores ou no maior esforço direcionado a aumentar a quantidade de sindicalizados e, consequentemente, aumentando a arrecadação.

Alguns Sindicatos optaram pela aprovação, em assembleia extraordinária, de cobranças de taxas para os mais variados fins, como, por exemplo, a homologação de uma rescisão do contrato de trabalho. Desse modo, o Sindicato teria fonte de arrecadação a partir dos serviços efetivamente prestados aos associados ou ao trabalhador que o busque.

A Lei 5.584/70, que disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, prevê o seguinte: “**Art. 19.** Os diretores de Sindicatos que, sem comprovado motivo de ordem financeira, deixarem de dar cumprimento às disposições desta lei ficarão sujeitos à penalidade prevista no art. 553, alínea a da Consolidação das Leis do Trabalho.”

Por isso, com o fim da contribuição sindical obrigatória, é certo que a arrecadação de boa parte dos Sindicatos reduziu drasticamente, levan-

do-os a alegar que não têm condições financeiras de prestar assistência judiciária gratuita aos não sindicalizados. O fundamento é de que não existe mais a contribuição sindical compulsória, e o ente sindical não possui a receita suficiente para custear a assistência judiciária gratuita aos mais necessitados.

Nesse contexto, urge a necessidade de que os entes sindicais tomem uma postura completamente diferente perante os empregados da respectiva categoria profissional, tornando atrativo ao empregado que se sindicalize e, conseqüentemente, financie as atividades do Sindicato na defesa dos interesses da classe, de forma direta ou indireta.

Diz-se de forma indireta em razão das várias alternativas que podem ser adotadas pelos Sindicatos com o objetivo de garantir a manutenção dos mesmos. Muitos já fizeram a reformulação de sua estrutura e forma de financiamento, o que foi ressaltado após a decisão do STF que entendeu ser constitucional o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical.

7 O FUTURO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Tendo em vista a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, já mencionado no presente artigo, a extinção da contribuição sindical foi considerada constitucional, de forma que desde 11 de novembro de 2017, início da vigência da Lei, ela só poderá ser instituída em Assembleia da categoria profissional ou econômica, com a possibilidade de figurar em cláusula constante de acordo ou convenção coletiva de trabalho, mas, mesmo assim, ao que tudo indica, o desconto ainda só poderá ocorrer mediante concordância expressa do empregado ou da empresa.

Destarte, há a exigência de prévia e expressa autorização para a realização do desconto e repasse da contribuição sindical, compreendido como direito complexo ou genérico, integrado por um conjunto de direitos ou faculdades, sejam individuais ou coletivos.

8 CONCLUSÃO

Cristalino se torna que no sistema constitucional brasileiro um eventual abuso de poder por parte dos sindicatos quanto à sua forma de geração de receita, tentando manter a qualquer custo uma contribuição, legitimamente extinta, parece atender unicamente aos interesses dos próprios sindicatos.

Ao se falar em regulamentação de financiamento dos sindicatos no Brasil, a única regra de ordem prática era a que excluía dos trabalhadores a possibilidade de escolher se desejavam ou não contribuir com a sistemática de representação vigente.

Mais do que nunca os sindicatos devem exercer a representatividade e realizar um bom serviço para os seus associados, uma vez que agora somente serão feitos pagamentos voluntários. De toda sorte, diante desse novo cenário, um relacionamento cordial e de mútua cooperação entre sindicatos, patrões e empregados tornará a transição menos traumática e levará ao surgimento de uma nova realidade, através da qual todos saem ganhando.

Enquanto se aguarda a intenção legislativa de progresso nas relações trabalhistas e sociais, é importante primar pela legislação celetista que está posta, afastando insegurança jurídica das relações de trabalho do país.

REFERÊNCIAS

- AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. 5ª ed. São Paulo : LTr, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Senado Federal, 1891.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro, DF: Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo, 9 ago. 1943.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica Editorial, 2012.

LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Direito do trabalho e ideologia*. Trad. António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.

MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A contribuição sindical e sua natureza jurídica. *Revista TST*, v. 81, n. 2, Brasília, abr./jun. 2015, p. 88-106.

MARTINS, Sergio Pinto. *Manual de direito do trabalho*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. 7ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Direito sindical*. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2015.

NETO, Platon Teixeira. *Lei da reforma trabalhista comentada artigo por artigo*. Leme, SP: JH Mizuno, 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho: esquematizado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROMITA, Arion Sayão. *A matriz ideológica da CLT*. Brasília, 2002.

RUPRECHT, Alfredo J. *Relações coletivas de trabalho*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr. 2008.

**VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO NCPC:
O REGIME DOS ENUNCIADOS SUMULARES NO DIREITO
PROCESSUAL PÁTRIO À LUZ DA UNIFORMIZAÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA PELO COMMON LAW¹**

Vinícius Rios Bertuzzi²

RESUMO

O presente artigo analisou os métodos e critérios a serem utilizados na prestação jurisdicional baseados na doutrina jurisprudencial moldada pelo common law, na medida em que o julgador, ao extrair os reais motivos do precedente, deve aplicar a vertente fático-comparativa ao caso, afastando a mera subsunção sumular. Por fim, demonstraram-se as benesses importadas pelo Novo Estatuto Processual, garantindo um processo mais célere e previsível, não olvidando da maior segurança jurídica e do devido processo legal.

Palavras-chave: Precedentes. Enunciados sumulares. Common law. Civil law. NCPC.

ABSTRACT

This article analyzed the methods to be used in the jurisdictional provision based on jurisprudential doctrine molded by the common law, inasmuch as the judge in extracting the real motives from the precedent should apply the phact-comparative aspect to the case, moving away the mere subsumption. Finally, the benefits imported by the New Procedural Statute were demonstrated, guaranteeing a faster and more predictable process, not forgetting the greater legal certainty and due process of law.

Keywords: Precedents. Summarized statements. Common law. Civil law. NCPC.

¹ Trabalho apresentado à disciplina de conclusão de curso em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO), sob a orientação do Prof. Ms. José Carlos de Oliveira.

² Acadêmico de Direito pela PUC-GO e estagiário na 14ª Vara do Trabalho de Goiânia (TRT18).

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução Histórica do Direito Jurisprudencial. 2.1. O Sistema Romano-Germânico Francês e o Common Law. 2.2. O Código de Processo Civil de 1973. 3. Os Precedentes Brasileiros. 3.1. Enunciação de Entendimento Dominante. 3.2. Alteração de Jurisprudência. 4. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o escopo de examinar o processo de uniformização de entendimento dos órgãos colegiados brasileiros trazidos ao direito processual civil com a edição da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, tornando, ainda, mais evidente o fenômeno da constitucionalização do processo, em razão da promulgação da Carta Cidadã, em especial ao caráter normativo dos princípios constitucionais, como a máxima efetividade na prestação jurisdicional e a vedação à surpresa, buscando a garantia do *due process of law* e do *fair trial*; além do poder normativo conferido ao Poder Judiciário, no tocante à eficácia normativa atribuída à súmula vinculante, com a reforma instalada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Em linhas gerais, o procedimento imperioso de tornar a jurisprudência estável, íntegra e coerente a ser adotado pelos Tribunais, não apenas pelo Novo Código de Processo Civil, mas em consonância com os respectivos regimentos internos, chamados de lei material dos tribunais, encontram-se disciplinados nos artigos 926 a 928 do NCPC.

A pesquisa sobre a força normativa dos enunciados editados pelos órgãos de superposição irá se basear nos princípios expostos alhures, bem como na interpretação teleológica exercida pelos Tribunais com o fito de delimitar qual o real sentido e alcance de determinada lei, reproduzindo, através das súmulas, abstrata e genericamente, a tese de direito que se tornou constante ou repetitiva em julgamentos reiterados sobre determinada matéria.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO JURISPRUDENCIAL

2.1 O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO FRANCÊS E O COMMON LAW

Ante o constante diálogo entre as diversas sistemáticas normativas e judicantes, posto a atual aproximação do *civil law* brasileiro com o *common law* anglo-saxônico, torna-se imprescindível a análise britânica de precedentes voltada, conjuntamente, para a institucionalização da lei civil gaulesa, tendo em vista a eclosão da Revolução Francesa de 1789 e sua inegável influência nos ditames ocidentais contemporâneos.

Insta frisar, primeiramente, que o *civil law* e o *common law* são derivados de circunstâncias políticas e culturais completamente distintas que, nos dizeres de Ivo Dantas, em sua obra Novo Direito Constitucional Comparado (2010, p.145), destaca com primor “os grandes sistemas Civil law e Common law não são produtos de uma elaboração doutrinária nem teórica, mas sim, como afirma Andrea Cavanna, ‘dos caprichos da história’”.

Nessa esteira, destaca-se que, inspirado nos ideais revolucionários franceses de 1789, o *civil law*, no decorrer do século XVIII, objetivando a redução das desigualdades sociais, notadamente pela ordem econômica feudal e pelo absolutismo monárquico que pairava na França pré-revolucionária, desenvolveu um sistema codificado que, em tese, reduziria consideravelmente os privilégios aristocráticos e conteria os abusos de poder perpetrados por uma ordem jurisdicional vinculada e dependente do monarca à época, na medida que o escopo primário desta ruptura social e jurídica deu-se pela lei, genérica e abstrata, colocando todos em tablado similar.

Assim, em razão da desconfiança burguesa com os magistrados franceses, estes, diga-se de passagem, membros da aristocracia, a classe revolucionária liberal fez cair por terra a denominada “aristocracia das togas”, superpondo-a por uma ordem político-jurídica em que o Parlamento estaria no centro do poder, no qual os juízes diriam o Direito através da lei, isonômica e equânime, a todos os cidadãos, fenômeno conhecido como a “Supremacia do Parlamento”.

Em *La tradición jurídica romano-canônica*, escrito por John Henry Merryman (1989, p. 41-42), é digno de destaque:

O sentimento no período revolucionário era de que o direito deveria ser racional, claro e completo, de modo a não permitir qualquer interferência judicial no seu desenvolvimento. Desse modo, o ideal revolucionário impedia que os juízes interpretassem as normas elaboradas pelo Parlamento, sob pena de configurar grave e insuportável *déficit* democrático.

Em situação diametralmente oposta, o direito inglês fora construído primordialmente pelos usos e costumes, e o Poder Judiciário constituiu ferramenta importante para, ao contrário do contexto francês, assegurar a igualdade entre os cidadãos e frear os ímpetus arbitrários da monarquia posta.

Os magistrados ingleses eram detentores da confiança popular, na medida que foram fortalecedores dos ideais progressistas, cujo papel originário era julgar os casos conforme a similitude de questões passadas, mas, ainda, desempenharam função relevante na centralização do poder e na superação do modelo feudal.

O jurista René David, em sua obra *Os Grandes sistemas do direito contemporâneo* (2002, p. 355), destacou o ideal judicante inglês:

O jurista inglês – que subestima a continuidade dos direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes direitos – gosta de valorizar a continuidade histórica do seu direito; este lhe surge como sendo o produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução; orgulha-se desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova da grande sabedoria do *common law*, da sua faculdade de adaptação, do seu permanente valor, e de qualidade correspondentes nos juristas e no povo inglês.

Sendo assim, consolidou-se a doutrina do *stare decisis*, cuja peculiaridade consiste na vinculação dos precedentes, consagrada através do brocardo “*stare decisis et non quieta movere*” (mantenha-se a decisão e não moleste o que foi decidido), indicando a obrigação de o julgador subsequente aplicar aos casos semelhantes o mesmo entendimento formado no precedente judicial anterior, ainda que o intérprete do caso concreto considere a solução impertinente.

Embora a *House of Lords*, em 26 de julho de 1966, tenha reconhecido a possibilidade de os juízes superarem os precedentes consolidados quando julgarem adequado e justo, na prática, referido mecanismo não implicou grandes mudanças e, tampouco, enfraqueceu os precedentes norma-

tivos ingleses. Como bem destacou naquela oportunidade Neil MacCormick, em *Can stare decisis be abolished?* (1966, p. 11):

[...] inquestionavelmente, esta mudança removerá os piores defeitos da regra do *stare decisis*, na medida em que regras incompatíveis ou injustas poderão ser reconsideradas. Mas não se trata, de modo algum, de uma reforma fundamental: é o velho sistema, com o que tinha de pior, retirado.

Observa-se, portanto, que grandes nações, cujo protagonismo histórico é inegável, devido aos diferentes fatores sociais, econômicos e culturais, moldaram ordenamentos jurídicos distintos, porém, ambas, buscando critérios equânimes de justiça e, de certo modo, a segurança jurídica, tendo em vista que os anglo-saxões se pautam em critérios uniformes jurisprudenciais, e os franceses possuem o valor da segurança e previsibilidade de um julgamento com a paridade de armas e isonomia da lei civil.

Feitas as devidas considerações históricas, é forçoso constatar que o ordenamento jurídico brasileiro, com certa frequência, ante a produção legiferante dos últimos anos, busca mesclar ambos os sistemas, na medida que a fonte primária não deixa de ser a lei, mas a valorização e normatização dos precedentes tornou-se hodierna na prática forense.

2.2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

A moderna e ampla vinculação dos precedentes prevista no Novo Código de Processo Civil que será esmiuçada mais adiante, em suma, fora deveras um extenso aperfeiçoamento do mecanismo de uniformização da jurisprudência insculpido pelo antigo Código de Processo Civil de 1973, cuja previsão se deu de forma tímida.

O antigo estatuto processual dispunha, no Título IX (Do Processo nos Tribunais), Capítulo I (Da Uniformização da Jurisprudência), precisamente em seu artigo 479, *caput*, “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. Já no Capítulo VII (Da Ordem dos Processos no Tribunal), destaca-se a previsão disposta no artigo 557, *caput*, “O relator negará seguimento ao recurso manifestamente

inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Nessa perspectiva, o escólio de Patrícia Perrone Campos Mello, em Novo Código de Processo Civil (2015, p. 920), traz à baila a real eficácia dos precedentes e verbetes sumulares produzidos na vigência do Código de Processo Civil de 1973, merecendo alento:

[...] pode-se afirmar que, na vigência do CPC/1973, as decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau e pelos tribunais produziam eficácia meramente persuasiva. Os entendimentos firmados nestas decisões obrigavam apenas as partes do processo e não determinavam como seriam julgados casos futuros, embora pudessem contribuir argumentativamente para a defesa da aplicação de solução semelhante em demandas análogas. No outro polo, as súmulas vinculantes e os acórdãos proferidos em controle concentrado eram dotados de eficácia normativa. De acordo com determinação constitucional expressa, as decisões que os desrespeitassem seriam cassadas, de forma imediata, por meio de reclamação. Não seria preciso, portanto, aguardar a sua correção pela via recursal tradicional, sujeita a delongas e incertezas.

Acerca do tema, Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso redigiram brilhante artigo denominado Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro, concluindo que “Portanto, à luz do CPC/1973, os precedentes dotados de efeitos normativos fortes eram raros”.

Desse modo, em que pese o intuito uniformizador jurisprudencial, cujo precursor fora o Código de 1973, o instituto não foi utilizado conforme esperado pelo legislador federal, em que muito se vê, corriqueiramente, a colação de inúmeras jurisprudências nos julgados para “embasar” a decisão proferida, consubstanciando, assim, a mera “ementatização” e não o estudo das particularidades e similitudes de cada caso concreto para se decidir de maneira uniforme.

Em análise abrangente à jurisprudência brasileira e sua codificação, observações históricas apontam para a valorização dos precedentes por meio de normas infraconstitucionais que gradativamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973, caracterizando-se como fase transitória

entre o avanço do controle concentrado de constitucionalidade e, agora em vigor, um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas que compõem a Lei nº 13.105/2015.

3. OS PRECEDENTES BRASILEIROS

3.1 ENUNCIÇÃO DE ENTENDIMENTO DOMINANTE

O ordenamento jurídico brasileiro foi moldado em um sistema codificado (*civil law*), no qual a principal fonte do Direito é a lei. Neste sistema, atende-se ao pensamento geral e abstrato, cujo embasamento se sustenta em premissas normativas que, conseqüentemente, permitem aferir conclusões lógicas, tendo em vista a adequação dos fatos ao enquadramento hipotético típico da norma.

Entretanto, referido modelo positivista tem se aproximado cada vez mais do sistema jurisprudencial anglo-saxônico (*common law*), nitidamente judicialista, cujo suporte decisório pauta-se na prolação de decisões já proferidas em situações similares, desde que o caso em questão passe por um filtro de verossimilhança com o que fora decidido, o denominado *judge made law*.

Já de antemão, faz-se mister destacar que as alterações introduzidas pelo novel *Codex* buscam reproduzir, por exemplo, a tese que serviu de fundamento ao entendimento dominante no Tribunal acerca de determinada situação jurídica, de maneira que não é o precedente em sua inteireza e complexidade que o enunciado reproduz, mas apenas a *ratio decidendi* (razão de decidir) em que as decisões se fundaram. No tocante aos argumentos colaterais que esclarecem e ilustram o raciocínio do julgador, esses não se inserem na causa decisória, não merecendo tratamento de fundamento jurídico, configurando apenas *obiter dictum* (dito para morrer) que, na obra de Edward D. Re. em *Stares Decisis* traduzido por Ellen Gracie (1994, p. 287), “Um *dictum* é apenas uma observação ou opinião e, como tal, goza tão-somente de força persuasiva”.

O ilustre doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 795) destaca:

Se a jurisprudência sempre foi influente no campo da interpretação do direito positivo, seu papel assume proporções muito maiores diante dos ordenamentos jurídicos materiais de nossos dias. É que a lei, de tempos a esta parte, tem se ocupado em escala sempre crescente de incorporar princípios éticos em suas normas, aproximando em grande volume regras jurídicas de preceitos e valores morais. Com isso, tonaram-se bastante frequentes enunciados legais que contêm cláusulas gerais e que positivam normas principiológicas.

Acerca do diálogo institucional entre o regime positivo e consuetudinário instituído pela novel lei, assevera, ainda, fazendo menção ao artigo Precedente judicial como fonte de direito, escrito por José Rogério Cruz Tucci (2004, p. 12):

Embora o regime de direito jurisprudencial em construção entre nós não seja o mesmo do *common law*, por razões intrínsecas da própria diversidade histórica dos dois sistemas de estabelecimento da ordem jurídica positiva, não há como negar a preocupação dos países do *civil law* de se aproximarem, na medida do possível, da técnica e experiência dos anglo-saxônicos no que toca aos precedentes. E na matéria é de se ter em conta que, na tradição do *common law*, “todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: *a*) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e *b*) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”. Não obstante de maneira diferente, esses dois elementos figuram também no sistema de precedentes sumulados programado pelo Novo Código brasileiro [...].

A correta compreensão da referida jurisdição mista dá-se, necessariamente, pelo entendimento de conceitos básicos da doutrina do *stare decisis* para, em seguida, se analisar o método de aferição a ser utilizado pelo julgador em conjunto com as partes, conforme dispõe o artigo 10, do Novo Código de Processo Civil, qual seja “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Assim, considerando o princípio da inércia, as partes levam ao Poder Judiciário a pretensão ao direito e sua resistência, legítimas ou não, instaurando a lide. O processo é instruído, os litigantes inquiridos, produzem-se

provas e o juiz julga. A manifestação estatal ao conflito fundamenta-se no direito vigente à época, e o ato decisório expõe os motivos pelos quais as partes deverão observar no trato da relação jurídica, sob pena de imposição forçada. Nesta prestação jurisdicional, nasce o precedente que vincula as partes do processo, faz coisa julgada e pode servir de paradigma para decisões futuras.

Ocorre que nem tudo que está posto no comando decisório é precedente, e aqui se encontra a *ratio decidendi*, que nada mais é do que os reais motivos do pronunciamento estatal vinculante ao caso concreto que, após certo lapso temporal previsto em lei, será acobertado pelo manto da *res judicata*. Já os argumentos persuasivos que auxiliam a corroborar a tese dominante adotada, mas que ao serem retirados da decisão nada influem, alcançando status de verdadeira irrelevância, por óbvio, não obrigam os litigantes e tampouco servirão de paradigma para decisões futuras, os chamados *obiter dictum*.

Ante as peculiaridades de cada regime e até o suposto caminho inverso estatuído pelo Novo Código de Processo Civil, na medida que o sistema inglês volve ao passado para definir o presente, o ordenamento brasileiro busca decisões pró-futuro, onde os enunciados dominantes irão estabelecer como as relações jurídicas doravante hão de ser. Todavia, o método de compreensão e prolação é o mesmo, qual seja, a análise fático-comparativa na aplicação do precedente judicial.

Em recente estudo intitulado de Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o Novo Código de Processo Civil, Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 65) sustenta:

É nessa perspectiva que o NCPC brasileiro procura, de certa forma, aproximar-se da técnica anglo-americana de reconhecer força normativa maior aos precedentes dos tribunais. Nosso critério, todavia, não é o de voltar ao passado para investigar a existência de algum caso decidido que seja igual ao novo. O que o novo Código programou foi, principalmente, a ampliação da possibilidade de julgamentos por amostragem, destinados não apenas a repetir decisões do passado, mas a formular no julgamento de caso atual tese de direito que sirva de base para julgamentos futuros. Ao contrário do que se passa sob o regime do *common law* em que o passado molda o presente, a tônica de nosso regime é a de estatuir na presente norma capaz de pré-ordenar o futuro.

Ao final, conclui:

O sistema inspira-se nas tradições do *common law*, mas não se limita a uma simples versão do instituto anglo-saxônico. Respeita as peculiaridades da construção histórica de nosso ordenamento jurídico, dos movimentos doutrinários, bem como da experiência que, em torno da matéria, a lei e os tribunais têm vivido entre nós. Para que o avanço programado possa se dar com segurança e adequação, o novo Código reformula, com rigor, a técnica e as exigências de formulação dos acórdãos dos tribunais, compatibilizando-as com a prática da função de atuar como fonte de direito. É da boa compreensão desse papel institucional, assim como da fiel observância dos preceitos que a regem, que depende o êxito dessa inovadora e relevantíssima programação normativa processual.

Como já exposto alhures, a doutrina do *civil law* é marcada pela abstração e generalidade normativa, onde os fatos são narrados para que se amoldem ao comando legal, pouco importando certos detalhes que diferenciam uma relação jurídica de outra, haja vista o método utilizado ser o lógico-subsumtivo. Em casos práticos, ocorre da seguinte forma: o primeiro passo é narrar os fatos. Segundo, pergunta-se: a legislação faz previsão do direito pleiteado de acordo como os fatos estão postos? Terceiro, as alegações do resistente não devem prosperar, tendo em vista o conjunto probatório e o ônus probante. E por fim, em caso afirmativo à retro pergunta, *voilà!*, Tem-se o direito.

Noutra senda, não é o que se passa, ao menos em tese, com a aplicação dos precedentes e até mesmo quando estes já foram promovidos a verbetes sumulares. Erro hodierno cometido pelos operadores do direito é a utilização dos enunciados sumulares aos incontáveis casos *sub judice* através da mera subsunção destas súmulas aos fatos como se lei fossem. São inegáveis os efeitos das súmulas vinculantes, entretanto, equívoco elementar daqueles que colocam em mesmo patamar a lei e a súmula, pois, caso idênticas fossem, não teriam denominações distintas.

Para formação e aplicação tanto dos precedentes quanto dos enunciados sumulares às situações futuras, deve-se utilizar a análise fático-comparativa. Logo, no que concerne ao precedente, para que haja provimento decisório similar entre paradigma e paragonado, as relações fatídicas devem, imprescindivelmente, ser contextualizadas e estar enquadradas no

mesmo bloco fático. No tocante às súmulas, estas refletem determinada relação jurídica que se repetiu constantemente nos órgãos judicantes e, por segurança jurídica, celeridade e economia processual, reduziu-se a *ratio decidendi* a um simples enunciado. Ocorre que, por maior que seja a simplificação dos motivos que determinaram decisões similares, o verbete jamais pode ser dissociado do contexto em que fora editado, sob pena de perder seu real sentido e afetar outra realidade jurídica que não fora levada a debate.

Os enunciados de súmulas, tanto as vinculantes quanto as demais, em qualquer grau de jurisdição, devem ser contextualizados, bem como os atores processuais, sempre que necessário, trazer à baila o real motivo de sua edição, haja vista que a lógica-subsumtiva aplica-se unicamente à legislação, em regra, de competência parlamentar. Frisa-se, pacificar e unificar jurisprudência é ato díspar da edição normativa.

Em brilhante estudo intitulado *Breves Considerações sobre a Aplicação do Precedente Judicial no Direito Brasileiro*, de autoria do professor e Juiz de Direito Guilherme Sarri Carreira (2017, p. 358-359), este leciona:

A utilização do precedente judicial no *common law* decorre de uma análise fático-comparativa entre o caso em julgamento e o precedente, ou seja, o juiz do caso sucessivo analisa se existe uma proximidade fática entre os casos e, em caso positivo, faz-se uso do precedente. Em outras palavras, é feita uma comparação fática entre o caso atual e o precedente, ou seja, existe uma contextualização.

Passando à *terrae brasilis*, pondera:

[...] a utilização do precedente é feita, na maioria das vezes, sem esta comparação fática, valendo-se o aplicador somente dos enunciados normativos (prescrições literais). Assim, não se sabe se o precedente utilizado se refere a um caso fático parecido com o caso ora analisado. O método de aplicação é simples: se aquele enunciado se ‘encaixa’ ao caso, utiliza-se. Caso contrário, ignora-se. Em outras palavras, trata-se de utilização do método lógico-subsumtivo, comumente utilizado na aplicação do texto legal.

De acordo com a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, espousada em *Precedentes e evolução do direito* (2012, p. 57), há dois critérios para se identificar a similitude do caso em julgamento e o precedente judicial: i) vinculação por identidade absoluta; e ii) vinculação por identidade essencial.

No primeiro caso, ocorre uma identidade completa entre as questões fáticas e as jurídicas *stricto sensu*. Aqui vale a observação no sentido de que o quadro-fático subjacente não é necessariamente idêntico, pois, se fosse, estar-se-ia diante do fenômeno da litispendência ou coisa julgada. Na verdade, o que interessa são somente os fatos relevantes pelo direito para a incidência ou não da consequência sobre a qual se discute, e não necessariamente todo o quadro fático. Logo, somente os traços essenciais é que são fundamentais para esta vinculação.

Em *Breves Considerações sobre a aplicação do precedente judicial no direito brasileiro*, cite-se como exemplo, o consumidor “A” ingresse em juízo com o objetivo de excluir de seu contrato de alienação fiduciária de 60 meses, no qual adquiriu o veículo “B”, celebrado com o Banco “X”, a cláusula referente à cobrança de tarifa de emissão de carnê (TEC), alegando se tratar de cláusula abusiva. Imaginemos agora que o consumidor “C” também ingresse em juízo com o objetivo de excluir de seu contrato de alienação fiduciária, feito em 48 meses, no qual adquiriu o veículo “D”, a mesma cláusula, mas seu contrato foi celebrado com o Banco “Y”. Em ambos os casos se está diante da mesma situação fática, sendo um típico caso de vinculação por identidade absoluta, sendo irrelevante a pessoa do contratante, do contratado, o veículo adquirido e tempo estipulado no contrato.

Dada a complexidade da identificação por identidade essencial, destacam-se os ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier na obra supramencionada, *in verbis*:

Para ilustrar a dificuldade de se fixarem os fatos que seriam realmente relevantes para um precedente, nos casos em que a vinculação se dá por identidade essencial, é oportuno o exemplo *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 532. Os fatos subjacentes a esta decisão eram os seguintes: uma viúva estava com uma amiga em um café, na Escócia, e esta amiga lhe comprou um *iced drink*, que lhe foi entregue pelo proprietário. Este colocou o sorvete em um copo e derramou, sobre o sorvete, o conteúdo de uma garrafa opaca de *ginger beer*. Um pouco depois disso, esta viúva despejou sobre o sorvete o que sobrava da garrafa e então viu que lá havia restos de uma cobra em decomposição. Ela levou um choque e, em seguida, teve gastroenterite. Em virtude disso, processou a *Stevenson & CO*. Argumentou-se que não havia contrato entre eles e a tal viúva (*Mrs. Donoghue*) e que eles não seriam responsáveis em relação a ela, por nenhum defeito no produto. Entretanto, a *House*

of Lords considerou que a empresa deveria, sim, responder, porque teria um *duty to take a reasonable care* na preparação e no engarrafamento da bebida. O que ficou deste caso: um fabricante de bens tem o dever de tomar precauções para não causar danos (= *duty of care*) em relação ao consumidor último. Então, veja-se, o fato de tratar de fabricação de bebidas, o de se tratar de garrafas opacas, de a bebida ter sido consumida em um café, todos foram desconsiderados como fatos essenciais integrantes da decisão. Ou seja, houvessem sido outros, teria sido a mesma decisão. [...] Este precedente foi aplicado a um caso em que o autor pleiteava indenização em consequência da queda de um elevador. O proprietário do prédio tinha contratado uma empresa de engenheiros para consertar este elevador e a queda ocorreu porque o conserto foi mal feito. A regra geral do caso *Donoghue* foi aplicada a este caso (*Haseldine v. Daw*) embora pudesse ter havido *distinguishing*, já que os réus não eram fabricantes, mas simplesmente consertaram o elevador.

A Lei 13.105 de 2015 trouxe diversos mecanismos fortalecedores da jurisprudência, mas, por igual, preocupou-se em assegurar os preceitos constitucionais do processo, respeitando, sem exceções, o devido processo legal. A Constituição Federal dispõe em seu artigo 93, inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

O Novo Código de Processo Civil, atento à nova vertente instalada e aos institutos jurídicos importados pelo legislador federal, previu expressamente no artigo 489, § 1º, incisos V e VI, *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Observa-se, pois, a intenção do legislador em readequar a maneira como os precedentes e súmulas são aplicados no ordenamento jurídico

brasileiro, ressaltando que, sob pena de nulidade do julgado, o *decisum* deve expor os reais motivos da tese dominante (*ratio decidendi*), não se limitando à mera transcrição do que fora invocado, tampouco à descontextualização do verbete ou precedente. Portanto, tem-se a positivação do método fático-comparativo. Já em casos que apresentem contextos distintos, o afastamento do entendimento pacificado deverá cingir-se pela técnica do *distinguishing* ou pela superação do mesmo (*overruling*), cujas explicações estão mais adiante.

Em livro destinado especialmente à matéria em debate, intitulado *Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Jurídicas*, os artigos 926 e 927, do NCPC, tratam do novo regime de maneira abrangente, *in verbis*:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1o Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, **os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.**

§ 2o Ao editar enunciados de súmula, os tribunais **devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.**

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1o Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo. (grifou-se)

Desta feita, aferem-se procedimentos imperiosos a serem observados pelos juízes e tribunais objetivando maior segurança jurídica e previsibilidade nos julgamentos, em atenção ao devido processo legal e à ampla defesa, de forma que, doutro lado, a jurisprudência pode ser modificada ou afastada, em igualdade de condições e corretamente fundamentada.

3.2 ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Há quem sustente posicionamento mais garantista, pautando-se na possível ofensa ao contraditório em detrimento a um entendimento consolidado, até mesmo um suposto engessamento normativo, relegando ainda mais os pensamentos de vanguarda, ou usurpação da competência do poder legislativo para elaborar normas e a conseqüente desarmonia entre os poderes da república, interferindo indiretamente no sistema dos *checks and balances*.

O sistema de precedentes brasileiro trouxe mecanismos de uniformização jurisprudencial, entretanto inovou, também, em institutos de quebra de paradigma e alteração de jurisprudência dominante.

A súmula não traduz inteiramente o precedente em que se instala e, tampouco, faz coisa julgada quanto aos seus elementos formadores de convicção (*obter dictum*), conforme aduz o artigo 504, do Novo Código de Processo Civil, “Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. Os enunciados sumulares exprimem o entendimento reiterado que tem prevalecido na interpretação e aplicação pretoriana da norma, assegurando a duração razoável do processo, princípio da vedação à surpresa, a segurança jurídica e a boa-fé processual.

Na medida em que os precedentes se consolidam, convolvam-se em jurisprudência e os tribunais editam súmulas a respeito, vinculantes ou não. É temerário sustentar que o direito brasileiro passará por um processo de engessamento tal qual os precedentes do *common law*, pois o sistema ora adotado possui mecanismos de superação daqueles, assegurando amplo debate sobre a matéria.

É nesse sentido que o Novo Estatuto Processual faz previsão ao artigo 927, §§ 2º, 3º e 4º, *in verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 2o **A alteração de tese jurídica** adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos **poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.**

§ 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, **pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.**

§ 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos **observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.** (grifou-se)

Dentre os mecanismos, destacam-se, o *distinguishing*, fazendo necessário confrontar em que medida o caso em comento se assemelha ou não ao caso invocado pelo precedente, sendo que a aplicação da tese genérica e abstrata não é automática, devendo ser interpretada à realidade dos fatos. E, concluindo-se pela superação do precedente, aplica-se o *overruling*, formulando, assim, nova tese ou tese de exceção.

Voltado ao estudo do Direito Jurisprudencial, o advogado Délio Mota de Oliveira Júnior redigiu estudo sobre A Influência de Técnicas do Common Law na Teoria Brasileira dos Precedentes Judiciais (2016, p. 335-336), cuja explanação merece alento:

A diferenciação dos elementos fáticos do precedente e do caso concreto ocorre mediante a técnica do *distinguishing*. Trata-se da técnica de confronto e diferenciação entre os fatos relevantes de dois casos, de modo a garantir que cada processo receba a solução adequada, sem que a tese jurídica do precedente judicial seja aplicada de forma automática e em dissintonia com as circunstâncias fáticas. [...] Para a utilização da técnica do *distinguishing* é necessário, como antecedente lógico, que o aplicador identifique a *ratio decidendi* do precedente judicial, na medida em que é preciso apurar quais os fatos que foram tomados em consideração para a fixação da tese jurídica. Somente a partir da identificação desses fatos fundamentais e relevantes para a formação da *ratio decidendi* que se poderá verificar se tais circunstâncias fáticas também se repetem no caso concreto. A utilização da técnica do *distinguishing* exige prudência e critérios, posto que não pode significar válvula de

escape para que os juízes deixem de seguir o precedente obrigatório, sob a alegação de que há circunstâncias fáticas distintas entre os casos. O juiz deve se ater aos fatos fundamentais para a formação da tese jurídica, pouco importando se há fatos imateriais distintos.

No que concerne à técnica de superação, Délio Mota de Oliveira Júnior continua:

A adoção da teoria do stare decisis não pode implicar no engessamento do direito. A alteração do contexto social, econômico, político ou jurídico pode acarretar a necessidade de mudança do entendimento anteriormente fixado no precedente judicial, sob pena de serem cometidas injustiças. A teoria do stare decisis visa garantir a segurança para as relações sociais; contudo, não se pretende um direito estático, avesso às mudanças sociais, econômicas, políticas e jurídicas. O direito deve evoluir se adequando às realidades sociais. Na tradição do common law, a técnica da superação do precedente judicial (*overruling*) garante dinamismo na aplicação do direito jurisprudencial, de modo a alinhá-lo às alterações das concepções da sociedade.

Em Superação do precedente e segurança jurídica, Ravi Peixoto (2015, p. 197) salienta:

A possibilidade de superação do precedente, ao contrário do que possa parecer, garante racionalidade ao *stare decisis*, deixando de enfraquecer a teoria da vinculação obrigatória dos precedentes judiciais, na medida em que possibilita a evolução do direito, caso utilizada com o devido cuidado.

Constata-se que a alteração de entendimento dominante, o cancelamento de súmulas ou até o surgimento de novas para que o ordenamento jurídico como um todo caminhe em sintonia com os anseios sociais e os demais fatores que o influenciam neste meio passam por análise principiológica de proporcionalidade e sopesamento de direitos tal qual insculpido pela hermenêutica constitucional, bem como o sentido sociológico dado à Carta da República por Ferdinand Lassalle, tendo em vista que a norma que não atinge os escopos sociais é mera folha de papel.

Por oportuno, não se pode olvidar do disposto no art. 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

4. CONCLUSÃO

A correta aplicação do Direito Jurisprudencial é de extrema relevância para garantir a efetividade dos princípios constitucionais do processo, de maneira que a contribuição normativa jurisprudencial visa harmonizar através de seus enunciados as exegeses das leis de acordo com as vicissitudes dos quadros fáticos sobre as quais têm de incidir.

Apesar de a fonte positiva continuar sendo o principal arcabouço normativo, a uniformização da jurisprudência irá aprimorar a própria aplicação da lei, assegurando de maneira jamais vista em nosso país os princípios da segurança jurídica, da proteção, da confiança, da isonomia, da duração razoável do processo e da celeridade processual na solução do litígio, haja vista que a firmeza dos precedentes jurisprudenciais permite às partes antever o destino certo da causa em um cenário de previsibilidade e, por conseguinte, a redução do número de demandas que abarrotam o Judiciário, fato este que torna nosso sistema cada vez mais moroso.

As benesses da uniformização da jurisprudência são inegáveis, em virtude da segurança jurídica que os enunciados sumulares guardam, ante a redução das surpresas no curso processual e a notória valorização do princípio da boa-fé processual no que concerne, por exemplo, à redução de pretensões descabidas que movimentam a máquina do poder judiciário, congestionando outros processos que, de fato, necessitam de uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

Por conseguinte, o presente trabalho, versando sobre o regime dos enunciados sumulares no direito processual pátrio à luz da uniformização da jurisprudência pelo *common law*, funda-se no avanço do direito brasileiro ante as ferramentas propiciadas pela nova lei, afastando-se do conservadorismo jurisprudencial anglo-americano, fazendo com que o poder judiciário determine os parâmetros interpretativos das normas em detrimento da inércia das casas legislativas e, como em diversos casos, da impossibilidade de os jurisdicionados exercerem seus direitos em consonância com os parâmetros constitucionais, em razão de atecnias legiferantes.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Coordenação de Edições Técnicas, 2016.
- BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.
- BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARREIRA, Guilherme Sarri. Breves considerações sobre a aplicação do precedente judicial no direito brasileiro. *Revista de Processo*, 2017.
- DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*, v. III. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- JÚNIOR, Humberto T. Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o novo Código de Processo Civil. *R. TRF1*, v. 28, 2016.
- MELLO, Patrícia P. C.; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Brasília: *Revista da AGU*, 2016.
- MELLO, Patrícia Perrone C. *Novo Código de Processo Civil*. Brasília, 2015.
- MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canônica*. Trad. Carlos Sierra. 2ª ed. México: FCE, 1989.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Délio M. de. A influência de técnicas do “common law” na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *Revista de processo*, 2017.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- RE, Edward D. Stare Decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 122, mai./jul. 1994.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito: Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

**A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 927 DO CPC/2015
E A EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES
JUDICIAIS BRASILEIROS¹**

Leonora de Luiz Lopes²

RESUMO

A pesquisa objetiva analisar a suposta inconstitucionalidade do art. 927, do Código de Processo Civil (CPC). Constatou-se que o instituto dos precedentes no CPC/2015 está cercado de divergências e resistência por parte da sociedade jurídica. Ao final, foi possível concluir que, ao elencar um rol de precedentes obrigatórios a ser seguido pelos órgãos jurisdicionais, além das hipóteses previstas na Constituição Federal, o art. 927 do CPC/2015 não está dotado de inconstitucionalidade em nenhum dos seus incisos, e todas as previsões do referido dispositivo são vinculantes.

Palavras-chave: Precedentes. Constitucionalidade. Eficácia. Vinculante.

ABSTRACT

The Survey presents a study on the Brazilian Precedents System and aims to analyze the alleged unconstitutionality of article 927 of the Code of Civil Procedure. It was found that the institute of precedents is surrounded by disagreements and resistance by the legal society. In the end, it was possible to conclude that, by listing the mandatory precedents to be followed by the courts, in addition to the hypotheses provided in the Federal Constitution, article 927 of CCP/2015 is not unconstitutional in any of its clauses and that all its forecasts are binding.

Keywords: Mandatory. Will observe. Legal. Certainty.

¹ Trabalho apresentado à Pontifícia Universidade Católica de Goiás, sob a orientação da Prof. Carolina Chaves Soares.

² Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Estágios profissionais realizados no Ministério Público Federal em Goiás (iniciado em 30/01/2017); na Defensoria Pública da União em Goiás (07/01/2016-29/01/2017); no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (08/09/2015 a 28/12/2015).

Sumário: 1. Introdução. 2. A força dos precedentes. 2.1. Civil law brasileiro buscando o common law. 2.2. Princípios do sistema brasileiro de precedentes. 2.3. Dever de uniformização da jurisprudência. 3. Aplicabilidade do sistema brasileiro de precedentes. 3.1. (In) constitucionalidade do Artigo 927 do CPC/2015. 3.2 Eficácia vinculante do artigo 927 do CPC/2015. 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil, publicado em 2015 e vigente desde 18 de março de 2016, trouxe inovações, supressões e atualizações profundas no direito brasileiro, pois o legislador buscou suprir todas as deficiências do antigo código e criar um sistema processual contemporâneo.

O instituto dos Precedentes representou uma dessas inovações, tendo sido objeto de amplas discussões no meio jurídico. A pesquisa apresentará estudo sobre este Sistema de Precedentes Brasileiros, com objetivo de analisar a suposta inconstitucionalidade do dispositivo legal que o instituiu.

2 A FORÇA DOS PRECEDENTES

2.1 CIVIL LAW BRASILEIRO BUSCANDO O COMMON LAW

O que se percebe nos últimos tempos é a tendência de trocas entre estes dois sistemas: o *common law* bebendo da fonte da segurança jurídica do *civil law*; e o *civil law* buscando institutos do *common law* para uma melhor aplicação das normas positivadas. Com a evolução do direito, verificou-se que a adoção integral e cega de um único modelo jurídico não funcionaria para a eficaz solução das lides que chegam ao Poder Judiciário.

O direito brasileiro buscou influências do *common law* na elaboração do Código de Processo Civil de 2015, principalmente quanto à adoção de um sistema de precedentes, previsto no art. 927, e à sistematização das jurisprudências dos tribunais no art. 926.

Neste sentido, Alexandre Flexa e Daniel Macedo e Fabrício Bastos³ enunciam:

[...] o nosso sistema de formação e aplicação dos precedentes não gerou a adoção de todo o sistema decorrente da *common law*. O nosso sistema aplica a teoria dos precedentes com as devidas adaptações às particularidades e características do *civil law*.

A principal dessas adaptações está justamente na formação do precedente brasileiro e do precedente na tradição do *common law*. No direito anglo-saxão, uma decisão judicial passa a ser precedente quando concretamente serve como razão de decidir de outro julgamento proferido posteriormente. Já no Brasil, foi adotada técnica de formação dos precedentes distinta, pois o CPC/2015 prevê de forma expressa e específica, no artigo 927, quais os julgamentos serão considerados precedentes, ou seja, o precedente já nasce precedente.⁴

Salienta-se que maior parte da doutrina tem defendido a existência de um *stare decisis* brasileiro:

No Brasil, podemos dizer que vige o *stare decisis*, pois além de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal terem o poder de criar a norma (teoria constitutiva, criadora do direito), os juízes também têm o dever de aplicar o precedente criado por essas cortes (teoria declaratória).⁵

Na doutrina brasileira tem havido, sobretudo nos últimos anos, grande esforço no sentido de se explicar as bases de um sistema precedentalista, a partir da experiência haurida no *common law*, e de todo modo como isso poderia ser adotado no direito brasileiro. Esse empenho se justifica. Afinal, quanto mais incrustada entre nós a doutrina *stare decisis*, mais avançaremos no sentido de se alcançar uma jurisprudência íntegra.⁶

O *stare decisis*, de uma maneira geral, significa “o respeito obrigatório aos precedentes”,⁷ por este motivo, muitas vezes acaba sendo confundido com o *common law*.

3 FLEXA; MACEDO; BASTOS, 2016, p. 628.

4 NEVES, 2017, p. 1404.

5 DONIZZETTI, 2017, p. 1456.

6 MEDINA, 2017, p. 1142.

7 MARINONI, 2016, p. 25.

A confusão se dá principalmente porque ambos trilham um mesmo caminho, a busca pelo respeito obrigatório aos precedentes. Além disso, verifica-se que a evolução histórica destes dois institutos fez com que o *common law* trouxesse para si o *stare decisis*. Contudo, não é possível afirmar que os dois sistemas são uma coisa só, visto que o *common law* existiu por vários séculos sem qualquer influência do *stare decisis*.⁸

Desta forma, Luiz Guilherme Marinoni⁹ elucida que:

O realce da distinção entre *stare decisis* e *common law*, além de necessário para afastar uma vulgar confusão, centra-se na preocupação deste livro em sustentar que o sistema de precedentes pode constituir parte do sistema brasileiro. Com efeito, o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais de tempo secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*.

Neste sentido, conclui-se que o *stare decisis* não é figura restrita ao *common law*, podendo aquele ser aplicado até mesmo ao *civil law*, como vem acontecendo no novo sistema de precedentes vinculantes do art. 927.

Portanto, “para que a regra do *stare decisis* seja aceita entre nós, é desnecessário invocar as bases da *common law*, ou pensar que o direito brasileiro está se transformando em um modelo de *common law*”.¹⁰

Em contrapartida, há corrente doutrinária que nega qualquer influência do *stare decisis* no CPC/2015, por isso não admite a existência de um Sistema de Precedentes Brasileiros, visto que o advento de uma nova legislação não seria capaz de mudar todo um sistema processual e de instituir o *stare decisis* brasileiro. É o que defende Lênio Streck e Georges Abboud.¹¹

O grande esteio dessas reformas, para essa parcela doutrinária, estaria assentada na justificativa de um *stare decisis* brasileiro. Ocorre que não é um Código ou qualquer outra lei que criará ou modificará nosso sistema, fazendo surgir o sistema-de-precedentes ou o próprio *common law* a partir da mera promulgação da lei. Ademais, no Brasil a introdução do sistema-de-precedentes é conseqüência do pensamento de que o *stare decisis* seria a solução ideal para remediar o

8 MARINONI, 2016, p. 29; MEDINA, 2017, p. 1141.

9 MARINONI, 2016, p. 30.

10 MEDINA, 2017, p. 1141.

11 ABBOUD; STRECK, 2016.

problema do grande número de litígios do Brasil, ignorando a própria complexidade que é inerente ao *stare decisis* e seu respectivo sistema genuíno de precedentes.

2.2 PRINCÍPIOS DO SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES

Segundo o Fórum Permanente de Processualistas Civis (2016)¹² os precedentes vinculantes também fazem parte da expressão “ordenamento jurídico”, contida no art. 8º do CPC/2015; logo, os princípios gerais do processo civil devem ser aplicados aos precedentes obrigatórios.

Todavia, estes princípios gerais, sejam eles expressos ou não na legislação, passaram por uma releitura e reconstrução para serem aplicados especificamente ao âmbito dos precedentes vinculantes.¹³

Nesta seara, merece destaque o princípio da legalidade, expresso no artigo 8º do CPC/2015, e o da fundamentação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal e nos artigos 489, § 1º e 927, § 1º, todos do CPC/2015.

O princípio da legalidade em sua dimensão material “é decidir em conformidade com o direito, com o ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes”.¹⁴

Não pairam dúvidas de que o CPC/2015 estabeleceu uma legalidade mais ampla, que vai além do dever de observância do texto positivado, envolvendo também a obrigação de decidir em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo. Desta maneira, os precedentes e a jurisprudência dos tribunais, como partes integrantes do ordenamento jurídico, também devem ser observados no proferimento das decisões.

Já o princípio/dever da fundamentação das decisões judiciais no contexto dos precedentes vinculantes tem importância diferenciada, pois se torna imprescindível para aplicação e formação dos precedentes.

A fundamental importância da motivação das decisões para a formação dos precedentes está no fato de tal motivação constituir o núcleo decisório, ou seja, é justamente da motivação que nascerá a *ratio decidendi* de um precedente.

12 Enunciado nº 380, FPPC, 2016.

13 FLEXA; MACEDO; BASTOS, 2016, p. 630.

14 DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA; 2016, p. 481.

Geralmente, decisões com potencial de precedente tratam de questões com amplas divergências e discussões. Desta forma, é necessária uma boa e suficiente motivação destas decisões, para só assim ser possível pacificar certo tema e firmar uma tese.

Logo, quanto melhor fundamentadas e motivadas as decisões judiciais que darão origem aos precedentes, mais eficaz será a aplicação destes aos casos futuros.

Quanto à produção dos precedentes judiciais, o legislador ainda teve-se à necessidade de motivação das decisões que os invocarem, conforme prevê o §1º, incisos V e VI, do art. 489, do CPC/2015:

Art. 489. [...]

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Desta forma, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente no caso concreto, o magistrado deverá demonstrar, com a devida fundamentação, os motivos e as razões que o fez decidir ou não daquela mesma forma, vedando-se a mera referência ao julgado.

Ademais, o Fórum Permanente de Processualista (2016) preocupou-se em enunciar quais são os princípios específicos que fundamentam a formação dos precedentes. “A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.¹⁵

O princípio da isonomia (art. 5º, CF/88; art. 489, §1º, incisos V e VI; art. 926; art. 927, §1º, todos do CPC/2015), no contexto dos precedentes, significa dizer que, ao procurar o Poder Judiciário, todos os jurisdicionados em igualdade

¹⁵ Enunciado n° 323, FPPC, 2016.

de situação têm direito a um tratamento igual, ou seja, busca-se uma uniforme interpretação da lei para todos. Logo, este princípio “deve ser pensado como um ideal de isonomia frente ao Direito, e não apenas frente à lei”.¹⁶

Já o princípio da segurança jurídica deve ser repensado, pois “trata-se de princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente”.¹⁷

A segurança jurídica é o fundamento maior de todo o direito brasileiro e reflete a necessidade de estabilidade e continuidade, a partir de uma uniforme interpretação do ordenamento jurídico como um todo (leis, princípios, precedentes, jurisprudência).

2.3 DEVER DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O novo sistema precedentalista brasileiro normatizou o dever de cada tribunal manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, ou seja, uniformizá-la (art. 926 do CPC). A iniciativa do referido dispositivo tem o intuito de corrigir uma problemática crônica do sistema processual: a desuniformidade da jurisprudência brasileira, que, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier,¹⁸ “ocorre até mesmo em torno de temas extremamente relevantes, desuniformidade esta que compromete de maneira profunda e indesejável a previsibilidade e a segurança jurídica”.

Ao prezar pela estabilidade, integridade e coerência, o legislador mostrou o caminho para os tribunais brasileiros cumprirem com o dever de uniformização de suas respectivas jurisprudências:

Decorre da necessidade do Tribunal resolver divergência interna, entre os seus órgãos fracionários, acerca de determinada matéria de direito ou tese jurídica. Assim, podemos concluir que os Tribunais não poderão ficar omissos quanto ao dever de solucionar divergências e fixar a tese jurídica (de direito material ou processual).¹⁹

¹⁶ DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA; 2016, p. 481.

¹⁷ DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA; 2016, p. 483.

¹⁸ Apud WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 707.

¹⁹ FLEXA; MACEDO; BASTOS, 2016, p. 635.

A ênfase na harmonização dos julgados brasileiros, por meio da estabilidade, coerência e integridade (art. 926 do CPC/2015), demonstra a preocupação com fazer valer o sistema de precedentes brasileiro a partir de uma base jurisprudencial forte e organizada.

3 APLICABILIDADE DO SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES

3.1 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 927 DO CPC/2015

O art. 927 do CPC/2015 conferiu eficácia vinculante aos seguintes precedentes:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A discussão da inconstitucionalidade está fundada no fato de a Constituição Federal legitimar apenas duas das previsões do art. 927, do CPC, quais sejam: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF) e as súmulas vinculantes (art. 103-A da CF). Assim, em primeira vista, não haveria respaldo constitucional aos demais precedentes trazidos pelo dispositivo legal em questão.

Deste modo, segundo uma corrente mais conservadora, os incisos III, IV e V do art. 927 seriam inconstitucionais, pois o legislador, ao conferir vinculação obrigatória a preceitos abstratos e gerais, não teve a devida autorização constitucional para realizar tal previsão. O Fórum Nacional de Processo de Trabalho,²⁰ ao analisar a aplicação do art. 927 ao processo do trabalho, emitiu enunciado neste sentido:

²⁰ FNPT, 2016.

ENUNCIADO 53 - NCPC, ART. 927, INCISOS III A V. DECISÃO VINCULATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. Os incisos III, IV e V do art. 927 do NCPC são inconstitucionais, pois somente a Constituição da República Federativa do Brasil pode autorizar um Tribunal a adotar súmula ou construção jurisprudencial vinculativa dos outros órgãos integrantes do Poder Judiciário brasileiro, ou normas de caráter impositivo, genéricas e abstratas.

Para melhor compreender a suposta inconstitucionalidade das previsões dos incisos III ao V, imperioso destacar como os defensores de tal inconstitucionalidade interpretam art. 927:

O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. (...) Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. *Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional.* [...] Mudanças são necessárias, mas devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder.²¹

O que traz essa perplexidade é que, diante da determinação peremptória do *caput* do art. 927, ter-se-ia que concluir que a lei criou hipóteses de precedente vinculante, que não estão previstas na Constituição Federal. Em relação aos dois primeiros incisos, a eficácia vinculante está prevista na Constituição (arts. 102, § 2º, e 103-A). Mas nos demais casos não há previsão constitucional, e, a nosso ver, não é possível a criação de novos casos por legislação ordinária. Há, inclusive, a previsão de reclamação, para a hipótese de descumprimento do art. 927, III (art. 988, IV), embora inexistir previsão constitucional de que as decisões proferidas em incidente de assunção de competência e de incidente de resolução de demandas repetitivas tenham eficácia vinculante. Isso leva à inconstitucionalidade do disposto no art. 927, III, IV e V, do CPC, já que lei ordinária não pode criar novas situações de jurisprudência vinculante. E essa inconstitucionalidade pode ser reconhecida em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade.²²

²¹ NERY JR; NERY, 2016.
²² GONÇALVES, 2017, p. 1069.

Afirma-se que a vinculação obrigatória às súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como aos precedentes criados no julgamento de casos repetitivos e no incidente de assunção de competência, invade a seara legislativa, por outorgar ao Poder Judiciário o estabelecimento de normas, criando uma vinculação inconstitucional e preceitos abstratos e gerais fixado pelo Poder Judiciário, ou seja, com características de lei.²³

Os críticos do dispositivo em questão consideram os precedentes obrigatórios como preceitos gerais abstratos, com as mesmas características do texto legal. Desta forma, defendem que os precedentes vinculantes enunciam normas, através de suas respectivas *ratio decidendi*, a serem aplicadas a casos futuros.

Segundo Fredie Didier,²⁴ “a norma em que se constitui o precedente é uma regra. A *ratio* é o fundamento normativo da solução de um caso; necessariamente, será uma regra. Não por acaso, a norma do precedente é aplicável por subsunção”.

Em sentido contrário, outra parcela da doutrina entende não ser possível a criação de norma jurídica nestes casos. Os que defendem tal ponto de vista se sustentam basicamente no Princípio da Separação dos Poderes, consolidado no art. 2º da Constituição Federal:

A doutrina que defende a novidade legislativa - uma das mais importantes do Novo Código de Processo Civil - entende que o Poder Judiciário não cria norma jurídica nesses casos, não se devendo confundir a atividade de dar um sentido unívoco à norma que foi criada pela via legislativa com a tarefa de criação de norma. Entendimento em sentido contrário levaria à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal legisla ao decidir processo objetivo e ao editar súmula vinculante, o que não parece correto.²⁵

Nesta senda, vale destacar que a natureza jurídica da *ratio decidendi* do precedente é de fato jurídico que somente se verifica com a atividade jurisdicional:

23 NEVES, 2017, p. 1395-1396.

24 DIDIER, 2017, p. 177.

25 NEVES, 2017, p. 1396.

O precedente é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, esse fato ocorrerá. (...) O precedente, embora esteja encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico), é tratado como um fato pelo legislador. Assim, os efeitos de um precedente produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu. São efeitos *ex lege*. São, pois, efeitos anexos da decisão judicial.²⁶

A tendência de confundir o ato de legislar com o de produzir precedente certamente tem a ver com o sistema adotado pelo direito brasileiro, o *civil law*, em que a vinculação durante muito tempo relacionava-se exclusivamente à obrigatoriedade do texto legal. Daniel Mitidiero²⁷ explica esse fenômeno:

O problema da vinculação ao direito no Brasil sempre foi pensado como algo concernente apenas à legislação, cuja aplicação para os casos concretos dar-se-ia com a colaboração de um *juge inanimé* – encarregado apenas de declarar uma norma preexistente para a correta solução do caso. E mesmo quando se percebeu que a lei poderia não ser suficiente, ainda assim se imaginava que a tarefa do juiz estava ligada a extrair da legislação a resposta para o caso concreto. Daí que a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade foram conceitos normalmente pensados tendo como referencial exclusivamente a legislação – sendo essa inclusive a abordagem da nossa própria Constituição. Essa forma de pensar, contudo, encontra-se impregnada pela ideologia da separação dos poderes – na sua versão ligada ao ciclo constitucional revolucionário francês – e pelo cognitivismo interpretativo.

Posto isto, a fim de diferenciar a produção de precedentes vinculantes do ato de legislar, necessário tratar da atividade criativa do Poder Judiciário, a jurisdição. A jurisdição é função criativa ilimitada caracterizada por recriar a norma jurídica do caso concreto e a regra abstrata que deve regular o caso concreto.²⁸

A atividade criativa da jurisdição, na verdade, recria a norma legal. “Daí a razão pela qual é mais apropriado falar em reconstrução da ordem

26 DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 466-467.

27 MITIDIERO, 2017.

28 DIDIER, 2017, p. 177.

jurídica mediante adequada interpretação do Direito do que propriamente em construção do Direito pelos juízes (judge-made law)²⁹.

Portanto, a produção dos precedentes se dá com a reconstrução, a partir da hermenêutica jurídica (interpretação) de uma norma legal preexistente, e jamais com a criação inicial do direito pelo Poder Judiciário. Logo, “não é correto supor que a jurisdição, diante do impacto do constitucionalismo, cria o direito quando os seus precedentes têm força obrigatória”.³⁰

Ademais, impossível ainda confundir a força vinculante dos precedentes do artigo 927 com a imperatividade do texto legal, pois a primeira tem fundamento em um arcabouço teleológico do processo civil (liberdade, igualdade e segurança jurídica), já o texto legal tem sua obrigatoriedade fundada em suas próprias características (coercibilidade, imperatividade, abstratividade, generalidade e bilateralidade). Por este motivo, indiferente é a existência ou não de autorização legal, ou então constitucional, nos casos dos incisos III ao V, para as previsões do art. 927:

A força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A vinculação ao precedente resulta, pois, da consideração do ordenamento jurídico como um todo e, especialmente, do valor que deve ser dado à liberdade, à igualdade e à segurança jurídica. Isso quer dizer que a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinada regra de direito positivo reconhece eficácia normativa geral às razões que se encontram à base de certas decisões judiciais – como ocorre com o art. 927 do CPC.³¹

Ressalta-se que a fonte formal primária do direito por excelência é a lei, já que é dela que emanam as demais normas jurídicas. Logo em seguida, estão as fontes formais secundárias ou acessórias, dentre elas os precedentes vinculantes.³²

29 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017b, p. 85.

30 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017b, p. 85

31 MITIDIERO, 2017.

32 GONÇALVES, 2017, p. 75.

Da manifestação do direito através de fontes formais acessórias (analogia, costume, precedentes vinculantes), revela-se o surgimento do direito de forma secundária, sempre partindo da fonte formal primária (a lei).

Sendo assim,

[...] a circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito. Nesta perspectiva, a força obrigatória do precedente não significa que o judiciário tem poder para criar o direito.³³

A fim de finalizar este tópico, interessante demonstrar ponderação feita por Humberto Theodoro Junior³⁴ acerca da objeção à constitucionalidade do art. 927, do CPC. Segundo ele, os defensores da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal se apoiam principalmente no princípio da legalidade. Entretanto, nenhum princípio, nem mesmo os constitucionais, é absoluto, pois sempre coexistirá em harmonia com os demais. Portanto, entende o autor que, quando se analisa o art. 927, não é correto partir unicamente do viés da legalidade:

Vários outros princípios, também constitucionais, justificam a uniformização vinculativa dos precedentes jurisdicionais. Se alguma colisão puder ser detectada entre eles, a solução jamais será dada à supervalorização do princípio da legalidade ou de qualquer outro isoladamente. Esse conflito, apenas aparente, resolve-se, na técnica constitucional, pelo critério hermenêutico da proporcionalidade, o qual, na espécie, aponta, razoavelmente, para a prevalência da garantia constitucional da segurança jurídica, da igualdade de todos perante a lei, da duração razoável do processo, bem como na necessidade lógica de unidade e coerência do ordenamento jurídico.³⁵

3.2 EFICÁCIA VINCULANTE DO ARTIGO 927 DO CPC/2015

A doutrina clássica divide os precedentes em duas categorias: o precedente vinculante e o precedente não vinculante (persuasivo ou argumentativo). Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, tem-se dis-

33 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017b, p. 85.

34 THEODORO JR, 2017, p. 978.

35 THEODORO JR, 2017, p. 978.

cutido justamente de qual das duas classificações os precedentes brasileiros se aproximam.

Os precedentes não vinculantes possuem apenas autoridade persuasiva. Embora não haja vinculação, o órgão jurisdicional, ao proferir suas decisões, deverá observar tais precedentes, outrossim, poderá decidir de maneira diversa, desde que demonstre a motivação para pronunciar-se de forma distinta da constante na *ratio decidendi* de algum precedente.³⁶

Em contrapartida, os precedentes vinculantes são obrigatórios, “não podendo o órgão jurisdicional a ele vinculado, em casos nos quais sua eficácia vinculante se produza, deixar de aplicá-lo e decidir de forma distinta”.³⁷

A classificação de um precedente dependerá de seus efeitos, ou seja, qual o tipo de eficácia será capaz de produzir (vinculante ou persuasiva). Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³⁸ explicam que “a eficácia jurídica de um precedente variará conforme as disposições de um determinado direito positivo. No direito brasileiro, os precedentes judiciais têm aptidão para produzir diversos efeitos jurídicos, que não se excluem”.

A discussão do tipo de eficácia produzida pelos do artigo 927, do CPC, gira em torno do sentido do termo “observarão”. Seria a palavra observarão suficiente para consagrar a eficácia vinculante do art. 927? Ou os institutos arrolados neste dispositivo seriam meras orientações a serem seguidas pelos magistrados?

Alexandre Freitas Câmara³⁹ integra o grupo de defensores da ideia de que nem todos os precedentes contidos no referido dispositivo legal são dotados de eficácia vinculante. Para esses juristas, somente as previsões contidas nos incisos I a III teriam eficácia vinculante, tendo as demais, as dos incisos IV e V, mera força argumentativa.

36 CÂMARA, 2017.

37 CÂMARA, 2017.

38 DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 467.

39 CÂMARA, 2017.

Segundo este entendimento, a palavra “observarão” não seria, por si só, capaz de conferir eficácia vinculante aos incisos do artigo 927, do CPC. Alexandre Freitas Câmara⁴⁰ analisa, ainda, que a eficácia vinculante dos incisos I a III do referido artigo é resultante de outros dispositivos legais. A eficácia vinculante das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade está prevista no art. 102, §2º, da CF; a dos enunciados de súmula vinculante provém do art. 103-A, da CF; e a dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos está estabelecida nos seguintes dispositivos, respectivamente: art. 947, §3, art. 985, e art. 1040, todos do CPC/2015.

Ademais, a não observância da vinculação dos incisos I, II e III primeira parte, do art. 927, do CPC, é de tanta gravidade que, por força do art. 988 incisos III e IV, “autoriza, inclusive, a formulação de reclamação perante o tribunal prolator da decisão revestida da força vinculante, para preservação de sua autoridade”.⁴¹

De lado contrário, há juristas que defendem a eficácia vinculante de todas as previsões do artigo 927. Estes entendem que a palavra “observarão” é suficiente para conferir obrigatoriedade de observância aos cinco incisos daquele artigo:

A fim de que não parem dúvidas, é bom que se repita a expressão contida no caput do dispositivo: “os juízes e tribunais observarão”. Não se trata de faculdade, e sim de imperatividade.⁴²

No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC [...]. Demais disso, deve-se ter em vista que os precedentes obrigatórios enumerados no art. 927, CPC, devem vincular interna e externamente, sendo impositivos para o tribunal que o produziu e também para os demais órgãos a ele subordinados.⁴³

40 CÂMARA, 2017.

41 WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 698.

42 DONIZETTI, 2017, p. 1469.

43 DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 469.

Conforme entende a doutrina amplamente majoritária o art. 927 do Novo CPC é suficiente para consagrar a eficácia vinculante aos precedentes e enunciados sumulares previstos em seus incisos. Ou seja, “observarão” significa aplicação de forma obrigatória.⁴⁴

Imperioso destacar que, embora o órgão jurisdicional, ao decidir a lide, esteja vinculado a observar as previsões do artigo em questão, o artigo 489, §1º, VI, autoriza o órgão julgador a não aplicar o precedente ou a jurisprudência quando demonstrando fundamentadamente que se trata de situação particularizada, que não se enquadra nos fundamentos de certo precedente. Neste caso, verifica-se que o legislador não teve a intenção de dar ao julgador discricionariedade para seguir ou não o precedente. O juiz ou tribunal continua obrigado a seguir o precedente, mas só se este tratar de situação ao menos semelhante a que está em julgamento.⁴⁵

Diante deste embate de entendimentos, o Fórum Permanente de Processualistas de 2016 emitiu parecer no sentido de reconhecer a eficácia vinculante de todos os precedentes elencados pelo art. 927: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.⁴⁶

Partindo de uma interpretação dos valores que integram o Código de Processo Civil, percebe-se mais uma vez que a intenção do legislador em relação aos precedentes do art. 927 foi realmente conferir vincularidade aos institutos ali arrolados, visando, assim, garantir a segurança jurídica e estabilidade que este novo Código tanto preza, consagrando de vez a vinculação externa de tais precedentes, ou seja, “aquela que abrange todos os órgãos jurisdicionais no plano vertical (órgãos inferiores – juízos e tribunais) vinculados ao órgão especial ou pleno da Corte formadora do precedente”.⁴⁷

44 NEVES, 2017, p. 1397.

45 Enunciado n° 306, FPPC, 2016.

46 Enunciado n° 170, FPPC, 2016.

47 FLEXA; MACEDO; BASTOS, 2016, p. 635.

4 CONCLUSÃO

A pesquisa verificou que atualmente vige no ordenamento jurídico pátrio um Sistema de Precedentes pautado em um *stare decisis* brasileiro. Sem a complexidade do *common law* de épocas passadas, este Sistema revela a preocupação em corrigir uma problemática do Poder Judiciário: a desuniformidade da jurisprudência brasileira.

Embora haja resistência por parcela da sociedade jurídica, o que se vê é uma ampla recepionalidade desta novidade legislativa.

Ademais, constatou-se não existir inconstitucionalidade em nenhuma das previsões do art. 927, muito embora nem todas elas estejam expressamente legitimadas pela Constituição Federal.

Em verdade, o que legitima a existência de um Sistema de Precedentes junto ao *civil law* brasileiro é um arcabouço teleológico (segurança jurídica, razoável duração do processo, unidade e coerência), e não uma expressa previsão normativa contida no texto constitucional.

Por fim, a pesquisa ainda demonstrou que as previsões do art. 927, do CPC/2015, são todas dotadas de eficácia vinculante e não apenas persuasiva, uma vez que a expressão contida no *caput* daquele dispositivo legal, “os juízes e tribunais observarão”, é suficiente para consagrar a obrigatoriedade de aplicação de tais precedentes sempre que possível.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? *Revista Consultor Jurídico*, 18 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

BRASIL. *Código de processo civil brasileiro*, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 de mar. 2017.

_____. *Constituição República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de mar. 2017

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, vol. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo código de processo civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FÓRUM NACIONAL DE PROCESSO DO TRABALHO. Enunciados 2016. Disponível em <<http://www.trt3.jus.br/acs/documentos/14%20-%20FNPT-FINAL%20-%20enunciados%20aprovados%20e%20revisados.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados 2016*. Disponível em <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. 2. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.

_____. *Novo curso de processo civil*, v. 1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Novo código de processo civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes da persuasão à vinculação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

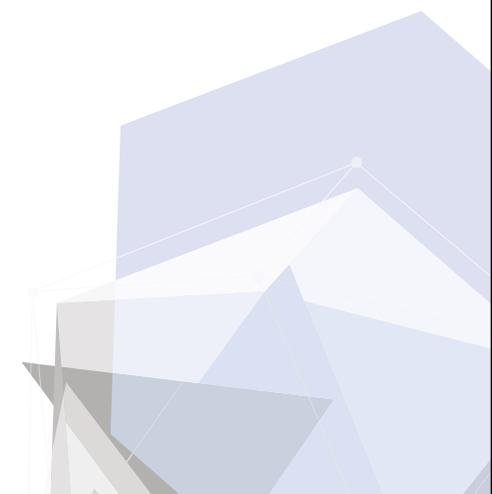
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil: leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2016.

_____. *Manual de processo civil*. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 3. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 3. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TEMAS GERAIS



INDICADORES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTOS PARA AVALIAÇÃO DA EFETIVIDADE JURISDICIONAL: ANÁLISE DA TAXA DE CONGESTIONAMENTO COMO INDICADOR ESTRATÉGICO DA JUSTIÇA BRASILEIRA

Ciro Ibiapina Cardoso¹
Marcos Antonio de Souza Silva²

RESUMO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como diversos Tribunais, há alguns anos, utilizam o indicador taxa de congestionamento como medida de efetividade dos tribunais do país. Alguns parâmetros de interesse na construção do indicador são avaliados, tais como a relação entre processos pendentes e a própria taxa de congestionamento, entre o resultado mensal e o acumulado e entre períodos de apuração distintos. Os resultados indicam que os parâmetros utilizados e a interpretação dos percentuais não são adequados para o fim a que se propõem, pois os resultados se mostram diferentes ou tendenciosos de acordo com a periodicidade adotada.

Palavras-chave: Taxa de congestionamento. Efetividade. Indicadores.

ABSTRACT

The National Council of Justice (CNJ) and various courts a few years ago, using the congestion charge indicator as a measure of effectiveness of the country's courts. Some parameters of interest in the construction of the window are evaluated, such as the relationship between the own pending and congestion charge between the result

¹ Bacharel em Direito pela UFMA. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UCDB/MS. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região.

² Doutorando em Matemática (UFG), mestre em Matemática (UFMA/SBM). Analista Judiciário – Área Apoio Especializado/Estatística – do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

and the accumulated monthly and between different polling periods. The results indicate that the parameters used and the interpretation of percentages are not suitable for the purpose for which they propose, as the results show different or biased according to the adopted schedule.

Keywords: *Congestion fee. Effectiveness. Indicators.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Referencial teórico / Desenvolvimento. 2.1. Taxa de congestionamento processual. 2.2. Análises. 3. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

No Plano Estratégico do CNJ (2009) para os anos de 2010 a 2014 a descrição para a taxa de congestionamento informa que ela mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base.

Essa taxa tem sido utilizada há muito tempo por vários tribunais, muitas vezes com o objetivo de mensuração conforme a descrição do CNJ supracitado. Alguns questionamentos podem ser realizados: essa taxa é uma boa medida para o que se chama de efetividade? Ela pode ser usada para comparar resultados de unidades diferentes? Quais períodos de tempo considerar para os processos que estão pendentes?

Pretendemos analisar a taxa de congestionamento do ponto de vista de mensuração da efetividade, além de verificar as variáveis que a compõe, definir o que é um indicador, definir o significado da palavra congestionamento, realizar levantamentos de dados para cálculo do indicador em um Tribunal específico e realizar simulações.

O Poder Judiciário convive, há um bom tempo, com acusações de morosidade e ineficiência. Em 2004, a reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45) buscou apresentar soluções para o desenvolvimento da justiça brasileira. Nessa senda, o Conselho Nacional de Justiça foi criado com função de controlar a atuação administrativa do Poder Judiciário.

No portal do CNJ, no primeiro relatório do Justiça em Números publicado no ano de 2004, ano-base 2003, já podemos verificar a existência do termo “Taxa de Congestionamento”. Em um esclarecimento sobre o indicador, o CNJ faz a seguinte observação:

[...] ele tem analogia direta com uma caixa d’água, que quando dá vazão ao volume que entra e mantém um nível baixo, resulta numa baixa taxa de congestionamento. Ao contrário, quando não dá vazão ao que entra e ainda mantém um estoque alto resulta numa alta taxa de congestionamento. (BRASIL, 2004, p. 30)

O termo “dar vazão” parece que possui estreita relação com o tempo. A vazão pode ser, seguindo a analogia, de 10 litros por minuto ou de 30 litros por minuto. Fato é que, de um modo geral, a justiça é vista como morosa pela sociedade. Sabe-se de processos que duram 10, 15, 20 anos para serem “baixados” de forma definitiva.

É sob essa ótica que faremos a análise deste indicador, considerando as particularidades das variáveis que o compõe na tentativa de verificar se ele realmente representa uma boa medida para o que o Conselho Nacional de Justiça ora denomina efetividade.

2 REFERENCIAL TEÓRICO / DESENVOLVIMENTO

Os indicadores estão espalhados por toda parte. Quem nunca ouviu falar no índice de desenvolvimento humano – IDH? Na área da economia, é comum encontrar menções a IPC, IPCA, índice de Gini etc. Nos estudos demográficos, existem vários índices: índice de envelhecimento, indicadores de mortalidade, indicadores de natalidade e assim por diante.

Eles atingiram tal grau de relevância perante a sociedade a ponto de todo um sistema ficar apreensivo acerca da divulgação do resultado de algum tipo de índice, especialmente no que diz respeito aos setores econômicos. Os indicadores têm a capacidade de condensar uma boa quantidade de informações dentro de um formato fácil de compreender e manipular. Dentre uma de suas vantagens:

[...] Os indicadores, por sua capacidade de síntese, possibilitam uma comunicação imediata, chamando a atenção para a constituição da sociedade, demonstrando seus avanços ou retrocessos, e servindo como instrumentos para elaboração de políticas públicas sustentáveis ou que garantam, à sociedade, percorrer o caminho da sustentabilidade. (SOARES, 2002, p. 4)

Dentre as desvantagens:

As limitações de uma medida quantitativa são facilmente perceptíveis. Os números podem mostrar estados **ex ante e ex poste**, porém não dizem as causas de mudanças entre tais momentos, nem tampouco a quais fatores apresentam sensibilidade. Para se alcançar maior proximidade dos fenômenos reais, é necessário incorporar uma quantidade bastante considerável de variáveis (o que dificultaria sua operacionalidade), além de alguns aspectos serem de difícil quantificação, como a felicidade e satisfação pessoal. (FINNISH, 2002, p. 20 apud SOARES, 2002, p. 5)

O indicador deve ter sua importância, para que se justifique sua proposição, deve ter seu valor histórico e propriedades como validade e confiabilidade. Por validade, entende-se trazer para a realidade o fator teórico em seu sentido estrito, como por exemplo, é mais fácil explicar o nível de educação de uma determinada comunidade através de indicadores como o número de professores por mil crianças ou por escola, do que a quantidade investida no setor de educação, ou seja, aqueles estão mais próximos dessa tentativa de explicação do que este.

Já a confiabilidade está diretamente relacionada com o levantamento dos dados. Entre os mais confiáveis estão os indicadores calculados por pesquisas amostrais realizadas pelo poder público. Note-se, neste ponto, que há que ser feita uma boa amostragem, pois há o risco de o indicador ser viciado ou muito dispendioso, dependendo do tamanho e do erro da amostra, dentre outros fatores que podem prejudicar a tentativa de explicação de determinado fenômeno através de indicadores.

Na área de gestão estratégica, os indicadores representam uma grandeza que exprime uma realidade que se pretende modificar. Os indicadores se apropriam do conteúdo de um objetivo e traduzem seu cumprimento. Todo o sistema de gerenciamento estratégico depende da adequada escolha de indicadores.

2.1 TAXA DE CONGESTIONAMENTO PROCESSUAL

O Poder Judiciário convive, há um bom tempo, com acusações de morosidade e ineficiência. Em 2004, a reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45) buscou apresentar soluções para o desenvolvimento da justiça brasileira. Nessa senda, o CNJ foi criado com função de controlar a atuação administrativa do Poder Judiciário.

Entre os indicadores escolhidos pelo CNJ para monitorar a função jurisdicional está a Taxa de Congestionamento. No primeiro relatório “Justiça em Números”, publicado no ano de 2004, ano-base 2003, já se verificava a existência do termo “Taxa de Congestionamento”.

Em geral, está subdividida por instância, 1º e 2º Graus, e por fases: conhecimento, liquidação e execução. Essas subdivisões não serão objeto deste estudo.

O que significa congestionamento? De acordo com o dicionário Michaelis “*sm (congestionar+mento)* 1 Ato ou efeito de congestionar. 2 Obstrução do trânsito em uma via pública pela afluência excessivamente grande de veículos”, ou segundo o dicionário Aurélio “1 Ato ou efeito de congestionar. 2 Acumulação de pessoas ou de trânsito, dificultando a circulação em determinada área”.

A palavra congestionamento, popularmente, está associada à ideia de trânsito. Cabe a pergunta: é possível relacionar a movimentação processual em uma unidade judiciária ao trânsito?

É bem verdade que, nos dois casos, existe uma relação entre entrada e saída em um dado período de tempo, o que resultaria em vazão ou congestionamento. Ocorre que, em geral, o congestionamento de trânsito surge com a limitação de uma das faixas da via: acidente, sinal, interdição ou estreitamento da pista. Em condições normais, se a pista estiver liberada, a velocidade do tráfego garantirá saída de veículos igual à entrada, e não haverá congestionamento. Nesse aspecto, uma unidade judiciária poderá sofrer com congestionamento processual mesmo que haja total disponibilidade da equipe, o que, a nosso ver, afasta a ideia de congestionamento de tráfego do processual.

Há outra figura de analogia possível: a fila de espera em um banco. Normalmente, a demanda por operações é maior que a capacidade

da equipe em solucioná-las, mesmo sem nenhum déficit de pessoal. Por se tratar de atividade humana, o trabalho bancário se aproxima do judiciário: ao contrário do fluxo de veículos, a capacidade produtiva humana possui um limite, mesmo que seja extremamente difícil comprová-lo. A quantidade de clientes atendidos ou o número de processos solucionados em um mês pode aumentar, mesmo quando já se pensava ter chegado ao máximo.

A despeito das semelhanças, existe um fator de distanciamento: as operações bancárias são atividades sobre as quais se exerce um maior controle, visto que podem ser concluídas apenas entre o funcionário e o cliente. Além disso, a próxima operação apenas se iniciará quando a anterior tiver sido concluída, o que garante que, ao final do dia (ainda que com uma jornada de trabalho extenuante, gerada por uma demanda excessiva), todos os clientes tenham sido atendidos, deixando um saldo igual a zero para o dia seguinte.

A atividade jurisdicional é mais complexa, em primeiro lugar, por envolver mais de uma parte. Além disso, tratando-se de um processo, e não de mera atividade, existem atos que se encadeiam e que, muitas vezes por obrigação legal, dependem do transcurso de prazos. Em síntese, não é possível atingir a situação “estoque igual a zero”. Essa particularidade será retomada mais adiante.

Assim, apesar de servirem como analogias interessantes para compreender o fenômeno do congestionamento processual, pois remetem a situações cotidianas, os dois exemplos possuem características que os distanciam da atividade judicial, reforçando o caráter singular da jurisdição.

É com tal conclusão em mente que se pode seguir na análise da taxa de congestionamento.

No portal do CNJ, constam as seguintes considerações:

Descrição: A taxa de congestionamento **mede a efetividade do tribunal** em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base.

Meta: Reduzir para X% a taxa de congestionamento até 2014.
Esclarecimento sobre o indicador: Este indicador é oriundo do Justiça em Números e já tem série histórica de apuração nos tribunais. Ele tem analogia direta com uma caixa d'água, que quando dá vazão ao volume que entra e mantém um nível baixo, resulta numa baixa taxa de congestionamento. Ao

contrário, quando não dá vazão ao que entra e ainda mantém um estoque alto resulta numa alta taxa de congestionamento. (BRASIL, 2009, p.1)

Observa-se que o CNJ propõe mais uma analogia: a da caixa d'água. A comparação é muito simplificadora. É facilmente observável que uma caixa d'água possui uma capacidade definida, uma limitação em sua utilidade: 500, 1.000, 2.000 litros, e assim por diante. Enfim, há um limite acima do qual a água extrapolará a capacidade da caixa, provocando vazamento. Tal fato não ocorre quando se trata de uma unidade que pode, continuamente, receber novas demandas. Não é possível estabelecer um limite à quantidade de processos recebidos por certa unidade, logo, a analogia do congestionamento judicial à caixa d'água parece equivocada.

2.2 ANÁLISES

O indicador taxa de congestionamento é composto por três variáveis: casos novos, casos pendentes e casos baixados. A fórmula está presente na Resolução nº 76 do CNJ.

Fórmula: $1 - (TPJB / (TCN + TCP))$

TPJB – Total de processos judiciais baixados

TCN – Total de casos novos

TCP – Total de casos pendentes

A taxa de congestionamento remete ao acervo processual em um determinado período. A soma de casos novos com casos pendentes revela a totalidade de processos à disposição da unidade no lapso de tempo desejado. Assim, durante um ano, tem-se que o acervo processual de uma Vara é formado por todos os processos que entraram nesse mesmo ano, somados aos processos que restaram pendentes do ano anterior.

A soma no denominador representa com quantos processos a unidade deveria lidar. Já o número de processos baixados³ no numerador per-

³ Consideram-se baixados os processos: a) remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) arquivados definitivamente; d) em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução. Incluem-se apenas as baixas nas classes processuais compreendidas na variável Cn - Casos Novos de 1º e 2º graus.

mitirá calcular que porcentagem daqueles foram finalizados nesse mesmo período. Essa fração, ou esse valor percentual, constitui a taxa de vazão processual, indicando quantos processos, a cada 100, não serão deixados para o próximo período/ano.

A taxa de congestionamento é uma grandeza que espelha a dimensão contrária: se uma parte foi finalizada, outra porção permanece pendente. A diferença entre a totalidade e o encerrado resulta no que permaneceu congestionado, sem fluxo, sem vazão, sem atendimento. Assim se compreende a fórmula do indicador.

Os resultados possíveis para a taxa de congestionamento, tal qual é realizada atualmente, vão de zero a cem por cento, sendo que o zero significa que nenhum processo foi deixado sem solução para o período subsequente e o cem, que nenhum processo foi finalizado dentro do período em análise.

Exemplos:

Taxa de congestionamento = zero

$1 - (a/b+c)$, sendo que $a = b+c$

Taxa de congestionamento = 100

$1 - (a/b+c)$, sendo que $a = 0$

Obter taxa de congestionamento igual a 100% é possível, ao menos em teoria, presumindo-se que nenhum processo tenha sido baixado em um ano. Levando-se em consideração que tal hipótese consiste em uma situação extremada e que dificilmente ocorrerá e que o pior resultado possível para o indicador é 100%, qualquer esforço desenvolvido pelos Tribunais levará a uma redução da TC em relação ao seu grau máximo.

Por outro lado, obter taxa de congestionamento igual a zero é, na prática, impossível. Como já mencionado, processos judiciais possuem exigências legais a respeitar, bem como um trâmite definido e a dependência de manifestação de duas partes, no mínimo. Distribuída uma ação, haverá a necessidade de despachos, citações, audiências, prazos para manifestações, sentença e recursos.

Haverá, pois, um grupo de ações, distribuídas no último trimestre (ou bimestre, ou mês, não importa), que não poderá ser baixado no mesmo ano. Daí constatarmos a existência de um resíduo necessário.

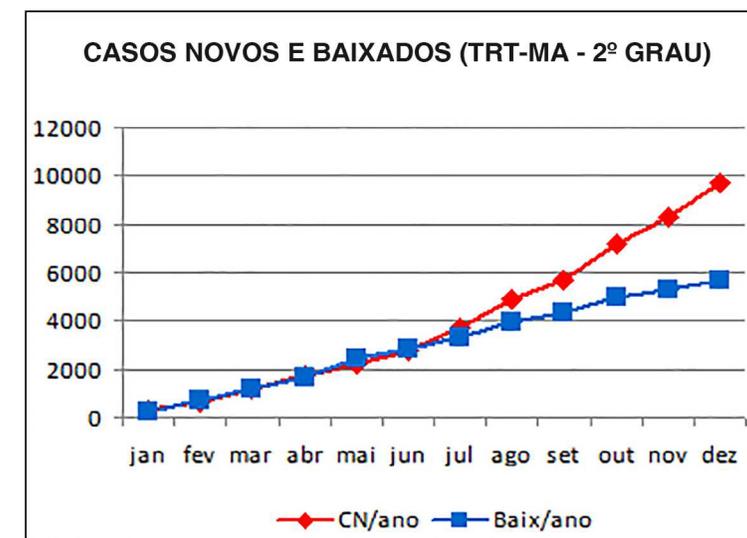
Como ilustração desse fato, podemos mencionar o caso de uma unidade, que, no ano de sua instalação, não cumpriu a Meta 1 do Poder Judiciário (julgar mais processos de conhecimento do que os distribuídos no ano). Ora, somente é possível julgar mais processos que os distribuídos se houver saldo anterior, o que não era o caso.

Entendemos, portanto, que a existência de saldo para o próximo período é inerente ao sistema judicial. A consequência é que os tribunais podem reduzir sua taxa de congestionamento somente até certo ponto; para que haja outro período de redução, deverá haver, necessariamente, um aumento.

Por essa acepção, do passivo necessário, tem-se que é impossível reduzir continuamente o saldo. Se existe um congestionamento “aceitável”, qual seria a medida da efetividade. Seria necessário buscar esse limite para descobrir qual o resultado ótimo, abaixo do qual não se chegará.

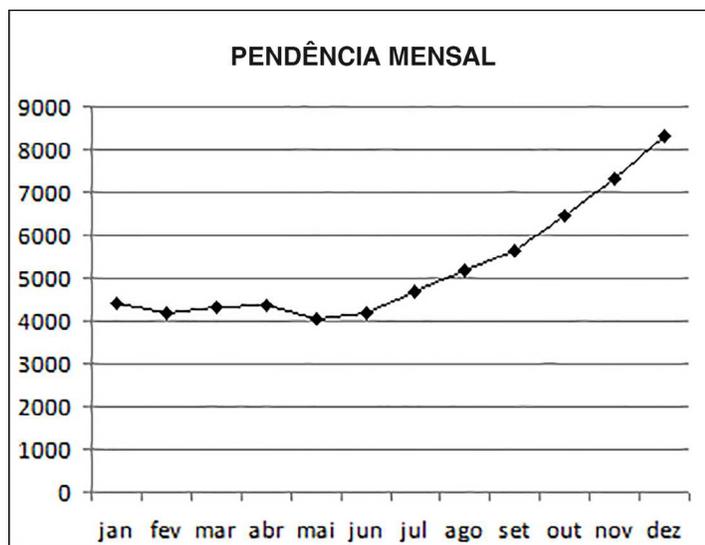
Os gráficos a seguir apresentam informações dos parâmetros que compõem a taxa de congestionamento no 2º Grau do TRT-MA. Observemos que havia um padrão “suportável” até o mês de junho de 2013, quando a quantidade de processos baixados conseguiu acompanhar a quantidade de casos novos. Após isso, o atendimento à demanda foi sempre inferior a 100%, o que resultou no aumento do passivo, conforme gráficos a seguir:

Gráfico 1. Relação entre casos novos e baixados



Fonte: Dados da Justiça do Trabalho – eGestão.

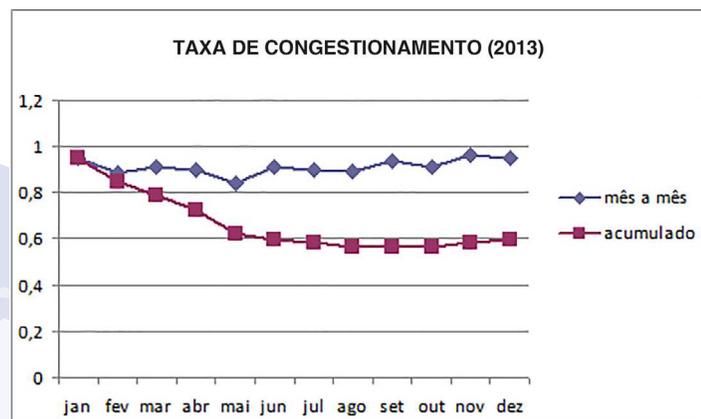
Gráfico 2. Processos pendentes por mês



Fonte: Dados da Justiça do Trabalho – eGestão.

Observe-se que a partir de junho de 2013 há um acréscimo na quantidade de processos pendentes, resultado do não atendimento à demanda. Por outro lado, a taxa de congestionamento acumulada reduziu, conforme gráfico a seguir.

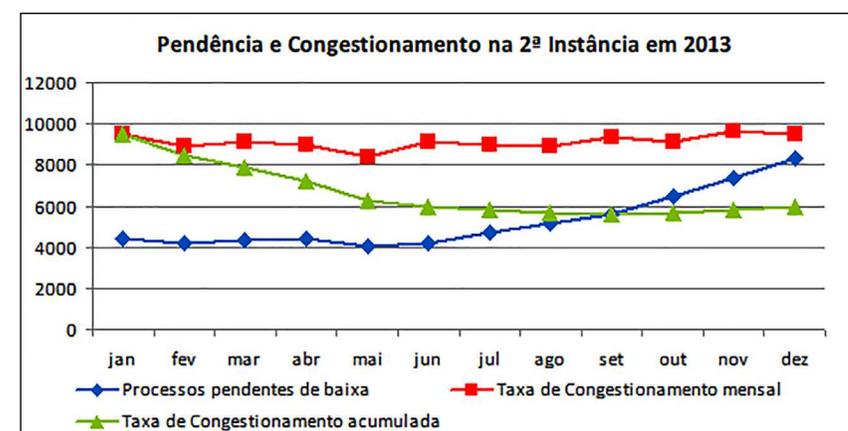
Gráfico 3. Comparativo entre taxa de congestionamento acumulada e mensal



Fonte: Dados da Justiça do Trabalho – eGestão.

Abaixo, observa-se que, mesmo com o aumento de processos pendentes, a taxa de congestionamento acumulada cai, ou permanece ligeiramente constante. Pode-se afirmar, então, que não há uma relação diretamente proporcional entre os indicadores, como era de se esperar, ou seja, se o estoque processual aumentar, não necessariamente a taxa de congestionamento seguirá a tendência. Essa é uma constatação importante, pois, uma vez mais, lança dúvidas quanto a considerar a taxa de congestionamento como indicador de efetividade.

Gráfico 4. Comparativo entre pendência e congestionamento 2013



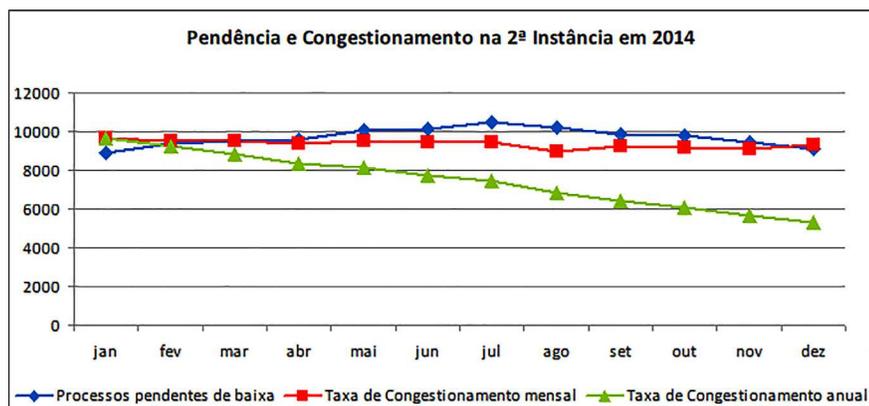
Fonte: Dados da Justiça do Trabalho – eGestão.

Outra conclusão que se pode extrair dos resultados é o fato de que a taxa de congestionamento acumulada, em geral, será sempre menor do que a verificada mês a mês. Os resultados mensais estariam mais próximos do significado do indicador (qual a porcentagem do acervo recebeu baixa no período).

No ano de 2014, o descompasso ficou ainda mais evidente: em relação ao ano anterior, houve um aumento no estoque e redução da taxa de congestionamento. No início do ano (janeiro), a quantidade de processos pendentes de baixa era de 8.890 e no fim do ano (dezembro), esse valor subiu

para 9.090. Por outro lado, a taxa de congestionamento, que no fim de 2013 era de 58,77%, caiu para 53% ao final de 2014. Ou seja, novamente verifica-se uma desconexão entre o estoque de processos e a taxa de congestionamento.

Gráfico 5. Comparativo entre pendência e congestionamento 2014



Fonte: Dados da Justiça do Trabalho – eGestão.

Outro fato a se considerar é a periodicidade de referência para a taxa de congestionamento. Os dados reais e simulados mostram que quanto maior o período, menor será a taxa de congestionamento, ou seja, para o período de um ano, a taxa de congestionamento será maior que aquela que considerar o período de dois anos. Vejamos a tabela a seguir:

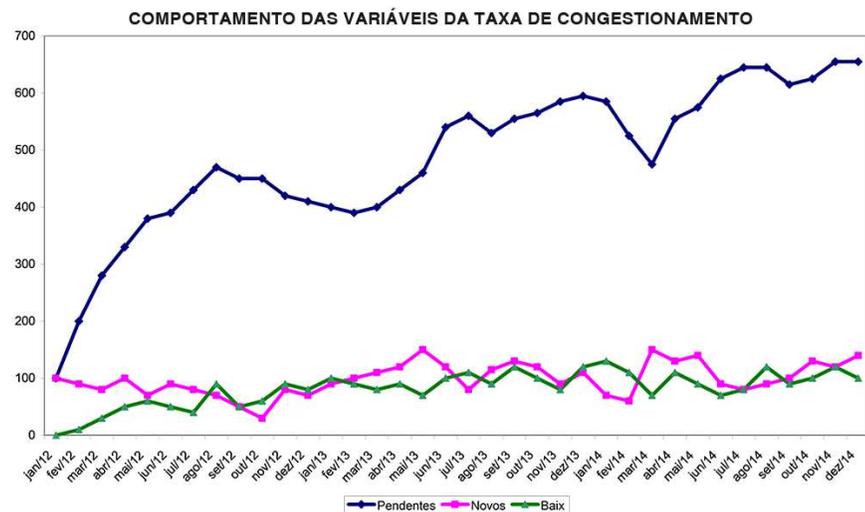
Tabela 1. Simulação da taxa de congestionamento com dados simulados

| ANO | SIMULAÇÃO | | | | |
|--------|-----------|-------|----------|-----------|--------------|
| | PENDENTES | NOVOS | BAIXADOS | TX MENSAL | TX ACUMULADA |
| jan/12 | 100 | 100 | 0 | 100,00% | 100,00% |
| fev/12 | 200 | 90 | 10 | 96,55% | 96,55% |
| mar/12 | 280 | 80 | 30 | 91,67% | 89,19% |
| abr/12 | 330 | 100 | 50 | 88,37% | 80,85% |
| mai/12 | 380 | 70 | 60 | 86,67% | 72,22% |
| jun/12 | 390 | 90 | 50 | 89,58% | 68,25% |
| jul/12 | 430 | 80 | 40 | 92,16% | 66,20% |
| ago/12 | 470 | 70 | 90 | 83,33% | 57,69% |
| set/12 | 450 | 50 | 50 | 90,00% | 54,22% |
| out/12 | 450 | 30 | 60 | 87,50% | 48,84% |
| nov/12 | 420 | 80 | 90 | 82,00% | 43,62% |
| dez/12 | 410 | 70 | 80 | 83,33% | 39,60% |
| jan/13 | 400 | 90 | 100 | 79,59% | 35,45% |
| fev/13 | 390 | 100 | 90 | 81,63% | 33,33% |
| mar/13 | 400 | 110 | 80 | 84,31% | 32,82% |
| abr/13 | 430 | 120 | 90 | 83,64% | 32,17% |
| mai/13 | 460 | 150 | 70 | 88,52% | 34,18% |
| jun/13 | 540 | 120 | 100 | 84,85% | 32,94% |
| jul/13 | 560 | 80 | 110 | 82,81% | 29,78% |
| ago/13 | 530 | 115 | 90 | 86,05% | 29,29% |
| set/13 | 555 | 130 | 120 | 82,48% | 27,90% |
| out/13 | 565 | 120 | 100 | 85,40% | 27,27% |
| nov/13 | 585 | 90 | 80 | 88,15% | 26,62% |
| dez/13 | 595 | 110 | 120 | 82,98% | 24,95% |
| jan/14 | 585 | 70 | 130 | 80,15% | 21,74% |
| fev/14 | 525 | 60 | 110 | 81,20% | 19,19% |
| mar/14 | 475 | 150 | 70 | 88,80% | 21,14% |
| abr/14 | 555 | 130 | 110 | 83,94% | 20,87% |
| mai/14 | 575 | 140 | 90 | 87,41% | 21,59% |
| jun/14 | 625 | 90 | 70 | 90,21% | 21,61% |
| jul/14 | 645 | 80 | 80 | 88,97% | 21,04% |
| ago/14 | 645 | 90 | 120 | 83,67% | 19,49% |
| set/14 | 615 | 100 | 90 | 87,41% | 19,20% |
| out/14 | 625 | 130 | 100 | 86,75% | 19,35% |
| nov/14 | 655 | 120 | 120 | 84,52% | 18,69% |
| dez/14 | 655 | 140 | 100 | 87,42% | 19,07% |

Fonte: Dados simulados pelos autores.

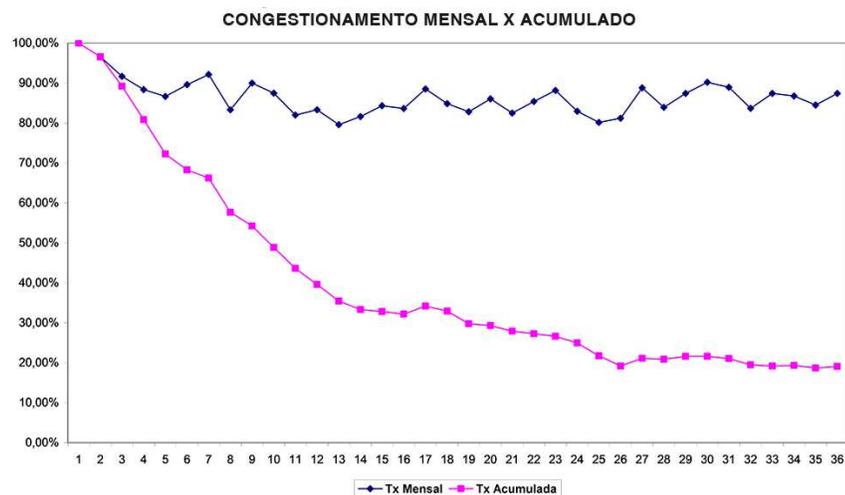
Observe-se que com o passar do tempo há tendência de crescimento de processos pendentes, porém a taxa de congestionamento acumulada tende a diminuir.

Gráfico 6. Variáveis da taxa de congestionamento



Fonte: Dados simulados pelos autores.

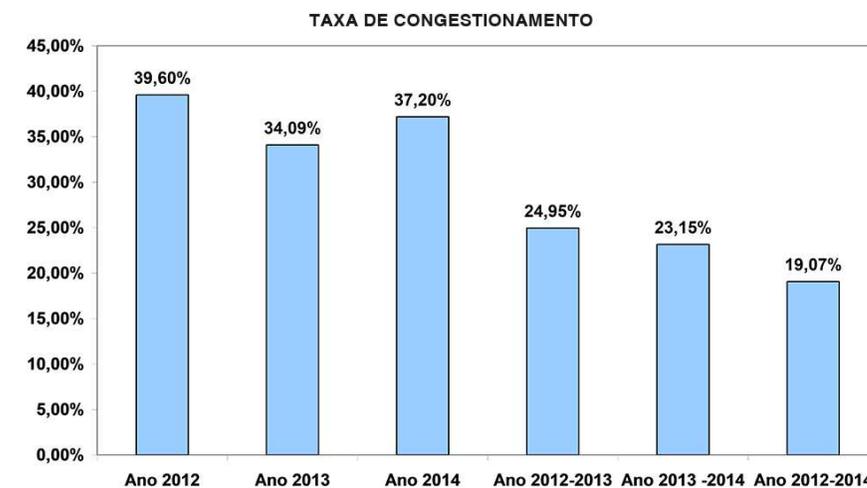
Gráfico 7. Comparativo – taxa de congestionamento



Fonte: Dados simulados pelos autores.

No gráfico a seguir, podemos verificar o comportamento da Taxa de Congestionamento ao considerarmos períodos diferenciados. Nota-se que a taxa somente do ano de 2013 é de 34,09%, porém, se considerarmos o período de referência maior (2012-2013), verificamos que ela diminui para 24,95%. Se o período for estendido um pouco mais, a taxa de 2014 pode passar de 37,20 para 19,07! Qual a verdadeira taxa de congestionamento nesses casos?

Gráfico 8. Comparativo de taxa de congestionamento por periodicidade – simulação



Fonte: Dados simulados pelos autores.

Portanto, a periodicidade dos dados interfere no resultado da taxa de congestionamento. Quanto maior o intervalo de tempo melhores os resultados. Outra dificuldade decorre dessa constatação: a medição de taxa média de congestionamento, como proposto pela Meta Nacional 5/2014 do CNJ. Certamente a média entre os resultados dos anos de 2012 e 2013 é maior que o resultado acumulado dos mesmos anos. O indicador taxa de congestionamento precisa ser questionado em sua validade, em sua utilidade como medida estratégica.

3 CONCLUSÃO

Os indicadores possuem função essencial em nossa sociedade, como medidas representantes de realidades diversas.

A taxa de congestionamento, de utilização habitual no ramo da Justiça, possui peculiaridades que infirmam seu caráter de indicador estratégico de efetividade.

A realidade do exercício jurisdicional provoca a existência de um “passivo necessário”, que impede a situação “estoque igual a zero” e, por conseguinte, a efetividade total (cem por cento de vazão processual).

A redução na taxa de congestionamento de um tribunal pode ocultar o aumento de processos pendentes, ou seja, o acúmulo de processos não solucionados. A taxa de congestionamento possui comportamento variável e inconsistente como medida de efetividade.

Além disso, há a dificuldade em se tratar de taxa média, bem como definir qual o intervalo de tempo adequado para mensuração, uma vez que, como demonstrado, a ampliação do período de referência faz cair bruscamente a taxa de congestionamento.

Defendemos o avanço no estudo dos indicadores como medidas estratégicas e, no caso específico da taxa de congestionamento, a alteração de paradigma teórico, de modo a que expresse, com consistência e validade, a efetividade processual dos tribunais.

REFERÊNCIAS

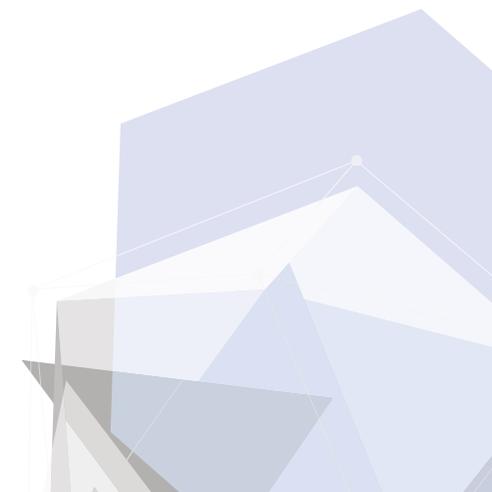
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Indicadores*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numeros_2003.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2016.

FINNISH. Environment Institute. *Indicators: what are they?* Disponível em: <http://www.vyh._/eng/environ/sustdev/indicat/indikmar.htm>. Acesso em: 03 jul. 2016.

SOARES, J. S. F. *Indicadores de bem-estar social nos Municípios da bacia hidrográfica do Rio Guaribas - Piauí*. 2003. p. 4.

CASOS CONCRETOS – TRT 18ª REGIÃO



CONCILIAÇÃO HUMANISTA: UMA ANÁLISE DAS PRÁTICAS CONCILIATÓRIAS NO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO¹

Layre Saraiva de Lira Correia do Vale²

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo as práticas conciliatórias no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, que tem jurisdição no estado de Goiás. Este artigo tem como objetivo principal analisar até que ponto o regional goiano trabalhista incorpora a humanização da conciliação, tanto no que diz respeito à preparação e qualificação de servidores/conciliadores, quanto ao comportamento adotado pelos magistrados de primeiro grau. As conclusões resultaram da análise de: publicações pertinentes ao tema, questionários aplicados aos magistrados do órgão pesquisado e material do curso ofertado aos seus servidores/conciliadores.

Palavras-chave: Conciliação. Humanização. Justiça do Trabalho.

ABSTRACT

This work aims to study the conciliatory practices within the Labor Court of the state of Goiás - Brazil. The main objective of this article is to analyze the extent to which the court embrace the humanization of conciliation, concerning to the preparation and qualification of civil servants / conciliators and to the behavior adopted by the first degree judges. The conclusions were based on the analysis of: published studies relevant to the topic, questionnaires applied to the judges of the organ searched and the topics studied in the course offered to the servants / conciliators.

¹ Trabalho apresentado no curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho, da rede de ensino LFG/Anhanguera sob a orientação da Profª. Poliana Vanso Palma.

² Bacharela em Turismo e em Direito. Servidora pública federal. Analista Judiciário do TRT da 18ª Região, atualmente lotada no Gabinete do Desembargador Gentil Pio de Oliveira, exercendo a função de assistente.

Keywords: *Conciliation. Humanization. Labor Justice.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Conciliação humanista: experiência do TRT da 13ª Região – Paraíba. 3. Práticas conciliatórias no TRT da 18ª Região. 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade analisar as práticas conciliatórias no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, com o objetivo principal de verificar até que ponto o regional goiano trabalhista incorpora a humanização da conciliação, tanto no que diz respeito à preparação e qualificação de servidores/conciliadores quanto ao comportamento adotado pelos magistrados de primeiro grau.

O Poder Judiciário brasileiro é, hodiernamente, muito criticado no que diz respeito à morosidade nas tramitações processuais. É sabido que há ações que ficam paralisadas por anos, aguardando decisões monocráticas ou colegiadas.

A Justiça do Trabalho tem, historicamente, se mostrado mais ágil que as demais, entregando com maior celeridade a prestação jurisdicional. É o que afirma Vasconcellos, em artigo publicado para a Revista Consultor Jurídico, publicada na internet (Vasconcellos, Marcos de. **Justiça do trabalho é a mais célere, diz levantamento**).³

A justiça mais rápida do país é a do trabalho. Enquanto em outros ramos do Judiciário, pessoas esperam mais de um ano para o julgamento de suas ações judiciais, um processo em um Tribunal Regional do Trabalho leva, em média, 4 meses até ser julgado. Em 2011, a média de espera foi de 118 dias. Nos dois anos anteriores, esse número era de 119 e, em 2007, a espera chegava a 132 dias.

Todavia, é crescente o número de novos processos ajuizados nessa justiça especializada, anualmente.

³ Revista Consultor Jurídico, 7 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-07/justica-trabalhista-celere-anuario-justica-trabalho>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

O relatório geral da Justiça do Trabalho, de 2016, publicado pelo Tribunal Superior do Trabalho (Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/3bd84696-5b95-56dc-1a66-29b804f92d39>>. Acesso em: 23 out. 2017), revela que 2.756.214 novas ações foram recebidas pelas varas do trabalho em 2016, sendo que em 2015 o número foi de 2.636.681, o que mostra um aumento de 4,53% nas demandas apresentadas ao primeiro grau de jurisdição trabalhista.

O mesmo relatório informa que, em 2016, 2.687.198 processos foram julgados pelos magistrados nas varas e, dentre eles, 1.042.875 foram conciliados, o que representa um percentual de 38,81% das demandas solucionadas.

Por fim, o resumo estatístico demonstra que há um residual de processos em fase de execução, tramitando nas varas do trabalho de todo o país, na quantidade de 2.518.737.

É diante deste “gargalo” que se acredita que a conciliação mostra-se eficaz e, por isso, é objeto de estudo deste trabalho.

A conciliação atende ao princípio da celeridade, pois possibilita que a solução do conflito aconteça de forma mais rápida, e da economicidade, já que menos processos em andamento significa menos gastos para os cofres públicos, neste caso, para a União.

O estudo demonstrará que o uso de práticas conciliatórias humanistas, não somente pelo juiz do trabalho, mas também pelos servidores/conciliadores, contribuirá para o aumento do índice de conciliação no TRT da 18ª Região.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo será visto o conceito de conciliação humanista, com citação das práticas de conciliação implementadas no TRT da 13ª Região. O segundo capítulo verificará a inserção de preceitos humanistas nas práticas conciliatórias adotadas por magistrados e servidores no TRT da 18ª Região.

Para alcançar o desiderato científico proposto, quanto à ciência, será utilizada a metodologia de codificação da face mensurável da realidade social. Quanto à natureza, será feito um resumo de assunto, já que não se discorrerá sobre um fato novo, e sim fazendo um apanhado do que se tem publicado sobre o tema, concomitantemente à análise de uma realidade.

Será realizado tanto um levantamento bibliográfico, com estudo das publicações pertinentes ao tema, bem como um trabalho de campo. A pesquisa literária inicial consistirá na análise do material didático do curso de formação oferecido pelo regional goiano a seus servidores, a fim de verificar se foi abordada a humanização do trato conciliatório entre partes, advogados e conciliadores. Numa segunda fase serão aplicados questionários aos magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

A forma de abordagem será tanto qualitativa quanto quantitativa, já que, por meio da quantificação dos magistrados que utilizam técnicas conciliatórias de cunho humanístico é que se chegará à resposta da questão central do trabalho.

Os instrumentos adotados para a coleta de dados serão questionários fechados, contendo 3 perguntas, que serão aplicados a alguns dos magistrados do já mencionado regional.

2 CONCILIAÇÃO HUMANISTA – EXPERIÊNCIA DO TRT DA 13ª REGIÃO – PARAÍBA

Como já visto, é crescente o número de ações ajuizadas na Justiça do Trabalho. Espera-se, com a implementação da tão falada “reforma trabalhista” (Lei 13.467, de 13 de julho de 2017), que o crescimento deste número será ainda mais veloz, em decorrência das dúvidas e diferentes interpretações que a alteração da legislação ainda trará.

Considerando a urgência de se buscar meios de dar celeridade à tramitação processual e desafogar o sobrecarregado sistema judiciário, impõe-se deixar de lado a retórica de que a conciliação é inerente à Justiça do Trabalho e, ao mesmo tempo, implementar técnicas e modos eficazes de solução dos conflitos.

Os métodos consensuais de solução dos conflitos vêm sendo considerados os meios mais econômicos e eficientes para pôr fim aos litígios trabalhistas.

Em 30 de setembro de 2016 o CSJT – Conselho Superior da Justiça do Trabalho, editou a Resolução número 174, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista, com a clara intenção de fomentar as cul-

turas da paz social e da solução amistosa dos confrontos de interesses, desjudicializando os conflitos, a fim de diminuir as taxas de congestionamento. O TRT da 13ª Região (Paraíba) tem núcleo de conciliação instalado desde 2012 e vem obtendo grande sucesso no índice de acordos trabalhistas realizados.

A juíza Nayara Queiroz Mota de Sousa foi a precursora da metodologia da conciliação humanista naquele órgão judiciário, aplicando seus conhecimentos científicos acerca do assunto, na organização e funcionamento do núcleo de conciliação.

Ganhador do prêmio INNOVARE – Edição XI – 2014, referido núcleo de conciliação foi descrito como um setor que

Atingiu 91% de êxito nos acordos judiciais em 2013, porque privilegia a conciliação como meio de solução dos conflitos de interesse, na medida em que instala um espaço de fala autêntica e escuta ativa, que foi ambientado especificamente para a realização da tentativa conciliatória. Os magistrados-conciliadores e servidores são capacitados com a metodologia da conciliação humanista e a pauta de audiência é exclusivamente destinada ao acordo judicial, de modo que o tempo de cada sessão é pensado para que seja viável à facilitação do diálogo. Os jurisdicionados são acolhidos para que tenham a sensação de pertencimento, tranquilizem-se e possa desenvolver o seu potencial interno para resolver os conflitos de interesse, conforme suas vontades, extraindo decisões conscientes e responsáveis.⁴

A Justiça do Trabalho da Paraíba inovou no Poder Judiciário com a criação do Núcleo de Conciliação, adotando a metodologia da conciliação humanista. Esta metodologia habilita o magistrado como facilitador do diálogo, através da adoção da prática da Abordagem Centrada na Pessoa, proposta pelo psicólogo e pesquisador Carl Ranson Rogers.

O Nucon foi implantado pela Justiça do Trabalho da Paraíba como medida de ampliar o acesso à Justiça. Foi instalado em um espaço físico humanizado, especialmente ambientado para atender aos jurisdicionados, sem hostilidade, formalidade e com acolhimento. O local de realização das audiências foi cientificamente estruturado, objetivando emanar clima de paz e tran-

⁴ Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/nucleo-de-conciliacao-humanista-20140524091121320798>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

quilidade, por meio de cores claras e alegres, mesas redondas (que favorecem a proximidade entre partes, advogados e conciliadores), sala de espera confortável, café e bombonieres disponíveis, obras de arte na decoração.

Em um ambiente mais tranquilo e acolhedor é mais provável que as reais intenções das partes venham à tona, o que propicia ao conciliador decifrar o que está por trás da lide – os reais desejos dos litigantes (lide secundária). Descortinadas as intenções e desejos pessoais das partes, tornar-se mais fácil ao juiz ou servidor intermediador despertar o ânimo conciliador.

Os servidores e magistrados foram previamente capacitados com a abordagem teórica sobre a conciliação humanista.

A Resolução número 174 do CSJT⁵ foi editada com o fito de estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas conciliatórias já adotadas nos Centros Judiciários ou Núcleos de Conciliação, criados nos Tribunais Trabalhistas após a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Com o objetivo de uniformizar os procedimentos de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, referida norma conceitua conciliação como o

[...] meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio.

A conciliação é, acima de tudo, um encontro de pessoas, onde a imprevisibilidade do discurso das partes e advogados requer preparo emocional do intermediador (conciliador) para que esteja apto a encarar com naturalidade (e amor) as diferenças e o estranhamento que vierem à tona no momento da audiência.

Aplica-se a abordagem centrada na pessoa (Carl Rogers) à conciliação, na medida em que se valoriza o ouvir sem julgar, com imparcialidade

⁵ Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/nucleo-de-conciliacao-humanista-20140524091121320798>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

de e sem imposição ou demonstração de poder. Nessa linha, o conciliador age como facilitador do diálogo, de forma que todos os envolvidos sejam tratados com igual valor, independentemente de suas experiências pretéritas, o que abre caminho para a fala autêntica, despida de medo ou vergonha.

A conciliação num viés humanista contribui para a desconstrução da imagem de austeridade que se faz dos tribunais, fazendo nascer a imagem de justiça pacificadora, promotora da paz social. E, nesse aspecto, a psicologia comportamental deve ser especialmente considerada no que diz respeito à preparação e qualificação dos magistrados e servidores que exercem o papel de conciliadores.

O artigo 846 da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, reza que “Aberta a audiência, o juiz presidente proporá a conciliação”. É entendimento pacífico na jurisprudência que existe uma obrigatoriedade na tentativa conciliatória, por parte do juiz, antes que se discutam preliminares ou o mérito do processo. Entretanto, esse momento em sala de audiência, reservado para a tentativa de conciliação, fica prejudicado em decorrência do volume de trabalho que pesa sobre os ombros do magistrado trabalhista. A pressa em realizar inúmeras audiências não permite que haja tempo suficiente para ouvir as partes, suas versões, seus anseios e, assim, sugerir propostas de acordo.

Acredita-se que diminuir as formalidades que circundam a sala de audiências, fazendo com que o magistrado, partes e advogados se aproximem, facilita a conciliação. A ansiedade e, muitas vezes, o medo e o rancor causados pelo litígio que se instaurou, agregados à formalidade da sala de audiência, do “juridiquês”, na maioria das vezes não compreendido pelos litigantes, inibem e afastam ainda mais as pessoas.

Propiciar o diálogo significa viabilizar que uma parte escute a outra, deixando que elas se aproximem, com humildade, passem a se respeitar, admitindo uma a existência humana da outra, isso faz com que haja uma responsabilização sobre o problema existente entre elas e uma conscientização da parte que toca a cada um – compreensão da versão do outro.

Para a juíza Nayara Queiroz

As posturas distantes e impessoais de alguns magistrados, que dificultam o fluir da fala, limitam a participação ativa dos conflitantes e inviabilizam a possibilidade de abertura para

novos pontos de vistas sobre o conflito, causam angústia e frustração e, muitas vezes, geram a insatisfação com a atuação do Poder Judiciário.⁶

3 PRÁTICAS CONCILIATÓRIAS NO TRT DA 18ª REGIÃO

O Regional goiano tem sido destaque no país em razão das inovações e práticas que valorizam a cultura conciliatória.

A Resolução 174 do CSJT determinou que os Tribunais Regionais de Trabalho instituam Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (NUPEMEC-JT) e Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSC-JT), com o fito de disseminar a cultura de pacificação social, observando as diretrizes consignadas naquela norma.

Em cumprimento à Resolução, o TRT da 18ª Região editou a Resolução Administrativa nº 29 de 2017, que regulamentou o funcionamento do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas - NUPEMEC e transformou a já existente Câmara Permanente de Conciliação em Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas - CEJUSC, em sua jurisdição.

Preparar os servidores que atuam como conciliadores nas varas do trabalho sempre foi uma preocupação na 18ª Região. Mesmo antes da obrigatoriedade de implantação dos CEJUSC, muitos órgãos, ainda que sem núcleo criado por meio de portaria, já realizavam audiências de conciliação paralelas às instruções. Esse foi o caminho encontrado por muitos magistrados para driblar o afogamento no meio de tantos processos a serem colocados em pauta.

Sabendo disso, o Regional ofereceu, ao longo do tempo, cursos preparatórios, para que os servidores angariassem conhecimentos como: técnicas de redação de ata de audiências, como calcular verbas rescisórias, autonomia e ética do conciliador perante partes e advogados, como identificar lides simuladas etc.

No ano de 2017, 31 servidores do TRT de Goiás designados para atuar nos CEJUSCs foram capacitados em um curso de 104 horas (entre prática e teoria), o qual servirá como modelo para a formação unificada de conciliadores e mediadores na Justiça do Trabalho do Brasil.

⁶ Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/timoteosantos9/18881542012211037>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

Apesar de não tratar exatamente da conciliação humanista, como aqui colocada, o curso propiciou aos servidores conhecimentos em áreas da psicologia e sobre análise comportamental, como a moderna teoria do conflito (com abordagem sobre análise e compreensão de comportamentos e as condições construtivas, alinhadas em consonância com o princípio da cooperação).

Chama atenção um dos objetivos específicos de aprendizagem no plano do curso: “compreender a importância do autoconhecimento na gestão das emoções que surgem no ambiente de negociação”. Isso demonstra o interesse do Regional para que seus servidores tenham formação de cunho humanístico, pois denota a preocupação no saber lidar com as emoções do outro.

A juíza Wanda Lúcia Ramos apresentou discussões e reflexões abordando o afeto e a ternura nas relações. Revelou o conceito de empatia, também, por meio do filme Patch Adams – O amor é Contagioso (1998).

Os alunos puderam aprender sobre técnicas de negociação, como rapport, escuta ativa e validação.

Sobre as técnicas de conciliação, foi discutida a percepção do conciliador como um mediador, capaz de dar empoderamento às partes, permitindo que estas cheguem a uma conclusão sobre qual a melhor forma de pôr fim ao litígio, sem grandes interferências do intermediador.

Vê-se que o Tribunal caminha para uma percepção de que não basta aos conciliadores o saber sobre direito e processo do trabalho, mas é necessário que tenham uma formação humanística, ou seja, que apliquem técnicas que favoreçam o diálogo pacífico entre as partes.

Todavia, para o alcance desse desiderato, é preciso que se abra da mão da formalidade, do ambiente austero, como bem leciona a juíza Naylor, do TRT da Paraíba:

O conflito quando se judicializa se apresenta na sua forma coisificada, sendo imprescindível a atuação adequada do conciliador para permear as aporias e apresentar possibilidades para a retomada do diálogo. Entretanto, os sentimentos insatisfatórios advindos do conflito, aliados à ansiedade, a linguagem formal e especializada, que dificultam a compreensão e a comunicação, à relação de poder e dominação e ao ambiente hostil, oferecidos pelo Poder Judiciário, ampliam as aporias do conflito. A proposta da conciliação humanista objetiva qualificar o magistrado-conciliador para atuar como facilitador do diálogo.

Nesse aspecto, é imprescindível que os magistrados reflitam sobre a postura que apresentam em sala de audiência, no trato com as partes e advogados, especialmente na tentativa de se chegar à conciliação.

A fim de conhecer um pouco do comportamento dos juízes da 18ª Região, foram enviados, por meio eletrônico, questionários com 5 perguntas fechadas, a 75 magistrados, em julho de 2015. Foram obtidas 33 respostas, sendo que 3 arquivos devolvidos estavam corrompidos ou com problemas de leitura.

Das respostas obtidas, apenas 6 magistrados afirmaram que sentam-se em cadeira localizada no mesmo nível e próxima às cadeiras das partes e procuradores. Ora, a distância do juiz dificulta que ele aproxime as partes e as conduza à fala autêntica.

É fato notório que muitos já adentram a sala de audiências com medo do juiz, em parte porque sabem que têm culpa ao dar causa à demanda, mas muitas vezes também porque no imaginário popular o juiz é uma pessoa distante das demais, indivíduo com inteligência excepcional e que tem nas mãos o poder de decidir o rumo da vida daqueles que litigam num processo judicial.

Mas essa imagem precisa ser desconstruída. É preciso que o povo veja o magistrado trabalhista como um pacificador, como alguém próximo, acessível, disposto a ouvir as demandas e a facilitar o diálogo.

Dos 30 entrevistados, 24 disseram que utilizam uma linguagem informal na sala de audiências e apenas 16 conversam com as partes antes de falar sobre o objeto da lide em si, abordando, por exemplo, questões pertinentes às suas vidas pessoais. Além disso, 28 permitem que os litigantes conversem livremente, por vezes sem sua interferência.

Diante dessas informações, entende-se que para humanizar o ato conciliatório é premente a necessidade de conscientização dos juízes, no sentido de que precisam utilizar uma linguagem mais coloquial para que possam contribuir para a retomada do diálogo entre os litigantes, que, em regra, estão avessos um ao outro.

É imperioso dizer que usar essa técnica não significa se igualar hierarquicamente às partes. Por óbvio, quando o conciliador é o juiz, há de se deixar claro que esse é quem preside a audiência, que tem o domínio da

sequência dos atos que serão ali praticados, com poder de dizer quando se dará prosseguimento ao feito por não se ter conseguido conciliar. Todavia, o magistrado pode impor respeito e se aproximar das partes por meio do diálogo, “falando a sua língua”, sem desmerecer seu vasto conhecimento: trata-se, apenas, de uma técnica, que muito contribuirá para o aumento dos índices de acordo.

O magistrado precisa se despir da imponência e deixar que as partes falem e se coloquem uma no lugar da outra, para que diferentes perspectivas do problema sejam vistas e sentidas, assim, o conciliador/juiz contribuirá para que haja empatia entre os contendores e, visto o problema por outro ângulo, surja a possibilidade de se abrir mão do que tanto se esperava para chegar a uma proposta de acordo.

Considerando a escassez de tempo para realizar audiências conciliatórias dentro dessa perspectiva humanista, os CEJUSCs apresentam-se como a saída para a elaboração de pautas com espaço de tempo considerável entre as audiências, de forma que o diálogo livre possa ser instaurado, sem interrupções.

A qualificação dos magistrados e servidores deve ocorrer de forma que ambos tenham acesso aos mesmos conteúdos, já que os servidores/conciliadores devem ser supervisionados pelo Juiz Coordenador da Unidade a que esteja vinculado, nos termos da Resolução nº 174 do CSJT.

4 CONCLUSÃO

Portanto, foi possível constatar que humanizar o ato conciliatório significa ter sensibilidade, inteligência emocional, para que então se esteja apto a aplicar técnicas ou ferramentas de negociação.

Viu-se que o TRT da 18ª Região caminha nesse entendimento, mas é preciso dizer que o que se propõe neste trabalho suplanta o uso de técnicas de negociação. Há de se estabelecer nos Tribunais Trabalhistas uma cultura de conciliação, embasada numa mudança comportamental consistente na valorização de princípios e sentimentos como o amor ao próximo, o respeito, a humildade, a tolerância, independentemente do cargo ocupado pelo conciliador.

Por óbvio, as técnicas são indispensáveis, mas sem a compreensão do complexo de sentimentos que envolvem a valoração do ser humano, do indivíduo litigante, a aplicação dessas técnicas torna-se inócua.

Para agir com empatia, o conciliador deve receber qualificação específica, pois o mister envolve não só conhecimento jurídico, o qual será usado fundamentalmente para argumentar sobre as vantagens do acordo, mas, especialmente, conhecimento nas áreas da psicologia e filosofia, como os fundamentos da Abordagem Centrada da Pessoa e inteligência emocional.

Todavia, o treinamento é diário, pois trata-se de um estilo de vida, uma forma respeitosa, amorosa e paciente no lidar com todos os seres humanos, independentemente da situação em que acontecem os encontros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de primeiro de maio de 1943*. Aprova a consolidação sobre as leis do trabalho.

BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado*. Fórum, 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem – mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010*. 4ª ed., 2014.

COSTA, Fábio Natali; BARBOSA, Amanda. *Magistratura e formação humanística*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. *Conciliar é legal? Para quem?* Disponível em: <professorbezerraleite.blogspot.com.br >. Acesso em: 20 mar. 2015.

MENDES, José Fernando Teixeira. *Necessidade da conciliação na Justiça do Trabalho*. Monografia apresentada à Universidade Gama Filho como requisito parcial para obtenção do título de especialista em direito do trabalho e direito processual do trabalho. Goiânia, 2009.

MORAES, Mônica Rodrigues Campos. *Humanização da justiça – uma abordagem conceitual*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=576>. Acesso em: 25 mar. 2015.

PINHEIRO, Rogério Neiva. *Negociação trabalhista: como negociar em audiências de conciliação*. São Paulo: LTr, 2016.

PRÊMIO INNOVARE, 11ª ed, 2014. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/nucleo-de-conciliacao-humanista-20140524091121320798>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

RELATÓRIO GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/3bd84696-5b95-56dc-1a66-29b804f92d39>>. Acesso em: 23 out. 2017.

RESOLUÇÃO CSJT Nº 174, de 30 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023>. Acesso em: 18 dez. 2017.

SOUSA, Nayara Queiroz Mota de. *Conciliação humanista: a tentativa conciliatória através da facilitação do diálogo*. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/timoteosantos9/18881542012211037>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

VASCONCELLOS, Marcos de. *Justiça do trabalho é a mais célere, diz levantamento*. Revista Consultor Jurídico, 07 ago. de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-07/justica-trabalhista-celere-anuario-justica-trabalho>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

VIEIRA, Emanuel Meireles; FREIRE, José Célio. Alteridade e psicologia humanista: uma leitura ética da abordagem centrada na pessoa. *Estudos de psicologia*. Revista trimestral do programa de pós-graduação em psicologia – Puc-Campinas, v. 23, n. 4, out./dez., 2006.

