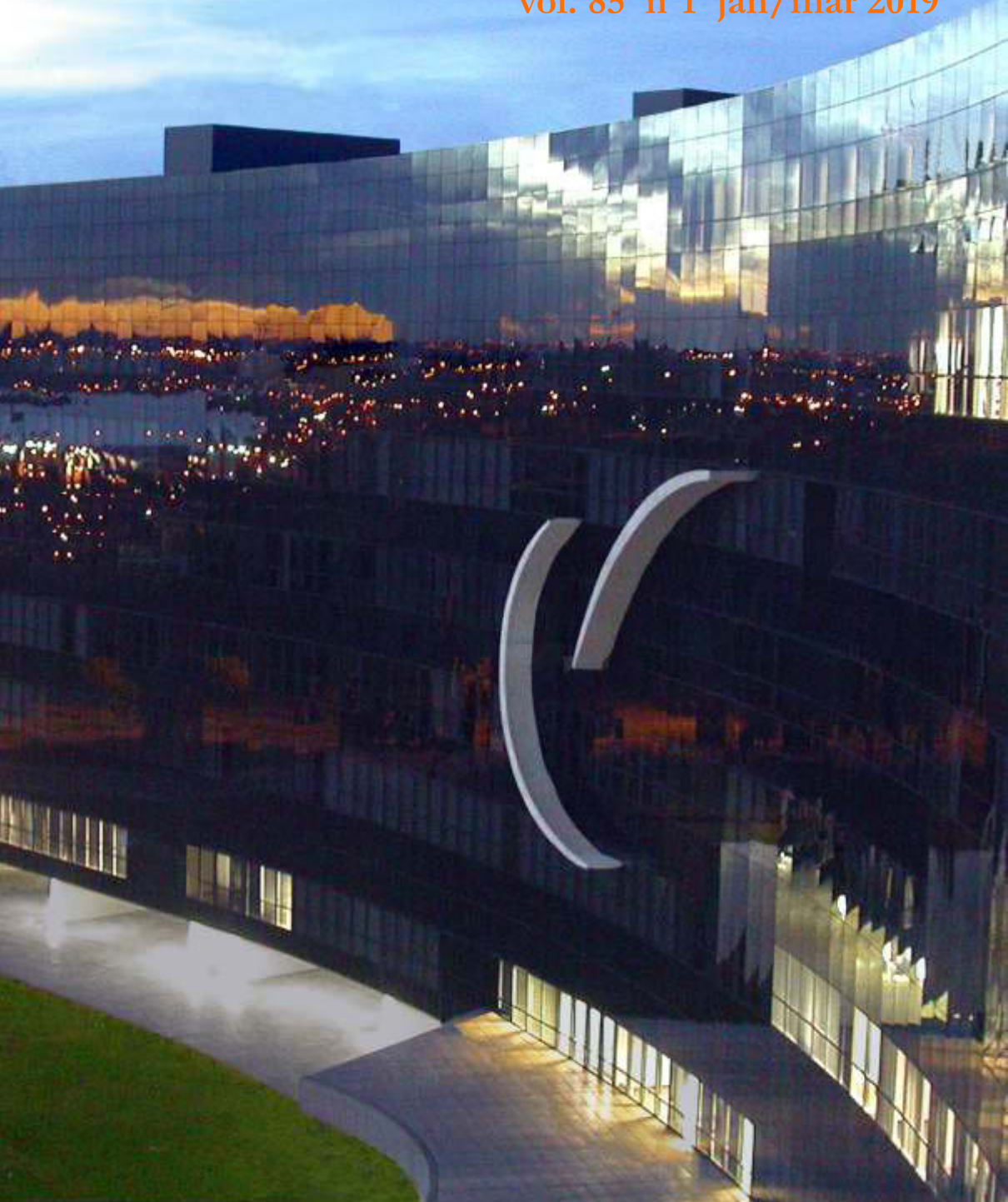


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 85 n°1 jan/mar 2019



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro João Batista Brito Pereira
Presidente

Ministro Renato de Lacerda Paiva
Vice-Presidente

Ministro Lelio Bentes Corrêa
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Conselho Editorial
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (*presidente*)
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Maria Helena Mallmann
Ministro Hugo Carlos Scheuermann (*suplente*)
Comissão de Documentação

Ano 85 – nº 1 – jan. a mar. – 2019

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209 – CEP 01302-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010-, Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Virgínia Ramos Veríssimo

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: LexMagister

Tiragem: 700 exemplares

Os artigos publicados com assinatura não traduzem necessariamente a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209

01302-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 3019-0070

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann
Ministro Breno Medeiros
Ministro Alexandre Luiz Ramos
Ministro Luiz José Dezena da Silva

Órgão Especial

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Breno Medeiros

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Emmanoel Pereira
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann
Ministro Alexandre Luiz Ramos
Ministro Luiz José Dezena da Silva

Primeira Turma

Ministro Walmir Oliveira da Costa, Presidente
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Luiz José Dezena da Silva

Segunda Turma

Ministro José Roberto Freire Pimenta, Presidente
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministra Maria Helena Mallmann

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Alexandre Luiz Ramos

Quinta Turma

Ministro Emmanoel Pereira, Presidente

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministro Breno Medeiros

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga (Afastado temporariamente do exercício da jurisdição
– Membro do CNJ)

Ministra Kátia Magalhães Arruda, Presidente

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos (Convocada)

Sétima Turma

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Presidente

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Desembargador Roberto Nobrega de Almeida Filho (Convocado)

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



João Batista Brito Pereira (Presidente)



Renato de Lacerda Paiva (Vice-Presidente)



Lelio Bentes Corrêa (Corregedor-Geral)



Ives Gandra da Silva Martins Filho



Maria Cristina Peduzzi



Emmanoel Pereira



Aloysio Corrêa da Veiga



Luiz Philippe Vieira de Mello Filho



Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira



Dora Maria da Costa



Guilherme Augusto Caputo Bastos



Márcio Eurico Vitral Amaro



Walmir Oliveira da Costa



Maurício Godinho Delgado



Kátia Magalhães Arruda



Augusto César Leite de Carvalho



José Roberto Freire Pimenta



Delaíde Alves Miranda Arantes



Hugo Carlos Scheuermann



Alexandre de Souza Agra Belmonte



Cláudio Mascarenhas Brandão



Douglas Alencar Rodrigues



Maria Helena Mallmann



Breno Medeiros



Alexandre Luiz Ramos



Luiz José Dezena da Silva

Sumário

| | |
|--|-----|
| Editorial..... | 15 |
| 1. O art. 8º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.467/2017: uma reação hermenêutica ao ativismo judicial? <i>Article 8, §§ 2 and 3, of Statue no. 13.467/2017: an hermeneutical reaction to judicial activism?</i> <i>Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.....</i> | 19 |
| 2. O orçamento público como instrumento de autonomia e independência da Justiça do Trabalho <i>The public budget as an instrument of national sovereignty, autonomy and independence between the powers of the Republic</i> <i>Marcia Lovane Scott</i> | 34 |
| 3. Diretrizes para identificação da densidade dos poderes instrutórios do juiz no processo do trabalho <i>Guidelines for the identification of the judicial instructors powers in the labor law process</i> <i>Jairo Ramos Coelhos Lins de Albuquerque Sento-Sé</i> | 59 |
| 4. Perspectivas do teletrabalho como forma de harmonização do interesse de empregados e empregadores <i>Perspectives of telework reconciling employees and employers demands</i> <i>Lucas Kouji Kinpara e Pedro Augusto Vecchi Moreira</i> | 82 |
| 5. Repercussões do trabalho artístico no desenvolvimento das crianças <i>Repercussions of artistic work in children's development</i> <i>Manoela Garcia Feula Keppler</i> | 111 |
| 6. A relação entre acidentes de trabalho e doenças ocupacionais com a jornada de trabalho e tempo mínimo de contribuição para a Previdência Social <i>The relationship between work accidents and occupational diseases with the work day and minimum time of contribution for Social Security</i> <i>Ana Carolina Comelli</i> | 128 |
| 7. Receita sindical: impactos da reforma trabalhista <i>Union revenue: impacts of labor reform</i> <i>Alexandre Augusto Zaghini Crasto, Ana Cleusa Delben e Pedro Henrique de Campos Lopes Ferreira</i> | 158 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 8. | Acidente de trabalho concausa: a responsabilidade civil do empregador e o nexo causal <i>Accident of work concause: the civil responsibility of hte employer and the causal link</i> <i>Ana Flávia Coelho dos Santos e Jesula Mariza de Lima</i> | 185 |
| 9. | Produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (e a exibição de documentos) no processo do trabalho <i>Previous production of proof without the requirement of the emergency (and document display) in the procedure labour</i> <i>Júlio César Bebbber</i> | 209 |
| 10. | <i>Compliance</i> trabalhista: a autilização da lei anticorrupção como instrumento de prevenção de conflitos de natureza trabalhista <i>Labor compliance: the use of the anticorruption law as an instrument for the prevention of conflicts os labor nature</i> <i>Uérlei Magalhães de Moraes</i> | 238 |
| 11. | Entre a família e o trabalho: a tutela laboral e os impactos nas famílias pós-modernas <i>Between family and work: labor protection and the impact on families post-modern</i> <i>Victor Hugo Bueno Fogaça e Leticia Gioia Diniz</i> | 264 |

Editorial

Desde que começou a receber artigos por meio de edital, no ano de 2018, convidando aqueles que desejam escrever e publicar seus estudos, ideias e pesquisas, a *Revista do TST* vem recebendo número crescente de artigos, sendo que, para este primeiro número de 2019, chegaram mais do que poderiam ser publicados nos 4 volumes lançados por ano. Isso demonstra o interesse e a importância que a Revista desperta na comunidade jurídica trabalhista.

A seleção dos artigos que compõem o presente número foi feita pela Comissão de Documentação e Memória tendo em vista não apenas a atualidade da temática, a profundidade da abordagem e o atendimento aos parâmetros especificados no edital, mas também abranger um espectro maior de visões diferentes das questões trabalhistas, de modo a que não se privilegie um ou outro viés ideológico. Ou seja, se busca dar à Revista um caráter pluralista e democrático.

Nesse sentido, a Revista prestigia tanto os ministros que compõem a Corte – vide o excelente artigo sobre o ativismo judicial da Ministra Maria Cristina Peduzzi – como de seus servidores – cfr. o substancial artigo da Dra. Marcia Lovane Sott, Secretária-Geral do CSJT, sobre a questão orçamentária da Justiça do Trabalho.

Tanto a seara do direito material (teletrabalho, trabalho artístico, responsabilidade civil do empregador) quanto a processual (produção antecipada de provas e poderes instrutórios do juiz), sindical (receitas sindicais) e previdenciária (contribuições previdenciárias e acidente de trabalho) foram abrangidas. Ademais, também foi dada ênfase aos temas mais filosóficos: *compliance* e equilíbrio família-trabalho.

A titulação acadêmica dos articulistas – mestres ou doutores –, como sua procedência profissional – juízes, advogados e procuradores –, dá à Revista sua dimensão polifacética, prestigiando a todos os cultores do direito e seus operadores.

Dada a qualidade dos artigos recebidos, tanto os ora publicados quanto os que não compõem este número, decidiu-se encaminhar às mais tradicionais revistas jurídicas da seara trabalhista os artigos não publicados, de modo a que seus autores não se vejam frustrados e possam ver suas ideias e estudos divulgados, nesta ou em outras publicações do ramo, conforme a disponibilidade de espaço que tenham e os critérios de seleção que adotem.

Naturalmente, a reforma trabalhista de 2017 inspira grande parte dos artigos ora publicados, buscando interpretar e compreender seus comandos e institutos. Assim, espera-se que este novo número da *Revista do TST* seja mais uma contribuição para o debate jurídico e a solução dos problemas que surgem na implementação da Justiça Social e na harmonização das relações trabalhistas em nosso país.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

Ives Gandra da Silva Martins Filho

Ministro Presidente da Comissão de Documentação e Memória

Doutrina

O ART. 8º, §§ 2º E 3º, DA LEI Nº 13.467/2017: UMA REAÇÃO HERMENÊUTICA AO ATIVISMO JUDICIAL?

*ARTICLE 8, §§ 2 AND 3, OF STATUE NO. 13.467/2017: AN
HERMENEUTICAL REACTION TO JUDICIAL ACTIVISM?*

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*

RESUMO: O presente estudo tem por objeto a interpretação e aplicação do art. 8º, §§ 2º e 3º, da CLT, introduzidos pela Lei nº 13.467/2017. Os novos dispositivos acrescidos são interpretados como medida de contenção judicial. As normas acrescentadas impedem a criação jurisprudencial de direitos e obrigações não previstos em lei, bem como restringem o exame da validade de normas coletivas aos elementos essenciais do negócio jurídico. O artigo discute a compatibilidade da alteração legislativa com teorias recentes da decisão judicial, que, identificando no ativismo judicial um elemento próprio das democracias contemporâneas (Hirschl), prescrevem a observância estrita da legislação (Waldron) e a autocontenção dos juízes (Sunstein).

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Reforma Trabalhista. Hermenêutica Jurídica.

ABSTRACT: The article discusses the interpretation and application of Article 8, §§ 2 and 3, of the Consolidation of the Labor Laws, added by Statute no. 13.467/2017. The new legal norms are interpreted as a constraint to judicial activity. The new norms not only forbid the creation of rights and legal obligations through non-binding precedents, but also prevent judges to evaluate the content of collective bargaining agreements, by authorizing only the analysis of the contract's essential elements. The article discusses the compatibility between the statutory innovation and recent theories of judicial decision, which regard judicial activism as a proper element of contemporary democracies (Hirschl), prescribing the strict adherence to legislation (Waldron) and judicial self-restraint (Sunstein).

KEYWORDS: Judicial Activism. Labor Law Reform. Legal Hermeneutics.

Introdução

O conceito de Estado de Direito se confunde com a ideia de segurança jurídica. Uma sociedade democrática livre, regida pelo direito, somente é possível caso seus cidadãos tenham expectativas normativas estáveis a respeito de seus direitos e deveres. E essa estabilidade social é a consequência mais direta da adoção de uma ordem jurídica que institucionaliza no seu âmago o princípio da segurança jurídica.

* *Ministra do Tribunal Superior do Trabalho; mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB).*

DOCTRINA

O crescimento comercial, econômico, financeiro e a estabilidade social que o Ocidente viu desde o fim do século XVI somente foram possíveis com a evolução institucional do Estado de Direito. Um governo centralizado, capaz de unificar o sistema de pesos e medidas e de adotar uma moeda única no plano nacional, foi essencial para diminuir os custos de transação das relações comerciais. Mas não apenas isso: o passo decisivo foi a garantia concreta de que o governante deveria respeitar os direitos individuais de propriedade, assegurando aos empreendedores a previsibilidade institucional necessária para assumir riscos calculados com intuito de lucro futuro.

Em suma, a estabilização civilizatória dos últimos séculos somente foi possível porque o Estado passou a garantir aos particulares a segurança jurídica. Como bem nos lembra Max Weber, “a racionalização e a sistematização do direito em geral e (...) uma crescente calculabilidade do funcionamento do processo jurídico em particular, constituíram uma das mais importantes condições para a existência de (...) empreendimentos capitalistas, que não podem passar sem segurança jurídica”¹. Somente com a certeza do direito a partir de leis abstratas aplicáveis a todos, que é o cerne da ideia de Estado de Direito, as atividades econômicas podem ser estruturadas consoante planejamento adequado, antecipando as consequências jurídicas futuras de suas ações.

No âmbito das relações trabalhistas, a excessiva oscilação da jurisprudência tem sido criticada como fonte de insuperável insegurança pelos agentes privados. A incerteza quanto ao marco normativo de regência da relação trabalhista induz potenciais empregadores a adotarem atitudes economicamente mais conservadoras. Ao invés de contratar mais empregados e expandir seus negócios, a incerteza jurisprudencial leva muitos empresários a optarem por contratar menos e diminuir o ritmo de crescimento econômico para reduzir o risco de sofrerem ações judiciais.

A estabilidade jurisprudencial é, por isso mesmo, um importante incentivo à atividade econômica. Certas das consequências jurídicas de decisões econômicas, empresários podem planejar adequadamente suas atividades e, como resultado, contratar mais e reduzir o desemprego.

Com esse espírito, a reforma promovida pela Lei nº 13.467, de julho de 2017, inovou no ordenamento jurídico ao instituir mecanismos legais de proteção à segurança jurídica. Pretendeu-se, primordialmente, combater o ativismo jurídico e a instabilidade que o acompanha, na medida em que os juízes

1 WEBER *apud* TRUBEK, David M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, p. 168, 2007.

ativistas tendem a desconsiderar a jurisprudência em prol da defesa de suas próprias concepções de justiça. A fim de alcançar tal objetivo, evitando-se a ampla oscilação jurisprudencial no âmbito das relações trabalhistas, o legislador buscou instituir restrições hermenêuticas e institucionais que merecem maiores discussões.

1 – Limitações institucionais e hermenêuticas estabelecidas pela Lei nº 13.467/2017

A reforma trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/2017 alterou substancialmente questões afeitas à interpretação, aplicação e integração do direito do trabalho, com especial atenção ao tema da autocontenção judicial². As alterações podem ser compreendidas em contexto de reação política ao que se considerou excessos da jurisprudência trabalhista, em especial no que diz respeito à definição da validade de normas coletivas.

Nesse sentido, destaco trechos do parecer do Senador Relator do Projeto de Lei na Comissão de Assuntos Sociais do Senado, Ricardo Ferraço, que opinou pela aprovação integral da reforma trabalhista. O Relatório denotou a constante preocupação com a insegurança jurídica gerada pelo ativismo judicial das Cortes trabalhistas. De acordo com o parecer, “(...) o ativismo judicial gera uma insegurança jurídica que inibe a própria autocomposição e a celebração de mais acordos. Quantas negociações coletivas benéficas a possivelmente milhões trabalhadores deixaram de ser feitas nos últimos anos no Brasil simplesmente porque as empresas receiam serem posteriormente condenadas pela Justiça?”. De acordo com ele, o ativismo “se caracteriza pela infame invasão das competências do Congresso Nacional; pela insegurança jurídica que inibe a criação de empregos; e por decisões impensadas que em seu conjunto acabam por prejudicar o trabalhador”³.

Com fundamento nessa percepção, o parecer indica a nova redação dada ao art. 8º da CLT como reação ao ativismo judicial, especialmente no que diz respeito aos §§ 2º e 3º, incluídos pela Lei nº 13.467/2017. Também o § 1º (antigo parágrafo único) sofreu alteração, no que diz respeito à admissibilidade do direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho. Na

2 MASSI, Alfredo. Interpretação, integração e aplicação do direito do trabalho, sob a ótica da reforma trabalhista. In: FIGUEIREDO, Carlos Artur *et. al.* (Org.). *Reforma trabalhista: novos rumos do direito do trabalho e do direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p. 19.

3 Ambas as passagens foram extraídas de: FERRAÇO, Ricardo. *Parecer ao PLC nº 38, de 2017*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5333909&ts=1534273719499&disposition=inline&ts=1534273719499>>. Acesso em: 17 out. 2018.

redação anterior, impunha-se a compatibilidade do direito comum (civil) aos “princípios fundamentais” do direito do trabalho, exigência não mais constante da norma legal.

Verifica-se, nesse aspecto, que o Legislador objetivou ampliar a aplicação dos princípios civilistas ao direito do trabalho, admitindo, sem ressalvas quanto à compatibilidade sistemática com princípios justralhistas, a possibilidade de sua aplicação subsidiária. Trata-se de consequência da mentalidade que orientou a reforma trabalhista, que visou valorizar a autonomia negocial das partes sujeitas a uma relação empregatícia, nos aspectos coletivo e individual. Tal impressão é confirmada pela leitura do § 3º do art. 8º. De acordo com o dispositivo, ao examinar normas coletivas, a Justiça do Trabalho está adstrita ao exame exclusivo da “conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104” do Código Civil, devendo balizar sua atuação “pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”⁴.

Além disso, o § 2º é dirigido frontalmente à questão do ativismo judicial. A norma proíbe explicitamente que o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho editem “súmulas e outros enunciados de jurisprudência” que restrinjam “direitos legalmente previstos” ou “criem obrigações que não estejam previstas em lei”. Trata-se de evidente busca de imposição da supremacia da legislação como postulado de hermenêutica jurídica, a indicar a observação estrita do direito legislado.

A alteração do art. 8º não passou incólume a críticas. Destaco dois argumentos como principais. O primeiro é o argumento *hermenêutico*. Segundo essa crítica, o novo § 2º do art. 8º incorporou uma teoria hermenêutica ultrapassada, adotada pela escola da exegese no século XIX, que compreendia a função

4 Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, por exemplo, sustentam que pouco mudou, ante a necessidade de as normas coletivas observarem os direitos mínimos estipulados na Constituição e por normas internacionais. De acordo com os autores, “(...) a interpretação racional, lógica, sistemática e teleológica do novo § 3º do art. 8º da Consolidação é no sentido de que a Justiça do Trabalho, ao examinar os preceitos constantes dos diplomas coletivos negociados (convenções coletivas e/ou acordos coletivos do trabalho), deve compreender o papel regulador complementar à ordem jurídica heterônoma estatal que é cumprido pela negociação coletiva trabalhista, respeitando, de maneira geral, os seus dispositivos celebrados. Entretanto esse respeito aos dispositivos celebrados pela negociação coletiva trabalhista não significa sufragar agressão frontal, por tais dispositivos, se houver, ao patamar civilizatório mínimo fixado pela Constituição da República e pelas normas internacionais imperativas sobre direitos humanos econômicos, sociais e culturais, inclusive trabalhistas. Não significa, igualmente, sufragar agressão frontal, por tais dispositivos, ao piso civilizatório fixado pelas normas legais imperativas federais de proteção às condições de trabalho, respeitadas, naturalmente, as ressalvas jurídicas pertinentes”. Cf. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 107.

jurisdicional como mero exercício silogístico de aplicação do direito. Ao juiz competia reproduzir a vontade do legislador, sem qualquer papel criativo. A crítica considera que, hoje, a partir das teorias hermenêuticas mais recentes – como a de Dworkin e Alexy –, o juiz é considerado ativo produtor do direito, que deve buscar no ordenamento jurídico não apenas regras, mas também os princípios que incidem no caso concreto. O segundo argumento, *institucional*, alega que o § 2º “revela mais uma incompreensão acerca da função judicial do que efetivamente enuncia uma restrição interpretativa”. Segundo a crítica, a própria natureza da jurisdição exige que o juiz pondere as técnicas científicas da hermenêutica jurídica, usando os métodos de interpretação literal, lógico-razional, sistemático e teleológico para evitar resultados interpretativos absurdos⁵.

Tais críticas, contudo, não se sustentam. Mais recentemente, o ativismo judicial tem sido bastante estudado como fenômeno institucional, e não apenas sob o prisma voluntarista contra o qual as críticas à reforma têm se dirigido. Contudo, compreender a premissa voluntarista dos discursos sobre o ativismo é essencial para entender a evolução teórica a respeito da questão.

2 – Segurança jurídica e ativismo judicial: a premissa voluntarista

O fenômeno do ativismo judicial tem sido muito discutido desde as décadas de 1980 e 1990, em virtude do reconhecimento, no âmbito internacional, do fracasso das abordagens positivistas quanto à hermenêutica jurídica. De acordo com positivistas como Hans Kelsen e Herbert Hart⁶, a própria necessidade intrínseca de interpretação das normas jurídicas torna impossível o controle da atividade judicial, uma vez que sempre existirá espaço residual de liberdade hermenêutica a ser preenchido por uma decisão concreta do julgador.

Abandonada a esperança de controlar a interpretação legal, surgiu uma nova questão: considerando a textura aberta do direito, que postura devem os juízes adotar ao interpretar a lei? Ainda nos anos 1960 e 1970, dois modelos antagônicos de interpretação judicial passaram a discutir esse problema – descritos por Ronald Dworkin como os modelos da *moderação judicial* e do *ativismo judicial*⁷.

5 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Op. cit.* p. 107.

6 Cf., a propósito, KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Tradução para o inglês da segunda edição alemã por Max Knight. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p. 348-356; e HART, Herbert L. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

7 OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Ativismo judicial, autorrestrrição judicial e o minimalismo de Cass Sunstein. *Diritto & Diritto*, v. 1, p. 1-21, 2008.

O paradigma da moderação judicial prescreve uma postura contida dos juízes, que deveriam se abster de avaliar a posição do Poder Legislativo em temas controversos. O Poder Judiciário não deveria jamais questionar a validade da lei, mas apenas avaliar o procedimento formal adotado pelos órgãos legislativos. Segundo essa concepção, o Judiciário não poderia declarar a inconstitucionalidade de uma lei em decorrência de violar o conteúdo material de uma disposição constitucional abstrata, portanto.

Em contrapartida, o programa do ativismo jurídico exige dos juízes a postura oposta. Eles devem ser audaciosos ao interpretar princípios constitucionais de conteúdo aberto, como a igualdade, a liberdade ou a dignidade da pessoa humana. O juiz ativista é aquele que busca, com sua atuação, afirmar sua concepção política sobre o direito⁸. Para o ativismo, portanto, não há diferença entre direito e política: assim como um deputado ou senador, o juiz é um agente político que decide questões judiciais com base em critérios estritamente políticos.

O próprio Dworkin alerta para os riscos do ativismo: “[u]m juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”⁹.

As alternativas mencionadas, contudo, compartilham o fato de que se concentram no aspecto *voluntarista* da atividade judicial. Abordam *como* um juiz *deveria* interpretar a lei, considerando sua atividade hermenêutica apenas como um produto da vontade humana, desconsiderando elementos institucionais envolvidos no ativismo.

3 – Olhares institucionais sobre o ativismo judicial

Mais recentemente, estudiosos têm apresentado críticas ao ativismo judicial sob prisma diverso. Ao invés de se concentrar nos aspectos subjetivos e voluntaristas da decisão judicial, pesquisas contemporâneas têm buscado identificar como o ativismo judicial pode resultar de incentivos e obstáculos explícitos e implícitos do funcionamento ordinário das instituições.

8 Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 215.

9 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 451-452.

Destaco aqui as recentes formulações críticas de Ran Hirschl, professor da Faculdade de Direito de Toronto, Jeremy Waldron, professor de direito da New York University, e de Cass Sunstein, da Harvard Law School.

3. 1 – Ran Hirschl: ativismo judicial como consequência da juristocracia

Ran Hirschl enfrenta a questão do ativismo judicial a partir de uma perspectiva institucional. Para ele, o ativismo é um problema sistêmico-institucional, decorrente da concentração de funções político-institucionais no Judiciário, o que ocorre por razões eminentemente políticas. Não é, assim, uma função do comportamento individual de um juiz que busca implementar sua própria concepção de justiça, mas resulta de incentivos explicitamente institucionalizados no sistema jurídico.

Segundo Hirschl, existe uma tendência global para a juristocracia, fenômeno que consiste na transferência de prerrogativas centrais que sempre foram típicas do Poder Legislativo e do Poder Executivo para o Poder Judiciário. Segundo a tese, essa é uma tendência mundial pelo menos desde metade do século XX, observável em pelo menos oitenta países, com um ritmo que tem se acentuado nos últimos anos. O ponto característico da juristocracia é a judicialização de questões fundamentais da política democrática, resultando na concentração excessiva de decisões fundamentais no Poder Judiciário e no esvaziamento das instituições políticas.

Mas quais as causas da juristocracia? A tese central sustentada por Hirschl é baseada no que o professor denomina de “tese da preservação hegemônica”: a juristocracia, com o consequente ativismo judicial que ela acarreta, resulta do alinhamento de interesses político-estratégicos de três grupos – elites políticas, econômicas e judiciárias. Os Tribunais são instituições políticas e, como tal, não operam em um vácuo institucional e ideológico. Assim, a expansão do poder judicial e, principalmente, a deferência dos demais poderes às decisões das Cortes deve ser compreendida no contexto da política.

Que fatores políticos, segundo Hirschl, levam ao ativismo judicial? Primeiramente, a concentração de funções no Judiciário pode decorrer de um sistema político disfuncional e fraco, que abre espaço para outras instituições ocuparem seu lugar. A falta de governabilidade e a incapacidade estrutural da política majoritária corroem a autoridade dos Poderes Legislativo e Executivo, levando a uma situação de dependência do único Poder aparentemente “apolítico” – o Judiciário.

Uma outra hipótese proposta por Hirschl é a de que elites políticas preferem obedecer à maior intervenção dos juízes porque sua própria posição econômica, política e social é reforçada pelas decisões judiciais a um custo político menor. Isso ocorre porque as decisões judiciais, ainda que fundadas em critérios técnicos, têm efeitos distributivos claros, pois privilegiam determinadas visões de mundo, grupos e interesses particulares em detrimento de outras alternativas. Caso a elite acredite que o fortalecimento dos juízes possa, na verdade, manter e expandir seus privilégios, voluntariamente aquiescerá ao ativismo judicial.

O ativismo judicial também é uma maneira de transferir a responsabilidade de decisões impopulares ao Poder Judiciário. Com isso, os membros do Legislativo e do Executivo diminuem o seu custo eleitoral, possibilitando que o sistema institucional tome a decisão ao mesmo tempo em que os custos políticos são atribuídos ao Poder que menos sofre com o seu ônus. Isso ocorre especialmente com questões moralmente complexas, como aborto, eutanásia, casamento homoafetivo, cotas raciais, que envolvem posições políticas controversas e são ambíguas do ponto de vista legal.

Em síntese, a tese central de Hirschl é a de que o ativismo judicial tende a proliferar em contextos de mudança social em que elites (econômicas, políticas e sociais) estão ameaçadas de perder sua influência e utilizam o Judiciário como meio para manter sua hegemonia.

3.2 – Cass Sunstein e o minimalismo judicial

A contribuição de Cass Sunstein a respeito do problema do ativismo judicial deriva de uma proposta de nova abordagem que busca construir uma teoria da decisão judicial considerando-se as limitações institucionais a que os juízes estão sujeitos.

O professor de Harvard sustenta que uma postura judicial ativista deriva do fato de que os juízes adotam teorias da interpretação jurídica abstratas perfeccionistas, comprometidas com teorias filosóficas amplas sobre “democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo”¹⁰. Como é impossível alcançar um consenso decisivo sobre a melhor teoria filosófica a respeito da natureza da interpretação jurídica ou do fundamento moral das instituições político-jurídicas, os juízes terminam por decidir, nos casos concretos que têm em mãos,

10 SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2002, p. 885.

de maneira imprevisível, levando adiante seus próprios valores disfarçados sob o manto de teorias filosóficas sofisticadas.

O ponto do professor de Harvard é o de que, ainda que teorias perfeccionistas da interpretação possam ser corretas de uma perspectiva hermenêutica, ignoram questões centrais relativas às capacidades institucionais e aos efeitos dinâmicos de qualquer abordagem hermenêutica.

Teorias hermenêuticas perfeccionistas assumem que os juízes são capazes de avaliar corretamente todos os elementos e recursos de que necessitam dispor para solucionar os casos concretos que lhes são distribuídos. Mas os juízes não têm todos os recursos para aplicar o direito tal como prescrevem as teorias perfeccionistas. Ninguém dispõe de tempo hábil, na resolução de um único caso concreto, para examinar toda a jurisprudência, nem tem conhecimento de toda a história institucional (Dworkin) ou dispõe de capacidade econômico-matemática para avaliar corretamente a relação custo-benefício de sua decisão (Posner).

Sunstein pondera que as teorias perfeccionistas sequer consideram essas limitações, partindo do pressuposto irrefletido de que as instituições têm capacidade para colocar em prática as orientações propostas.

Assim, antes de decidir que teoria hermenêutica específica adotar, é preciso levar em conta que capacidades as instituições existentes têm de fato. Os juízes exercem jurisdição geral ou especializada? A quantidade de casos judiciais distribuídos para julgamento é baixa e possibilita uma análise mais detida ou é elevada e exige respostas mais rápidas e superficiais? Os juízes dispõem de uma grande equipe de analistas e assessores à sua disposição, para auxiliá-los na tarefa de prestar jurisdição, ou apenas contam com uma equipe pequena? Apenas após solucionar questões dessa ordem, que facilitam o mapeamento das capacidades institucionais, é possível discutir uma teoria hermenêutica compatível com a realidade verificada.

Outro ponto destacado por Sunstein diz respeito aos efeitos dinâmicos da interpretação judicial. A decisão por uma teoria hermenêutica específica tem impacto “nas partes envolvidas ou mesmo no sistema de adjudicação”¹¹. Uma teoria perfeccionista como a de Dworkin, por exemplo, pode introduzir um alto grau de incerteza no direito, tornando o sistema jurídico como um todo imprevisível para a comunidade.

De certa maneira, portanto, é possível dizer que Cass Sunstein propõe um “giro institucionalista” na teoria da interpretação judicial. O ativismo judicial

11 *Ibid.* p. 900.

não é considerado um produto da vontade de juízes concretos que se propõem a afrontar o texto legal, mas da adoção de uma filosofia da decisão judicial que não leva em conta o contexto institucional em que os juízes decidem casos concretos.

Como alternativa, Sunstein propõe seu próprio modelo de teoria hermenêutica, chamado de minimalismo judicial. Levando em consideração as particularidades institucionais do Poder Judiciário, Sunstein propõe recomendações de caráter formal aos juízes, a fim de que evitem argumentos filosoficamente profundos e controversos, prescindíveis para a decisão do caso concretamente debatido.

Assim, o juiz deve evitar ao máximo fixar sentidos definitivos de conceitos legais ambíguos ou abstratos, possibilitando que sua decisão seja defensável com fundamento em teorias filosóficas divergentes. Ao decidir sem imiscuir-se em debates filosóficos abstratos, portanto, os juízes podem facilitar a aceitação social de suas decisões, já que o resultado do processo decisório pode ser aceito sem o receio de que fundamentos teóricos densos demais utilizados no processo de justificação venham a estabelecer precedentes para decisões posteriores.

O minimalismo é uma postura oposta ao ativismo judicial porque mantém em aberto a discussão democrática sobre os fundamentos políticos e morais da vida pública, deixando-as para ser decidida pelos indivíduos em suas vidas privadas ou, quando necessário, pelo Poder Legislativo¹². A tarefa do Judiciário, nesse sentido, é preservar as condições do debate público, não se substituindo aos outros poderes nessa tarefa.

3.3 – Jeremy Waldron, o desacordo moral e a dignidade da legislação

Waldron tem por objetivo reforçar a separação dos poderes, desferindo uma das mais duras críticas a um Poder Judiciário ativista ao longo de sua obra teórica, na qual se destacam dois livros que se tornaram clássicos na teoria jurídica contemporânea: *The Dignity of Legislation* e *Law and Disagreement*.

Os dois livros podem ser compreendidos como uma tentativa de reabilitar o valor institucional da Legislação e do Poder Legislativo. Neles, além disso, Waldron expõe sua desconfiança do Poder Judiciário como uma instituição capaz de solucionar controvérsias políticas nas sociedades democráticas contemporâneas.

12 LADEIRA, C. Ativismo judicial, autorrestrrição judicial e o minimalismo de Cass Sunstein. *Diritto & Diritti*, v. 1, p. 1-21, 2008, p. 16.

DOCTRINA

O ponto de partida de Waldron é o de que a atividade legislativa é vista com preconceito pela comunidade jurídica, ao passo que a atividade judicial é idealizada como fruto de argumentação racional e ponderada. O autor propõe uma visão normativa da atividade legislativa, sustentando a defesa da legislação como a mais legítima das fontes do direito.

De acordo com o professor, o desacordo moral persistente é a circunstância da política. A política existe porque, embora os cidadãos discordem a respeito do que é a justiça e a moral, necessitam decidir qual o ponto de vista de sua comunidade jurídica e política a respeito de determinadas questões¹³. O Poder Legislativo é justamente o fórum institucional onde o desacordo sobre questões políticas morais fundamentais em uma sociedade deve ser solucionado e, por isso, o procedimento de decisão majoritário é uma forma de deliberação respeitável.

Uma assembleia toma decisões que vinculam a todos, ainda que o desacordo político subjacente persista como uma condição perene, antes e mesmo posteriormente ao resultado da deliberação. O único consenso possível diz respeito ao procedimento de deliberação. As decisões majoritárias, assim, não são defensáveis por serem corretas, mas por conferirem legitimidade ao resultado alcançado. O procedimento atribui igual peso ao ponto de vista de todos no procedimento de formação de vontade do corpo coletivo.

Waldron apreende da filosofia política clássica a sabedoria das multidões. Um órgão deliberativo pode ser mais sábio e chegar a uma conclusão mais correta do que o mais inteligente dos indivíduos que o compõem. Um corpo legislativo diversificado, representativo dos diversos pontos de vista que compõem as visões morais e políticas da sociedade, pode elaborar respostas mais complexas (e corretas) aos problemas sociais do que um conselho de sábios jamais poderia¹⁴.

Waldron é bastante crítico do papel dos tribunais nas democracias contemporâneas¹⁵. Sua tese central é a de que as Cortes não têm legitimidade democrática para decidir controvérsias morais e políticas perenes em uma democracia constitucional, que somente deveriam ser solucionadas pelo Poder Legislativo.

13 WALDRON, J. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 154.

14 WALDRON, J. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 133.

15 Cf. WALDRON, J. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1.348-1.406, 2005; WALDRON, J. Lucky in your judge. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 9, n. 1, p. 185-216, 2008; WALDRON, J. Can there be a democratic jurisprudence? *Emory Law Journal*, v. 58, p. 675-712, 2009.

De acordo com Waldron, um Poder Judiciário mais ativista deve ser criticado por duas razões centrais. Em primeiro lugar, ao se substituírem à sociedade nos debates públicos sobre o significado de direitos controversos, os juízes se distraem das questões centrais que deveriam ser discutidas e, em segundo lugar, o Judiciário não tem legitimidade para representar as posições políticas dos cidadãos. O ativismo judicial, encarnado na possibilidade de um juiz individual afastar a aplicação de uma lei promulgada pelo Poder Legislativo, repousa em uma concepção antidemocrática a respeito das capacidades humanas, pois pressupõe uma capacidade moral do juiz superior à dos demais cidadãos organizados em uma assembleia legislativa¹⁶.

Waldron sustenta que falta, aos tribunais, legitimidade democrática para discutir matérias já definidas no âmbito do Parlamento. Enquanto legisladores são eleitos periodicamente, mantendo relação estreita com seus eleitores, os juízes não passam pelo mesmo filtro de legitimidade, que é adstrita à aplicação do direito.

O professor da New York University rejeita ainda o argumento contra-majoritário, segundo o qual o Poder Judiciário seria melhor protetor de direitos fundamentais do que o Legislativo. O argumento é baseado na tese da *tiranía da maioria*¹⁷, segundo a qual maiorias legislativas ou governos populistas podem aproveitar-se da situação para, em nome da maioria, massacrar direitos de minorias políticas. O Judiciário seria um bastião de proteção de minorias justamente porque sua legitimidade não deriva de maiorias políticas. Mas ele discorda de tal argumento, pois não é claro que o Judiciário tenha sido historicamente uma instituição claramente protetora de direitos de minorias, até porque boa parte dos juízes também compartilha dos valores majoritários, levando-os muitas vezes a julgar contra os interesses minoritários.

4 – O novo art. 8º da CLT: contextualização a partir das novas teorias sobre o ativismo judicial

O problema do ativismo judicial, assim, tem sido objeto de múltiplos estudos que se debruçaram sobre suas causas, consequências e a respeito das melhores maneiras de reduzir seu impacto. Nesse sentido, o exame das inovações hermenêuticas propostas pela Lei nº 13.467 passa pela análise das alterações à luz desses estudos.

16 Cf. POSNER, R. A. Book review (reviewing Jeremy Waldron, law and disagreement [1999]). *Columbia Law Review*, v. 100, p. 582-592, 2000, p. 587.

17 WALDRON, J. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 299.

DOCTRINA

Com fundamento no pensamento de Ran Hirschl, é possível dizer que a reforma foi, ao menos em parte, estimulada como uma reação institucional ao ativismo. Ainda que o teórico israelense considere o próprio ativismo um produto do funcionamento ordinário das instituições, o combate ao fenômeno também deve ser institucional. Mesmo que o ativismo resulte da transferência de responsabilidade por decisões impopulares ao Poder Judiciário, por vezes, os Poderes Legislativo e Executivo podem reforçar sua autonomia e independência, buscando reassumir espaços anteriormente ocupados pelos Tribunais.

Nesse sentido, a alteração do art. 8º da CLT se justifica no horizonte de expansão da juristocracia em termos considerados excessivos pela dinâmica institucional da separação de poderes. A imposição de que súmulas e outros enunciados não restrinjam direitos ou criem obrigações contrárias a disposição legal sinaliza justamente a rejeição institucional à imposição, pelo Judiciário, de diretrizes normativas incompatíveis com a legislação.

Se, como Hirschl supõe, o ativismo judicial tende a proliferar em contextos de mudança social, em que elites utilizam o Judiciário como meio para manter sua hegemonia, o controle institucional do ativismo pelas alterações promovidas nos parágrafos do art. 8º da CLT sinaliza o oposto. Impondo-se obstáculos à interpretação *contra legem*, a legislação será interpretada em sintonia com a finalidade normativa postulada pelo Poder Legislativo, que melhor reflete os interesses sociais.

Ainda do ponto de vista institucional, também é importante notar que as alterações promovidas ao art. 8º da CLT são compatíveis com o minimalismo judicial proposto por Cass Sunstein.

O minimalismo propõe que, considerada a incapacidade institucional de os juízes incorporarem à sua prática os postulados de teorias hermenêuticas perfeccionistas como as de Dworkin e Alexy, a postura ideal do julgador é interpretar a lei com base na leitura mais consensual possível a respeito de seu sentido. Nessa abordagem, o juiz ideal é aquele que busca julgar conforme a lei, sem buscar fundamentos filosóficos profundos na atividade judicante. Além disso, essa perspectiva evita que o juiz se debruce sobre os efeitos dinâmicos de sua decisão; individualmente, nenhum juiz é capaz de prever os efeitos imprevisíveis de uma decisão fundada em uma teoria filosófica profunda sobre o direito. Por essa razão, a abordagem minimalista tem como efeito secundário que o juiz deixe as considerações a respeito dos efeitos dinâmicos da decisão para o legislador. Cumpre-lhe, tão somente, encontrar a decisão para o caso concreto, com base nos parâmetros legalmente estabelecidos. A função juris-

dicional deve almejar a solução de controvérsias concretas e, não, discutir os fundamentos filosóficos do direito a cada caso apresentado.

Precisamente por isso, as mudanças ao art. 8º da CLT reduziram o escopo das súmulas e enunciados de jurisprudência, bem como da interpretação das normas coletivas ao impor a observância do princípio da “intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva” (art. 8º, § 3º, da CLT). Instituiu-se princípio hermenêutico restritivo, de modo a evitar a consolidação de interpretações contrárias ao texto legal, que decerto implicariam afronta à segurança jurídica das relações de trabalho.

Desse modo, a alteração do texto legal caminhou em sintonia com o pressuposto básico do minimalismo proposto por Sunstein. A reforma ressaltou a função judicante basilar de solucionar controvérsias concretas, levando em conta as capacidades institucionais do Poder Judiciário brasileiro, bem como os efeitos dinâmicos das decisões judiciais. Ao impor a observância estrita da lei, pretende-se evitar que os tribunais trabalhistas expandam os direitos legalmente previstos para hipóteses não previstas, preservando-se a segurança jurídica e instituindo marco regulatório previsível para a atividade econômica.

Além de Sunstein, as conclusões de Waldron também conferem lastro teórico às alterações promovidas pela reforma trabalhista no art. 8º da CLT. Como salientado, o professor da New York University sustenta a deferência dos juízes ao legislador, em razão da maior legitimidade do Poder Legislativo para representar os pontos de vista mais disseminados socialmente. Defende-se, assim como Sunstein, que os juízes acolham um certo minimalismo em sua prática institucional, atendo-se ao máximo ao texto legal. Não se trata de constranger a criatividade dos juízes, mas de traçar limites normativos à função jurisdicional, que deve ser compreendida no horizonte funcional da separação dos poderes e da legitimação de sua atuação.

Conclusões

Assim, ao contrário do apontado pelos críticos, a reforma não incorporou uma teoria hermenêutica ultrapassada. Pelo contrário, o pressuposto teórico adotado pela Lei nº 13.467/2017 é compatível com as conclusões de pesquisas contemporâneas sobre a atividade jurisdicional.

A complexidade econômica de uma sociedade funcionalmente diferenciada demanda segurança jurídica. Apenas instituições previsíveis são capazes de pavimentar o caminho da prosperidade e do desenvolvimento com justiça social.

DOCTRINA

Exatamente por isso, as alterações do art. 8º da CLT foram salutares e devem ser acolhidas pela jurisprudência como elemento de estabilização necessário à garantia do sistema de direitos trabalhistas. Ao impedir a edição de súmulas contrárias ao texto legal e impor a interpretação de normas coletivas de forma balizada pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, a reforma buscou garantir a previsibilidade do ordenamento e a estruturação de um ambiente favorável ao crescimento econômico.

Recebido em: 12/11/2018

Aprovado em: 18/02/2019

O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO*

THE PUBLIC BUDGET AS AN INSTRUMENT OF NATIONAL SOVEREIGNTY, AUTONOMY AND INDEPENDENCE BETWEEN THE POWERS OF THE REPUBLIC

Marcia Lovane Sott**

RESUMO: Embora, ao longo da história, as Constituições brasileiras não tenham previsto a autonomia orçamentária do Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 contemplou o princípio da separação dos poderes e garantiu a sua autonomia orçamentária. Ocorre que, nos últimos anos, a sensível relação entre os Poderes constituídos, no que tange à formação da proposta orçamentária, tem possibilitado desequilíbrios que podem colocar em xeque a independência do Poder Judiciário e, especificamente, da Justiça do Trabalho, para o exercício da sua missão constitucional, de guardião da Constituição e de prestador jurisdicional, com o acesso à justiça assegurado a todos os que dela precisarem. Para tanto, faz-se necessário emular o debate em torno da harmonia e independência dos Poderes acerca da temática financeira, trazendo à tona recentes acontecimentos e propondo avanços na temática, seja pela evolução da nossa própria legislação, seja pela adoção de institutos do Direito Comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Orçamento Público. Autonomia. Independência.

ABSTRACT: Although, throughout history, the Brazilian Constitutions did not foresee the budgetary autonomy of the Judiciary, the Federal Constitution of 1988 contemplated the principle of the separation of the powers and guaranteed the budgetary autonomy of the Judiciary Power. In recent years, the sensitive relationship between the Powers constituted, as regards the formation of the budget proposal, has allowed imbalances that may call into question the independence of the Judiciary for the exercise of its constitutional mission, guardian of the Constitution and of a judicial provider, with access to justice ensured to all those who need it. To do so, it is necessary to emulate the debate about the harmony and independence of the Powers about the financial theme, bringing to light recent events and proposing advances in the thematic, either by the evolution of our own legislation, or by the adoption of Institutes of Comparative Law.

KEYWORDS: Judicial Power. Public Budget. Autonomy. Independence.

* Artigo apresentado para a conclusão do Curso de Altos Estudos em Defesa (CAED) da Escola Superior de Guerra (ESG), nível especialização, Campus Brasília, 2018.

** *Secretária-Geral do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT). Especialista em Direito Público, IDP. Especialista em Direito do Trabalho, UNIDERP.*

1 – Introdução

Ao longo da história constitucional brasileira, o orçamento público de toda a Administração Federal foi consolidado, ano a ano, pela participação dos Poderes Executivo e Legislativo, sendo que o Poder Judiciário se constituía em mero apêndice do Executivo, sob o prisma da dependência orçamentária. No entanto, a partir da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário passou a contar com a autonomia administrativa e financeira (art. 99).

Desde então, historicamente, em linhas gerais, as tratativas para um orçamento democrático e garantidor das instituições sempre seguiram o rito constitucional e legalmente previsto, em que os órgãos encaminham as suas necessidades para o Poder Executivo, por via do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em sua Secretaria de Orçamento e Finanças. Realizada a análise da proposta internamente, sempre com a possibilidade de cortes já nesse momento, esta é encaminhada ao Poder Legislativo, para apreciação e votação nas duas Casas Legislativas: Câmara dos Deputados e Senado Federal.

No entanto, tendo em vista que a autonomia orçamentária do Poder Judiciário tem encontrado sérias limitações nos últimos anos e, no exercício dialético que, em geral, provoca uma reflexão crítica sobre atos e processos de trabalho, sobressaem alvissareiros os debates acerca da efetivação da desejada independência do Poder Judiciário em cotejo com a sua autonomia orçamentária, com vistas ao aprimoramento da elaboração, execução e avaliação da lei orçamentária, e almejando reduzir e/ou eliminar o desperdício de dinheiro público, que é um dos pontos mais sensíveis da relação entre os governantes e os cidadãos.

Afinal, vivemos em um atual estado permanente de crise, onde as práticas devem ser repensadas a todo momento, uma vez que o indivíduo e as instituições estão numa transformação frenética, como afirma Bauman (2016, p. 67):

“Apegar-se às regras, seguir critérios estabelecidos e restringir a visão ao campo estreito, delimitado e cercado definido *a priori* como ‘relevante para a tarefa’, por outro lado, parece uma receita perfeita para o desastre. Se o saber da administração burocrática ortodoxa, que se fiava na estabilidade e na continuidade do ambiente e se apoiava, de modo correspondente, na produção e estrita observância de rotinas, pedia aprendizado e memorização, o saber da nova administração, que tem consciência de operar em circunstâncias voláteis e em essência imprevisíveis, pede questionamento perpétuo do conhecimento recebido,

DOCTRINA

rejeição de rotinas, irregularidade e esquecimento. Iniciativa, imaginação, novidade e ousadia são as virtudes atuais.”

Para tanto, pretendemos traçar uma análise crítica e propositiva acerca desse instituto que reflete significativamente nas instituições, interfere na autonomia e independência dos Poderes e pode redundar no abalo da soberania do Estado Nação. Para cumprir esse desiderato, nos apoiamos em pesquisa legal e bibliográfica, apresentando, ainda, a análise de um caso concreto, consubstanciado na experiência vivenciada pela Justiça do Trabalho no ano de 2016.

Afinal, o acesso à justiça é direito fundamental do indivíduo no Estado brasileiro e qualquer ação que venha a inviabilizá-lo ou desequilibrar a hipotética balança que ampara os Poderes da República poderá colocar em risco a paz interna.

Assim, visando à temática em debate, o primeiro capítulo do texto se propõe a apresentar, em apertada síntese, a evolução da formação da proposta orçamentária no transcorrer das Constituições brasileiras para que, na sequência (ponto 3), possa ser melhor compreendido o estágio atual da legislação que dispõe sobre o assunto, bem como a conceituação do que hoje se denomina “orçamento público”.

Ainda, para melhor situar a problemática, sobressai pertinente narrar a experiência empírica da Justiça do Trabalho no ano de 2016 para, *a posteriori*, apresentar a contextualização desse fenômeno crítico frente ao princípio da separação dos poderes e a garantia de autonomia orçamentária do Poder Judiciário, assegurada constitucionalmente, para que não ocorra com o orçamento o que o Ministro do STF, Luiz Edson Fachin, chamou de monólogo de três (FONSECA, 2017, p. 21).

Por fim, a última parte do texto pretende lançar luz sobre hipóteses de reestruturação ou de (re)pensamento da forma como é estruturado e encaminhado o orçamento público atualmente, mormente no que tange à propalada autonomia e ao melhor aproveitamento dos recursos públicos.

Nesse contexto, verifica-se que o tema encontra-se em plena consonância com a linha temática de pesquisa acerca das inovações em atividades de Estado, pois a necessidade de se pesquisar os princípios da independência e harmonia entre os Poderes e o da autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário deriva das novas realidades sociais, políticas e econômicas e consolida o Estado Democrático de Direito, uma vez que não há segurança num Estado em que o Poder Judiciário não seja independente para cumprir o seu mister de guardião da Constituição Federal.

2 – Orçamento público nas Constituições brasileiras

Para tratar da evolução histórica do orçamento público, não há como afastar-se das diretrizes postas pelas Constituições Federais, desde 1824 até 1988.

Nesses termos, a nossa primeira Carta, de 1824, contemplava previsão de que competia ao Executivo a elaboração da proposta orçamentária e à Assembleia Geral (Câmara dos Deputados e Senado Federal), a aprovação da lei orçamentária.

A Constituição pós Proclamação da República, de 1891, alterou as competências para dispor sobre orçamento, passando a elaboração do orçamento público brasileiro para a competência do Congresso Nacional, mas “sempre partiu do gabinete do Ministro da Fazenda que, mediante entendimentos reservados e extraoficiais, orientava a comissão parlamentar de finanças na confecção da lei orçamentária” (VIANA, 1950).

Já a Carta de 1934 trouxe grande centralização da maior parte das funções públicas no âmbito federal e, dessa forma, passou a prever a iniciativa do Presidente da República para a elaboração da proposta orçamentária, cabendo ao Congresso Nacional a sua votação.

A Constituição Decretada de 1937, por sua vez, dispôs que a proposta orçamentária seria elaborada por um departamento administrativo da Presidência da República e seria aprovada pela Câmara dos Deputados e Conselho Federal (uma espécie de Senado, composto por 10 membros nomeados pelo Presidente), o que nunca ocorreu, porquanto nunca foram instaladas, razão pela qual o orçamento foi elaborado e decretado pelo Chefe do Poder Executivo.

Em 1946, a nova Constituição voltou a prever a elaboração do projeto de lei orçamentário pelo Poder Executivo e a discussão e votação pelo Legislativo, prevendo, inclusive, a possibilidade de emendas pelos parlamentares.

A Constituição de 1967 retirou grandes prerrogativas do Legislativo quanto à iniciativa de leis ou emendas que criassem ou aumentassem despesas.

Em 1969 foi editada a Emenda Constitucional (EC) nº 01, de 17 de outubro, que, embora do ponto de vista formal apresentou-se como uma emenda, é considerada por muitos constitucionalistas uma nova constituição, alterando vários dispositivos, aperfeiçoando o processo de elaboração da lei orçamentária, mas mantendo a limitação da capacidade de iniciativa do Legislativo no caso de emendas que gerassem ou aumentassem despesas.

E, ao sobrevir a Constituição de 1988, houve vasta confirmação de princípios orçamentários já consagrados na Carta anterior, bem como a inserção de novos, merecendo destaque a inovação quanto à exigência de, anualmente, o Executivo encaminhar ao Legislativo o projeto de lei de diretrizes orçamentárias, com o objetivo de orientar a elaboração da lei orçamentária.

O que se verifica, portanto, em apertada síntese, é que ao longo da história das Constituições Brasileiras, coube ao Executivo, em regra, a apresentação da proposta orçamentária, a ser votada pelas Casas Legislativas.

3 – Conceituação e normativos do orçamento público

Para Antônio de Sousa Franco (1974, p. 626), orçamento público é:

“(...) uma previsão, em regra anual, das despesas a realizar pelo Estado e dos processos de as cobrir, incorporando a autorização concedida à Administração para realizar despesas e cobrar receitas e limitando os poderes financeiros da Administração a cada ano.”

É indispensável delinear o arcabouço normativo em que é lastreada a formação da proposta orçamentária de um órgão federal, que é constituída num processo de afunilamento, partindo do Plano Plurianual à Lei Orçamentária Anual. Nesse sentido, *ab initio*, exsurge o art. 2º da Carta Magna, em que repousa a premissa da separação e/ou independência dos Poderes: são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Nesse diapasão, com fulcro na independência, o art. 99, § 1º, da CF, assenta que:

“Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.”

Já os arts. 165 a 169 da Carta Republicana dispõem sobre “os orçamentos”, elencando todas as diretrizes para o estabelecimento das leis que dispõem sobre o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

O PPA é formalizado na lei para estabelecer as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública Federal, por um período de médio prazo, consubstanciado em quatro anos, de forma regionalizada, para as despesas de

DOCTRINA

capital e outras dela decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (art. 165, § 1º, da CF). Atualmente está aprovado pela Lei nº 13.249, de 13.01.2016 (2016 a 2019).

A LDO, por sua vez, compreende as metas e prioridades da Administração Pública Federal, por um período de curto prazo, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientando a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo sobre as alterações à legislação tributária e estabelecendo a política de aplicação das agências oficiais de fomento (art. 165, § 2º, da CF). Tem como principal objetivo o elo entre o planejamento (PPA) e a execução orçamentária (LOA). Deverá, ainda, conter anexo que contemple os instrumentos de controle de gastos e de endividamento governamental, denominados Anexo de Metas Fiscais e Anexo de Riscos Fiscais.

A LOA contempla a previsão das receitas e a fixação das despesas ao longo de um exercício financeiro, compreendido, no Brasil, pelo período de 1º de janeiro a 31 de dezembro (art. 165, § 8º, da CF), englobando o orçamento fiscal, o orçamento de investimento e o orçamento da seguridade social. O seu projeto é finalizado pela Secretaria de Orçamento Federal (SOF/MP) e encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República.

Como se vê, esse processo orçamentário, denominado doutrinariamente de ciclo orçamentário, contempla a possibilidade de o Estado interligar o planejamento à execução orçamentária, que conta com as fases de planejamento (elaboração e aprovação), execução, avaliação e controle. Assim, o que se observa é que o ciclo orçamentário se inicia muito antes da elaboração da proposta orçamentária, quando da abertura das agendas políticas dos eleitos para ocupar os cargos de Presidente da República e os parlamentares, e se encerra no ano seguinte à execução de cada LOA, quando da auditoria externa, pelo Tribunal de Contas da União.

No entanto, além da tríade legislativa de maior importância no âmbito da formação das diretrizes orçamentárias e financeiras da Administração Pública Federal, também devem ser mencionadas as Leis Complementares ns. 4.320/64 (estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal) e 101/00 (estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal), bem como a Lei Ordinária nº 10.180/01 (organiza e disciplina os sistemas de planejamento e de orçamento federal, de administração financeira federal, de contabilidade federal e de controle interno do Poder Executivo Federal e dá outras providências), o Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67 (dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece

diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências) e a Resolução CNJ nº 68, de 03.03.09 (estabelece procedimentos e prazos para encaminhamento, ao Conselho Nacional de Justiça, das propostas orçamentárias e das solicitações de alterações orçamentárias pelos órgãos do Poder Judiciário da União e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF).

Todo esse arcabouço normativo é que guia a elaboração da proposta orçamentária no âmbito do Poder Judiciário, além das normas infralegais exaradas pela Secretaria de Orçamento e Finanças do Ministério do Planejamento e pela Secretaria do Tesouro Nacional, vinculada ao Ministério da Fazenda, e que são alteradas anualmente, a depender das diretrizes dispostas nas leis aprovadas pelas Casas Legislativas.

4 – Análise do contexto da crise da Justiça do Trabalho em 2016

Considerando que é uma narrativa no campo das Ciências Sociais, em que se enquadra o Direito, deve-se levar em conta uma característica importante, qual seja a temporalidade (CLANDININ, 2000, p. 20), e levando em conta a necessidade de se fazer registro de um momento histórico vivenciado pelo Poder Judiciário, especialmente pela Justiça do Trabalho, é que revela-se fundamental amalgamar em texto o experimentado entre 2015 e 2018 com as inúmeras ocorrências orçamentárias detectadas no âmbito dessa instituição.

Em 2016, sobreveio a EC nº 95¹, que inaugurou um novo regime quanto ao orçamento público, denominado de “ajuste fiscal”. Resultado da forte recessão porque passava o país, o rearranjo das contas públicas era urgente e demandava medidas drásticas, trazidas a efeito por meio da legislação mais rígida, que teve como principal vetor o corte nas despesas públicas, mas, principalmente, uma reavaliação das práticas de gestão adotadas por todas as instituições públicas, pertencentes a qualquer um dos Poderes da União, porquanto aplicável a todos.

Com efeito, além de limitar os gastos públicos, a emenda constitucional inaugurou novos conceitos e/ou remodelou entendimentos antes arraigados pelos gestores públicos acerca de institutos orçamentários, tal como o de restos a pagar, representando um novo marco ou paradigma no que diz respeito ao modo de interpretar e gerir o orçamento público federal.

O Poder Judiciário, atingido de forma distinta entre seus ramos, também enfrentou severas restrições decorrentes da vontade do legislador. E, embora

1 O projeto tramitou como PEC 55 na Câmara dos Deputados e PEC 241 no Senado Federal.

DOCTRINA

para alguns dos seus ramos, quais sejam, a Justiça Federal, a Eleitoral, a Militar, o TJDF, o STJ, o STF e o CNJ, houve redução dos valores assinalados nas ações orçamentárias, nada se compara ao corte sofrido pela Justiça do Trabalho. E o que a diferencia dos demais reside, fundamentalmente, em dois fatores, quais sejam:

a) a Justiça do Trabalho é, atualmente, o maior ramo do Poder Judiciário da União, com quase 60.000 servidores e cerca de 3.900 magistrados; e

b) no final de 2015 (para o exercício de 2016), essa Justiça Especializada já havia sofrido corte orçamentário acentuado, de mais de 30% em suas atividades de custeio (manutenção) e 90% dos seus projetos (em que se inclui a manutenção do Processo Judicial Eletrônico – PJe).

Ora, tendo em vista que a EC nº 95/2016 foi aprovada para vigorar a partir do ano de 2017 e foi formulada sobre a base orçamentária aprovada e executada em 2016, seria natural que, tendo sofrido corte extremamente significativo em 2016, sua base estivesse substancialmente atingida e, portanto, em situação de superior desigualdade com os demais ramos do próprio Poder, quicá dos demais Poderes da União.

Assim, já aqui cumpre perquirir quais as razões que levaram ao corte desigual para a Justiça do Trabalho no ano de 2016. Nessa toada, somos levados, de imediato, à análise da situação política em que estava inserido tal ramo, porquanto é inolvidável que a proposta fora encaminhada pelo Ministério do Planejamento ao Congresso nos termos acordados com a setorial orçamentária do Conselho Superior da Justiça do Trabalho². Ademais, o Poder Executivo encaminhou a proposta orçamentária de 2016 nos limites adequados. Os cortes só vieram a ocorrer no âmbito do Poder Legislativo, especificamente na Comissão Mista de Orçamento.

Impõe-se assentar também que, no mesmo ano, a lei orçamentária anual (Lei nº 13.255/2016) foi aprovada com um incremento de 163,05% no Fundo Partidário, que passou de R\$ 311 milhões para exatos R\$ 819.131.460,00. Ora, o que interessa mais à sociedade brasileira: a garantia de acesso à justiça, com as portas do Judiciário abertas, ou a manutenção do Fundo Partidário? A diferença, de cerca de 500 milhões de reais, se somada ao orçamento da Justiça do Trabalho, era exatamente o que garantiria o custeio faltante da sua estrutura

2 O Conselho Superior da Justiça do Trabalho é o órgão responsável pela supervisão administrativa, orçamentária, financeira e contábil da Justiça do Trabalho (art. 114, § 2º, da CF). A Justiça do Trabalho é formada por 24 (vinte e quatro) Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

básica ao longo de um ano, uma vez que toda a manutenção de custeio dessa Especializada perfaz o montante de, aproximadamente, R\$ 2,5 bilhões.

Era recorrente, à época, que os parlamentares, ao se referirem à Justiça do Trabalho, lhe atribuísssem a pecha de protecionista, inibidora da criação de empregos e causa de afastamento de investimento do capital estrangeiro no país. Não se pode olvidar, contudo, que muitos parlamentares são empresários empregadores e enfrentavam ações trabalhistas³, e assim, estavam imbuídos na promoção de uma pauta que prestigiasse o setor produtivo⁴.

O então relator da proposta orçamentária anual, responsável por decotar do orçamento do Poder Judiciário da União cerca de R\$ 747 milhões, também não se afastava desse perfil. O intuito era repreender a Justiça do Trabalho pelas decisões ditas desarrazoadas proferidas por alguns magistrados. Nesse sentido, o Relatório Geral da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, no PL nº 7, de 2015 (PLOA 2016), fez constar:

“No caso da Justiça do Trabalho, propomos o cancelamento de 50% das dotações para custeio e 90% dos recursos destinados para investimentos. Tal medida se faz necessária em função da exagerada parcela de recursos destinados a essa finalidade atualmente. (...) As regras atuais estimulam a judicialização dos conflitos trabalhistas, na medida em que são extremamente condescendentes com o trabalhador. Atualmente, mesmo um profissional graduado e pós-graduado, com elevada remuneração, é considerado hipossuficiente na Justiça do Trabalho. Pode alegar que desconhecia seus direitos e era explorado e a Justiça tende a aceitar sua argumentação.”

-
- 3 “O DIAP, após pesquisa qualitativa, mapeou o perfil socioeconômico dos deputados eleitos em 2014. (...) O primeiro e maior grupo é formado por empresários, com mais de 200 integrantes, entendendo-se como tal, para efeito dessa tabela de profissões, aqueles que se declararam empresários, urbanos ou rurais, incluindo comerciantes, pecuaristas, agropecuaristas e industriais. Muitos desses parlamentares possuem formação superior e preferem se apresentar como advogados, médicos etc.” (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ACESSORIA PARLAMENTAR. *Radiografia do novo Congresso: legislatura 2015-2019*. Brasília: DIAP, 2014. p. 19).
- 4 “Dentre as pautas do setor patronal podemos destacar temas que vão desde a redução da carga tributária à retaliação da legislação trabalhista. Sob coordenação da Confederação Nacional da Indústria (CNI), a bancada empresarial conta com uma agenda de projetos prioritários para o setor composta de 101 proposições. Merece destaque o PL nº 4.330/04, que pretende regulamentar a terceirização. A matéria, que aguarda votação no plenário da Câmara dos Deputados, é uma das pautas de relevo do setor, que deve provocar sua votação no início da Legislatura. Outra matéria é o PL nº 4.193/2012, do deputado Irajá Abreu (PSB-TO), que trata de um tema recorrente no Parlamento, o negociado sobre o legislado. Esses dois projetos estão na linha de frente na atuação da bancada empresarial.” (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ACESSORIA PARLAMENTAR. *Radiografia do novo Congresso: legislatura 2015-2019*. Brasília: DIAP, 2014. p. 19).

DOCTRINA

E, em seu discurso na supracitada comissão, por ocasião da explicativa do seu relatório, em 14.12.2016, o deputado relator ainda consignou: “(...) então, como a Justiça do Trabalho não tem se mostrado cooperativa, nós vamos apresentar um corte mais significativo, para que eles reflitam um pouco” (BARROS, 2015).

E, ainda que, posteriormente, o orçamento da Justiça do Trabalho destinado ao custeio de suas instalações para o ano de 2016 tenha sido recomposto em cerca de R\$ 350 milhões, os cortes nos investimentos, na ordem de 90%, persistiram.

Tal foi o impacto dos cortes levados a efeito para a Justiça do Trabalho, que para a manutenção das suas portas abertas, revelou-se indispensável, em 2016, a aprovação de uma Medida Provisória (nº 740, de 13 de julho), que abriu crédito extraordinário de cerca de R\$ 350 milhões de reais. Na Exposição de Motivos nº 00147/2016 MP, enviada à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo, constou justificativa de que o não atendimento do pedido da Justiça do Trabalho poderia ocasionar a interrupção da prestação jurisdicional trabalhista em nível nacional ainda no mês de agosto do exercício de 2016, causando irreparáveis prejuízos, em razão da falta de recursos para o pagamento de despesas de caráter continuado.

Intentando a declaração de inconstitucionalidade do corte levado a efeito na proposta orçamentária da Justiça do Trabalho de 2016, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) ajuizou a ADI 5.468 (julgada em 01.07.2016, DJe 02.08.2017) que, no entanto, por maioria, foi julgada improcedente, prevalecendo o voto do Relator, Ministro Luiz Fux, de que não cabe ao Judiciário interferir na função do Poder Legislativo de debater e votar as leis orçamentárias. Ademais, em relação à alegação de desvio de finalidade ou abuso de poder parlamentar por meio de ato legislativo discriminatório, desproporcional e desarrazoado, o relator observou que, embora “ostente confessadamente uma motivação ideologicamente enviesada”, a fundamentação do relatório final da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização não vincula os parlamentares, que votam o orçamento em sessão conjunta das duas Casas Legislativas.

No entanto, no âmbito do julgamento da ADI, ressalta-se a posição divergente de alguns Ministros, dentre os quais se destaca o decano, Ministro Celso de Mello, para quem a manipulação do processo de elaboração e execução da Lei Orçamentária Anual pode atuar como instrumento de dominação, pelo Legislativo, dos outros Poderes da República: “muitas vezes culminando com a imposição de um inadmissível estado de submissão financeira e de su-

bordinação orçamentária absolutamente incompatível com a autonomia que a própria Constituição outorgou”. Sua Excelência foi seguido pelos Ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, para quem os cortes orçamentários representavam um atentado ao funcionamento da Justiça do Trabalho, frustrando a possibilidade de concretização dos direitos sociais, garantidos no art. 7º da Constituição Federal, e o pleno livre exercício das competências da Justiça do Trabalho. Para Lewandowski, o Congresso Nacional não pode afrontar a autonomia do Judiciário, “sobretudo a partir de uma motivação que, a meu ver, se mostra absolutamente inidônea”.

Para que o Executivo editasse a referida Medida Provisória e, levando em conta que a Presidente Dilma Rousseff havia sofrido *impeachment*, dentre outros motivos, por ter autorizado créditos extraordinários, por ato unilateral Presidencial (decreto), o então Governo precisou calcar-se em manifestação do Tribunal de Contas da União, razão pela qual o Ministério da Fazenda apresentou consulta junto à Corte de Contas quanto à possibilidade de edição de uma medida provisória para contemplar as necessidades inadiáveis de sobrevivência da Justiça do Trabalho.

A decisão da Corte de Contas (2016) foi plasmada nos autos da Tomada de Contas 020.056/2016-8, tomando como ponto de partida a consulta sobre o seguinte questionamento:

“É cabível a abertura de crédito extraordinário quando a insuficiência de dotação orçamentária pode potencialmente acarretar a descontinuidade de serviços públicos essenciais, tais como a prestação jurisdicional e outros direitos fundamentais que devem ser obrigatoriamente assegurados pelo Estado?”

E, da fundamentação do *decisum* daquela Corte, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro, cabe extrair os seguintes trechos:

“40. Em suma: os cortes havidos nas dotações da Justiça do Trabalho quando da aprovação da LOA-2016 geraram uma situação peculiar, cuja solução passa ou pela alteração da LDO-2016 ou pela abertura de crédito extraordinário, pois a execução de despesas aprovadas em razão de tais créditos é a única que não está sujeita à condicionante exigida pelo art. 55, § 13, da LDO-2016.

41. Como dito, esse dispositivo agrava a situação, ao sujeitar os créditos suplementares e especiais e aqueles decorrentes da reabertura de créditos especiais, no exercício de 2016, à condicionante referente à limitação de empenho e movimentação financeira estabelecida com base

DOCTRINA

nas dotações originais da LOA-2016, que, no caso da Justiça do Trabalho, foram substancialmente reduzidas em função dos cortes feitos ao longo da tramitação do projeto de lei que resultou na LOA.

(...)

43. A urgência da despesa salta aos olhos, uma vez que, segundo a Nota Técnica já qualificada, a partir de agosto deste ano, a Justiça do Trabalho não mais disporá de dotação suficiente para garantir o funcionamento dos respectivos órgãos no plano nacional, o que pode acarretar endividamento da União, em razão das situações previstas nos arts. 29, § 1º, e 37, inciso IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) que serão detalhadas no título seguinte.

(...)

76. Também não se pode falar em imprevisibilidade das despesas, uma vez que foram previstas no PLOA elaborado e encaminhado ao Congresso Nacional em 2015. A falta de dotação orçamentária suficiente para a Justiça do Trabalho não decorre da imprevisibilidade das despesas, mas de decisões legislativas que não consideraram os impactos das medidas na complexa engrenagem das finanças públicas.

(...)

81. Via de regra, a avaliação de conveniência e oportunidade da edição de medidas provisórias é tarefa a ser exercida pelo Congresso Nacional. Merecem citação os precedentes firmados nas ADIs 2.213 e 2.527-MC. Esse também foi o entendimento constante do Voto do relator, Ministro Raimundo Carreiro, ao relatar a consulta tratada no TC 018.695/2016-7.

82. Isso não afasta, porém, que essa apreciação seja feita em caráter excepcional, notadamente quando se verifica grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República, conforme se extrai dos fundamentos do julgamento da ADI 2.213.” (Acórdão 1.716/2016, j. 06.07.2016)

Entretanto, apesar do posicionamento do Tribunal de Contas da União, ao redigir o relatório sobre a MP nº 740 (Projeto de Decreto Legislativo nº 550/2016), o deputado relator da proposta rejeitou a caracterização da relevância, urgência e imprevisibilidade, a demandar a edição da MP, porquanto:

“(…) a despesa não estava desprovida de previsão orçamentária e, ao contrário do que se alegou, o custo da Justiça do Trabalho aumentou progressivamente com a projeção aproximada de, nos anos de 2013, 14,35 bilhões de reais; 2014, 15,41 bilhões de reais; 2015, 16,67 bilhões de reais; e 2016, 17,87 bilhões de reais.” (MARCHEZAN Jr., 2016)

De outra senda, o que se verifica é que no ano seguinte (2017) sobreveio a aprovação das mudanças na legislação trabalhista, consubstanciadas nas Leis ns. 13.429/2017 (terceirização nas relações de trabalho) e 13.467/2017 (reforma trabalhista). No entanto, o raciocínio e a aplicação, principalmente quanto à lei de reforma trabalhista, foram inversos, porquanto, preliminarmente, o Parlamento tratou de punir, com corte drástico de orçamento, para só após levar a cabo as alterações legislativas que julgava imprescindíveis, impactando a missão constitucional do Poder Judiciário de prestar a jurisdição àqueles que o procuram.

E nesse movimento inverso, parece haver clara afronta à separação dos Poderes, ainda mais se considerarmos que o Poder Judiciário não legisla, apenas interpreta as leis. A um dos Poderes é dado o direito de imiscuir-se em outro, ainda que não tenha cumprido a sua própria missão de legislar a respeito dos temas que entende não serem mais congruentes com a realidade social? A se considerar que a missão legislativa compete ao Poder Legislativo, a sua omissão no cumprimento desse mister pode trazer impacto a outra esfera de Poder que não detém tal competência?

5 – A preservação do orçamento público na separação dos Poderes

O princípio da separação dos poderes teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos (1787). Posteriormente, tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem.

Hoje, o princípio não se aventa mais com a rigidez de outrora, uma vez que a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre o Legislativo e o Executivo e, destes com o Judiciário, tanto que, atualmente, se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamenta-

rismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento, enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes (ABREU, 2012, p. 57).

Em nosso ordenamento, tendo em vista que o art. 2º da Carta Republicana traz explicitamente a previsão de independência e harmonia entre os Poderes, é inóvável que repousa na autonomia o pilar da independência. Há independência sem autonomia financeira? Tanto não há tal possibilidade que o próprio Texto Constitucional, no art. 99, assegura ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira.

Tal previsão repousa na necessária proteção do Poder Judiciário de eventuais influências políticas ou econômicas externas que possam trazer mácula a sua independência, garantindo a segurança jurídica, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, porquanto é fundamental que o Poder Judiciário seja capaz de proteger os cidadãos dos abusos cometidos pelo poder econômico e político, sem que sofra represália por suas decisões e convicções. De outra parte, o que se visa garantir, ao fim e ao cabo, é a própria organização do Estado brasileiro, com a garantia de proteção dos direitos do cidadão, de acesso à justiça. Afinal, como afirma Zaffaroni (1995, p. 87), “a chave do Poder Judiciário se acha no conceito de independência”.

A separação dos poderes é matéria tão sensível no Estado Democrático de Direito que se encontra no rol das cláusulas pétreas, inseridas no art. 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, e, portanto, não é suscetível sequer de deliberação, quicá de alteração, mesmo que pela via da emenda constitucional⁵.

Assim, se a garantia de independência entre os poderes está respaldada pela Constituição, só se pode cogitar de tal independência quando as atribuições de cada Poder estão fixadas pela própria Carta Constitucional. Daí que, para o exercício das garantias que a Constituição Federal estabeleceu, um Poder não precisa consultar o outro. Exceções a essa regra são somente aquelas que estão previstas constitucionalmente, como quando um poder exerce função tipicamente do outro, por expressa previsão. Nesse sentido, já nos ensinava o Prof. Paulino Jacques (1956, p. 168):

“A doutrina e a prática norte-americana geraram a teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*). Segundo essa teoria cada um dos três poderes exerce controle sobre os outros. O Legislativo rejeita o veto

5 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)

III – a separação dos Poderes; (...).”

DOCTRINA

do Executivo, procede por *impeachment* contra o Executivo e aprecia as indicações do Executivo para provimento de altos cargos públicos; o Legislativo, ainda, fixa o número de membros do Judiciário, limita a sua jurisdição e procede por *impeachment* contra os altos magistrados; o Executivo, à sua vez, veta resoluções do Legislativo e nomeia os membros do Judiciário; e, por fim, o Judiciário declara a inconstitucionalidade dos atos do Legislativo e a ilegalidade dos do Executivo.”

De outra parte, é preciso atentar-se que a Constituição descreve as funções típicas e as funções atípicas de cada poder, ambas necessárias à manutenção da autonomia e independência, no ensinamento de Fachin (2008, p. 183):

“Cada poder exerce a função típica e, também, funções atípicas. São funções típicas: legislar (Poder Legislativo), governar (Poder Executivo) e julgar (Poder Judiciário). Todavia, cada poder pratica atos que não são típicos de sua tarefa primordial. O Legislativo julga (processo de *impeachment*); o Executivo legisla (medidas provisórias, leis delegadas); o Judiciário administra (nomeia o servidor público, por exemplo).”

Ocorre, todavia que, tendo o Poder Executivo a legitimidade para a proposição das leis orçamentárias e o Poder Legislativo a competência para a apresentação de emendas e aprovação do texto final, o Poder Judiciário fica alijado desse processo, o que, naturalmente, o fragiliza e o exclui dessa vital participação, como asseveram Neves Júnior e Domingues (2016):

“Diz-se vital porque é somente quando a quantidade de recursos financeiros recebidos é compatível com as despesas necessárias ao cumprimento de suas tarefas, que se pode considerar realmente autônomo um ente ou Poder do Estado.”

Com o intuito de incluir o Poder Judiciário no processo orçamentário, o art. 99, § 1º, da CF (1988) prevê que “os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias”.

Assim, entende-se que, uma vez formulada a proposta orçamentária, tanto o incremento quanto o corte em seus valores, de forma unilateral e não consensual, poderia afrontar a autonomia do Poder Judiciário, porquanto ainda que haja alguma alteração nos valores, esta deveria se dar de forma negociada e concertada entre os Poderes, uma vez que a previsão constitucional é que os limites sejam estipulados conjuntamente.

Nesse contexto, a independência entre os Poderes só pode ser experimentada se estiver em absoluta concordância com o da harmonia entre os Poderes,

DOCTRINA

como destacado no supracitado art. 2º da CF. A harmonia entre os poderes conduz a sua pacífica e livre coexistência, rejeitando hostilidades, conflitos, rivalidades, não se isolando, mas se compreendendo, auxiliando e respeitando mutuamente a área de atribuições de cada um. É a evolução do conceito de separação dos poderes para a colaboração ou interdependência entre os poderes.

Nesse diapasão, foram vários os momentos em que o Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre a alegada afronta à autonomia financeira do Poder Judiciário, como revelam os seguintes julgados:

a) ADI 1.578 (Relª Minª Cármen Lúcia, DJe 03.04.09) – fixou a tese de que “quando se interfere, efetivamente, na fiscalização em forma de gestão de pessoal e de pagamento dos servidores do Poder Judiciário há comprometimento do princípio constitucional da autonomia contido no art. 99, da CF”;

b) ADI 4.426 (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 18.05.2011) – consubstanciou o entendimento de que “em razão da autonomia do Poder Judiciário na execução das despesas de seu respectivo orçamento, somente os próprios entes podem contingenciar as dotações orçamentárias que receberam, sendo ilegítima a imposição de medidas nesse sentido pelo Executivo”; e

c) ADI 468-MC (Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 147/889) – louvou-se no fundamento de que o art. 99, § 1º, confere autonomia aos Tribunais e prevê que estes elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na LDO, mas que “a Constituição Federal não estabelece, pois, limite dos recursos a serem destinados ao Judiciário”.

É certo ainda que, tendo o Presidente da República reduzido a proposta orçamentária do Judiciário nos anos de 2011 e 2014, o STF julgou inconstitucional tais ajustes (MS 33.186, MS 33.193, ADPF 240 e MS 30.896), ordenando que o Executivo transmitisse ao Congresso Nacional a proposta originalmente elaborada.

Em 2012, o então Presidente do STF, Ministro Carlos Ayres Brito, segundo Severo (2012) defendeu maior independência orçamentária do Poder Judiciário, ao afirmar:

“Há distorções conceituais nas relações entre os Três Poderes. O Poder Executivo Federal, por exemplo, confunde o Orçamento da União com o seu próprio orçamento, como se não houvesse uma cotitularidade dos Poderes Legislativo e Judiciário [na elaboração] orçamentária.”

Poderia remanescer dúvida, no entanto, sobre o que seria essa propalada autonomia financeira erigida pela Carta da República. Nesse sentido, autonomia

DOUTRINA

seria o poder de autogestão da própria atividade financeira, tanto na obtenção de recursos, quanto na realização de gastos e no seu controle. E os órgãos responsáveis pelo zelo dessa autonomia, no âmbito do Poder Judiciário da União, são o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (art. 103-B, § 4º, I), o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) (art. 111-A, § 2º, II) e o Conselho da Justiça Federal (CJF) (art. 105, parágrafo único, II).

Nesse contexto, é possível afirmar que a EC nº 95/2016, que estabeleceu o teto de gastos da União seria inconstitucional, já que afronta diretamente o princípio da separação dos poderes, elencado no art. 2º da CF, bem como ao art. 99, § 1º, da CF, uma vez que foi imposto limite financeiro sem nenhuma participação do Judiciário no processo de negociação quanto ao percentual do limite. O mesmo poderia ser aventado para a LOA porquanto, por vezes, os limites nela fixados não são previamente negociados entre Executivo e Judiciário, deixando as suas necessidades à deriva e demandando a edição de emendas parlamentares na fase legislativa do processo, o que sequer é possível em tempos de teto fiscal.

Por conseguinte, não há como cumprir o mister constitucional do Poder Judiciário e, especialmente da Justiça do Trabalho, de proporcionar o acesso à justiça e prestar jurisdição na solução dos conflitos oriundos do meio social, especificamente, daqueles que emanam das relações de trabalho entre empregado e empregador.

Ora, a experiência vivenciada pela Justiça do Trabalho em 2016, com o corte extremamente significativo dos seus recursos de custeio demandou a adoção de inúmeras providências que estiverem às vias de inviabilizar o regular funcionamento das atividades judiciárias. Nesse contexto, para ajustar as despesas de custeio ao mínimo possível, os Tribunais Regionais do Trabalho tiveram que reduzir o horário de atendimento ao público, desligar elevadores e aparelhos de ar condicionado, programar o fornecimento de energia elétrica para apenas uma parte do dia, cortar cerca de 2.500 postos de terceirizados e 2.500 bolsas de estágio, além de outras tantas medidas que impactaram diretamente a prestação jurisdicional.

De outra senda, a EC nº 95/2016 trouxe um novo paradigma para o orçamento público, porquanto passou a dar novo contorno conceitual aos chamados restos a pagar, ou seja, aquelas despesas que foram empenhadas, mas não foram pagas até o final do exercício financeiro, perpassando para os próximos exercícios financeiros. Segundo a Secretaria de Tesouro Nacional, a execução de uma despesa deve, necessariamente, compreender os estágios do empenho, liquidação e pagamento (STN, 2017). Ocorre que se verificou que,

entre 2009 e 2014, houve aumento no percentual de despesas inscritas em restos a pagar que, mesmo tendo sido reduzidas entre 2014 e 2015, ainda consumiram, em média, 25,87%, levando em conta os restos a pagar não processados e a disponibilidade líquida de caixa da União, gerando um grande percentual de comprometimento financeiro da Administração Pública Federal (FIGUEIREDO; LIMA; SANTOS, 2017, p. 1.031).

Cumprе destacar que há instrumentos de controle de possíveis interferências entre o Poder Executivo e Legislativo, decorrentes da Constituição ou mesmo não escritos. Como exemplo, o Presidente da República tem condições políticas de influir na obstrução dos trabalhos do Poder Legislativo, pela ação de parlamentares do seu partido ou dos que lhe dão sustentação, e tem poder de negociar e de retardar as nomeações políticas. Já o Poder Legislativo pode retardar ou não votar leis que interessem ao Poder Executivo. Mas, no caso do Poder Judiciário, qualquer ação poderá trazer grave vício ao julgamento do processo, eivado de intento punitório e, portanto, nulo. Deixa de atender, assim, o seu mister constitucional, qual seja a prestação jurisdicional justa e isenta, sem as quais não é possível afirmar que haja segurança jurídica.

Um Poder Judiciário politicamente enfraquecido pelo não exercício de sua autonomia e independência não estará à altura da sua missão constitucional de exercer o controle do Poder pelos demais Poderes, o que pode redundar em ditadura e tirania de um deles. Assim, o que se conclui é que a distribuição do poder entre os três separados ramos é instrumento de controle de abuso de poder e de ações arbitrárias, bem como da garantia do Estado Democrático de Direito.

Nesses termos, o princípio da separação dos poderes não pode ser invocado para inibir a atuação do Judiciário na tarefa que lhe incumbe, de guarda das leis e da Constituição, com a finalidade de preservar os princípios da legalidade e igualdade.

6 – Proposta de reestruturação na formação do orçamento público

Ora, se o processo de formação da lei orçamentária deriva da legislação que o regula e o Direito e suas regulamentações é fruto dos reclamos sociais, sempre há espaço para repensar os modelos e reformulá-los, na medida em que tais propostas venham sanar dificuldades e trazer maior previsibilidade, controle e transparência, sempre com e para atingir o bem social.

Assim, verifica-se que há formas mais claras de participação nas receitas públicas para fazer frente às despesas da Administração Pública. E, embora nesse trabalho se proponham alterações no processo de construção dos limites

orçamentários, visando sua aplicação ao Poder Judiciário, é indispensável destacar que tais medidas podem ser implementadas ampliativamente, de modo a abranger a formação de toda a proposta orçamentária dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive em suas alocações internas. Nesse sentido, é que exsurtem as proposições que passamos a expor.

6.1 – Adoção do orçamento impositivo e não meramente autorizativo

O orçamento autorizativo, modelo adotado atualmente no Brasil, é aquele em que o governante ou gestor tem a opção de executar ou não uma política pública ou projeto já aprovados pelo Poder Legislativo. Já no modelo impositivo, que se propõe, aquilo que constasse da lei orçamentária teria de ser necessariamente executado, sob pena de não se repetir na base da proposta orçamentária do ano seguinte.

A mudança na forma de gestão macro do orçamento público redundaria em maior compromisso do gestor com os projetos assumidos e sua necessária consecução, gerando responsabilidade em caso de não realização do projeto lançado na lei orçamentária. Isso porque, atualmente, grande parte das ações informadas no orçamento não chegam a se concluir, gerando uma falsa noção na sociedade quanto à concretude dos projetos e, o que é pior, retirando a possibilidade de outro gestor levar a cabo projetos em condições de execução.

Assim, a adoção desse sistema de gestão dos recursos públicos é medida que, além de impactar positivamente a gestão orçamentária do Judiciário, trará benefícios para o Estado Brasileiro em sua totalidade.

6.2 – Regulamentação legal do mecanismo de *government shutdown* no Brasil

Government shutdown é a expressão em inglês para denominar o que se chama de fechamento ou paralisação do Governo Federal e ocorre nos Estados Unidos quando não há consenso entre Governo e Parlamento sobre o plano de financiamento anual, expirando sem que o substituto tenha sido aprovado, ou seja, quando há o travamento da votação do orçamento. Ocorre então o que os americanos denominam de *spending gap*, ou seja, um hiato nas despesas, com a paralisação da máquina pública e o consequente fechamento de setores não emergenciais, como museus, monumentos, parques, escolas, transportes e até departamentos como os do comércio e da justiça. O fechamento dos órgãos públicos suspende também os salários dos servidores no período.

Até hoje, ao longo da história americana, já ocorreram várias paralisações dessa natureza, que duram o tempo necessário para que o Governo e os congressistas entrem num acordo que supere os impasses em torno da proposta orçamentária.

No Brasil, há quem afirme que isso já ocorreu em 2015, quando o Governo Federal foi orientado pelo TCU a reestruturar as suas prioridades para atingir a meta fiscal, empreendendo um grande contingenciamento dos recursos públicos e paralisando a máquina pública quanto às despesas discricionárias, mantendo apenas o pagamento das despesas obrigatórias.

No entanto, embora atualmente o Poder Judiciário participe do processo de contingenciamento, inclusive indicando base contingenciável, não há regras claras e preestabelecidas sobre quais seriam as atividades a serem prioritariamente contingenciadas em caso de grave crise nas contas públicas, razão por que, costumeiramente, o Poder Judiciário se vê prejudicado em sua disponibilidade orçamentária.

6.3 – Participação previamente fixada na receita orçamentária e vinculações

Para que a autonomia do Poder Judiciário passe do discurso à realidade, um caminho seguro, no quadro da prática brasileira da relação entre os Poderes do Estado, é a reserva constitucional de um percentual mínimo da receita para o Poder Judiciário, assegurado o mesmo percentual para os créditos suplementares e especiais. Na balança dos percentuais claros e pré-estabelecidos, o Judiciário tem muito a ganhar, inclusive para a transparência dos seus números, a fim de demonstrar que o maior problema orçamentário não reside nas suas contas, mas nas contas do Executivo.

Assim, mesmo que a lei orçamentária seja de iniciativa privativa e vinculada do Poder Executivo, cabe ao Judiciário estipular a parcela do orçamento que prevê seus gastos. E não poderia haver interferência do Executivo, desde que a proposta orçamentária esteja dentro dos limites previamente fixados na Lei de Diretrizes Orçamentárias, aprovada pelo Poder Legislativo.

6.4 – Autorização expressa na lei orçamentária para a geração de receita pelos órgãos públicos no âmbito da sua administração e não limitada ao teto de gastos públicos (EC nº 95/2016)

Atualmente, a EC nº 95/2016 limita os gastos públicos ao teto estabelecido em seu bojo. No entanto, há casos em que a instituição possui condições

DOCTRINA

de gerar receitas próprias, sem o necessário aporte da fonte de financiamento direto da União. No caso do Poder Judiciário, vislumbramos várias hipóteses nesse sentido, algumas já adotadas, outras em estudo:

a) remuneração dos depósitos judiciais pelas instituições bancárias oficiais (já existente): há possibilidade de contrato com as instituições bancárias oficiais que administram os depósitos judiciais e que remuneram o órgão pela disponibilidade desses valores. No caso específico da Justiça do Trabalho, o contrato atualmente celebrado remunera em 0,09% um saldo médio anual de, aproximadamente, 50 bilhões de reais, o que perfaz um montante anual de remuneração de cerca de R\$ 585 milhões, revertidos para o orçamento;

b) contrapartida remuneratória pela locação de espaços físicos das instalações da Justiça do Trabalho (já existente): ocorre, em geral, quando há a locação de espaço para os bancos ou para prestadores de serviços de interesse geral, como lanchonete e copiadoras, no âmbito da estrutura física das Varas e Tribunais do Trabalho. Atualmente, a arrecadação anual somente da Justiça do Trabalho totaliza cerca de 45 milhões de reais ao ano, sendo que esse valor já é arrecadado aos cofres da União e minimizam o repasse do Tesouro;

c) compensação financeira pela folha de pagamento (em estudo): é possível a oferta ao mercado bancário, por licitação, para que a folha de pagamento dos servidores seja depositada, exclusivamente, em uma instituição bancária e, somente depois poderá ser movimentado pelo servidor para o banco que desejar. Tal possibilidade agrega grande potencial para reverter benefícios financeiros aos entes públicos, se considerado o grande número de servidores públicos, o montante dos seus rendimentos e a possibilidade de venda de produtos pela instituição bancária a essa carteira de clientes. Essa possibilidade de arrecadação permitiria uma projeção de arrecadação de cerca de 15 milhões de reais anuais. Cumpre destacar que, atualmente, tal procedimento já foi realizado pela Câmara dos Deputados e pelo Ministério do Planejamento;

d) projeto dados abertos (em estudo): é a possibilidade de oferecer acesso, desde que com prévio contrato e remuneração acordada, da movimentação dos processos judiciais às empresas especializadas nos informativos aos advogados e demais profissionais interessados (e, com o devido zelo com o segredo de justiça). Esse acesso já ocorre atualmente por meio de robôs utilizados por essas empresas, congestionando os sistemas de consulta aos processos e sem nenhuma contrapartida. Pelo projeto, a consulta poderia ser regulamentada, realizada em ambiente virtual apartado, com o fim de não sobrecarregar os sistemas e ser devidamente retribuída financeiramente.

DOCTRINA

É imprescindível destacar que essas são apenas algumas fontes de geração de recursos pelo Poder Judiciário para a sua própria manutenção. Para tanto, todavia, revela-se indispensável o exercício de sua autonomia orçamentária, mormente em face da EC nº 95/1916, que instituiu o novo regime fiscal, estabelecendo limites individualizados para as despesas primárias, em que se inclui o Poder Judiciário e que, no entanto, engloba nesse limite os valores gerados pelas contrapartidas retromencionadas, não as excepcionando, razão por que há forte elemento desmotivador para a sua implementação. A arrecadação decorrente dos projetos acima mencionados poderia ter destinação específica como, por exemplo, a aquisição de imóveis próprios e a eliminação das despesas com aluguéis a médio prazo ou, ainda, a instalação de moderno sistema de geração de energia (placas solares) nas unidades judiciárias, extirpando os altos gastos com essa despesa de custeio. A escolha seria do Legislativo, minimizando os repasses de recursos oriundos de fontes da União.

6.5 – Outras possibilidades

Não obstante os instrumentos já arrolados, há outros caminhos que merecem amadurecimento, para uma efetiva participação do Poder Judiciário na composição da proposta orçamentária. Assim, propõe-se ainda a implementação de estudos nas seguintes perspectivas:

a) adoção do orçamento público participativo (OPP), que, ainda que incipiente no Brasil, se revela um modelo de efetivação da cidadania, implicando na participação popular na gestão da coisa pública e democratização da coisa pública;

b) garantia de autonomia orçamentária do Judiciário com a exigência constitucional de uma maioria qualificada para que seu orçamento sofra cortes que inviabilizem o seu regular funcionamento;

c) garantia de participação de um comitê judicial na definição do orçamento público, tanto no âmbito do Executivo quanto do Legislativo.

7 – Conclusão

De todo o exposto, é possível concluir que, apesar de a Constituição Federal de 1988 outorgar autonomia orçamentária ao Poder Judiciário, ainda não se vislumbra a sua efetivação, haja vista a interferência dos demais Poderes na formação da proposta orçamentária judicial.

DOCTRINA

No entanto, as despesas para a manutenção da ordem e do cumprimento da lei arrolam-se entre as mais necessárias: nenhum país moderno delas pode prescindir. Há uma incessante busca de conformação entre a harmonia funcional, tão importante e imprescindível à ordem constitucional, e a existência do Estado Democrático de Direito.

É certo que não há como tratar em breve texto como o que ora apresentamos, com a extensão que merece, tema tão complexo como a preservação da independência dos poderes constitucionalmente constituídos, sob o aspecto orçamentário. Por conseguinte, não há pretensão diversa que não seja a de fomentar o debate e o reavir dos doutos, bem como o confronto e o cotejo das leis e da jurisprudência. Aqui, Alberto Manguel (2011, p. 17) nos empresta à maestria bela passagem extraída do seu livro *As Aventuras do Menino Jesus*, segundo o qual:

“Durante um exame oral de grego na Universidade de Oxford, o professor pediu a Oscar Wilde que traduzisse o capítulo do Evangelho de Marcos que trata da traição de Jesus. Wilde traduziu uns poucos versículos com fluência e precisão. O professor disse que já era suficiente. Wilde continuou traduzindo. De novo, o professor disse que ele podia parar. ‘Por favor, responde Wilde, deixe-me prosseguir, quero saber como termina’.”

Por analogia, podemos afirmar que, por ora, não sabemos como prosseguirá a escrita anual e repetida da formação da proposta orçamentária e dos atores nela envolvidos, mas o que se sabe é que os participantes e o limite da sua atuação já se encontram delimitados pelo Texto Constitucional, não havendo espaço para qualquer ação ou procedimento fora dele.

A garantia da separação dos poderes deve ser preservada sob todos os aspectos que possam gerar interferência desmedida num ou noutro Poder, inclusive sob o prisma orçamentário, porquanto ainda que a Constituição Federal aponte para uma atuação compartilhada entre os Poderes, verifica-se que há amplo domínio do Poder Executivo na elaboração da proposta, e do Legislativo na sua aprovação, sem que haja efetiva atenção aos limites informados pelo Poder Judiciário, tanto na fase de elaboração, quanto na fase de execução, com os contingenciamentos unilaterais e impossibilidade de suplementações.

Nesse sentido, exsurge com extrema relevância a instituição de procedimentos de previsão de receitas mais acurados, restando as práticas do Executivo e do Legislativo, e possibilitando a utilização dos vários mecanismos de geração de receitas pelo Poder Judiciário, a fim de que haja verdadeira participação dessa

instituição na redução do déficit fiscal. Assim, a própria adoção do orçamento impositivo, como destacado no texto, constitui medida que se presta a conferir maior efetividade à peça orçamentária, de modo a possibilitar a sua execução da forma mais próxima daquela que foi aprovada no Parlamento.

Por todo o exposto, é possível verificar que ainda há um bom caminho a avançar no que tange à efetiva garantia de autonomia orçamentária ao Poder Judiciário, principalmente pelo mister constitucional assumido por este ente, qual seja o de guardião da Constituição Federal. Não há Estado Democrático de Direito onde não haja independência e autonomia do Judiciário para prestar a jurisdição àqueles que o demandam, com a liberdade que a autonomia financeira é capaz de conferir.

Referências bibliográficas

ABREU, João Paulo Pirôpo de. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos poderes. Salvador: UFBA, 2012.

BARROS, Ricardo. *Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização*: Reunião Ordinária nº 2715/15. 14.12.2015. Plenário 2 das Comissões. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=2715/15>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Imprensa Nacional, 1988.

_____. *Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016*. Brasília: Imprensa Nacional, 2016.

_____. Secretaria de Tesouro Nacional (STN). *Manual de contabilidade aplicado ao setor público*. 7. ed. 2017. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/456785/MCASP+7%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o+Vers%C3%A3o+Final.pdf/6e874adb-44d7-490c-8967-b0acd3923f6d>>. Acesso em: 4 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 468-MC*. Rel. Min. Carlos Velloso. RTJ 147/889. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346406>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

_____. _____. *ADI 1.578*. Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia. DJe 03.04.09. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=104188>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

_____. _____. *ADI 4.426*. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe 18.05.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=171629>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

_____. _____. *ADI 5.468*. Julgada em 01.07.2016. DJe 02.08.2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5468&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União (TCU). *Tomada de Contas 020.056/2016-8. Acórdão 1.716/2016*. Plenário. Data da Sessão: 06.07.2016. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu>>.

DOCTRINA

gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:1716%20ANOACORDAO:2016/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=3cccb9e0-4662-11e9-a010-05828f0135d5>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CLANDININ, D. J.; CONNELLY, F. M. *Narrative inquiry: experience and story in qualitative research*. San Francisco: Jossey-Bass, 2000.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR. *Radiografia do novo Congresso: legislatura 2015-2019*. Brasília: DIAP, 2014.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FIGUEIREDO, V. S.; LIMA, V. S.; SANTOS, W. J. L. O impacto dos restos a pagar na diminuição dos recursos financeiros durante a execução do orçamento público federal. *Boletim Governet de Orçamento e Finanças*, n. 151, nov. 2017.

FONSECA, Rafael Campos Soares da. *O orçamento público e suas emergências programadas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de finanças públicas e direito financeiro*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1974. v. 1.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

MANGUEL, Alberto. *As aventuras do Menino Jesus*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2011.

MARCHEZAN Jr., Nelson. *Relatório sobre a MP 740/2016*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1505889&filename=Tramitacao-RRL+1+CMO+%3D%3E+MPV+740/2016>. Acesso em: 20 ago. 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NEVES Jr., Paulo César; DOMINGUES, Paulo Sérgio. *Limites orçamentários no Brasil: decisão é dos 3 Poderes*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/limites-orcamentarios-no-brasil-decisao-e-dos-3-poderes-21122016>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

SEVERO, Rivadavia. *Presidente do STF defende maior independência orçamentária do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-07-18/presidente-do-stf-defende-maior-independencia-orcamentaria-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

VIANA, Arízio. *Orçamento brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Financeiras, 1950.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995.

Recebido em: 15/02/2019

Aprovado em: 18/02/2019

DIRETRIZES PARA IDENTIFICAÇÃO DA DENSIDADE DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO DO TRABALHO

GUIDELINES FOR THE IDENTIFICATION OF THE JUDICIAL INSTRUCTORS POWERS IN THE LABOR LAW PROCESS

Jairo Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento-Sé*

RESUMO: Este ensaio pretende apresentar diretrizes para aferir a densidade dos poderes instrutórios do juiz do trabalho. Para tanto, analisa os modelos tradicionais de organização do processo: adversarial e inquisitorial. Além disso, apresenta notas sobre o poder instrutório do juiz no direito comparado. Ademais, investiga a fase atual da doutrina brasileira acerca do poder instrutório do juiz no processo civil. O trabalho parte da premissa de que não existirão processos com grau zero de dispositividade ou de inquisitividade, embora concorde com a predominância de aspectos inquisitoriais no processo do trabalho em matéria de produção de prova.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Instrutório do Juiz. Diretrizes para Identificação. Processo do Trabalho.

ABSTRACT: This essay intends to present guidelines to identify the labor judge's investigative powers. For this, it analyzes the traditional models of organization of the process: adversarial and inquisitorial. It also presents notes on the instructional power of the judge in comparative law. In addition, it investigates the current phase of Brazilian doctrine regarding the instructional power of the judge in the civil process. In addition, the work starts from the premise that there will be no zero degree or an absolute degree of instructional power, although it agrees with the predominance of inquisitorial aspects in the labor law process in the production of evidence.

KEYWORDS: Judicial Power of the Judge. Guidelines for Identification. Labor Law Process.

1 – Introdução: objetivo do artigo e metodologia utilizada

O presente artigo busca examinar o papel do juiz na atividade probatória no âmbito do processo do trabalho, ou seja, analisar os poderes probatórios atribuídos ao sujeito processual que tem a tarefa de decidir o conflito submetido à Justiça do Trabalho.

* Advogado; mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito; graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia, tendo recebido o diploma de honra ao mérito (lâurea acadêmica); professor de Direito Processual do Trabalho do Brasil Jurídico – Ensino de Alta Performance; colunista do jornal “A Tarde”.

A limitação metodológica deste artigo não permite uma abordagem de fôlego dos inúmeros assuntos que podem ser abordados sobre a temática “provas”. Assim, o presente texto focará em analisar a densidade do poder instrutório do juiz do trabalho, tendo como inspiração a análise feita por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. acerca da predominância dos aspectos inquisitoriais no processo coletivo¹. A análise feita pelos referidos autores inspirou esta investigação. No entanto, aquela se destina ao processo coletivo, ao passo que esta ao processo do trabalho.

2 – Modelos tradicionais de organização do processo: *adversarial* e *inquisitorial*

A organização do processo pressupõe a distribuição das funções que devem ser exercidas pelos sujeitos processuais. Historicamente, a doutrina costuma apontar dois modelos de organização do processo: o modelo *adversarial* e o modelo *inquisitorial*.

A despeito da discussão em torno da caracterização desses dois “modelos” de organização do processo, bem como da terminologia², essa dicotomia continua sendo muito utilizada e serve, no mínimo, para fins didáticos³.

Jolowicz refere que o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir⁴. Nesse sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes, por isso diz-se que prepondera o princípio dispositivo.

O modelo *inquisitorial*, por sua vez, organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. Nesse sistema, Mirjan Damaka pontua que cabe ao órgão judicial o protagonismo, prevalecendo o chamado princípio inquisitivo⁵.

-
- 1 DIDIER Jr., Fredie; ZANETI, Hermes Jr. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 125-129.
 - 2 DAMAKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 3 e segs; CHASE, Oscar G. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 110, p. 122, 2003.
 - 3 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 136-137.
 - 4 JOLOWICZ, J. A. *Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation. On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 177.
 - 5 DAMAKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 3.

2.1 – Princípio dispositivo X princípio inquisitivo. Atribuição de poderes ao juiz

Como destaca Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria, princípio, nesse contexto, é termo utilizado no sentido de “fundamento, orientação preponderante”, e não de “espécie normativa”. Assim, o respeito ao princípio dispositivo ocorre quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo. Tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será⁶.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria explicam que essa dicotomia (inquisitivo X dispositivo) está relacionada à atribuição de poderes ao juiz. Haverá manifestação de “inquisitividade” sempre que o legislador atribuir poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes. Haverá “dispositividade”, por sua vez, sempre que o legislador deixar ao alvedrio das partes a opção⁷.

2.2 – Princípio dispositivo X princípio inquisitivo. Distribuição das funções probatórias entre partes e juiz

Da mesma forma, a distribuição das funções probatórias entre as partes e o juiz costuma se basear nessa compreensão dos modelos de organização do processo.

Nos sistemas informados pelo princípio dispositivo, a iniciativa probatória cabe às partes, com a coleta e apresentação das provas de suas próprias alegações. O sistema adversarial é tradicional nos países anglo-saxônicos (*Common Law*).

Nos sistemas informados pelo princípio inquisitivo, são atribuídos maiores poderes ao juiz, cabendo-lhe uma postura mais ativa na atividade de instrução, que deve contar com a iniciativa oficial. O sistema inquisitorial é característico dos países da Europa Continental e da América Latina (*Civil Law*).

3 – Notas sobre o poder instrutório do juiz no direito comparado

Vale alertar que não se pretende realizar estudo de direito comparado neste breve artigo. Isso demandaria um conhecimento especializado sobre a disciplina Direito Comparado, que o autor ainda não tem⁸.

6 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 96.

7 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 96.

8 Direito comparado é uma disciplina jurídica que examina as diferenças e semelhanças entre os ordenamentos jurídicos de diferentes jurisdições (incluindo suas legislações, jurisprudências e doutrinas). Existem diversos livros que se dedicam a seu estudo, tais como: SERRANO, Pablo Jiménez. *Curso de*

3.1 – Inglaterra

Na Inglaterra, a tradição foi no sentido de que o juiz nunca dispusesse de provas por sua iniciativa. No entanto, em 1998, ocorreu uma transformação radical no sistema inglês, para atribuir ao juiz extensos poderes de direção do processo. Todavia, no âmbito probatório, as mudanças não foram tão extremas. Não há nenhuma norma que permita a coleta de prova de ofício pelo magistrado. Existem outras normas que permitem que o julgador determine quais são os fatos probandos, o meio de prova adequado, o modo como deve ser produzido em juízo, nomeie expert para colaborar no esclarecimento dos fatos, dentre outros.

Com isso, o juiz inglês passa a ter diversos poderes probatórios, que o aproximam da figura do juiz inquisidor dos sistemas continentais⁹.

3.2 – Estados Unidos

No direito ianque, também se observa esse movimento de extensão dos poderes probatórios do juiz. Michele Taruffo aponta exemplos claros disso, tais como o poder que dispõe o juiz, de ofício, de: *i)* determinar a produção de prova testemunhal não requerida pelas partes; *ii)* interrogar testemunhas trazidas pelas partes; e *iii)* determinar a realização de consultas técnicas, nomeando o expert¹⁰.

4 – Notas sobre análise histórica do poder instrutório do juiz no processo civil brasileiro¹¹

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria apontam que toda a discussão sobre a existência e a extensão dos poderes instrutórios do juiz no ordenamento jurídico brasileiro sempre girou em torno desses modelos de organização do processo¹².

Pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro, ao longo da história, conferiu ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios, qualquer que seja a

direito comparado. São Paulo: Jurismestre; JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de direito comparado*. São Paulo; TAVARES, Ana Lucia Lyra. O ensino do direito comparado no Brasil contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, p. 69-87, jul./dez. 2006.

9 TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual*, Buenos Aires, ano IV, n. 10, p. 321-322, 2007.

10 TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual*, Buenos Aires, ano IV, n. 10, p. 319-320, 2007.

11 Também cabe alertar que não se pretende realizar análise histórica aprofundada acerca do poder instrutório do juiz, mas tão somente realçar que, ao longo da história, nosso ordenamento jurídico conferiu amplos poderes instrutórios ao juiz, independentemente da relação jurídica debatida no processo.

12 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 96.

natureza da relação jurídica debatida no processo, seguindo o rumo observado nos países latino-americanos, de adoção do sistema inquisitorial.

Trata-se de opção política antiga no Brasil. José Roberto dos Santos Bedaque lembra que Manoel Aureliano Gusmão, em 1922, defendia a possibilidade de produção probatória por iniciativa do órgão jurisdicional, argumentando que o juiz não pode ser uma máquina, uma figura inerte e sem iniciativa própria.

Em 1916, comentando o Código de Processo do Estado da Bahia, Eduardo Espínola sustentava que o juiz dirige todo o processo como um homem que vive no meio social em que a questão se afita, podendo exigir das partes e até de terceiros os elementos probatórios que lhe pareçam necessários para chegar à decisão¹³.

5 – Premissas para a análise da atual conjuntura da iniciativa oficial no processo civil brasileiro: o garantismo processual e o modelo cooperativo de processo

O filósofo italiano Luigi Ferrajoli criou a teoria do garantismo, fundada com o objetivo de proteger o cidadão dos abusos do Estado¹⁴. Surgiu, então, a doutrina do garantismo processual, para proteger o jurisdicionado dos abusos do Estado-juiz pelo aumento dos poderes do magistrado.

Há inúmeros defensores desta concepção, como Juan Montero Aroca¹⁵ (Espanha), Luis Correia de Mendonça (Portugal), Franco Cipriani (Itália) e Hugo Caveró¹⁶ (Peru). Barbosa Moreira já denominou o garantismo processual no Brasil de “neoprivatismo processual”¹⁷.

Em paralelo, começa a ganhar força o entendimento de que, além dos dois modelos clássicos de estruturação do processo (*adversarial* e *inquisitorial*), existe um terceiro modelo: o processo *cooperativo*. Este modelo é baseado no princípio da cooperação.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira ensina que este modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do

13 ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do Processo do Estado da Bahia anotado*. Salvador: Romualdo dos Santos Livreiro Editor, 1916. v. 1. p. 412-413.

14 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria geral do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 683-766.

15 AROCA, Juan M. (Org.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

16 CAVERO, Hugo. El garantismo model professor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, Communitas, n. 14, p. 18-20, 2009.

17 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Leituras complementares de Processo civil. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 309-320.

órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes¹⁸.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria pontuam que a condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo), como também não ocorre uma condução inquisitorial do processo pelo órgão julgador em posição assimétrica em relação às partes. A condução cooperativa do processo pressupõe inexistência de destaque para qualquer dos sujeitos processuais – ou com destaque para *todos* eles¹⁹.

Fredie Didier Jr. aponta três divisões dos deveres de cooperação das partes entre si e com o juiz: os deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção. O *dever de esclarecimento*, na medida em que os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, parágrafo único, do CPC). O *dever de lealdade*, na medida em que as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, do CPC). O *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879 a 881 do CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, do CPC)²⁰.

Maria Carolina Beraldo segue o mesmo entendimento, sustentando que as partes também devem cooperar entre si e com o juiz, de forma que a atividade processual seja permeada por efetiva honestidade. A autora defende que a exigência de cooperação se estende tanto às partes, em seu relacionamento entre si, quanto ao juiz, em seu relacionamento com as partes²¹⁻²².

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já reconheceu que há dever de cooperação mútua das partes na fase de cumprimento da sentença, diante de uma visão “solidarista” do processo, em respeito à autoridade das decisões judiciais²³.

18 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 139-140.

19 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 96.

20 DIDIER Jr., Fredie. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, v. 198, p. 221, ago. 2011.

21 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 198, p. 458, ago. 2011.

22 Existe posicionamento contrário. Sarlet, Marinoni e Mitidiero entendem que a *colaboração do processo é a colaboração do juiz para com as partes, não se trata de colaboração entre as partes. Eles defendem que as partes não colaboram e não devem colaborar entre si, porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio*. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 740.

23 STJ, REsp 1.274.466/SC, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 14.05.2014.

Esses pilares do processo civil – garantismo processual e modelo cooperativo de estruturação do processo – exigem revisitação do tema relativo aos poderes instrutórios do magistrado.

6 – Fase atual da doutrina brasileira acerca do poder instrutório do juiz no processo civil

Robson Renault Godinho destaca que os poderes instrutórios do juiz assumem peculiar importância no debate cultural do processo atual, com nítidas posturas ideológicas que não raro obnubilam o entendimento, com discursos maniqueístas que não contribuem para a compreensão do tema²⁴.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria destacam que a valorização do modelo *inquisitorial* terminou por inflar exageradamente a função do juiz no processo. As partes e a autonomia privada tiveram seus papéis diminuídos ou até aniquilados em alguns casos, abrindo margem a um protagonismo judicial²⁵.

O art. 370 do CPC dispõe que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. A doutrina confere distintas interpretações a esse texto normativo. Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria sintetizam três formas de análise do art. 370 do CPC²⁶.

6.1 – Quem continue afirmando a existência de amplos poderes instrutórios ao juiz, com base no art. 370

Nem sempre a amplitude da atuação judicial é defendida com base nos mesmos fundamentos.

Roberto Bedaque baseia-se na ideia de que a relação jurídica processual é de natureza pública e, como tal, é interesse do Estado prestar a melhor tutela jurisdicional possível, independentemente da natureza da relação substancial deduzida em juízo²⁷.

24 GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do “Leito de Procusto”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 235, p. 86-87, 2014.

25 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 100.

26 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 101.

27 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 111-146.

Alexandre Câmara, por sua vez, defende que a norma que se extrai do art. 370 do CPC está de acordo com o princípio democrático consagrado na Constituição, de modo que, se a atuação do Estado brasileiro há de pautar-se nos fundamentos indicados no art. 1º da Constituição Federal e há de perseguir as metas traçadas no art. 3º, também o juiz, como agente do Estado, através do processo, instrumento de poder, há de fazer o mesmo – e o art. 370 do CPC estaria em consonância com essa diretriz²⁸.

No mesmo sentido de Alexandre Câmara, William Ferreira vai além e sustenta que a iniciativa probatória, mais que um *poder*, é um *dever* do juiz²⁹.

6.2 – Quem entenda que o disposto no art. 370 do CPC é inconstitucional

É difícil encontrar doutrinador ou julgado que suprima qualquer iniciativa probatória do juiz no direito brasileiro³⁰. Quem entende que o art. 370 do CPC deve ser considerado inconstitucional, fundamenta que ele fere o devido processo legal e a participação individual das partes no processo.

Sergio Ribeiro entende que o poder instrutório oficioso, embora em nossa legislação seja permitido, não está legitimado na perspectiva da garantia constitucional do devido processo legal, por impor à parte uma providência jurisdicional não requerida, ferindo-lhe a liberdade individual de participação no processo e a sua faculdade de disposição, assumindo o ônus da escolha, de parcela de seu direito derivado da ação ou defesa³¹.

6.3 – Quem admita essa iniciativa oficial do juiz, mas que lhe imponha limites

Esta corrente é subdividida em outras três.

28 CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 65-78.

29 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014. p. 241-245.

30 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 101.

31 RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 639-647.

6.3.1 – Atividade instrutória do juiz somente pode ser complementar, nunca substitutiva

A primeira é composta daqueles que entendem que a atividade instrutória oficial somente pode ser complementar à atividade da parte, jamais substitutiva.

Arruda Alvim defende que o juiz somente pode determinar a realização de prova em caso de insuficiência da prova produzida. Na hipótese de ausência de prova por omissão da parte interessada, o juiz não pode fazê-lo de ofício, caso em que deve julgar conforme as regras do ônus da prova³².

6.3.2 – Admitem a iniciativa do juiz, mas alertam que ela afasta a imparcialidade

A segunda é dos que admitem a iniciativa oficial, mas alertam que ela afasta a imparcialidade do juiz, de modo que seria prudente criar um procedimento de competências funcionais escalonadas, segundo o qual, determinada a prova de ofício pelo magistrado (conduta que não seria proibida), deveria ela afastar-se do caso, remetendo os autos para que outro julgador apreciasse o mérito³³.

6.3.3 – Admitem a iniciativa oficial a depender da relação jurídica controvertida e da igualdade substancial das partes

A terceira diz respeito aos que admitem a iniciativa oficial, mas afirmam que a sua amplitude depende da análise da relação jurídica controvertida e das partes envolvidas.

Essa corrente doutrinária sustenta que haveria maior amplitude do poder instrutório do juiz quando se tratar de direitos indisponíveis. Por outro lado, quando se tratar de direitos disponíveis, o magistrado teria menor ou nenhum poder instrutório.

32 ARRUDA, Alvim. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 97-110, especialmente a 104.

33 RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 255-272, especialmente a p. 261.

Além disso, sendo as partes substancialmente iguais, haveria menor ou nenhuma iniciativa oficial. De outro lado, sendo as partes materialmente desiguais, haveria maior amplitude, em favor da parte hipossuficiente³⁴.

Flávio Luiz Yarshell, por exemplo, admite a iniciativa oficial, mas sustenta que sua amplitude irá variar a partir da natureza jurídica do direito controvertido (disponível/indisponível) e da igualdade substancial das partes (parte substancialmente iguais/hipossuficiência de uma das partes).

7 – Pensamento de Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria

Concordamos com aqueles que dizem que esse dispositivo confere ao juiz, como agente do Estado, importante ferramenta para concretização do ideal de construção de uma sociedade justa (art. 3º, I, da CF), na medida em que permite que o magistrado, ao decidir, esteja o mais próximo possível da realidade dos fatos³⁵. Como aponta Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria, isso não viola o devido processo legal; antes, conforma-se a essa garantia, compondo-a. Até porque o jurisdicionado já sabe, de antemão, que o julgador dispõe de poderes instrutórios e não pode dizer-se surpreendido caso eles venham a ser exercidos no caso concreto³⁶.

Por outro lado, tratando do processo civil, Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria entendem que a autonomia privada e o modelo cooperativo do processo não devem ser esquecidos na análise da extensão do poder instrutório do juiz. O juiz não é protagonista do processo. Ao menos, não é o único. É preciso reconhecer às partes o papel que lhes cabe desempenhar. É disso que trata a valorização da autonomia privada no processo³⁷.

Robson Godinho destaca a necessidade de se trabalhar com a autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico, mas sim dentro de uma

34 YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações acerca dos poderes do juiz em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no projeto de Código Comercial). In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 199-206.

35 Por exemplo, CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 65-78; FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova civil*. São Paulo: RT, 2014. p. 241-245.

36 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 103.

37 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 103.

perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites à manifestação de vontade³⁸.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria apontam que o juiz não deve ser um mero expectador do embate, mas o papel das partes também não deve ser negligenciado. Se o modelo de processo está baseado na cooperação, não deve haver protagonismo durante a tramitação do processo³⁹.

William Ferreira realiza uma feliz comparação: o juiz togado, como representante do Estado, diferentemente do árbitro de um jogo de futebol, tem, não somente o dever com o *fair play* processual, mas também com a qualidade do resultado. O processo não é um jogo, mas uma técnica empregada a serviço do melhor julgamento possível do caso concreto, voltado ao alcance de uma decisão justa⁴⁰.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria defendem que a melhor interpretação que se pode dar ao art. 370 do CPC é aquela que privilegia o meio termo: a atividade probatória é atribuída, em princípio, às partes. Ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma atividade complementar. Ou seja, uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la. Embora a finalidade do processo não seja revelar a verdade, constituiu imposição ética buscá-la, a fim de que a decisão seja a mais justa possível. As regras de ônus da prova, portanto, têm aplicação meramente subsidiária. Em outras palavras, caso esgotadas as atividades probatórias, inclusive a de iniciativa judicial, se for o caso, aí sim o julgamento pode ser feito pela regra do ônus da prova⁴¹.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria sustentam que a atividade instrutória oficial somente poderia ser substitutiva da atividade das partes em caso de vulnerabilidade (econômica ou técnica). Esses seriam os casos em que a iniciativa oficial poderia deixar de ser simplesmente complementar, passando a ser substitutiva. Com base nisso, os autores defendem que, em

38 GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juizes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. p. 2.

39 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 103.

40 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014. p. 241-245.

41 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 104.

processos societários (envolvendo duas sociedades empresárias), por exemplo, é praticamente nenhum o poder instrutório do juiz⁴².

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria ressaltam uma situação. A parte pode expressamente dispor do seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante acordo firmado com a parte adversária. Por exemplo: as partes podem firmar acordo de não realização de perícia, pois imaginam que não vale a pena aguardar pela produção dessa modalidade de prova para que o litígio alcance um desfecho. Nesse caso, não há inércia, mas vontade manifestada: não se quer a produção de determinado meio de prova. Os autores entendem que, nessas situações, o juiz não pode determinar a produção da prova, pois o negócio jurídico processual, quando válido, não pode ser ignorado pelo juiz⁴³. Assim, os autores defendem que a negociação processual pode limitar os poderes instrutórios do juiz. Eles esclarecem que inclusive há previsão expressa no art. 357, § 2º, do CPC. Além disso, o Enunciado nº 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis permite expressamente a celebração de convenção processual sobre prova⁴⁴.

Além dos requisitos normais de todos os negócios jurídicos (capacidade das partes, licitude do objeto, etc.), é preciso haver a observância do art. 370, parágrafo único, do CPC. Ou seja, caso o negócio jurídico processual crie diligência inútil ou protelatória, o juiz não deve homologar o referido negócio processual.

8 – Poderes instrutórios do juiz no processo do trabalho

Na edição inaugural do livro *Instituições de Direito do Trabalho*, datada de 1943, os autores do Projeto de CLT, Arnaldo Sussekind, Dorval de Lacerda e Segadas Viana já indicavam que as controvérsias individuais trabalhistas não deveriam ser processadas como o direito comum (civil). Os referidos autores ensinavam que há uma evidente diferenciação na natureza do litígio, o que

42 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 104.

43 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 104-105.

44 Enunciado nº 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais”.

justifica o maior poder do juiz, tanto na direção do processo como na produção de provas de ofício⁴⁵.

Os citados autores afirmam que tal circunstância não implica em eliminar a vontade das partes do quadro das relações jurídicas. Atende, apenas, ao propósito de equilibrar a posição das partes, fazendo atuar a finalidade social que visa atenuar as desigualdades que a vida impõe às partes de nível econômico diverso. Se as partes constituem forças dessemelhantes, torna-se imprescindível a instituição de um privilégio, para que o fraco seja nivelado ao forte na disputa do seu direito⁴⁶.

Nessa linha, Júlio César Bebber defende que, no Estado Constitucional e, sobretudo, em sociedades desiguais, não cabe aos juízes atuar como meros homologadores de condutas dos particulares ou atuar no vácuo destas. Além disso, o autor traz o conceito de jurisdição de Cândido Dinamarco, para argumentar que se a jurisdição é uma função pública, voltada a escopos associados ao interesse da sociedade (escopos sociais, políticos e jurídicos)⁴⁷, o processo não é coisa das partes⁴⁸.

Júlio César Bebber entende que a posição ativa do juiz não revela comportamento parcial. Ao contrário, a passividade do juiz, além de revelar sua parcialidade, atestará uma gélida indiferença com o valor justiça e com os escopos do processo⁴⁹.

Júlio César Bebber conclui afirmando que o processo do trabalho tem como um de seus pilares o amplo poder instrutório do juiz, cabendo ao juiz do trabalho, portanto, realizar o controle de admissibilidade (constitucionalidade e legalidade), necessidade, pertinência e relevância (utilidade) da prova, sendo-

45 SÜSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943. p. 611-612.

46 SÜSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943. p. 611-612.

47 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. p. 53.

48 BEBBER, Júlio César. Provas no novo CPC e o processo do trabalho. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão (Coord.). *Repercussões do Novo CPC no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 297-322; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 111-146.

49 BEBBER, Júlio César. Provas no novo CPC e o processo do trabalho. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão (Coord.). *Repercussões do Novo CPC no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 297-322; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 111-146.

lhe lícito determinar de ofício a realização das provas que julgar indispensáveis ao seu convencimento⁵⁰.

8.1 – Fundamentos normativos oferecidos pela CLT

Passados mais de setenta e cinco anos da publicação da CLT, o art. 765, que permanece intocável, dispõe que:

“Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

Além disso, o art. 852-D da CLT, acrescentado pela Lei nº 9.957, de 2000, refere que:

“Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

Um dispositivo da CLT dispõe, portanto, que os juízes podem “determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento” das causas e o outro estabelece que “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas”.

Diante dessas duas passagens normativas, os estudiosos da seara trabalhista se limitam a dizer que a iniciativa oficial do magistrado é ampla e irrestrita em quaisquer casos. Esse entendimento, a nosso ver, parece inadequado e superficial.

8.2 – Predominância de aspectos inquisitoriais no processo do trabalho em matéria de produção de prova

Como declinado na introdução, o escopo que move o presente texto é analisar a densidade do poder instrutório do juiz do trabalho, tendo como inspiração a análise feita por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. acerca da

50 BEBBER, Júlio César. Provas no novo CPC e o processo do trabalho. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLETT, Estêvão (Coord.). *Repercussões do Novo CPC no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 297-322; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 111-146.

predominância dos aspectos inquisitoriais no processo coletivo⁵¹. A análise feita pelos referidos autores serve como base para a investigação ora formulada. No entanto, aquela se destina ao processo coletivo, ao passo que esta ao processo do trabalho.

A pretensão não é estabelecer uma verdade absoluta acerca dos poderes instrutórios do juiz no processo do trabalho, mas tão somente lançar algumas considerações que podem aperfeiçoar a compreensão do assunto.

O processo trabalhista, como tendência, reforça a inquisitividade em razão: a) do direito material envolvido; b) das partes envolvidas no litígio (na maioria das vezes, envolve o trabalhador hipossuficiente econômico; e c) do menor espaço para a negociação processual e disponibilidade do direito material (na maioria das vezes, são direitos indisponíveis).

Assim, seja em função dos sujeitos tutelados (via de regra, trabalhadores economicamente hipossuficientes), seja em função da natureza jurídica do direito controvertido (direitos indisponíveis), permite-se uma conduta mais dirigente e decisiva do juiz em matéria trabalhista do que nos processos cíveis. Mas essas características não são inerentes a todo e qualquer processo que tramite na Justiça do Trabalho.

Essa calibração da divisão das tarefas no processo do trabalho decorre das previsões legislativas acima transcritas (art. 765 e art. 852-D, ambos da CLT) e ocorre em conformidade com o princípio da adequação, corolário do devido processo legal.

Essa participação mais proativa e incisiva do juiz do trabalho efetivamente é válida na maioria das situações, mas não em todas. Até porque não é em todo processo do trabalho que uma das partes é vulnerável economicamente e, ainda, nem sempre se discute situações jurídicas que envolvam direitos indisponíveis. Essas características não são inerentes a todo e qualquer processo que tramite na Justiça do Trabalho.

Baseando-se em Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, entendemos que uma metáfora matemática pode ajudar a compreender o equilíbrio dinâmico entre os princípios inquisitivo e dispositivo no processo do trabalho: a função racional⁵². Eis nossa sugestão.

51 DIDIER Jr., Fredie; ZANETI, Hermes Jr. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 125-129.

52 DIDIER Jr., Fredie; ZANETI, Hermes Jr. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 125-129.

DOCTRINA

O processo do trabalho é tendencialmente inquisitivo quando analisado a partir de uma função que explique a atividade do juiz como controlada pelo direito material e pelo direito processual envolvidos na espécie em discussão. Assim, quanto maior a participação efetiva das partes, tanto menor a inquisitividade (função decrescente); tanto maior a vulnerabilidade, tanto maior a inquisitividade (função crescente); tanto maior a indisponibilidade dos direitos, tanto maior a inquisitividade. Trata-se de uma função racional tendente a zero sem jamais chegar a zero, sem jamais eliminar um grau mínimo de dispositividade ou de inquisitividade.

Assim, adotam-se critérios que, mantidas as demais variáveis, permitem dizer que, do ponto de vista do direito material, será possível uma maior intervenção do Poder Judiciário: a) em relação à titularidade do direito discutido: se o titular do direito discutido for vulnerável; b) em relação à natureza da situação jurídica discutida: a participação será menor nos casos de pretensão de natureza patrimonial, e maior em relação aos direitos-dever (competência ou função) ou direitos de natureza não patrimonial (saúde, higiene e segurança do trabalhador, vida íntima, assédio moral e sexual, etc.); e c) em relação aos graus de disponibilidade do direito discutido (indisponível, disponível e negociável): para processos que discutam direitos disponíveis, a participação do juiz deve ser a menor possível.

Ademais, quando se tratar de atividade devida pela parte no exercício de um poder que lhe é outorgado em benefício de outrem (poder familiar em benefício dos filhos), maior poderá ser a inquisitividade do juiz. Um exemplo é quando a reclamação trabalhista será movida por menor de 18 anos. Ele precisará ser representado por seus representantes legais e, na falta destes, pela Procuradoria da Justiça do Trabalho, pelo sindicato, pelo Ministério Público estadual ou curador nomeado em juízo, à luz do art. 793 da CLT⁵³. Nesse caso, a intervenção do juiz para determinar o exercício destas funções é não só admitida como também desejável pelo ordenamento jurídico.

Quanto aos aspectos processuais, podemos mencionar algumas diretrizes para calibrar a participação do juiz: a) a existência de legitimação extraordinária (caso em que a parte está representada pelo Ministério Público do Trabalho), considerando-se a dificuldade de participação do grupo, permite uma maior amplitude do controle da adequada representação em concreto pelo juiz, a designação de audiências públicas e a admissão de intervenções de *amicus curiae*

53 CLT: “Art. 793. A reclamação trabalhista do menor de 18 anos será feita por seus representantes legais e, na falta destes, pela Procuradoria da Justiça do Trabalho, pelo sindicato, pelo Ministério Público estadual ou curador nomeado em juízo”.

(art. 138 do CPC, observe-se que o artigo determina o controle da adequada representação do interveniente, pois o juiz somente poderá admitir a intervenção de entidade ou pessoa com “representatividade adequada”), bem como, nos casos de legitimação concorrente a sucessão processual, como forma de suprir a ilegitimidade, evitando a extinção do processo; b) a negociação processual (art. 190 do CPC), cujo controle jurisdicional ocorrerá somente nos casos de nulidade, simulação, fraude à lei, inserção abusiva de convenção processual em contrato de adesão ou quando o sujeito estiver em manifesta situação de vulnerabilidade.

O Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa (IN) nº 39, dispondo que a negociação processual, prevista no art. 190 do CPC, não se aplica ao processo do trabalho⁵⁴. Em tese, a negociação processual não será cabível nos processos trabalhistas. No entanto, como veremos em tópico futuro, existem exemplos de negócios jurídicos processuais celebrados diariamente no processo do trabalho. Nesses casos, tanto maior a possibilidade de negociação processual, tanto menor será o poder de inquisitividade.

É preciso, portanto, construir um modelo de processo do trabalho que calibre a participação do juiz tendo em vista as variáveis apontadas. Nem sempre um processo trabalhista tem alta dose de inquisitividade, como a doutrina costuma dizer.

Não se pode considerar adequado um processo trabalhista com regras únicas quanto à distribuição das funções entre partes e juiz, como se uma ação trabalhista para resolver problemas relativos a verbas rescisórias de um trabalhador hipossuficiente pudesse ter o mesmo regramento de uma ação trabalhista movida pelo Ministério Público do Trabalho em face de uma grande empresa.

Há uma preocupação com a volta do pêndulo, entre a exigência de liberdade para as partes e a imposição de poderes quase ilimitados para o juiz. A função entre dispositividade e inquisitividade do processo não pode jamais tocar o zero em nenhum dos eixos variáveis. Trata-se de uma proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Não existirão processos com grau zero dispositividade ou de inquisitividade. Não há processo sem nenhuma dispositividade, nem há processo sem nenhuma inquisitividade⁵⁵.

54 IN nº 39 do TST: “Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: (...) II – art. 190 e parágrafo único (negociação processual) (...)”.

55 DIDIER Jr., Fredie; ZANETI, Hermes Jr. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 125-129.

8.3 – Critérios para aferir a densidade do poder instrutório do juiz

O juiz tem poderes, mas esse poder será exercido a depender de circunstâncias que o justifiquem. Ou seja, partimos da premissa de que não existe processo com zero poder do juiz, muito menos processo com absolutos e irrestritos poderes de ofício. Posta tal premissa, podemos sistematizar os parâmetros.

Quanto aos aspectos materiais, mencionamos os seguintes critérios para aferir a densidade da participação do juiz:

Primeiro. Em relação à titularidade do direito discutido: se o titular do direito discutido for vulnerável.

Segundo. Em relação à natureza da situação jurídica discutida: a participação será menor nos casos de pretensão de natureza patrimonial, e maior em relação aos direitos-dever (competência ou função) ou direitos de natureza não patrimonial.

Terceiro. Em relação aos graus de disponibilidade do direito discutido (indisponível, disponível e negociável): para processos que discutam direitos disponíveis, a participação do juiz deve ser a menor possível.

Quarto. Em relação à complexidade do litígio: para litígios mais complexos (envolvendo dano moral coletivo para toda uma categoria), a participação do juiz é mais necessária; para litígios que envolvem um interesse de apenas uma pessoa ou grupo (exemplo: trabalhador hipersuficiente, antigo CEO do empregador litigando com uma grande empresa), em razão da maior homogeneidade dos interesses envolvidos, a participação do juiz tende a ser menor.

Nesse ponto, cabe propor outra interessante reflexão, que será objeto de futuro trabalho acadêmico, mas que já vale mencionar neste breve ensaio: a necessidade de formular uma tipologia dos litígios trabalhistas, inspirando-se na proposta de Edilson Vitorelli, que elaborou a tipologia dos litígios transindividuais: litígios de difusão global, litígios de difusão local e litígios de difusão irradiada⁵⁶.

Dentro da seara trabalhista, é possível pensar em litígios clássicos (que envolvem trabalhador hipossuficiente e empregador), litígios que envolvem entes coletivos (seja entre Sindicatos, seja entre Sindicatos e empregadores, seja entre Sindicatos e trabalhadores), litígios que envolvam partes juridicamente

56 VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2016.

não subordinadas (Ministério Público do Trabalho, empregado hipersuficiente, etc.) e outros litígios que ainda estão sendo objeto de reflexão.

A elaboração da tipologia dos litígios trabalhistas seria muito benéfica, pois, ao verificar o tipo de litígio, acarretaria significativas consequências em inúmeros institutos do processo: participação do juiz, legitimidade para propositura da ação, competência para processar e julgar a causa, representação adequada dos titulares dos direitos, etc.

Quanto aos aspectos processuais, podem ser mencionadas algumas diretrizes para o aumento da participação do juiz.

Primeiro. A existência de legitimação extraordinária, considerando-se a dificuldade de participação do grupo, permite uma maior amplitude do controle da adequada representação em concreto pelo juiz, a designação de audiências públicas e a admissão de intervenções de *amicus curiae* (art. 138 do CPC). Saber se o processo está sendo conduzido por substituto processual é importante. Quando o processo é conduzido pela própria parte (processos entre empregado e empregador; processos que envolvem dois Sindicatos litigando entre si para verificar qual o representante da categoria), a participação do juiz é menor. Quando o processo é conduzido por substituto processual (Sindicato representando a categoria, Ministério Público do Trabalho defendendo interesses alheios, da sociedade ou de categoria profissional, pais representando os filhos menores de 18 anos, etc.), a participação judicial é maior.

Segundo. A negociação processual (art. 190 do CPC e Resolução CNMP nº 118), cujo controle jurisdicional ocorrerá somente nos casos de nulidade, simulação, fraude à lei, inserção abusiva de convenção processual em contrato de adesão ou quando o sujeito estiver em manifesta situação de vulnerabilidade. Assim, como defendemos que a negociação processual será cabível nos processos trabalhistas conduzidos pelos Sindicatos ou por membros do Ministério Público, tanto maior a possibilidade de negociação processual, tanto menor será o poder de inquisitividade.

8.4 – Negócios jurídicos processuais

Como mencionado, O TST dispôs com a IN nº 39 que a negociação processual, prevista no art. 190 do CPC, não se aplica ao processo do trabalho. No entanto, demonstraremos exemplos de negócios jurídicos processuais celebrados diariamente no processo do trabalho.

Logicamente, assim como no processo cível, o juiz do trabalho também poderá controlar a validade do negócio jurídico processual.

Mas a negativa geral não faz sentido, até porque, para além das relações de emprego, a Justiça do Trabalho também é competente para julgar demandas ajuizadas por Sindicatos em face de outros Sindicatos.

Também com relação ao MPT, que tem legitimidade para ajuizar ações em face de empresas, inclusive ação civil pública pleiteando dano moral coletivo. Nesse caso, as partes se equivalem, de modo que os direitos admitem autocomposição, as partes são plenamente capazes e todos os requisitos são preenchidos. Não havendo qualquer problema de as partes negociarem ônus, poderes, deveres, faculdades relacionadas ao processo. A ideia do CPC foi dar poder às partes, dando a elas o autorregramento da sua validade, cabendo ao juiz controlar a validade *a posteriori* dessa negociação.

Até mesmo demandas que tratem de relação de emprego, quando as demandas forem ajuizadas por altos empregados, como o hipersuficiente econômico trazido pela Reforma Trabalhista (aquele empregado que é portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social)⁵⁷ ou quando representados por grandes advogados.

Mesmo quando for empregado hipossuficiente, é possível que o negócio jurídico processual seja favorável ao empregado, estabeleça premissas benéficas a respeito de escolha do perito, aumento do depósito recursal, escolher a sentença como decisão irrecorrível, etc.

Para exemplificar, citamos quatro negócios jurídicos processuais que são diariamente realizados na Justiça do Trabalho.

Primeiro: negócio jurídico para a perícia a ser realizada no INSS vincular o processo trabalhista. Trata-se de negócio jurídico praticamente aceito por todas as partes, por motivos óbvios: acelerar o andamento do processo trabalhista e reduzir custos (não precisar realizar outra perícia no âmbito trabalhista, o que evita pagamento de honorários periciais).

Segundo: acordo processual de que cada parte irá ouvir apenas uma ou duas testemunhas. O limite máximo no rito ordinário é três para cada parte. Esse pacto também costuma ser aceito pelas partes, pois acelera o processo.

57 CLT: “Art. 444. (...) Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

DOCTRINA

Terceiro: quando a testemunha não comparece na audiência, os juízes costumam propor um negócio jurídico processual para as partes: eles perguntam se as partes preferem adiar a audiência para poder ouvir a testemunha (o que costuma atrasar o processo) ou continuar a audiência e consequentemente encerrar a instrução (nessa hipótese, as partes correm o risco de o Tribunal Regional do Trabalho anular o processo por nulidade, em razão do cerceamento do direito de defesa). As partes costumam decidir o que preferem. Só não pode agir de forma contraditória: pactuar algo (que deve ficar registrado em ata de audiência) e depois postular em sentido contrário.

Quarto: a regra é que o depoimento testemunhal seja realizado oralmente. Todavia, em alguns casos, os sujeitos processuais (partes, juiz, testemunhas) pactuam que o depoimento testemunhal será apresentado por escrito.

Assim, mesmo teoricamente seja vedada a aplicação dos negócios jurídicos processuais no âmbito laboral, a prática revela o seu uso diário e consensualmente aceito. Desse modo, defendemos ser necessário estudar dogmaticamente, de forma aprofundada, os critérios a serem utilizados na negociação processual trabalhista, justamente para conferir maior segurança à prática negocial. A teoria não pode se calar diante da prática. De logo, cabe antecipar que, nos casos de negociação processual na seara laboral, tanto maior a possibilidade de negociação processual, tanto menor será o poder de inquisitividade.

9 – Conclusões

Como enunciado desde a introdução, o presente artigo pretendeu apresentar critérios para aferir a densidade dos poderes instrutórios do juiz do trabalho. Para tanto, analisou os modelos tradicionais de organização do processo: adversarial e inquisitorial, inclusive traçando notas sobre o poder instrutório do juiz no direito comparado (Inglaterra e Estados Unidos) e sobre análise histórica do assunto no processo civil brasileiro.

Além disso, investigou o atual estágio do pensamento da doutrina brasileira acerca do poder instrutório do juiz no processo civil. O trabalho parte da premissa de que não existirão processos com grau zero de dispositividade ou de inquisitividade, embora concorde com a predominância de aspectos inquisitoriais no processo do trabalho em matéria de produção de prova. As diretrizes alcançadas neste ensaio acerca do poder instrutório do juiz no processo laboral, sem prejuízo de outras ilações, são:

Quanto aos aspectos materiais: em relação à titularidade do direito discutido, à natureza da situação jurídica discutida, aos graus de disponibilidade

do direito discutido (indisponível, disponível e negociável) e à complexidade do litígio. Sobre esse último aspecto, colocou-se a proposta de investigar a elaboração de tipologia de litígios trabalhistas, que seria útil para examinar as consequências em inúmeros institutos do processo: participação do juiz, legitimidade para propositura da ação, competência para processar e julgar a causa, representação adequada dos titulares dos direitos, etc.

Quanto aos aspectos processuais: a existência de legitimação extraordinária, considerando-se a dificuldade de participação do grupo; e a negociação processual.

10 – Referências bibliográficas

AROCA, Juan M. (Org.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ARRUDA, Alvim. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BEBBER, Júlio César. Provas no novo CPC e o processo do trabalho. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLETT, Estêvão (Coord.). *Repercussões do Novo CPC no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 198, p. 458, ago. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

CAVERO, Hugo. El garantis model professor James Goldschmidt: vigência de un pensamiento viejo y bueno, o vigência del pensamiento de un viejo bueno. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, Communitas, n. 14, p. 18-20, 2009.

CHASE, Oscar G. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 110, p. 122, 2003.

DAMAKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____; ZANETTI, Hermes Jr. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DOCTRINA

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do Processo do Estado da Bahia anotado*. Salvador: Romualdo dos Santos Livreiro Editor, 1916. v. 1.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014.

GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JOLOWICZ, J. A. Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Leituras complementares de Processo civil. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÜSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943.

TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual*, Buenos Aires, ano IV, n. 10, p. 319-320, 2007.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações acerca dos poderes do juiz em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no projeto de Código Comercial). In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

Recebido em: 17/01/2019

Aprovado em: 18/02/2019

PERSPECTIVAS DO TELETRABALHO COMO FORMA DE HARMONIZAÇÃO DO INTERESSE DE EMPREGADOS E EMPREGADORES

PERPECTIVES OF TELEWORK RECONCILING EMPLOYEES AND EMPLOYERS DEMANDS

Lucas Kouji Kinpara*

Pedro Augusto Vecchi Moreira**

RESUMO: O presente estudo traça um panorama sobre a regulamentação do teletrabalho, trazendo aspectos do Direito Internacional, notadamente da Convenção nº 177 e Recomendação nº 184 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), do Direito Comparado, trazendo referências do Direito Português, e das normas Consolidadas anteriores e posteriores à vigência da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que, tendo entrado em vigor em 11 de novembro do mesmo ano, alterou sensivelmente o regime trabalhista pátrio, ficando conhecida como Reforma Trabalhista. A partir dessas premissas desenvolve-se uma análise acerca da importância do teletrabalho como instituto que pode harmonizar as aparentes tensões entre empregados e empregadores, como medida de flexibilização e como forma de enfrentamento de contextos econômicos e políticos potencialmente desfavoráveis. Por fim, apontam-se perspectivas acerca da possibilidade de utilização do teletrabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho. Tecnologia. Flexibilização. Harmonização.

ABSTRACT: *This paper is an analysis of regulation of teleworking according to International Law, especially considering the ILO's Convention 177 and Recommendation 184, comparative laws, including Portuguese Law and the correlation between pre and post rule of Law 13.467, of July, 13, 2017, came into effect on November, 11, of the same year; altering the Brazilian labor rule, known as Labor Reform. Based on these premises, it analyses the importance of teleworking as an institute that can harmonize the tensions that occurs between employees and employers, as a measure of flexibility and as a way of face up to potentially unfavorable economic and political contexts. Finally, it indicates perspectives of the application of the teleworking.*

KEYWORDS: *Teleworking. Technology. Flexibilization. Harmonization.*

* Mestre em Direitos Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO (2005); graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1993); graduado em Análise de Sistemas pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1988).

** Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (2010); graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008); aprovado no I Concurso Público Nacional Unificado para Ingresso na Carreira da Magistratura do Trabalho.

1 – Introdução

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que entrou em vigor em 11 de novembro do mesmo, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, alterou diversos institutos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Trata-se de norma que teve por fonte material um contexto econômico e político bastante peculiar, diante do qual relevantes atores sociais entenderam pela necessidade de alteração de diversos paradigmas relativos ao Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho, visando uma melhor concertação das relações sociais laborais, que trouxesse melhora nos indicadores econômicos e na crise de empregabilidade. Analisando mencionado cenário, ponderou Ives Gandra Martins Filho (2018, p. 89) que

“O Governo do Presidente Michel Temer trouxe à baila o tema da Reforma Trabalhista como uma das necessidades para superação da grave crise econômica pela qual o país vinha passando desde 2015, com o dramático quadro de 14 milhões de desempregados, empresas quebrando, PIB caindo, inflação subindo e R\$ 170 bilhões de dívida pública, exigindo urgente ajuste fiscal.”

A CLT já dispunha, modestamente, acerca do instituto do teletrabalho em seu art. 6º, parágrafo único¹, desde a vigência da Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, que, no entanto, se limitava equiparar, para fins de subordinação jurídica, os meios telemáticos e informatizados de comando aos meios pessoais e diretos de controle e supervisão do trabalho alheio. No entanto, as contingências da modernidade elevaram a importância do instituto, como ensina Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 141):

“Engana-se quem pensar que o teletrabalho surgiu com o desenvolvimento da internet ou que seja exclusividade das profissões afetas às novas tecnologias. Do contrário, não teria o art. 6º da CLT, em 1943, enfatizado que o trabalho realizado na casa do empregado deve merecer o mesmo tratamento do trabalho realizado nas dependências do patrão. (...)”

Claro, aumentou o número de pessoas em teletrabalho (20% em 2020, segundo a OIT). Hoje nem causa mais espanto ver pais de família em suas casas e vários segmentos das ciências contábeis, ciências da

1 “Art. 6º (...)

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

computação e desenho gráfico migrando para seus domicílios. Para ficar mais elegante, dizemos *home office*.”

A proposta da Lei nº 13.467/2017, no entanto, foi mais ousada. Inseriu um inciso III no art. 62 da CLT², por meio do qual afastou os teletrabalhadores das normas inerentes ao Capítulo “DADURAÇÃO DO TRABALHO” Consolidado, e inseriu no texto legal os arts. 75-A a 75-E³, regulamentando exaustivamente este modo de prestação de serviços.

Pensamos que, a partir de então, um novo olhar deve ser direcionado ao teletrabalho, como um modo de, enfrentando o contexto político e econômico atual, alcançar uma forma de harmonizar os interesses de empregados e empregadores, questão que passamos a analisar adiante. É certo, no entanto, que novos horizontes estarão à vista a partir da popularização do instituto.

2 – Conceito de teletrabalho

O legislador de 2017 preocupou-se em conceituar teletrabalho, inserindo no art. 75-B a definição que aponta que “considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com

-
- 2 “Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:
(...)
III – os empregados em regime de teletrabalho.”
- 3 “Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.
Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.
Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.
Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.
§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.
§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.
Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.
Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.
Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.
Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.”

DOCTRINA

a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”. Em seu parágrafo único, o legislador destacou que “o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho”.

Inicialmente, destacamos que o teletrabalho não desnatura o contrato de trabalho, já que não são afetados seus elementos caracterizadores, presentes nos arts. 2º e 3º da CLT. Nesse sentido, pontuam Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2018, p. 217) que

“Em nada fica descaracterizado o contrato de trabalho pelo fato de a prestação de serviços realizar-se fora do estabelecimento. (...) A OIT na Convenção nº 177 definiu o trabalho a domicílio como aquele que se realiza no domicílio do trabalhador ou em outros locais de sua escolha, distinto do local de trabalho do empregador.”

A doutrina, no entanto, traz alguns relevantes contornos. Para Francisco Antonio de Oliveira “o sentido literal do termo ‘teletrabalho’ é o de trabalho à distância ou remoto” (OLIVEIRA, 2017, p. 29). Já Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima (2017, p. 45) ponderam que

“Teletrabalho é uma espécie do gênero trabalho a distância, cuja espécie mais antiga é o trabalho em domicílio. O conceito de teletrabalho ainda está em construção, visto que a tecnologia avança mais rápido que sua apreensão pelo espírito. Contudo, já é possível delimitar-lhe o sentido assim: teletrabalho é uma forma de trabalho a distância, exercido mediante o emprego de recursos telemáticos em que o trabalhador sofre o controle patronal.”

A seu turno, Sergio Pinto Martins (2015, p. 158) diferencia teletrabalho de trabalho a distância ou trabalho a domicílio. O autor pondera que no teletrabalho deve estar presente a forma de subordinação jurídica inerente aos meios telemáticos ou informatizados de comando, conforme dicção legal. Ele preceitua que

“Todo teletrabalho é considerado trabalho a distância, mas nem todo trabalho a distância pode ser considerado teletrabalho. O trabalho a domicílio também é um trabalho a distância, mas pode usar tecnologia ou não. As costureiras não usam tecnologia ou aparelhos eletrônicos para trabalhar. Logo, não é teletrabalho, mas trabalho a distância.”

Por se tratar de uma novidade legislativa, a exata moldura do conceito ainda não foi plenamente alcançada, ainda que o próprio legislador tenha tido o

cuidado de inseri-lo na norma positivada, em clara atenção à segurança jurídica. Ainda assim, reputamos que apenas com o avançar dos debates chegaremos a um conceito completo e seguro do instituto. Essa preocupação fica clara ao se considerar a colocação de Sandro Nahmias Melo (2017, p. 1.095), para quem

“Um conceito tão amplo e de contornos confusos, em matéria de restrição de direitos, apenas fomenta insegurança jurídica. Note-se que jurisprudência e doutrina têm evitado conceituar o teletrabalho de forma hermética ou definitiva, até pela evolução cada vez mais rápida dos tipos de trabalho que usam instrumentos de informática ou telemáticos.”

À guisa de uma conclusão acerca do conceito do instituto do ponto de vista científico, e não meramente legal, consideramos que teletrabalho é a forma de prestação de serviços preponderantemente⁴ fora das dependências do empregador, na qual a subordinação jurídica inerente à relação de emprego se dá com a utilização de meios telemáticos ou informatizados de comando.

Destacamos, por fim, acompanhando Sergio Pinto Martins, que a utilização dos meios telemáticos ou informatizados para fins de subordinação jurídica é o que diferencia o instituto em análise do trabalho externo (como o trabalho de entregadores ou transportadores) ou do trabalho a domicílio (como as costureiras), nos quais os serviços são prestados fora do estabelecimento do empregador, sem que fiquem caracterizados como teletrabalho.

Ponderamos, contudo, que o desenvolver da doutrina e jurisprudência pátria acerca do instituto, ora mais debatido em face da aprovação da Reforma Trabalhista, bem como a plasticidade e a dinâmica dos fenômenos sociais e jurídicos, devem contribuir para a formação de um conceito com maior carga de definitividade para a aplicação nos âmbito das relações de trabalho e das demandas trabalhistas, de modo que as reflexões não devem se dar por esgotadas. Ao revés, o objetivo é fomentar o debate, com nossa contribuição, módica que seja.

3 – Convenção nº 177 e Recomendação nº 184 da OIT, ambas de 1996

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) trata do trabalho a domicílio em sua Convenção nº 177, de 1996⁵. A norma internacional, no entanto,

4 A expressão “preponderantemente” já enfatiza o fato de que o comparecimento eventual do empregado no estabelecimento do empregador não descaracteriza o teletrabalho, como, inclusive, prevê o texto legal.

5 “Article 1

For the purposes of this Convention:

(a) the term home work means work carried out by a person, to be referred to as a homeworker,

não foi ratificada pelo Brasil. O tema também é objeto da Recomendação n°

(i) in his or her home or in other premises of his or her choice, other than the workplace of the employer;
(ii) for remuneration;

(iii) which results in a product or service as specified by the employer, irrespective of who provides the equipment, materials or other inputs used, unless this person has the degree of autonomy and of economic independence necessary to be considered an independent worker under national laws, regulations or court decisions;

(b) persons with employee status do not become homeworkers within the meaning of this Convention simply by occasionally performing their work as employees at home, rather than at their usual workplaces;

(c) the term employer means a person, natural or legal, who, either directly or through an intermediary, whether or not intermediaries are provided for in national legislation, gives out home work in pursuance of his or her business activity.

Article 2

This Convention applies to all persons carrying out home work within the meaning of Article 1.

Article 3

Each Member which has ratified this Convention shall adopt, implement and periodically review a national policy on home work aimed at improving the situation of homeworkers, in consultation with the most representative organizations of employers and workers and, where they exist, with organizations concerned with homeworkers and those of employers of homeworkers.

Article 4

1. The national policy on home work shall promote, as far as possible, equality of treatment between homeworkers and other wage earners, taking into account the special characteristics of home work and, where appropriate, conditions applicable to the same or a similar type of work carried out in an enterprise.

2. Equality of treatment shall be promoted, in particular, in relation to:

(a) the homeworkers' right to establish or join organizations of their own choosing and to participate in the activities of such organizations;

(b) protection against discrimination in employment and occupation;

(c) protection in the field of occupational safety and health;

(d) remuneration;

(e) statutory social security protection;

(f) access to training;

(g) minimum age for admission to employment or work; and

(h) maternity protection.

Article 5

The national policy on home work shall be implemented by means of laws and regulations, collective agreements, arbitration awards or in any other appropriate manner consistent with national practice.

Article 6

Appropriate measures shall be taken so that labour statistics include, to the extent possible, home work.

Article 7

National laws and regulations on safety and health at work shall apply to home work, taking account of its special characteristics, and shall establish conditions under which certain types of work and the use of certain substances may be prohibited in home work for reasons of safety and health.

Article 8

Where the use of intermediaries in home work is permitted, the respective responsibilities of employers and intermediaries shall be determined by laws and regulations or by court decisions, in accordance with national practice.

184⁶, do mesmo ano.

Em que pese a distinção doutrinária analisada acima acerca da diferença entre teletrabalho, trabalho externo e trabalho a domicílio, a Convenção dispõe em seu art. 1º que trabalho a domicílio representa o trabalho realizado no domicílio do trabalhador ou em outro local, mediante remuneração, independentemente de quem proporcione os equipamentos e materiais utilizados para a prestação.

O art. 2º da Norma Internacional prevê que ela se aplica a todas as pessoas que trabalham em casa.

Article 9

1. A system of inspection consistent with national law and practice shall ensure compliance with the laws and regulations applicable to home work.

2. Adequate remedies, including penalties where appropriate, in case of violation of these laws and regulations shall be provided for and effectively applied.

Article 10

This Convention does not affect more favourable provisions applicable to homeworkers under other international labour Conventions.

Article 11

The formal ratifications of this Convention shall be communicated to the Director-General of the International Labour Office for registration.

Article 12

1. This Convention shall be binding only upon those Members of the International Labour Organization whose ratifications have been registered with the Director-General of the International Labour Office.

2. It shall come into force 12 months after the date on which the ratifications of two Members have been registered with the Director-General.

3. Thereafter, this Convention shall come into force for any Member 12 months after the date on which its ratification has been registered.

Article 13

1. A Member which has ratified this Convention may denounce it after the expiration of ten years from the date on which the Convention first comes into force, by an act communicated to the Director-General of the International Labour Office for registration. Such denunciation shall not take effect until one year after the date on which it is registered.

2. Each Member which has ratified this Convention and which does not, within the year following the expiration of the period of ten years mentioned in the preceding paragraph, exercise the right of denunciation provided for in this Article, will be bound for another period of ten years and, thereafter, may denounce this Convention at the expiration of each period of ten years under the terms provided for in this Article.

Article 14

1. The Director-General of the International Labour Office shall notify all Members of the International Labour Organization of the registration of all ratifications and denunciations communicated by the Members of the Organization.

2. When notifying the Members of the Organization of the registration of the second ratification, the Director-General shall draw the attention of the Members of the Organization to the date upon which the Convention shall come into force.

Article 15

The Director-General of the International Labour Office shall communicate to the Secretary-General of the United Nations, for registration in accordance with article 102 of the Charter of the United Na-

DOCTRINA

Dispõe o art. 3º que o Estado que ratifica a Convenção deve adotar, implementar e rever periodicamente uma política nacional sobre o trabalho em

tions, full particulars of all ratifications and acts of denunciation registered by the Director-General in accordance with the provisions of the preceding Articles.

Article 16

At such times as it may consider necessary, the Governing Body of the International Labour Office shall present to the General Conference a report on the working of this Convention and shall examine the desirability of placing on the agenda of the Conference the question of its revision in whole or in part.

Article 17

1. Should the Conference adopt a new Convention revising this Convention in whole or in part, then, unless the new Convention otherwise provides -

(a) the ratification by a Member of the new revising Convention shall ipso jure involve the immediate denunciation of this Convention, notwithstanding the provisions of Article 13 above, if and when the new revising Convention shall have come into force;

(b) as from the date when the new revising Convention comes into force, this Convention shall cease to be open to ratification by the Members.

2. This Convention shall in any case remain in force in its actual form and content for those Members which have ratified it but have not ratified the revising Convention.

Article 18

The English and French versions of the text of this Convention are equally authoritative.”

6 “I. DEFINITIONS AND SCOPE OF APPLICATION

1. For the purposes of this Recommendation:

(a) the term home work means work carried out by a person, to be referred to as a homemaker,

(i) in his or her home or in other premises of his or her choice, other than the workplace of the employer;

(ii) for remuneration;

(iii) which results in a product or service as specified by the employer, irrespective of who provides the equipment, materials or other inputs used, unless this person has the degree of autonomy and of economic independence necessary to be considered an independent worker under national laws, regulations or court decisions;

(b) persons with employee status do not become homeworkers within the meaning of this Recommendation simply by occasionally performing their work as employees at home, rather than at their usual workplaces;

(c) the term employer means a person, natural or legal, who, either directly or through an intermediary, whether or not intermediaries are provided for in national legislation, gives out home work in pursuance of his or her business activity.

2. This Recommendation applies to all persons carrying out home work within the meaning of Paragraph 1.

II. GENERAL PROVISIONS

3.

(1) Each Member should, according to national law and practice, designate an authority or authorities entrusted with the formulation and implementation of the national policy on home work referred to in Article 3 of the Convention.

(2) As far as possible, use should be made of tripartite bodies or organizations of employers and workers in the formulation and implementation of this national policy.

(3) In the absence of organizations concerned with homeworkers or organizations of employers of homeworkers, the authority or authorities referred to in subparagraph (1) should make suitable arrangements to permit these workers and employers to express their opinions on this national policy and on the measures adopted to implement it.

4. Detailed information, including data classified according to sex, on the extent and characteristics of home work should be compiled and kept up to date to serve as a basis for the national policy on home

DOCTRINA

domicílio para melhorar a situação dos trabalhadores, sendo complementado pelo art. 4º, que determina a promoção de igualdade de tratamento entre os

work and for the measures adopted to implement it. This information should be published and made publicly available.

5.

(1) A homeworker should be kept informed of his or her specific conditions of employment in writing or in any other appropriate manner consistent with national law and practice.

(2) This information should include, in particular:

- (a) the name and address of the employer and the intermediary, if any;
- (b) the scale or rate of remuneration and the methods of calculation; and
- (c) the type of work to be performed.

III. SUPERVISION OF HOME WORK

6. The competent authority at the national level and, where appropriate, at the regional, sectoral or local levels, should provide for registration of employers of homeworkers and of any intermediaries used by such employers. For this purpose, such authority should specify the information employers should submit or keep at the authority's disposal.

7.

(1) Employers should be required to notify the competent authority when they give out home work for the first time.

(2) Employers should keep a register of all homeworkers, classified according to sex, to whom they give work.

(3) Employers should also keep a record of work assigned to a homeworker which shows:

- (a) the time allocated;
 - (b) the rate of remuneration;
 - (c) costs incurred, if any, by the homeworker and the amount reimbursed in respect of them;
 - (d) any deductions made in accordance with national laws and regulations; and
 - (e) the gross remuneration due and the net remuneration paid, together with the date of payment.
- (4) A copy of the record referred to in subparagraph (3) should be provided to the homeworker.

8. In so far as it is compatible with national law and practice concerning respect for privacy, labour inspectors or other officials entrusted with enforcing provisions applicable to home work should be allowed to enter the parts of the home or other private premises in which the work is carried out.

9. In cases of serious or repeated violations of the laws and regulations applicable to home work, appropriate measures should be taken, including the possible prohibition of giving out home work, in accordance with national law and practice.

IV. MINIMUM AGE

10. National laws and regulations concerning minimum age for admission to employment or work should apply to home work.

V. THE RIGHTS TO ORGANIZE AND TO BARGAIN COLLECTIVELY

11. Legislative or administrative restrictions or other obstacles to:

- (a) the exercise of the right of homeworkers to establish their own organizations or to join the workers' organizations of their choice and to participate in the activities of such organizations; and
- (b) the exercise of the right of organizations of homeworkers to join trade union federations or confederations, should be identified and eliminated.

12. Measures should be taken to encourage collective bargaining as a means of determining the terms and conditions of work of homeworkers.

VI. REMUNERATION

13. Minimum rates of wages should be fixed for home work, in accordance with national law and practice.

DOCTRINA

trabalhadores a domicílio e outros assalariados, elencando direitos mínimos inerentes àqueles trabalhadores, notadamente em relação à remuneração, aos direitos previdenciários, à idade mínima para o trabalho e à proteção à maternidade.

14.

(1) Rates of remuneration of homeworkers should be fixed preferably by collective bargaining, or in its absence, by:

(a) decisions of the competent authority, after consulting the most representative organizations of employers and of workers as well as organizations concerned with homeworkers and those of employers of homeworkers, or where the latter organizations do not exist, representatives of homeworkers and of employers of homeworkers; or

(b) other appropriate wage-fixing machinery at the national, sectoral or local levels.

(2) Where rates of remuneration are not fixed by one of the means in subparagraph (1) above, they should be fixed by agreement between the homemaker and the employer.

15. For specified work paid by the piece, the rate of remuneration of a homemaker should be comparable to that received by a worker in the enterprise of the employer, or if there is no such worker, in another enterprise in the branch of activity and region concerned.

16. Homeworkers should receive compensation for:

(a) costs incurred in connection with their work, such as those relating to the use of energy and water, communications and maintenance of machinery and equipment; and

(b) time spent in maintaining machinery and equipment, changing tools, sorting, unpacking and packing, and other such operations.

17.

(1) National laws and regulations concerning the protection of wages should apply to homeworkers.

(2) National laws and regulations should ensure that pre-established criteria are set for deductions and should protect homeworkers against unjustified deductions for defective work or spoilt materials.

(3) Homeworkers should be paid either on delivery of each completed work assignment or at regular intervals of not more than one month.

18. Where an intermediary is used, the intermediary and the employer should be made jointly and severally liable for payment of the remuneration due to homeworkers, in accordance with national law and practice.

VII. OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH

19. The competent authority should ensure the dissemination of guidelines concerning the safety and health regulations and precautions that employers and homeworkers are to observe. Where practicable, these guidelines should be translated into languages understood by homeworkers.

20. Employers should be required to:

(a) inform homeworkers of any hazards that are known or ought to be known to the employer associated with the work given to them and of the precautions to be taken, and provide them, where appropriate, with the necessary training;

(b) ensure that machinery, tools or other equipment provided to homeworkers are equipped with appropriate safety devices and take reasonable steps to ensure that they are properly maintained; and

(c) provide homeworkers free of charge with any necessary personal protective equipment.

21. Homeworkers should be required to:

(a) comply with prescribed safety and health measures;

(b) take reasonable care for their own safety and health and that of other persons who may be affected by their acts or omissions at work, including the proper use of materials, machinery, tools and other equipment placed at their disposal.

DOCTRINA

Prevê o art. 5º que a política nacional sobre o trabalho a domicílio deve ser implementada através de legislação, normas coletivas, sentenças arbitrais ou qualquer meio adequado.

Como forma de promover o estudo do fenômeno do trabalho a domicílio, o art. 6º determina que, sempre que possível, estes trabalhadores devem ser incluídos nas estatísticas.

22.

(1) A homeworker who refuses to carry out work which he or she has reasonable justification to believe presents an imminent and serious danger to his or her safety or health should be protected from undue consequences in a manner consistent with national conditions and practice. The homeworker should report the situation to the employer without delay.

(2) In the event of an imminent and serious danger to the safety or health of a homeworker, his or her family or the public, as determined by a labour inspector or other public safety official, the continuation of home work should be prohibited until appropriate measures have been taken to remedy the situation.

VIII. HOURS OF WORK, REST PERIODS AND LEAVE

23. A deadline to complete a work assignment should not deprive a homeworker of the possibility to have daily and weekly rest comparable to that enjoyed by other workers.

24. National laws and regulations should establish the conditions under which homeworkers should be entitled to benefit, as other workers, from paid public holidays, annual holidays with pay and paid sick leave.

IX. SOCIAL SECURITY AND MATERNITY PROTECTION

25. Homeworkers should benefit from social security protection. This could be done by:

- (a) extending existing social security provisions to homeworkers;
- (b) adapting social security schemes to cover homeworkers; or
- (c) developing special schemes or funds for homeworkers.

26. National laws and regulations in the field of maternity protection should apply to homeworkers.

X. PROTECTION IN CASE OF TERMINATION OF EMPLOYMENT

27. Homeworkers should benefit from the same protection as that provided to other workers with respect to termination of employment.

XI. RESOLUTION OF DISPUTES

28. The competent authority should ensure that there are mechanisms for the resolution of disputes between a homeworker and an employer or any intermediary used by the employer.

XII. PROGRAMMES RELATED TO HOME WORK

29.

(1) Each Member should, in cooperation with organizations of employers and workers, promote and support programmes which:

- (a) inform homeworkers of their rights and the kinds of assistance available to them;
- (b) raise awareness of home-work-related issues among employers' and workers' organizations, non-governmental organizations and the public at large;
- (c) facilitate the organization of homeworkers in organizations of their own choosing, including cooperatives;
- (d) provide training to improve homeworkers' skills (including non-traditional skills, leadership and negotiating skills), productivity, employment opportunities and income-earning capacity;
- (e) provide training which is carried out as close as practicable to the workers' homes and does not require unnecessary formal qualifications;
- (f) improve homeworkers' safety and health such as by facilitating their access to equipment, tools, raw materials and other essential materials that are safe and of good quality;

DOCTRINA

As normas nacionais dos Estados signatários em matéria de segurança e saúde no trabalho devem ser aplicadas ao teletrabalhador, conforme prevê o art. 7º da Convenção, e, tendo em conta a sua natureza, certos tipos de trabalho e a utilização de certas substâncias podem ser proibidos no labor a domicílio.

Versando sobre responsabilidade, o art. 8º da norma dispõe que, quando permitido o uso de intermediários, as responsabilidades de empregadores e intermediários serão as previstas na legislação interna do signatário ou em decisões judiciais, conforme a prática nacional.

Tratando da fiscalização, o art. 9º determina a adoção de um sistema de controle que vise garantir a conformidade com a legislação aplicável e que implemente, para tanto, medidas adequadas, inclusive sanções.

Observando o Princípio Protetor, inerente ao Direito do Trabalho, na vertente da norma mais favorável, dispõe o art. 10 que a Convenção não afeta disposições mais favoráveis aos trabalhadores em domicílio no âmbito de outras normas internacionais.

As ratificações formais da Convenção nº 177 devem ser comunicadas ao Diretor-Geral da OIT, a teor de seu art. 11.

A norma somente vinculará os membros da OIT que a ratifiquem, conforme seu art. 12, com registro junto ao Diretor-Geral da instituição, entrando em vigor após 12 meses.

A denúncia é o tema do art. 13, que trata da possibilidade de denunciar a norma após o prazo de dez anos.

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará todos os membros da OIT acerca do registro de todas as ratificações e denúncias comunicadas por seus membros, de acordo com o art. 14 da norma, dados que serão informados ao Secretário-Geral das Nações Unidas, nos termos de seu art. 15.

Conforme o art. 16 da Convenção, sempre que necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho apresentará relatório

(g) facilitate the creation of centres and networks for homeworkers in order to provide them with information and services and reduce their isolation;

(h) facilitate access to credit, improved housing and child care; and

(i) promote recognition of home work as valid work experience.

(2) Access to these programmes should be ensured to rural homeworkers.

(3) Specific programmes should be adopted to eliminate child labour in home work.

XIII. ACCESS TO INFORMATION

30. Where practicable, information concerning the rights and protection of homeworkers and the obligations of employers towards homeworkers, as well as the programmes referred to in Paragraph 29, should be provided in languages understood by homeworkers.”

sobre a implementação da norma e examinará a oportunidade de avaliar sua revisão.

Por fim, os arts. 17 e 18 tratam da vigência da norma e línguas em que será divulgada.

Contudo, por não ser ratificada pelo Estado brasileiro, a Convenção nº 177 da OIT é, ao menos por ora, mera fonte material de direitos, sendo a afirmação válida ainda para a Recomendação nº 184 do órgão internacional, que, por sua natureza, sequer demanda ratificação.

A Recomendação nº 184 da OIT trata das definições e campo de aplicação do trabalho a domicílio, das disposições gerais, da forma de controle do teletrabalho, da idade mínima para o trabalho a domicílio, do direito à sindicalização e negociação coletiva, da remuneração, da segurança e saúde no ambiente de trabalho, das horas extras, períodos de descanso, feriados, férias e licenças médicas, do seguro social e proteção à maternidade, da rescisão do contrato do trabalhador a domicílio, das soluções dos conflitos decorrentes, dos programas de promoção do teletrabalho por organizações de empregadores e trabalhadores e do acesso à informação. Finda por complementar a Convenção nº 177, facilitando sua aplicação pelos Estados signatários.

Findamos, assim, este breve sobrevoo pela previsão de âmbito internacional da matéria, e passamos, para melhor ilustrar o panorama global, a analisar alguns aspectos do instituto presentes no Direito Português, considerando a densidade histórica da influência lusitana no ordenamento jurídico pátrio.

4 – Direito português

O teletrabalho está previsto nos arts. 165 e 166 do Código do Trabalho Português⁷, que o conceitua de forma bastante próxima à forma Consolidada,

7 “Art. 165: Noção de Teletrabalho

Considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e comunicação.

Art. 166: Regime de contrato para prestação subordinada de teletrabalho

1 – Pode exercer a atividade em regime de teletrabalho um trabalhador da empresa ou outro admitido para o efeito, mediante a celebração de contrato para prestação subordinada de teletrabalho.

2 – Verificadas as condições previstas no n.º 1 do art. 195.º, o trabalhador tem direito a passar a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada.

3 – Além das situações referidas no número anterior, o trabalhador com filho com idade até 3 anos tem direito a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada e a entidade patronal disponha de recursos e meios para o efeito.

4 – O empregador não pode opor-se ao pedido do trabalhador nos termos dos números anteriores.

5 – O contrato está sujeito a forma escrita e deve conter:

ao exigir para sua caracterização o labor apenas habitualmente fora do estabelecimento e remeter ao uso de tecnologias de informação e comunicação.

Note-se, contudo, um claro viés na norma portuguesa de equilibrar e, assim, harmonizar as relações de trabalho, ao dispor o Código que, em se tratando de atividade em que é possível o teletrabalho e tendo o trabalhador filho com idade até três anos, o empregador não pode se opor ao pedido do empregado.

Deve-se considerar, assim, que o teletrabalho não raro atende ao interesse dos trabalhadores de forma tão efusiva que a norma portuguesa elenca hipóteses em que sequer o empregador pode a ele se opor.

Na verdade, vemos o teletrabalho como uma forma de atender de modo equilibrado interesses aparentemente antagônicos característicos da relação de emprego.

Os autores portugueses David Falcão e Sérgio Tenreiro Tomás (2015, p. 9) aduzem que “apraz dizer que na relação de trabalho e, fundamentalmente, sob o pretexto das necessidades de aumento de competitividade, produtividade e de adaptação das empresas ao mercado, são crescentes os direitos que vão assistindo aos empregadores”.

Pensamos, no entanto, que o teletrabalho não se enquadra como um direito assistido aos empregadores, mas que, como analisado, não apenas pode tutelar interesse do trabalhador como, por vezes, a própria norma estrangeira aponta, a densidade do benefício é tão elevada que ao empregador fica vedado a ela se opor.

-
- a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes;
 - b) Indicação da atividade a prestar pelo trabalhador, com menção expressa do regime de teletrabalho, e correspondente retribuição;
 - c) Indicação do período normal de trabalho;
 - d) Se o período previsto para a prestação de trabalho em regime de teletrabalho for inferior à duração previsível do contrato de trabalho, a atividade a exercer após o termo daquele período;
 - e) Propriedade dos instrumentos de trabalho bem como o responsável pela respetiva instalação e manutenção e pelo pagamento das inerentes despesas de consumo e de utilização;
 - f) Identificação do estabelecimento ou departamento da empresa em cuja dependência fica o trabalhador, bem como quem este deve contactar no âmbito da prestação de trabalho.
- 6 – O trabalhador em regime de teletrabalho pode passar a trabalhar no regime dos demais trabalhadores da empresa, a título definitivo ou por período determinado, mediante acordo escrito com o empregador.
- 7 – A forma escrita é exigida apenas para prova da estipulação do regime de teletrabalho.
- 8 – Constitui contraordenação grave a violação do disposto no n.º 3 e constitui contraordenação leve a violação do disposto no n.º 4.”

5 – Breves comentários aos dispositivos consolidados

Analisados os cenários internacionais e de Direito Comparado, passamos a analisar os dispositivos Consolidados que tratam do tema, incluídos pela Lei nº 13.467/2017, notadamente os arts. 75-A a 75-E.

Por se tratar de questão mais específica e que é tratada no art. 62 da CLT, a questão da ausência de limitação de jornada será analisada mais adiante.

Nesse passo, o art. 75-A da CLT destaca que a prestação de serviços em regime de teletrabalho observará às regras descritas no Capítulo indicado.

O conceito legal de teletrabalho, analisado acima, é o tema do art. 75-B Consolidado.

A seu turno, o art. 75-C da CLT determina que a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato de trabalho, que especificará quais as atividades que serão realizadas pelo empregado. Em seu § 1º, o dispositivo prevê a possibilidade de ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. Trata-se da hipótese legal de alteração de regime de trabalho por mútuo acordo. Já o § 2º destaca a alteração de regime por determinação do empregador, garantindo um prazo de transição mínimo de quinze dias.

A Norma Consolidada determinou que a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como o reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito, em seu art. 75-D, pontuando, em seu parágrafo único, que mencionadas utilidades não integram a remuneração do empregado.

Por fim, o art. 75-E da CLT dispõe que o empregador deve instruir os empregados, de forma expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de se evitar infortúnios decorrentes do trabalho, acrescentando que o empregado deverá assinar termo de responsabilidade, pelo qual se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Trata-se da previsão legal mais incisiva acerca da proteção ao meio ambiente do trabalho no caso do trabalhador a domicílio. Sobre o tema, Francisco Antonio de Oliveira (2017, p. 31) aduz que

“O fato de o empregador distribuir instruções por escrito sobre o comportamento do empregado para evitar acidentes e precaver-se contra doença profissional não significa que, com isso, não precisará fiscalizar

o cumprimento do uso de equipamentos de proteção. Essa é uma obrigação com suporte no poder de comando, o *jus variandi* da empresa. Mesmo porque, flagrada a desobediência, poderá punir o empregado didaticamente, com admoestação, suspensão e até com a dispensa por justa causa, na reincidência.”

O autor aborda um dos pontos polêmicos do teletrabalho, inerente ao meio ambiente do trabalho: a forma de fiscalização. Tendo o legislador determinado que os empregados sejam instruídos de forma expressa e ostensiva quanto aos modos de evitar doenças e acidentes, é certo que ficam sujeitos ao poder de controle do empregador.

No entanto, a fiscalização deve obedecer à garantia de inviolabilidade de domicílio, prevista no art. 7º, XI, da CF⁸. Ante o impasse, pondera Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 226) que

“Ademais, é preciso atenção para os modos de controle e vigilância do trabalho a domicílio (ou a distância ou em regime de teletrabalho) levados a efeito pelo empregador, pois em nenhuma hipótese poderá haver lesão ou ameaça aos direitos fundamentais de privacidade, imagem e intimidade do empregado, máxime porque a sua proteção em face da automação também é considerada um direito fundamental social (CF, art. 7º, XXVII).”

Como solução para a harmonização entre a possibilidade de fiscalização do empregador do meio ambiente de trabalho do trabalhador, que se confunde com sua residência, e os direitos fundamentais mencionados por Carlos Henrique Bezerra Leite, e notadamente com a garantia de inviolabilidade de domicílio, entendemos adequada a aplicação analógica da previsão do art. 11-A da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, com redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015⁹, que trata da fiscalização do meio ambiente de trabalho do trabalhador doméstico.

8 CF: “Art. 7º (...) XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

9 “Art. 11-A. A verificação, pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, do cumprimento das normas que regem o trabalho do empregado doméstico, no âmbito do domicílio do empregador, dependerá de agendamento e de entendimento prévios entre a fiscalização e o empregador.

§ 1º A fiscalização deverá ter natureza prioritariamente orientadora.

§ 2º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de auto de infração, salvo quando for constatada infração por falta de anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

§ 3º Durante a inspeção do trabalho referida no caput, o Auditor-Fiscal do Trabalho far-se-á acompanhar pelo empregador ou por alguém de sua família por este designado.”

A previsão legal determina que a verificação, pelo Auditor Fiscal do Trabalho, do cumprimento das normas que regem o trabalho do empregado doméstico, no âmbito do domicílio do empregador, dependerá de agendamento e de entendimento prévios entre a fiscalização e o empregador. Acresce, em seu § 1º, que a fiscalização deverá ter natureza prioritariamente orientadora. Estabelece que, em regra, será observado o critério de dupla visita para lavratura de auto de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização, no seu § 2º. Finda por estabelecer, em seu § 3º, que durante a inspeção do trabalho, o Auditor Fiscal do Trabalho será acompanhado pelo empregador ou por alguém de sua família.

Entendemos, assim, que, a fiscalização do teletrabalhador, embora seja realizada no domicílio do empregado, e não do empregador, como no caso do trabalho doméstico, deve se dar com agendamento e entendimento prévios entre a fiscalização e o empregado, ter natureza prioritariamente orientadora, respeitar o critério de dupla visita, salvo hipóteses de falta de registro de empregado, reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização, e receber o Agente de Fiscalização o acompanhamento do empregado ou alguém de sua família.

6 – Mitigação da limitação de jornada

Um dos pontos mais debatidos acerca da novel regulamentação do teletrabalho é severa mitigação de jornada, em virtude da exclusão dos teletrabalhadores das normas referentes ao Capítulo “DA DURAÇÃO DO TRABALHO” da CLT, por meio da inserção no texto positivado do inciso III no art. 62 Consolidado. Sobre o tema, Gleibe Pretti (2017, p. 45) destaca que “o teletrabalho, entendido como aquele prestado na residência do empregado, não faz jus a hora extra. A lei não descreveu se se trata de um trabalho manual ou intelectual, desta forma, aplica-se em todas as situações”.

Raimundo Simão de Melo (2018, p. 152) faz coro, acrescentando que, ante a disciplina adotada, sequer os direitos a registro de jornada são previstos, afirmando que “no regime de teletrabalho (art. 75-A) a lei exclui os trabalhadores das regras da CLT em relação à jornada de trabalho. Na prática não haverá limites de horas de trabalho no dia e na semana, nem registro ou controle dos horários de trabalho”.

No mesmo sentido, ainda, pondera Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 53), ao colocar que “a reforma de 2017 pega carona na excepcionalidade e, afora os exercentes de cargo de chefia e os exercentes de atividades

externas, incompatíveis com o controle de jornada, manda inserir terceira hipótese, para retirar o direito às horas extras dos empregados em teletrabalho”.

Pensamos, no entanto, que, em que pese a densidade do texto legal, acertadamente destacada pela doutrina, não há ausência integral de limites à jornada do teletrabalhador. Note-se que embora o art. 62 da CLT o exclua das normas Consolidadas que tratam de limite de jornada, não o exclui da incidência de normas esparsas que também versam sobre o tema, tampouco exclui, e sequer poderia, a aplicação do texto constitucional.

Assim, forçoso concluir que o art. 7º, XV, da CF¹⁰, que garante aos trabalhadores urbanos e rurais o descanso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, e a Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949, que o regulamenta, são aplicáveis do teletrabalhador. Logo, há mera mitigação dos direitos referentes à limitação de jornada, e não de integral exclusão.

Consideramos que a previsão do legislador de 2017 nesse ponto, embora ousada, não é de todo irrazoável. Embora a limitação de jornada de trabalho seja direito de importância histórica, para a própria gênese do Direito do Trabalho enquanto ramo autônomo do Direito, é certo que o teletrabalhador tem mais flexibilidade para realizar suas tarefas e suas pausas e que, por outro lado, fica menos sujeito ao poder de controle do empregador. A própria subordinação jurídica, embora presente, fica mitigada. Ante a maior dificuldade de exprimir comandos, o empregador pode se limitar a definir linhas mais gerais de ação para o empregado. Sendo assim, a ausência da remuneração extraordinária pode não soar desproporcional.

Nesse passo, destacamos as palavras que Sergio Pinto Martins (2015, p. 77), de forma profética, cunhou antes mesmo do início do trâmite legislativo da Lei da Reforma Trabalhista:

“O trabalho a distância é uma espécie de flexibilização da relação de emprego, já que as tarefas são prestadas fora do âmbito da empresa. A subordinação pode ficar mitigada, porque o número de ordens de serviço pode ser menor, justamente pelo fato de que o empregado não trabalha no ambiente interno da empresa. (...) Configurado o vínculo de emprego, dificilmente o empregado terá direito a horas extras, por trabalhar em sua própria casa e desde que não haja nenhuma forma de controle, pois,

10 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.”

se houver, haverá tal direito, salvo se determinada produção só pudesse ser alcançada com mais de 8 horas de serviço diário.”

Com relação ao excerto final da transcrição, talvez resida aqui a mais relevante controvérsia sobre a inclusão dos teletrabalhadores no rol do art. 62 Consolidado. Mencionado dispositivo legal prevê, em seu inciso I, a mitigação da aplicação das normas de duração do trabalho para “os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho”¹¹. Aqui, os trabalhadores laboram fora do estabelecimento do empregador e o legislador exige a incompatibilidade de fixação de horário como requisito para o enquadramento na norma. Por outro lado, em seu inciso III, o dispositivo descreve apenas “os empregados em regime de teletrabalho”, não exigindo a citada incompatibilidade.

Por um lado, o novel texto normativo parece claro ao pretender excluir do Capítulo “DA DURAÇÃO DO TRABALHO” da CLT todos os teletrabalhadores. Ao revés, contudo, deve-se considerar se não estaria presente injustificada distinção entre os teletrabalhadores e os trabalhadores externos, já que a exclusão das normas protetivas seria automática para os primeiros e pendente de demonstração de incompatibilidade para os últimos.

Embora não decorra da interpretação literal do preceito positivado, entendemos que a rigidez do inciso III do art. 62 da CLT deve ser mitigada, mas não tão afrouxada a ponto de ser comparada com a redação do inciso I.

Assim, se em virtude da própria natureza o trabalho externo é incompatível com o controle de jornada, o trabalhador não faz jus à proteção das normas limitadoras. Por outro lado, se o trabalho externo é compatível com a limitação de jornada, mas o empregador opta por não controlá-la, o faz a revelia do ordenamento jurídico, e será provavelmente condenado acaso os direitos decorrentes sejam pleiteados regularmente pelo empregado.

Os teletrabalhadores, por sua vez, auferem benefícios de uma jornada mais flexível, notadamente quando trabalham em suas casas. Os benefícios serão tratados de forma vagarosa mais adiante, quando versaremos sobre a efetiva perspectiva do teletrabalho como futuro das relações laborais, mas basta mencionar, como acima exposto, que no Código de Trabalho português há hipóteses, notadamente quando o trabalhador tem filho de até três anos, em que ele pode exigir prestar serviços de forma remota perante seu empregador.

11 “Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados.”

Logo, reputamos que a mera compatibilidade com o controle de jornada, que pode se dar pelos mesmos meios telemáticos e informatizados pelos quais se exerce a subordinação jurídica, não é suficiente para determinar a incidência das normas protetivas de jornada, já que o trabalhador auferia vantagens compensatórias inerentes à jornada flexível. A distinção deve ser, assim, o efetivo controle de jornada.

Com efeito, pensamos que se o empregador opta por não controlar a jornada de teletrabalhador, ele consentiu que o empregado tenha mais autonomia na organização de seus horários, o que lhe acarreta maior liberdade para organização de suas atividades para melhor explorar suas potencialidades. A jornada do empregado poderia inclusive ser descontínua, já que o trabalhador poderia criar pausas para suas atividades rotineiras e posteriormente retornar ao labor sem sequer comunicar o empregador. A própria contagem da jornada seria tarefa difícil.

Entretanto, se o empregador se vale dos utensílios tecnológicos inerentes ao teletrabalho para fixar e controlar efetiva e ostensivamente a jornada do empregado, então consideramos que, em que pese rigidez da previsão legal, e em coro com as palavras de Sergio Pinto Martins acima transcritas, não há razão ou fundamento para exclusão do teletrabalhador da incidência das normas que definem limites de jornada. Posição contrária implicaria admitir que os empregadores poderiam contratar empregados em regime de teletrabalho com a finalidade única de lhes exigir jornadas exageradamente superiores aos limites legais ordinários.

Consideramos, com efeito, que a ponderação nesse aspecto reside em excluir as normas limitadoras de jornada da CLT apenas para os empregados cujos empregadores não exercem controle de jornada, ainda que ele fosse possível, avaliando seu labor por aspectos meramente quantitativo e qualitativo.

Por meio dessa ponderação, cremos que o teletrabalho pode ser uma eficiente forma de flexibilização e pacificação das relações de trabalho, permitindo a harmonização de interesses laborais aparentemente antagônicos, em benefício de empregados e empregadores, o que analisaremos adiante.

7 – O teletrabalho como forma de flexibilização e harmonização das relações laborais

É sabido que o êxodo rural brasileiro, que ganhou força notadamente a partir dos anos 1960, com o ímpeto do processo de industrialização nacional, promoveu a formação de grandes centros urbanos, responsáveis por fornecer

DOCTRINA

moradia e oportunidades de trabalho a milhões de brasileiros. São exemplos mais robustos as cidades de São Paulo, Brasília, Rio de Janeiro, Salvador, Fortaleza, Belo Horizonte, Manaus, Curitiba, Recife, Porto Alegre, Goiânia e Belém.

Os centros urbanos permitiram diversos ganhos civilizatórios em termos de acesso a adequadas condições de saneamento básico, alimentação, cuidados médicos e educação. Por outro lado, são conhecidos os seus problemas, como falta de estrutura adequada de mobilidade, com número reduzido de oferta de transportes públicos e baixa qualidade dos ofertados, o que acarreta o uso excessivo do transporte veicular individual, implicando em congestionamentos que reduzem sensivelmente a velocidade do trânsito. Violência urbana, que amedronta os cidadãos e por vezes os torna temerosos de ocupar os espaços públicos. Ausência de infraestrutura urbana adequada, que dificultam o deambular, notadamente de grupos que demandam especial proteção como idosos, crianças e pessoas com deficiência¹².

Todos estes fatores findam por mitigar, senão minar, quase por completo, o conforto dos cidadãos e, notadamente, dos trabalhadores, nos grandes centros urbanos.

Para prestar serviços diariamente, os trabalhadores são obrigados a se sujeitar a um transporte público vagaroso e de baixa qualidade, perdendo relevante parcela de seu tempo ao se deslocarem para o trabalho e dele retornarem às suas casas. Os mais afortunados, que podem adquirir veículos particulares para realizar o trajeto, o fazem com maior conforto, mas sem relevante vantagem quando se considera o tempo despendido, já que estão sujeitos aos congestionamentos decorrentes do tráfego intenso.

Não bastasse a dificuldade de transporte, ficam fora de suas casas, ainda mais expostos a episódios de violência urbana, como furtos, roubos e extorsão, na modalidade sequestro relâmpago¹³.

Por derradeiro, os trabalhadores ficam expostos a condições urbanas inadequadas de deambulação, o que os sujeita a acidentes, notadamente em se tratando de grupos vulneráveis.

Mencionados problemas inerentes a todos os grandes centros urbanos brasileiros são consideravelmente minorados com a adoção do teletrabalho. É

12 O tema é tratado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeira ratificada pelo Brasil com *status* de norma constitucional, na forma do art. 5º, § 3º, da CF, bem como pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que trata especificamente, inclusive, de barreiras urbanísticas, arquitetônicas e nos transportes, em seu art. 3º, IV, alíneas *a*, *b* e *c*.

13 Art. 158, § 3º, do Código Penal.

o que afirmam Juliana Migot *Miglioranzi* Raira Tuckmantel *Habermann* (2017, p. 65), *pontuando que*

“Por outro lado, o teletrabalho é o futuro das relações empregatícias, pois traz diminuição de custos para o empregador e, maior flexibilidade e conforto para o empregado; além de auxiliar na mobilidade urbana, o que grandes centros causa desgaste e estresse ao empregado bem antes de chegar ao seu local de trabalho, interferindo até mesmo em seu rendimento laboral.”

Assim, deve-se considerar que o trabalhador não mais precisa gastar seu tempo, sujeitar-se a condições desconfortáveis, se expor a episódios de violência urbana ou a acidentes de trajeto, se pode realizar seu trabalho em sua própria casa.

Sob diversa perspectiva, o teletrabalho também traz vantagens para o empregador, que pode contar com redução de custos, inclusive despesas do transporte de empregados, na forma da Lei nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985, que regulamenta o benefício do vale-transporte, incremento da produtividade decorrente de uma mão de obra não sujeita ao desconforto do transporte urbano, e menor abstenção, já que os empregados não estão sujeitos a afastamentos decorrentes de situações de violência urbana ou acidentes de trajeto.

Verificando a presença das mencionadas vantagens, o próprio Poder Judiciário regulamentou o teletrabalho para seus Servidores, notadamente por meio da Resolução do CNJ nº 227, de 15 de junho de 2016.

Essa harmonização de interesses de empregados e empregadores pode ser a chave para que se contribua para uma solução mais efetiva e menos austera para a crise de empregabilidade descrita na introdução deste estudo.

Nesse contexto, face à necessidade de busca por uma nova composição das forças e fatores de produção por meio da Reforma Trabalhista, afirmou Ives Gandra da Silva Martins Filho (2018, p. 89-91) que

“Se, para uns, Reforma Trabalhista é sinônimo de precarização dos direitos trabalhistas, para outros é uma necessidade para garantir a empregabilidade e dar maior segurança jurídica nas relações laborais em face dos fenômenos da terceirização e dos avanços tecnológicos. (...)”

Os principais pontos alterados no Direito do Trabalho brasileiro a partir da reforma podem ser resumidos nos seguintes (...) h) *Marco regulatório para o teletrabalho* – estabelecimento de uma disciplina

DOCTRINA

jurídica para o trabalho fora das dependências da empresa através da internet, com direitos e obrigações próprias (CLT, arts. 75-A a 75-E).”

Nota-se aqui a indicação do marco regulatório para o teletrabalho como forma de garantir a empregabilidade e conferir maior segurança jurídica nas relações laborais.

A técnica de criar regras que possam harmonizar o interesse de empregados e empregadores em situações de desfavoráveis contextos econômicos ou políticos, findando por compatibilizá-los, é precisamente o que Sergio Pinto Martins (2015, p. 13-15) define como flexibilização das relações de trabalho. Afirma o mencionado Jurista que

“Prefiro dizer que a flexibilização das condições de trabalho é conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes entre capital e trabalho.

Conjunto porque forma um todo organizado, um sistema para o fim de estabelecer mecanismos para compatibilizar as regras do Direito do Trabalho com as mudanças, isto é, uma reunião de medidas visando flexibilizar as relações trabalhistas. Não se faz a flexibilização apenas de uma forma ou mediante medidas isoladas, mas dentro de um conjunto. São adotados vários procedimentos para a flexibilização. (...)

Na flexibilização, há a adaptação a um novo contexto econômico.”

Note-se que a flexibilização é descrita como um todo organizado, uma reunião de medidas, tomadas dentro de um conjunto, que permite a adaptação a um novo contexto econômico.

Dentro dos diversos mecanismos de flexibilização trazidos pela Reforma Trabalhista, pensamos que a regulamentação a permitir a intensificação e ampliação do labor em regime de teletrabalho é uma forma contundente de harmonizar interesses antagônicos, sem que implique em retrocesso social ou declínio da condição de dignidade dos empregados.

Nesse passo, vale lembrar que, antes mesmo da aprovação de Reforma Trabalhista, e da intensificação da crise econômica no Brasil, no ano de 2016, Sergio Pinto Martins (2015, p. 151-154) já profetizava que a flexibilização não pode ser confundida com desregulamentação, que a flexibilização não pode ser entendida como precarização e que é necessária, sem exageros, apenas nas crises:

DOCTRINA

“A legislação estatal não pode ser integralmente suprimida, estabelecendo-se a total desregulamentação do Direito do Trabalho. Neste, não vigora a plena autonomia privada, pois o empregado não é igual ao empregador, é desigual economicamente em relação ao último, ficando sujeito a pressões para ser admitido ou na vigência do contrato de trabalho. Para cuidar dessa desigualdade, é preciso estabelecer nova desigualdade, determinando um sistema de proteção ao trabalhador. Como afirma Rui Barbosa, estabelecer uma desigualdade real para obter uma igualdade ideal.

A lei representa um mínimo de proteção e estabilidade financeira ao empregado.

A flexibilização não pode ser entendida como precarização, pois, do contrário, será a total desregulamentação do Direito do Trabalho, sem garantias de direitos mínimos ao trabalhador, que não pode ficar totalmente desprotegido, sujeito à lei do mais forte ou à do mercado. (...)

A flexibilização é uma realidade. É necessária, porém, apenas nas crises.

A reforma não deve desregulamentar totalmente as regras de Direito do Trabalho, nem exagerar na flexibilização. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra. Deve permitir que em certas situações excepcionais existam regras flexíveis para adaptar aquele contexto às crises, mediante a participação do sindicato para fiscalizar o empregador.”

É evidente que o estabelecimento do regime de teletrabalho traz diversos efeitos para a relação de emprego, muitos dos quais não mencionados e, cremos, alguns dos quais serão observados e ponderados pela doutrina e jurisprudência apenas no decorrer da observação, a partir do alargamento de sua utilização.

Nesse ponto, impende destacar a visão de Augusto César Leite de Carvalho, para quem, a partir de uma análise histórica da evolução do Direito do Trabalho, um dos maiores prejuízos que poderá advir aos trabalhadores é o afastamento físico dos empregados que vivenciam a mesma realidade e o impacto que tal medida pode causar na reivindicação de melhores condições de trabalho e de dignidade. Pondera o Jurista que

“Talvez o prejuízo maior para o trabalhador, quando atua à distância de quem o contrata, seja o fato de afastar-se de outros trabalhadores que vivenciam a mesma realidade, a mesma angústia ou quiçá a mesma satisfação com as condições de trabalho. Embora alguns estabelecimentos empresariais de nossos dias comportem células de trabalho que

não interagem sob o ponto de vista funcional ou existencial (as cabines de *call centers*, por exemplo, ou mesmo as mesas de trabalho conectadas apenas eletronicamente com as congêneres, sem correlação com a situação topográfica na empresa), o labor no antigo chão de fábrica é ilustrativo de como a aproximação física de empregados os fez mais fortes, historicamente, na organização de movimentos reivindicatórios e na prática do associativismo, assim, em benefício de um habitat laboral mais justo e solidário.” (CARVALHO, 2018, p. 154)

É necessário ainda considerar que o uso do teletrabalho, se não for bem planejado e gerido, poderá ser pernicioso às partes. Pondera o estudo elaborado pela Organização Internacional do Trabalho que “however, for workers, teleworking on a continuous basis can lead to isolation and difficulties in switching away from work”¹⁴ (ILO, 2004, p. 4).

De fato, a utilização do teletrabalho com viés puramente lucrativo, com excessivo engajamento do empregado mediante imposição de metas, prazos e resultados, inclusive com remuneração atrelada a tais métricas, poderá levar o trabalhador a adotar um estilo de vida exclusivamente voltado ao trabalho, inclusive desenvolvendo relativa incapacidade de discernimento entre o espaço e o tempo da sua vida pessoal e o de prestação de serviços.

Do lado do empregador, o uso excessivo do teletrabalho poderá significar a perda da unidade da sua equipe, com dificuldade de integração dos trabalhadores e dos benefícios decorrentes do trabalho conjunto, além de ser constante o receio da perda de controle dos seus ativos imateriais (direitos autorais, propriedade industrial, dados confidenciais, segredos corporativos, entre outros).

De todo o modo, pensamos que as vantagens mencionadas, no geral, superam os aspectos negativos e que a regulamentação do teletrabalho é medida salutar no que se refere à busca de uma forma de compor interesses antagônicos de empregados e empregadores no contexto de crises econômicas e políticas, que insistem em permanecer no horizonte brasileiro ao menos desde o ano de 2016.

Assim, se, por um lado, a imperatividade das normas protetivas caracterizam o próprio Direito do Trabalho, elas não devem ser obstáculo ao estabelecimento e aplicação exitosa de um instituto que, flexibilizando o regime então vigente, sem trazer prejuízos efetivos em termos de proteção ao trabalhador, ganhou maiores contornos na Reforma Trabalhista. Invocamos Marcelo Bатуíra da Cunha Losso Pedroso (2005, p. 165), que afirma que “sob o manto de garantir

14 Tradução livre: todavia, para trabalhadores, a execução contínua em regime de teletrabalho pode conduzir ao isolamento e à dificuldade em se desligar do trabalho.

a liberdade da vontade do trabalhador, invoca-se a imperatividade das normas trabalhistas, como forma de dar primazia à onipotência do legislador, na medida em que suas normas evitariam a exploração do trabalho pelo empregador”.

A imperatividade, no entanto, não deve militar contra institutos que trazem vantagens para ambos os polos do contrato de trabalho.

8 – Considerações finais

O generalizado uso dos recursos de tecnologia da informação em todos os aspectos da vida humana vem revolucionando o universo das relações pessoais e empresariais.

Desde a mais tenra idade as crianças eram estimuladas a brincar e a conviver entre si, o que proporcionava situações agradáveis de troca de afetos e estímulos. Este contexto vem se tornando cada vez mais raro, não só em razão da diminuição do número de famílias com mais de um filho, mas, sobretudo, em razão da intensa utilização dos equipamentos de informática e de comunicações. Ressalta-se que não são raras as ocasiões em que crianças com idade inferior a um ano já estão fazendo uso, sem auxílio, de celulares e de outros meios telemáticos e de consumo de mídia.

No âmbito doméstico é cada vez mais comum o uso de recursos de tecnologia de informação e comunicação, não se restringindo a simples funcionalidades de aplicativos ou sistemas informatizados para contratação de serviços de limpeza de casa ou aquisição de mantimentos ou refeições, caminhando-se rapidamente para um futuro em que presentes realidades como casas inteligentes, como concebem César Luiz de Azevedo Dias e Nélio Domingues Pizzolato (2004, p. 13), com a finalidade de oferecer uma melhor qualidade de vida a seus ocupantes no âmbito da comunicação, da segurança, do controle e do gerenciamento das instalações, além de racionalizar a utilização de recursos, inclusive auxiliando na preservação do meio ambiente.

A ampla utilização dos recursos de tecnologia de informação e comunicação também tem revolucionado o mundo empresarial, colocando em xeque atividades outrora lucrativas como produção de filmes fotográficos, produção e distribuição de revistas e jornais e locação de filmes para exibição no âmbito doméstico, além de ameaçar várias profissões, tais como: funcionários de banco e seguradoras, profissionais da área de contabilidade, secretários de escritório, agentes de manutenção e caixas de lojas e supermercados, conforme aponta o

Institut Sapiens¹⁵. Da mesma forma, surgem novas oportunidades de mercado, tais como, entrega de refeições pedidas através de aplicativos, elaboração de mídia digital e educação a distância, condução de veículos de passageiros por aplicativos, entre várias outras atividades.

A execução de trabalho subordinado não ficou alheia a essa tendência e há algum tempo o teletrabalho vem ganhando popularidade.

São inúmeras as vantagens decorrentes da utilização do teletrabalho, como a forma de prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, na qual a subordinação jurídica inerente à relação de emprego se dá com a utilização de meios telemáticos ou informatizados de comando, sendo que OIT lista as mais evidentes: “eliminates travel time and costs, and allows the worker to work at convenient times while dealing with family responsibilities”¹⁶ (ILO, 2004, p. 4).

Com efeito, a realização de teletrabalho evita o deslocamento dos empregados, que nos grandes centros urbanos costuma incluir distâncias consideráveis, sendo frequente encontrar trabalhadores que se deslocam no cansativo itinerário diário, em horários de pico, de cidades periféricas para as capitais ou cidades sedes de regiões metropolitanas, em conduções coletivas que ostentam condições precárias de circulação, em número insuficiente, horários reduzidos e com excesso de passageiros.

A utilização de veículos particulares, porém, pouco melhora o quadro descrito, em razão da existência de engarrafamentos, do alto custo dos combustíveis e dos estacionamento, dos riscos de acidentes e de episódios de violência urbana e da incerteza de que se chegará ao compromisso profissional na hora aprazada.

Ressalta-se que a utilização do teletrabalho permite a realização do labor por parte do empregado até mesmo residindo fora do país. Destaca-se que a redução da utilização de veículos contribui para a diminuição de congestionamentos, bem como reduz o consumo de combustíveis fósseis que lançam relevantes quantidades de poluentes na atmosfera, fato que auxilia na melhora das condições do meio ambiente.

15 *Top 5 des métiers en voie de disparition*. Disponível em: <<https://www.institutsapiens.fr/top-5-des-metiers-en-voie-de-disparition/>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

16 Tradução livre: elimina o tempo e o custo de condução e permite a trabalhadores prestarem serviços conforme a sua conveniência em relação ao tempo enquanto lidam com responsabilidades familiares. *Making work arrangements more family-friendly*. Information Sheet N°. WF-5. Geneva, 2004.

DOCTRINA

Outra vantagem da utilização do teletrabalho é a possibilidade do empregado melhor programar a sua rotina diária, intercalando atividades que não poderia desempenhar enquanto lotado fisicamente no estabelecimento do empregador. É o caso de poder levar os filhos para a escola, de cuidar de familiares com dificuldades de locomoção, de frequentar cursos e praticar atividades recreativas ou religiosas em horário comercial, dentre outros.

O empregador também auferirá benefícios, pois além de poder contar com empregados mais motivados, reduzirá gastos com vale-transporte, espaço físico e infraestrutura, com a consequente desnecessidade de serviços agregados, tais como segurança, secretaria, limpeza e manutenção, equipamentos de registro de horários, economizando até mesmo nos módicos custos inerentes à aquisição de insumos consumidos por empregados em suas pausas habituais, como o fornecimento de água potável e café.

Pensamos, assim, que a regulamentação do teletrabalho é medida adequada para a busca de uma forma de composição de interesses inicialmente opostos, de empregados e empregadores, notadamente no contexto de crises econômicas e políticas. Pretendemos contribuir para o debate ponderando que o teletrabalho pode ser um eficiente modo de flexibilização e readequação das relações de trabalho, permitindo a harmonização de interesses laborais aparentemente antagônicos.

9 – Referências bibliográficas

CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do trabalho curso e discurso*. São Paulo: LTr, 2018.

DIAS, C. L. de A.; N. D. *Domótica*. Aplicabilidade e sistemas de automação residencial. Disponível em: <<http://essentiaeditora.iff.edu.br/index.php/vertices/article/viewFile/1809-2667.20040015/86>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

FALCÃO, D.; TOMÁS, S. T. *A inversão do paradigma no direito laboral português*. Vila Nova de Famalicão: Nova Causa, 2015.

ILO – International Labour Organization. *Home Work Convention*, 1996 (N. 177). Disponível em: <<https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

_____. *Home Work Recommendation*, 1996 (N. 184). Disponível em: <<https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

INSTITUT SAPIENS. *Top 5 des métiers en voie de disparition*. Disponível em: <<https://www.institutsapiens.fr/top-5-des-metiers-en-voie-de-disparition/>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Making work arrangements more family-friendly*. Information Sheet N° WF-5. Geneva, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2018.

DOCTRINA

LIMA, F. M. M. de; LIMA, F. P. R. M. de. *Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto*. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Flexibilização das condições de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2015.

MELO, Raimundo Simão de. Impactos da reforma trabalhista sobre o meio ambiente do trabalho e a saúde dos trabalhadores. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 137, mar. 2018.

MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão. *Revista LTr*, São Paulo, set. 2017.

MIGLIORANZI, J. M.; HABERMANN, R. T. *Comentários à reforma trabalhista*. Leme: Habermann, 2017.

NASCIMENTO, A. M.; NASCIMENTO, S. M. *Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.

PEDROSO, Marcelo Bатуíra da Cunha Losso. *Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

PRETTI, Gleibe. *Comentários à lei sobre a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT, 2017.

_____. *E agora, Tarsila?* São Paulo: RT, 2017.

Recebido em: 21/01/2019

Aprovado em: 18/02/2019

REPERCUSSÕES DO TRABALHO ARTÍSTICO NO DESENVOLVIMENTO DAS CRIANÇAS

REPERCUSSIONS OF ARTISTIC WORK IN CHILDREN'S DEVELOPMENT

Manoela Garcia Feula Keppler*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo trazer breves considerações sobre o impacto negativo que o trabalho do artista mirim impõe ao ser humano em desenvolvimento, consubstanciado na literatura existente. Tal situação é uma inversão de valores e uma afronta, não só aos direitos trabalhistas, mas também aos direitos fundamentais da criança, esculpidos na Magna Carta, é sem dúvida, um tema de suma relevância, uma vez que ser artista vem se tornando objeto de desejo de muitas pessoas, porém com consequências que comprometem seu saudável desenvolvimento, por essas razões o assunto deve ser abordado com mais responsabilidade pelos órgãos fiscalizadores, através de políticas públicas eficazes.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Infantil Artístico. Exploração. Dignidade da Pessoa Humana. Direito do Trabalho.

ABSTRACT: This article aims to bring brief considerations about the negative impact that the work of the young artist imposes on the developing human, concretized in the existing literature. This situation is an inversion of values and an affront, not only to labor rights, but also to the fundamental rights of the child, carved in the constitution, no doubt, is a subject of great relevance, since being an artist has become an object of many people's desire, but with consequences, that compromises your healthy development. For these reasons, the subject must be approached with more responsibility by the regulatory agencies, through effective public policies.

KEYWORDS: Artistic Child Labor. Exploration. Dignity of Human Person. Labor Law.

1 – Introdução

Através de pesquisa bibliográfica, o presente trabalho abordará um tema atual e ainda pouco discutido que é o trabalho do artista mirim. Para tanto, serão analisados os aspectos legais e fáticos no Brasil sobre o trabalho infantil, as características e as formas de apresentação.

A presente análise não tem por objetivo esgotar o tema, entretanto, visa caracterizar as consequências negativas e nefastas que o trabalho infantil artístico pode acarretar. Abordará, também, a origem e as causas de tal atividade,

* Advogada; especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, pela Fundação Escola da Magistratura do Trabalho – FEMARGS.

ainda que num contexto social diferente que o das crianças das sociedades marginalizadas.

Será colocada em debate a legislação existente, identificando a atuação jurisdicional, com a finalidade de abordar o comprometimento psicológico que tal atividade representa nessas crianças, bem como trazendo reflexões sobre a fiscalização do poder estatal e as possibilidades acerca da proteção máxima às crianças. E, por fim, se elucidará a possibilidade de implementação de novas políticas de educação emocional universal mudando os paradigmas atuais.

2 – Consequências negativas do trabalho do artista mirim

Sabe-se da importância da proteção do trabalho no contexto atual, sobretudo, que é imprescindível a ênfase ao aspecto social, psicológico e valorativo ao trabalho infantil. O trabalho é, sem dúvida, um instrumento da evolução da realização humana, entretanto quando está inserido na vida de crianças e adolescentes, está obrigatoriamente ligado a outros princípios e valores fundamentais de formação do cidadão, como o direito à infância digna, à saúde, à educação, ao lazer, à formação intelectual e profissional. Valores estes que não podem ser sobrepostos por outros e, para que se tornem prioridade absoluta é necessário o engajamento de toda a sociedade, da família, da escola, de políticas públicas eficazes e de toda a organização estatal¹.

Certamente essas crianças estarão distantes dos seus direitos de plena cidadania, vez que deixaram de viver fases importantes das suas vidas, pois são obrigadas a ter comportamentos, responsabilidades e disciplina esperados de adultos, embora seu discernimento ainda seja limitado.

2.1 – Direitos básicos da criança

As normas brasileiras e internacionais são claras e não garantem somente a compatibilidade escola/trabalho como também conferem a preferência à educação sobre o trabalho, essa compatibilidade diz respeito à duração de jornada que concilie a frequência escolar e as horas de estudos extraclasse². A intenção do legislador é, sem dúvida, que haja tempo para um mínimo de estudo adequado, sendo assim, resta evidente que as horas destinadas ao trabalho comprometem a educação básica daquela criança.

1 OLIVEIRA, Oris de. *O trabalho da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994. p. 20-21.

2 *Ibid.*, p. 77-78.

DOCTRINA

Nesse sentido, a Declaração dos direitos da criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1959, e ratificada pelo Brasil, dispõe:

“A Humanidade deve à criança o melhor de seus esforços (...)

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos por lei e por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade (...)

A criança deve ser protegida contra toda forma de abandono, crueldade e exploração.”³

Cabe referir que pobreza não é apenas uma questão material, na realidade, ela está intimamente ligada à educação, à cultura, à inteligência emocional. As crenças limitantes de uma sociedade passam de geração em geração. Essas crenças dizem respeito às crenças sobre identidade, capacidade e merecimento que o ser humano adquire desde os primeiros anos de vida, através de sua criação e vão refletir nas suas ações da vida adulta.

Segundo o autor Paulo Vieira⁴, crença é toda programação mental (sinapses neurais) adquirida como aprendizado durante toda a vida e que determina os comportamentos, atitudes, resultados, conquistas e qualidade de vida.

A crença de identidade define quem é o indivíduo, seus aspectos positivos e negativos, define com quem e como ele vai se relacionar em sociedade e obviamente define os seus resultados. As crenças que o indivíduo possui sobre si determinam desde o seu valor próprio até a sua autoimagem e todos os seus resultados e comportamentos.

Na crença limitante sobre capacidade, o cidadão não acredita no seu potencial, pois teve como base uma família também limitada emocionalmente. Ele não acredita que é capaz de fazer ou de aprender a fazer algo que mude a sua realidade, acredita que não conseguirá alterar o curso de sua vida, crescer

3 Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração dos direitos da criança*. 1959. Disponível em: <<http://leaozinho.receita.fazenda.gov.br/biblioteca/estudantes/Textos/DeclaracaoDireitosCrianca.htm>>. Acesso em: 12 out. 2017.

4 VIEIRA, Paulo. *O poder da ação: faça a sua vida ideal sair do papel*. São Paulo: Gente, 2015. p. 229 et. seq. Paulo Vieira é Presidente da Febracis (Federação Brasileira de Coaching Integral Sistemico), Master Coach, PhD em Coaching pela Florida Crithian University (EUA) e estúdio de Neurociência.

DOCTRINA

emocionalmente e prosperar financeiramente, tendo em conta uma educação precária e uma visão limitada de futuro.

Já as crenças limitantes em relação ao merecimento não permitem o cidadão de acreditar em seus direitos mais básicos, como o direito de ser criança, de crescer fisicamente e intelectualmente, bem como de ter uma vida abundante. O cidadão não se sente digno, ele é ensinado desde a mais tenra infância que “se nasceu pobre vai morrer pobre”⁵ e assim perpetua-se o legado miserável da família.

O filme curta-metragem *Vida Maria*⁶ retrata a situação de uma família miserável do nordeste brasileiro, onde a personagem Maria é conduzida pela sua mãe a desistir de seus sonhos e do interesse por escrever, a mãe acredita que sua história será como a de todas as Marias que a antecederam e todas que virão. Na visão da mãe, a filha tem que ter claro que educação é desnecessária, vez que todas serão responsáveis exclusivamente pelo trabalho doméstico, trabalho na roça, pelo cuidado com os filhos e para servir ao marido.

O filme explora as limitações e falta de perspectivas da criança pobre. A mãe obriga a filha a abandonar os estudos, interrompendo sua infância, seu futuro e a possibilidade de ser uma pessoa diferente. Isso retrata como os eventos e experiências da primeira infância são determinantes para um adequado desenvolvimento de qualquer ser humano.

Essa história retratada no filme é uma realidade do nosso país, a pobreza estigmatiza gerações e gerações.

Entretanto, para Paulo Vieira⁷, embora se tenha tido um passado difícil, com privações, esse fato não determina o futuro do indivíduo, vez que sempre haverá a oportunidade de recomeçar e mudar a direção da vida, das escolhas e de seus sentimentos frente ao problema.

Assim sendo, resta evidente que a única solução para esse problema é uma educação de qualidade, é o investimento por parte das entidades governamentais e familiares na educação das crianças e adolescentes. Investimentos que vão além do financeiro, investimento no crescimento emocional, cultural, intelectual de toda a sociedade, investimento na valorização do ser humano

5 Expressão popular utilizada nas sociedades de baixa renda.

6 VIDA Maria. Direção: Márcio Ramos. Produção: Joelma Ramos. 2006. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yFpoG_htum4>. Acesso em: 12 out. 2017.

7 VIEIRA, Paulo. *O poder da ação: faça a sua vida ideal sair do papel*. São Paulo: Gente, 2015. p. 97.

como possuidor de direitos fundamentais⁸, para que todos juntos transformem a realidade atual.

2.2 – O trabalho infantil no Brasil e no mundo

Há muito se discute sobre a luta contra o trabalho infantil, resta cristalinamente que a OIT vem se posicionando a favor das crianças e adolescentes e vem adotando uma série de medidas para proteger o trabalho do menor. Seu objetivo sempre foi erradicar o trabalho infantil, com o aumento progressivo da idade mínima para o trabalho. Nesse sentido, sabe-se que foram criadas diversas convenções internacionais, com regras que limitam o trabalho e a idade mínima para o trabalho, elas foram submetidas à ratificação dos países do mundo inteiro que, via de regra, foram aceitas, e os países em pleno desenvolvimento vêm promulgando leis mais benéficas às crianças e adolescentes que se moldam às normas internacionais, embora reste muito a se fazer.⁹

Percebe-se assim, com essa transformação de paradigma, uma grande redução, ao longo dos últimos anos, da quantidade de crianças na indústria e nas grandes fábricas. As empresas modernizaram a produção industrial e as tecnologias atuais tendem a exigir trabalho adulto qualificado. Também nos países industrializados, há um significativo aumento da renda familiar, reduzindo a dependência da contribuição econômica das crianças e adolescentes pelas famílias.

Importante frisar que, a maior parte do trabalho infantil, no Brasil e no mundo, é verificada em três grandes setores da sociedade: a agricultura, o setor urbano não estruturado e o trabalho doméstico, os quais necessitam de uma maior atenção por parte dos governos. Portanto, em cada um desses segmentos é evidente a exploração que prejudica o crescimento deste cidadão em desenvolvimento¹⁰.

Observa-se na agricultura a forma como se estruturam as regras e direitos dos trabalhadores, para que uma família possa sobreviver, é indispensável que os filhos trabalhem com seus pais nesse caso, é comum que as crianças não frequentem a escola, sendo muito limitada a proteção da família em relação aos filhos, tornando ainda mais complexa a fiscalização. Nesse segmento, é

8 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. *Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2013. p. 7.

9 Organização Internacional do Trabalho. *Todavía há muito por fazer*. O trabalho infantil no mundo de hoje. São Paulo, 1993.

10 *Ibid.*, p. 8-21.

comum a exploração do trabalho infantil em tarefas extremamente penosas e com uma grande exposição às máquinas e substâncias químicas perigosas, elevando assim, as taxas de mortalidade infantil, doenças, desnutrição, invalidez e analfabetismo nas zonas rurais, acarretando em problemas graves que impactarão negativamente no desenvolvimento destas crianças.

Há, contudo, um expressivo número de trabalhadores no seguimento urbano não estruturado, que na atualidade é o que mais cresce, tendo em vista a migração do trabalhador rural aos grandes centros. Este seguimento é compreendido por pequenos negócios não estruturados e trata-se de um setor muito dinâmico em pleno crescimento. Essas crianças, ao ingressarem no mercado de trabalho, geram renda para a sua subsistência e de sua família, ou ainda para satisfazer os desejos e futilidades da vida moderna, como aquisição de roupas e sapatos da moda, ou aparelhos eletrônicos. Elas trabalham, por exemplo, na fabricação de tijolos, na construção civil, serviços de alimentação, artesanato. A maioria dessas crianças trabalha nas ruas com a prestação de serviços e vendas de produtos, como engraxates, lavadores e cuidadores de carros, venda de doces e artesanato, inclusive com prostituição, comercialização de drogas e serviços aos criminosos das sociedades marginalizadas¹¹. Essas crianças e adolescentes estão expostos a grandes riscos e ao grande comprometimento do seu desenvolvimento social e psicológico, sem que para isso as leis e a fiscalização as atinjam, razão pela qual são necessários meios mais eficazes na proteção dessas crianças contra a exploração, a violência e o abuso.

Existe também a realização do trabalho em âmbito doméstico¹², essa é a forma onde é muito difícil o controle e fiscalização, tornando a criança ainda mais vulnerável e explorada. A grande maioria é de meninas, pré-adolescentes, e geralmente elas vivem com seus empregadores, se tornando mais expostas à violência e abuso sexual. Há muitos casos em que os pais confiam a algum estranho ou a algum parente a guarda daquela criança, com a intenção de que seja cumprida a manutenção da sua educação em troca do trabalho. Existem casos em que as crianças ou adolescentes são contratados e o salário é repassado diretamente aos pais, também há casos que os pais literalmente vendem seus filhos por uma determinada quantia em troca de servidão. De qualquer sorte, ainda que essas crianças possam ser bem tratadas nas “casas de família”, elas estão totalmente a mercê da exploração e abuso de todos os tipos, por parte dos adultos envolvidos, comprometendo o seu desenvolvimento, pois são sub-

11 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. *Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2013. p. 12-14.

12 *Ibid.*, p. 11-12.

metidas a grandes cargas horárias e a trabalhos exaustivos, dificultando ainda mais a conclusão dos estudos.

A pobreza não é a razão de tudo¹³, devemos considerar que o ensino escolar é insuficiente, tornando mais propício à escolha da família ou do próprio menor pela contribuição econômica do que pela frequência na escola, assim ocorre o abandono escolar e acabam por trabalhar em período integral. A melhor solução para a erradicação do trabalho infantil é justamente a segurança de um ensino universal e de boa qualidade, este é, sem dúvida, o maior problema a ser enfrentado no nosso país.

Apesar do progresso desse assunto, na diminuição das crianças no trabalho, atualmente é muito desafiadora a concreta aplicação e a fiscalização das leis sobre o trabalho infantil. É evidente a formação insuficiente do cidadão quanto aos seus direitos fundamentais, a falta de motivação dos órgãos competentes e o desinteresse político nas questões relacionadas aos direitos da criança e adolescente, sobretudo a educação. Durante anos, o mais desafiador foi começar a incluir essas crianças em programas de proteção efetiva e criar meios para descobri-las e alcançá-las, foi um trabalho duro, vez que a visualização da exploração e do abuso infantil dependia da suposta inexistência de vítimas, pois os empregadores e as famílias, via de regra, as escondiam em um universo de discrição e isolamento, hoje, as grandes organizações, conseguem mapear essas crianças e com isso criar instrumentos para a proteção, mas há muito que se fazer¹⁴.

2.3 – Idade mínima para o trabalho e a legislação para atividade do artista mirim

A idade mínima para o trabalho formal, conforme art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal brasileira de 1988, é de 16 anos, ressalvado o trabalho a partir dos 14 anos na condição de aprendiz. De qualquer forma, é proibido o trabalho do menor de 18 anos em condições penosas, perigosas, insalubres ou em serviços prejudiciais, bem como no período noturno. Importante frisar a proibição do trabalho do menor em locais prejudiciais à sua formação e desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horário que prejudique a frequência escolar, conforme preceitua a CLT no seu art. 405¹⁵.

13 Organização Internacional do Trabalho. *Todavía há muito por fazer*: O trabalho infantil no mundo de hoje. São Paulo, 1993. p. 23.

14 *Ibid.*, p.21.

15 OLIVEIRA, Oris de. *O trabalho da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994. p. 63 et. seq.

DOCTRINA

A temática sobre a idade mínima para o trabalho oferece certa complexidade, pois são analisados alguns aspectos subjetivos que normalmente variam de pessoa para pessoa, mas que nesse caso devem ter uma atenção ímpar como fundamentos para a proteção, são eles: fisiológico, moral, psíquico, econômico, cultural e jurídico¹⁶. Não é simples compreender o motivo dos limites cronológicos, se não entendermos seus fins sociais e os valores que estão sendo protegidos.

Nesse sentido discorre Renato Mendes:

“Como todo instrumento de direito fundamental, as convenções da OIT estabelecem os critérios mínimos para que o Estado e a sociedade se organizem para que as garantias e direitos sejam uma realidade no ordenamento jurídico interno e na vida social. Portanto, ao ratificar estes instrumentos de direito fundamental, os estados se obrigam a estes padrões, a ampliar o âmbito de sua aplicação e a não restringi-los, a não ser que a ordem pública esteja em perigo.

A idade mínima para admissão ao trabalho ou ao emprego, como todo dispositivo de direito fundamental, deve ser entendida não como um critério imposto à criança ou ao adolescente, mas sim ao Estado e à sociedade para que garantam o direito de proteção ao pleno desenvolvimento de meninos, meninas e adolescentes. Este dispositivo da Convenção nº 138 da OIT faz o reconhecimento tácito de que a pessoa menor de 18 anos é sujeito de direito e não apenas um indivíduo objeto da tutela dos pais, da sociedade e do estado.

Por este motivo o legislador determinou os critérios para que os países estabeleçam a idade mínima: que por nenhum motivo poderá ser inferior à idade escolar compulsória; entendida esta como primazia no exercício da cidadania para esta fase do desenvolvimento humano.”¹⁷

Sabe-se que as crianças e adolescentes necessitam de condições especiais, por estarem em desenvolvimento físico e intelectual, o universo do trabalho deve respeitar essas premissas, no processo de aprendizagem (como no contrato de aprendizagem), percebe-se que a “condição de aprendiz” quer dizer que o trabalho está ligado à formação profissional, por isso, o empregador (e a sociedade) se comprometem a submeter aquele jovem a um processo de formação

16 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. *Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2013. p. 15-18.

17 MENDES, Renato. *Análise das normativas: entre o dever legal, o imperativo moral e a realidade*. Disponível em: <file:///D:/Downloads/8497-27189-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017. p. 498-499.

técnico profissional¹⁸, desde que respeitada a faixa etária, contribuindo para um desenvolvimento saudável para aquele ser humano.

Quando, porém, não se respeita os limites cronológicos, tampouco as condições específicas de cada criança ou adolescente, ocorre o comprometimento da saúde física e mental daquela pessoa¹⁹. Esse é o caso da possibilidade que versa sobre o trabalho do artista mirim. Embora se tenham realizado muitos estudos quanto à prejudicialidade do trabalho infantil na indústria, agricultura e outros ambientes, atualmente é permitido, com a autorização do judiciário, conforme art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o trabalho de crianças e adolescentes, menores de 16 anos, como artistas em novelas, programas e comerciais de televisão e internet, etc. Nota-se que, cabe ao magistrado²⁰ considerar que o trabalho infantil é atividade excepcional, autorizado somente quando não existirem riscos ao processo de crescimento daquela criança, conforme disciplina o art. 8º, item I, da Convenção nº 138 da OIT.

Ocorre que não existe uma legislação específica regulamentando o trabalho do artista mirim, existe apenas a Lei nº 6.533/78, que regulamenta a atividade profissional do artista, mas nada refere sobre a atividade infantil.

Ainda que esse trabalho não seja fisicamente pesado, é, contudo, um trabalho exaustivo que exige muito além da força física daquele trabalhador, exige muitas horas de trabalho, muita disciplina, comprometimento e por isso, evidentemente, compromete as suas demais atividades sociais, como a frequência escolar, a qualidade dos estudos e o direito da criança ser o que é o direito de pensar, de sentir, de querer, de viver, de sonhar, de ter liberdade e de brincar como criança.

Dessa forma disciplina a Constituição Federal em seu art. 227:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

18 OLIVEIRA, Oris de. *O trabalho da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994. p. 65.

19 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. *Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2013. p. 25-26.

20 *Ibid.*, p. 36.

DOCTRINA

§ 3º O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – Idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art 7º, XXXIII.”²¹

Mesmo que o Judiciário e o Ministério Público analisem o caso com a dedicação esperada, muitos abusos acontecem com as crianças que atuam em eventos artísticos, verifica-se o excesso que o ator Felipe Paulino sofreu ao participar do filme “Cidade de Deus”²². O filme retrata a realidade das favelas da cidade do Rio de Janeiro, dominadas pelo tráfico de drogas, tal filme possui uma das cenas mais marcantes do cinema brasileiro, na qual um menino vai sofrer a punição de um traficante da favela. Na cena apresentada, a criança é obrigada a dar um tiro no pé da outra, que chora implorando clemência.

Para que se extraísse do menino, de apenas sete anos de idade, uma interpretação realista e impactante, na preparação da cena, lhe foi pedido que imaginasse sua mãe morta, por isso, é possível notar que a criança chama pela mãe na tomada. O diretor do filme Fernando Meireles afirmou que: “O Felipe não confundiu ficção com realidade (...). Essa mistura é normal em uma idade na qual o mundo real e a fantasia não têm fronteiras claras”. Percebe-se que não há compaixão da equipe pelas consequências emocionais daquele menino. Denotando, portanto, uma insensibilidade sem medida.

Assim como esse caso, poderíamos citar outros tantos em que o direito de livre expressão, direito à cultura, etc., se sobrepôs aos direitos e garantias fundamentais de uma criança, pois atuações desse tipo impactam no desenvolvimento emocional de uma criança, causando problemas até a vida adulta.

Percebe-se, no entanto, que a necessidade de existirem leis claras para proteger as crianças é sintoma de uma grave doença social, isso porque uma sociedade saudável deveria saber tratar bem de suas crianças sem precisar de leis.

2.4 – Crenças quanto à atividade artística e consequências nas crianças

Sabe-se que a legislação brasileira proíbe o trabalho insalubre, perigoso, penoso, noturno e ainda aquele realizado em locais ou serviços prejudiciais ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social aos menores de 18 anos. Entretanto, é normal a sociedade acreditar no *glamour* e *status* que o trabalho

21 BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. *Vade Mecum*. São Paulo: Rideel, 2015.

22 PINTO, Danilo Ferreira. *O contrato de trabalho de artistas mirins*. Análise legislativa e da atuação jurisdicional. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52501/o-contrato-de-trabalho-de-artistas-mirins>>. Acesso em: 17 out. 2017.

artístico proporciona, é comum acreditar que existam somente benefícios e privilégios no trabalho artístico, acredita-se que o artista é sempre famoso, bem sucedido financeiramente e que tal trabalho é sempre muito fácil e prazeroso. Essa é a ideia vendida para a sociedade, porém, na realidade, vemos apenas poucas pessoas nessas condições. A indústria da mídia vende uma realidade destorcida e muitas pessoas acreditam que com pouco trabalho podem ter fama, sucesso e fortuna como os artistas de novela, supermodelos e jogadores de futebol. Tal ideia é comprada por adultos despreparados emocionalmente e principalmente por crianças e adolescentes, que veem uma forma fácil de ter fama e enriquecer.

A ganância é inimiga do sucesso e as consequências da ganância são desastrosas. A dignidade e a sabedoria são recompensas que o dinheiro não compra e estas estão diretamente ligadas à inteligência emocional²³.

Dependendo do contexto social em que a criança esteja inserida, o impacto psicológico será diferente para cada indivíduo, sobretudo na capacidade de aprendizagem, no desempenho escolar e na forma de se relacionar com os demais²⁴. Caso a criança seja responsável pela contribuição, de parte ou de toda renda familiar, em vez de estar exercendo suas atividades normais como brincar e estudar, as quais são necessárias para seu desenvolvimento saudável, ela se transforma na mantenedora daquela família, representando uma inversão de papéis. Tal acontecimento poderá acarretar em dificuldade na sua integração com outras crianças da mesma idade, tendo em vista que seus assuntos estão ligados aos dos adultos. Essa criança é obrigada a ser responsável, porém ela não tem maturidade e experiência necessária para tanto. E, nesse sentido, a Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Kátia Magalhães Arruda, diz que “trabalho artístico infantil pode gerar danos irreparáveis”²⁵.

Esse, como vários outros, é um trabalho que requer tempo, dedicação, disciplina e o retorno nem sempre é o esperado, as críticas sobre o trabalho desenvolvido, por parte do empregador e também por parte do público, normalmente são severas e muitas vezes abusivas, tornando a atividade muito exaustiva. A frustração é também muito comum e essa realidade é vivida por muitos adultos e crianças no meio artístico, os padrões impostos pela sociedade são altos e perversos, impactando diretamente no desenvolvimento psicológi-

23 SCOTT, Steven K. *Salomão, o homem mais rico que já existiu*. Rio de Janeiro: Sextante, 2008.

24 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. *Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2013. p. 26.

25 Tribunal Superior do Trabalho. *Kátia Arruda diz que trabalho artístico infantil pode gerar danos irreparáveis*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2604357>. Acesso em: 17 out. 2017.

co daquela criança²⁶. Sendo assim, é evidente que a exposição de crianças e adolescentes a esse universo é, no mínimo, irresponsável, justificando a maior severidade através de leis e políticas contra o abuso.

A exposição às tensões e às competições no mundo midiático, em programas de auditório, *reality shows* e concursos de beleza, tende a proporcionar um desequilíbrio emocional, uma vez que situações aparentemente encantadoras podem revelar sofrimento e fragilidade quando, por exemplo, a criança sofre algum tipo de crítica, seja pelo debate de opiniões, seja pela manifestação de preconceitos e discursos abusivos. Produtores e criadores deverão estar atentos às reações dessas crianças, participando e se posicionando sobre esse tipo de questão tão delicada.

Outro ponto relevante é a jornada de trabalho, eis que qualquer atividade que exija uma carga horária demasiada ou que isole ou interfira no convívio da criança com os seus familiares e em suas atividades sociais será prejudicial ao desenvolvimento completo e adequado das futuras gerações. As atividades artísticas podem ser desenvolvidas em diferentes horários, na televisão, cinema e espetáculos circenses ou teatrais, e submeter crianças a obrigações exageradas é inadmissível²⁷.

2.5 – Exploração e o princípio da proteção

Para essa análise, é fundamental salientar a importância dos princípios que regem a relação trabalhista, sobretudo o da proteção, assim como Hobbes justificou, “O homem é o lobo do homem”, ou seja, o homem é mau num estado natural, ele precisa de regras para que sejam mantidos o respeito e a ordem social. Nesse caso, percebemos que o empregador precisa de limites, eis que o trabalhador não vende uma mercadoria, ele vende seu corpo, seu tempo, seus neurônios, seu passado, presente e futuro, o homem não é coisa²⁸, mas está à disposição do empregador para gerar benefícios para o seu empreendimento e pelo menor custo possível. O trabalhador necessita de proteção e o sistema trabalhista necessita de proteção contra a exploração econômica.

26 VITA, Rachel. *Trabalho infantil: a gente vê na TV*. Disponível em: <<http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/colunistas/trabalho-infantil-a-gente-ve-na-tv/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

27 CAVALCANTE, Sandra Regina. *A participação de crianças e adolescentes no show-business: desafios para a saúde e o direito*. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94317/2014_cavalcante_sandra_participacao_crianças.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 out. 2017. p. 37-38.

28 OLIVEIRA, Oris de. *O trabalho da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994. p. 14.

Ainda assim, é muito claro que um serve ao outro, e que sem essa relação não haveria o modelo capitalista como é verificado atualmente, entretanto, o Direito do Trabalho tenta equilibrar uma relação histórica de desigualdades, em que “manda quem tem dinheiro e obedece quem precisa”. Porém, não é somente ao trabalhador dependente economicamente que o Direito Trabalhista se presta, certamente esse ramo do direito vai além, a legislação protege o bem *trabalho*, e o trabalhador se torna o objeto nesta relação.

Com base nas considerações lançadas, verifica-se que o trabalho é, sem sombra de dúvida, valor²⁹ e não deve ser diminuído a um instrumento de manipulação capitalista. Assim sendo, em qualquer sociedade, tem que ser analisado o trabalho da criança e do adolescente como um instrumento de pleno desenvolvimento físico e psíquico, preparando o cidadão para um futuro mais digno e qualificado, com a efetiva oportunidade de exercê-lo com a proteção da dignidade individual, do crescimento, da saúde, do lazer, da educação, etc. O trabalho faz parte do processo educacional, no momento adequado, com a prestação e instrumentos adequados e com a preservação da infância, sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal. Entretanto, segundo estatísticas, as crianças que trabalham desde cedo em condições precárias recebem, quando adultas, salários iguais ou menores ao de seus pais, perpetuando a miséria e impedindo a possibilidade de um futuro com melhores condições sociais³⁰.

Neste contexto, observam-se os principais fundamentos de proteção do trabalho da criança e do adolescente, são eles: no aspecto cultural, moral, fisiológico e de segurança. Importa dizer que o menor tem o direito de acesso aos estudos, deve receber instrução mínima para garantir seu futuro intelectual e profissional, deverá também ser resguardado ao direito de não trabalhar em ambientes que prejudiquem a sua moralidade e dignidade como pessoa, sobre o aspecto fisiológico, não poderá ser exposto a lugares insalubres e perigosos, também não poderá laborar em excesso de carga horária para que sejam evitados acidentes ou qualquer situação que possa alterar sua formação normal³¹.

2.6 – Meios de fiscalização e políticas aplicáveis

Considerando que atualmente não há legislação suficiente para o tema, em primeiro lugar há o dever dos pais ou responsáveis, na educação e na manutenção das condições de vida de seus filhos, a possibilidade de incluir a criança

29 *Ibid.*, p. 13.

30 CALDAS, Simone. Trabalho infantil perpetua miséria. *Revista Anamatra*, Brasília, n. 36, p. 14-18, maio 1999.

31 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 631.

ou adolescente precocemente ao mercado é inteiramente de responsabilidade dos pais, estes tem o dever de proteção e cuidado, tendo em vista que a lei é uma expressão genérica de proteção, são eles que devem perceber quais são as condições individuais físicas e psíquicas de cada um e também arcam com toda responsabilidade sobre as consequências dessas ações. Ressaltando aqui os critérios sobre capacidade, onde sabemos que somente se adquire a capacidade absoluta quando se completa 18 anos, ou seja, antes dessa idade, o indivíduo é incapaz de praticar atos da vida civil e está nos pais ou responsáveis a atribuição da decisão³², para que qualquer política de proteção seja eficaz, os pais têm que ser diligentes na formação familiar e na condução da criação de seus filhos.

Antes de iniciar o trabalho artístico, é necessário que os pais conheçam o ambiente de trabalho e as condições e outras circunstâncias a que o filho será exposto. É inadmissível que haja apenas uma autorização judicial genérica para o filho trabalhar, tendo em vista que a inexperiência ou imaturidade da criança pode acarretar em escolhas danosas, as atividades laborativas podem estar disfarçadas de uma boa oportunidade como modelos fotográficos ou atuação em novelas, filmes, teatro, e, na verdade, tais crianças estarem expostas à prostituição, abuso sexual ou tráfico de pessoas, por exemplo.

A presença dos pais deve perdurar por toda a contratualidade, e se em algum momento qualquer situação de perigo estiver se apresentando, a atividade deverá ser interrompida. A assistência dos pais também deverá ser observada ao término da contratualidade, eis que eles garantirão a efetiva aplicação de direitos decorrentes do contrato de trabalho, e ainda na efetiva contribuição daquela atividade laborativa àquele menor.

Em segundo lugar, é evidente que o mundo mudou e que hoje temos tecnologia ao alcance dos dedos, que qualquer criança tem condições de manusear um *smartphone*, mas as escolas de ensino regular não mudaram, não se adaptaram às novas tendências mundiais. As crianças passam anos em um sistema educacional ultrapassado, aprendendo matérias desnecessárias, para viver em um mundo que não existe mais, que ficou lá no passado. Portanto, é preciso investir nos educadores, nas salas de aula e, sobretudo, na educação emocional das novas gerações, essa certamente será a melhor saída para a mudança de paradigmas.

Importante mencionar que inteligência emocional é um conceito presente na psicologia, criado pelo psicólogo Daniel Goleman³³, o indivíduo emocionalmente inteligente é o que consegue identificar as suas emoções com mais facilidade, aquele que tem a capacidade de se automotivar e seguir em frente,

32 OLIVEIRA, Oris de. *O trabalho da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994. p. 78-82.

33 GOLEMAN, Daniel. *O poder da inteligência emocional*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2002.

mesmo diante de frustrações e desilusões, capacidade de controlar impulsos e canalizar emoções para as situações adequadas, praticar a gratidão e motivar as pessoas. O indivíduo que possui o controle das emoções e sentimentos para atingir algum objetivo tem mais vantagem para obter o sucesso pessoal e profissional. Para os estudiosos do comportamento humano, a inteligência emocional pode ser considerada mais importante do que a inteligência mental (conhecida como QI). Nesse sentido a importância do investimento desse tipo de abordagem no ensino básico, mudando os paradigmas atuais.

E por fim, cabe salientar que há a necessidade de criação e implementação de políticas eficazes, por parte dos órgãos públicos competentes, para atuarem no controle e fiscalização, uma vez que não há na legislação um mecanismo eficaz a fim de fiscalizar a efetivação da atividade artística infantil.

Discorre o autor Octávio Bueno Magano sobre o significado de fiscalização:

“Fiscalizar, no sentido comum da expressão, significa examinar, vigiar, sindicar. No sentido técnico do Direito do Trabalho, possui as seguintes acepções: a) atuação visando à aplicação das normas legais; b) orientação de empregadores e trabalhadores quanto à observância das normas legais; c) informação às autoridades sobre deficiências de condições de trabalho, ainda não regulamentadas.”³⁴

Também nesse sentido afirma Renato Mendes:

“Por isso, o controle judicial, social e político não pode se deixar seduzir pela facilidade de se inverter valores e depositar na própria criança a responsabilidade pela satisfação de seus direitos fundamentais via o trabalho infantil. Esses direitos lhes são devidos e a nós impostos por força da lei e da ética, pelos quais devemos zelar e torná-los efetivos. A via da exigibilidade da proteção integral requer um amadurecimento político, cívico e social dos cidadãos adultos, do Legislativo, do Executivo, do Judiciário, do Ministério Público e da própria academia.”³⁵

Por tais razões, cabe a toda organização estatal fiscalizar e aplicar regras que melhorem as condições de trabalho do artista mirim, a criação e implementação de uma abordagem reformulada e atual, para acompanhar a evolução social, no sentido de educação emocional universal, desde a sua aplicação na educação regular escolar, como nos lares e organizações estatais.

34 MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito tutelar do trabalho*. 2. ed. São Paulo, LTr, 1992. v. IV. p. 177.

35 MENDES, Renato. *Entrevista sobre o trabalho infantil*. Análise das normativas: entre o dever legal, o imperativo moral e a realidade. Disponível em: <file:///D:/Downloads/8497-27189-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017. p. 512.

3 – Considerações finais

Assim sendo é comum a atividade de crianças como artistas em programa de auditório, novela, cinema, teatro, concurso de beleza, *reality show*, etc., e com a evolução social não seria diferente. É, também, notório que não há uma legislação que regulamente, em especial, essa atividade, porém, existem normas e mecanismos suficientes para a plena proteção do menor e é esse contexto que deve ser melhor explorado pela organização estatal.

Da mesma forma sabe-se que as políticas públicas educacionais existentes não bastam para evolução humana, por isso é necessário que se programe novas formas de conduzir a educação, visando à mudança dos paradigmas atuais.

Referências bibliográficas

BAFFERT, Sigrid; BAGNO, Marcos (Trad). *Os operários com dentes de leite*: histórias sobre o trabalho infantil. São Paulo: SM, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. *Vade Mecum*. São Paulo: Rideel, 2015.

CALDAS, Simone. Trabalho infantil perpetua miséria. *Revista Anamatra*, Brasília, n. 36, p. 14-18, maio 1999.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

CAVALCANTE, Sandra Regina. *A participação de crianças e adolescentes no show-business: desafios para a saúde e o direito*. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94317/2014_cavalcante_sandra_participacao_crianças.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 out. 2017.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

FUNDAÇÃO Telefônica Brasil. *Impactos e consequências*. Disponível em: <<http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/impactos-e-consequencias/>>. Acesso em: 17 out. 2017.

GOLEMAN, Daniel. *O poder da inteligência emocional*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2002.

KIYOSAKI, Robert T.; LECHTER, Sharon L. *Pai rico, pai pobre*: o que os ricos ensinam a seus filhos sobre dinheiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito tutelar do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. *Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2013.

DOCTRINA

MENDES, Renato. *Desafio da erradicação das piores formas de trabalho infantil no Brasil*. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/38640/007_mendes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. *Entrevista sobre o trabalho infantil*. Análise das normativas: entre o dever legal, o imperativo moral e a realidade. Disponível em: <<file:///D:/Downloads/8497-27189-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

OLIVEIRA, Oris de. *O trabalho da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos direitos da criança*. 1959. Disponível em: <<http://leaozinho.receita.fazenda.gov.br/biblioteca/estudantes/Textos/Declaracao-DireitosCrianca.htm>>. Acesso em: 12 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Todavia há muito por fazer*: O trabalho infantil no mundo de hoje. São Paulo, 1993.

PEREIRA, Antônio Carlos Amador. *O adolescente em desenvolvimento*. São Paulo: Harbra, 2005.

PINTO, Danilo Ferreira. *O contrato de trabalho de artistas mirins*. Análise legislativa e da atuação jurisdicional. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52501/o-contrato-de-trabalho-de-artistas-mirins>>. Acesso em: 17 out. 2017.

SANTOS, Juscelino Vieira dos. *Contrato de estágio: subemprego aberto e disfarçado*. São Paulo: LTr, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCOTT, Steven K. *Salomão, o homem mais rico que já existiu*. Rio de Janeiro: Sextante, 2008.

TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Kátia Arruda diz que trabalho artístico infantil pode gerar danos irreparáveis*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2604357>. Acesso em: 17 out. 2017.

VEIGA, João Paulo Cândia. *A questão do trabalho infantil*. São Paulo: ABET, 1998.

VIANNA, Guarani de Campos. *Direito infantojuvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

VIDA, Maria. Direção: Márcio Ramos. Produção: Joelma Ramos. 2006. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yFpoG_htum4>. Acesso em: 12 out. 2017.

VIEIRA, Paulo. *O poder da ação: faça a sua vida ideal sair do papel*. São Paulo: Gente, 2015.

VITA, Rachel. *Trabalho infantil: a gente vê na TV*. Disponível em: <<http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/colunistas/trabalho-infantil-a-gente-ve-na-tv/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

Recebido em: 21/01/2019

Aprovado em: 18/02/2019

A RELAÇÃO ENTRE ACIDENTES DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS COM A JORNADA DE TRABALHO E TEMPO MÍNIMO DE CONTRIBUIÇÃO PARA PREVIDÊNCIA SOCIAL

THE RELATIONSHIP BETWEEN WORK ACCIDENTS AND OCCUPATIONAL DISEASES WITH THE WORK DAY AND MINIMUM TIME OF CONTRIBUTION FOR SOCIAL SECURITY

Ana Carolina Comelli*

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar o impacto da jornada de trabalho dos empregados e do tempo mínimo de contribuição previdenciária na ocorrência de acidentes de trabalho ou desencadeamento de doenças profissionais. Eis que de uma análise geral, é possível verificar que as causas mais comuns de ocorrência de acidentes de trabalho e doenças profissionais relacionam-se a fatores ligados diretamente à jornada de trabalho ou faixa etária. Diante disso, inegável é o impacto de tais questões na saúde do empregado e que as doenças que decorrem do excesso de jornada e dos muitos anos de trabalho prejudicam não somente o empregado, mas também o empregador, bem como a Previdência Social. Pretende-se, portanto, entender a relação entre os acidentes de trabalho e doenças ocupacionais com a extensa jornada de trabalho e o tempo mínimo de contribuição para previdência social, identificando, por fim, os impactos desta relação, para possível atuação preventiva.

PALAVRAS-CHAVE: Jornada de Trabalho. Aposentadoria. Acidente de Trabalho. Doença Ocupacional. Relação. Impactos.

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze the impact of the employees' work hours and the minimum social security contribution on the occurrence of occupational accidents or the onset of occupational diseases. This is because, from a general analysis, it is possible to verify that the most common causes of accidents at work and occupational diseases are related to factors directly related to the working day or age group. Faced with this, undeniable is the impact of such issues on employee health. However, it is also undeniable that the diseases that result from excessive work hours and from many years of work harm not only the employee, but also the employer, who at that moment does not have the manpower of his employee, such as Social Security, which needs to support another worker unable to remain in the labor market. It's intended, therefore, to understand the relationship between occupational accidents and illnesses with the long working day and the minimum time of contribution to social security, finally identifying the impacts of this relationship, for possible preventive action.

KEYWORDS: Work Day. Retirement. Occupational Accident. Occupational Illness. Relationship. Impacts.

* Pós-Graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pela Estácio / CERS; graduada no curso de Direito do Centro Universitário Curitiba; advogada trabalhista.

1 – Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar qual o impacto da jornada de trabalho dos empregados e do tempo mínimo de contribuição previdenciária na ocorrência de acidentes de trabalho ou desencadeamento de doenças profissionais. Justifica-se tendo em vista a necessidade de concluir o motivo pelo qual a maioria dos empregados, em idade avançada, possui grandes chances de envolver-se em acidentes de trabalho ou desenvolver doenças ocupacionais.

O trabalho está estruturado em três capítulos, nos quais se pretende demonstrar as causas mais comuns de ocorrência de acidentes de trabalho e doenças profissionais, o impacto da extensa jornada de trabalho diária e do grande tempo de contribuição previdenciário necessário à aposentadoria na saúde do trabalhador, e, por fim, as medidas cabíveis de forma a reduzir o número e gravidade de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

No primeiro capítulo será feito um breve estudo de quais os acidentes de trabalho e doenças profissionais que mais acometem os trabalhadores, bem como mostrar a relação que a jornada de trabalho possui para a ocorrência de tais acidentes e surgimento de tais doenças. Mostrar-se-á também os números exorbitantes de trabalhadores que necessitam anualmente de benefícios previdenciários, assim como as maiores causas que os levam a tal necessidade, fazendo um comparativo com os dados de outros países.

No segundo capítulo, serão tratados os impactos da extensa jornada de trabalho diária e do grande tempo de contribuição previdenciário necessário à aposentadoria na saúde do trabalhador. Neste capítulo, far-se-á ainda um comparativo entre a duração das jornadas de trabalho em diversos países.

No terceiro e último capítulo, serão abordadas as medidas cabíveis de forma a reduzir o número e gravidade de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, seja por meio da revisão da legislação vigente, seja por meio da efetiva aplicação das normas já existentes.

Desta forma, por meio de pesquisas bibliográficas e documentais em fontes “jurídico-formais”, como leis, doutrinas e jurisprudências, pretende-se fazer uma análise das questões jurídicas que envolvem a proteção à saúde física e mental dos trabalhadores, abordando, ainda no método dialético, os efeitos perversos que o processo de globalização produz, a exemplo da precarização das relações de trabalho.

2 – Causas mais comuns de ocorrência de acidentes de trabalho e doenças profissionais

Neste artigo, e mais especificamente neste capítulo, será feito um breve estudo de quais são os acidentes de trabalho e doenças profissionais que mais acometem os trabalhadores, bem como mostrar a relação que a jornada de trabalho possui para a ocorrência de tais acidentes e surgimento de tais doenças. Mostrar-se-á também os números exorbitantes de trabalhadores que necessitam anualmente de benefícios previdenciários, assim como as maiores causas que os levam a tal necessidade, fazendo um comparativo com os dados de outros países.

A legislação brasileira possui as seguintes definições no que se refere à caracterização de acidentes de trabalho, conforme a Lei nº 8.213/91¹:

“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.”

Ademais, equiparam-se a acidente de trabalho as seguintes situações:

“Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

II – o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:

a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;

b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;

c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;

d) ato de pessoa privada do uso da razão;

1 BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

DOCTRINA

e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III – a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV – o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;

b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;

d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.”

Por fim, caracterizam-se como doença profissional, também chamada de doença ocupacional e doença do trabalho os casos previstos abaixo:

“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.”

Temos como exemplo de doenças profissionais as intoxicações causadas por agentes químicos, sílico-tuberculose, hepatites tóxicas, dermatites e a DORT – Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho. Já as doenças do trabalho têm como exemplo a PAIR – Perda Auditiva Induzida por Ruído, a hipertensão e a pneumoconiose.

Conforme pesquisas da OIT – Organização Internacional do Trabalho em 2013², mais de 2 milhões de pessoas sofrem mortes de trabalho por ano em todo mundo. Destas, 86,3% são causadas por doenças ocupacionais e o restante por acidentes de trabalho. Ademais, mais de 160 milhões de pessoas sofrem de doenças não letais relacionadas com o trabalho e 317 milhões de acidentes laborais não mortais ocorrem a cada ano.

Além do mais, tais pesquisas demonstram que os acidentes e doenças profissionais causam efeitos negativos não somente nos trabalhadores e em suas famílias, mas também na sociedade, em virtude dos enormes custos gerados pela perda da capacidade laboral do empregado e pela sobrecarga gerada aos sistemas de seguridade social.

Ainda, conforme dados divulgados pelo INSS – Instituto Nacional da Seguridade Social, em 2014³, cerca de 11 mil pessoas encontravam-se percebendo aposentadoria por invalidez acidentária, enquanto que mais de 319 mil pessoas percebiam auxílio-doença acidentário, em meados de 2011. Não obstante, entre os anos de 2000 e 2011, a Previdência Social pagou quase 16 bilhões de reais em benefícios previdenciários e acidentários.

O mesmo estudo sugere ainda que doenças motivadas por fatores de riscos ergonômicos e mentais superam os traumáticos, embora não relacionadas apenas a fatores acidentários e de doença profissional.

Novos estudos publicados em meados de 2015, também pelo INSS⁴, sugerem que cerca de 40% dos auxílios doença acidentários referem-se a situações relacionadas à ergonomia e organização do trabalho, como doenças osteomusculares e do tecido conjuntivo e lesão por esforço repetitivo.

Ocorre que, conforme levantamentos realizados, a maior causa de ocorrência de doenças ocupacionais refere-se a longas jornadas de trabalho, associadas eventualmente a outras causas. Tanto é importante tal questão, que resultou na criação do Decreto Presidencial nº 3.048/99, que regulamentou o art. 20 da Lei nº 8.213/91 e incluiu no rol de doenças ocupacionais um capítulo específico relacionado aos “Transtornos Mentais e do Comportamento Relacionados com o Trabalho”.

2 *Doenças profissionais são principais causas de mortes no trabalho.* Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/doencas-profissionais-sao-principais-causas-de-mortes-no-trabalho>>. Acesso em: 22 out. 2017.

3 *Informe especial por ocasião do dia mundial em homenagem às vítimas de acidente do trabalho.* Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/04/1-Boletim-Quadrimestral-de-Benef%C3%ADcios-por-Incapacidade1.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

4 *Principais causas de afastamento do trabalho entre homens e mulheres empregados da iniciativa privada.* Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/outrosAssuntos/bolquadi14.12.15.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

De acordo com estimativas da OIT:

“De um total de 2,34 milhões de acidentes de trabalho mortais a cada ano, somente 321.000 se devem a acidentes. Os restantes 2,02 milhões de mortes são causados por diversos tipos de enfermidades relacionadas com o trabalho, o que equivale a uma média diária de mais de 5.500 mortes.”⁵

Ainda, tais estudos demonstram que doenças como a pneumoconiose e outras relacionadas ao amianto, “continuam a ser generalizadas, enquanto que outras doenças ocupacionais relativamente novas, como os transtornos mentais e musculoesqueléticos (TME) estão aumentando”⁶.

Mascarenhas traz à tona um questionamento até então impensado, qual seja, a obrigação da NR-5 para que haja um mapeamento de riscos nas atividades dos trabalhadores, sendo eles os riscos físicos, químicos, biológicos, ergonômicos e de acidentes, porém não traz talvez o maior risco ensejador de acidentes do trabalho e doenças profissionais: o excesso da jornada de trabalho e dos muitos anos de trabalho.

Tanto o excesso de jornada como os muitos anos de trabalho necessários à aposentadoria trazem aos trabalhadores diversos danos à saúde, como o estresse ocupacional, fadiga, estafa mental, depressão, entre outros. Além do mais, geram diretamente o risco a acidentes de trabalho, eis que o excesso de trabalho físico e mental produzem cansaço e esgotamento, causas estas mais comuns para ocorrência de acidentes de trabalho.

Conforme estudos já publicados, alguns fatores influem diretamente ao estado de fadiga física, entre elas o esforço físico superior à capacidade muscular, o labor em ambientes inadequados, a alteração do equilíbrio hidroeletrolítico, a duração e intensidade do trabalho, o esgotamento das reservas de substâncias energéticas nos músculos, como ocorre quando o indivíduo vai executar um trabalho e não tem o aporte alimentar adequado para aquela atividade⁷.

5 *Doenças profissionais são principais causas de mortes no trabalho*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/doencas-profissionais-sao-principais-causas-de-mortes-no-trabalho>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

6 *OIT pede ação mundial urgente para combater doenças relacionadas com o trabalho*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/oit-pede-acao-mundial-urgente-para-combater-doencas-relacionadas-com-o-trabalho>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

7 RODRIGUES, Lucinaldo. *O engajamento organizacional dos indivíduos na perspectiva da gestão estratégica do conhecimento*. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação de Engenharia da Produção na Universidade Federal de Santa Catarina, 1999. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81268/143328.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 out. 2017.

Desta forma, verifica-se que a fadiga pode possuir relação direta com a ocorrência de acidentes de trabalho. Porém, o que não se leva em conta, é que, além de tal, a fadiga pode levar a diversas outras consequências, como cansaço extremo, doenças gastrointestinais e cardíacas, desmotivação e alto grau de ansiedade, depressão, entre outros. Relaciona-se também, portanto, diretamente com a ocorrência de doenças ocupacionais.

Brilhantemente expõe o autor José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva que os acidentes de trabalho ocorrem por motivos multicausais, porém não podendo concluir de forma diversa se não como o excesso da jornada de trabalho como a principal causa. Ademais, pontua que a jornada de trabalho não pode ser entendida somente como as horas efetivamente laboradas pelo empregado, mediante subtração de intervalos, mas também a questão qualitativa da jornada, que aborda três aspectos principais, quais sejam: a) a distribuição dos horários de trabalho e das pausas para descanso durante a jornada; b) a jornada de trabalho como um todo, considerando-se aqui, inclusive, o tempo em que o empregado permanece à disposição do empregador, as horas de sobreaviso, as horas de deslocamento, entre outros; e c) a intensificação do trabalho, mediante exigência de metas e produtividade, situação em que o empregado passa a produzir mais na mesma jornada⁸.

Aponta a autora Ana Maria Rossi que em estudos realizados, o estresse provoca cerca de 50 a 80% de todas as doenças de fundo psicossomático, e que em pesquisa realizada com 900 profissionais, sendo 450 deles homens e 450 mulheres, para 74,0% dos homens e 94,3% das mulheres a sobrecarga de trabalho foi apontada como a maior causa de estresse e esgotamento⁹.

Não menos importante, foi cientificamente comprovada desde a década de 1990 por R.A. Karasek e S.J. Theorell a relação entre o estresse ocupacional e doenças cardiovasculares¹⁰, principalmente quando são submetidos rotineiramente a regime de horas extraordinárias, como exposto pelo autor José Silva¹¹.

8 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. Horas extras pela supressão dos intervalos e pausas: por um olhar sistêmico diante dos reflexos na saúde do trabalhador. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*, Recife, v. 24, n. 41, p. 114-126, 2015.

9 ROSSI, Ana Maria. Estressores ocupacionais e diferenças de gênero. In: ROSSI, Ana Maria; PERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Stever L. (Org.). *Stress e qualidade de vida no trabalho: perspectivas atuais da saúde ocupacional*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 10.

10 ROSCH, Paul J. O comportamento tipo “a” propenso a problemas coronarianos, *stress* no trabalho e doença cardíaca. In: ROSSI, Ana Maria; PERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Stever L. (Org.). *Stress e qualidade de vida no trabalho: perspectivas atuais da saúde ocupacional*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 31-33.

11 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. Horas extras pela supressão dos intervalos e pausas: por um olhar sistêmico diante dos reflexos na saúde do trabalhador. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*, Recife, v. 24, n. 41, p. 194, 2015.

DOCTRINA

Segundo pesquisas da ISMA – International Stress Management Association, realizadas em nove países do mundo, os brasileiros lideram a segunda posição no *ranking* em relação às pessoas com maior nível de estresse no mundo. Segundo a pesquisa, 70% dos brasileiros sofrem de estresse, sendo que destes, 69% relacionam como causa do estresse o trabalho, suas longas jornadas e excesso de tarefas¹².

Conforme esclarece o autor Gustavo Chehab¹³, batizou-se no Japão o fenômeno denominado *karoshi*, termo utilizado para definir as mortes súbitas provocadas por excesso de trabalho, gerando um colapso fisiológico fatal ao trabalhador. Tem-se pela dificuldade de estabelecer o nexo causal entre o labor e o falecimento, eis que as principais causas de morte por sobrecarga de trabalho associam-se a “ataques cardíacos (18,4%), acidentes vasculares cerebrais (17,2%), trombose ou infarto cerebral (6,8%), infarto agudo do miocárdio (9,8%), insuficiência cardíaca (18,7%) e outras causas (29,1%)”, causas estas frequentemente relacionadas a enfermidades não relacionadas ao labor. Porém, não restam dúvidas de que o excesso de trabalho de fato possa dar causa às enfermidades e por consequência ao falecimento do trabalhador.

No Brasil há grandes dificuldades para obtenção de informações e dados estatísticos quanto à saúde dos trabalhadores, tendo em vista que os diversos dados existentes não se relacionam, assim como não se referem à totalidade dos trabalhadores, conforme bem pontua Bernadete Waldvogel¹⁴.

Outra questão delicada e que demonstra a dificuldade na obtenção dos dados estatísticos seria a subnotificação dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Nos termos do art. 169 da CLT e da Portaria nº 1.823/2012 do Ministério da Saúde, é obrigatório que seja feito pelo empregador a comunicação de doenças profissionais e acidentes de trabalho, comprovadas ou mesmo quando apenas objeto de suspeita. Obrigação semelhante também está determinada pela Lei nº 8.213/91, no sentido de que o empregador deverá comunicar à Previdência Social a ocorrência de acidente de trabalho, sob pena de penalidades.

12 Brasileiro é o 2º mais estressado do mundo. Disponível em: <<http://www.ismabrasil.com.br/img/estresse52.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

13 CHEHAB, Gustavo Carvalho. Karoshi: a morte súbita pelo excesso de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 155, jul./set. 2013.

14 WALDVOGEL, Bernadete Cunha. Quantos acidentes do trabalho ocorrem no Brasil? Proposta de integração de registros administrativos. In: MINAYO-GOMEZ, Carlos; MACHADO, Jorge Mesquita Huet; PENA, Paulo Gilvane Lopes. *Saúde do trabalhador na sociedade brasileira contemporânea*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011. p. 226-244.

DOCTRINA

Ocorre que tais notificações referem-se apenas aos empregados formais e segurados pelo INSS. Desta forma, tem-se que as estatísticas não refletem a realidade da saúde dos trabalhadores brasileiros, eis que alto percentual refere-se àqueles trabalhadores informais, havendo grande parcela de subnotificação de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Conforme divulgado pelo IBGE em dezembro de 2018, a informalidade atingiu nível recorde, representado por 40,8% dos trabalhadores¹⁵.

Ademais, conforme estudo realizado pela Secretaria de Inspeção do Trabalho, “é certo que as medidas de proteção à segurança e saúde do trabalhador não têm acompanhado nosso crescimento econômico”¹⁶ e a crise econômica que assola o país obriga diversos trabalhadores a enfrentarem os trabalhos informais.

Uma das medidas que visava à redução ou extinção das subnotificações foi adotada pelo Ministério da Previdência Social mediante a edição da Lei nº 11.430/06, que inseriu na Lei nº 8.213/91 o art. 21-A, que criou o método do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP) na identificação das doenças e acidentes relacionados ao trabalho em virtude de determinadas funções e atividades desenvolvidas pelo trabalhador. Tal método foi adotado apenas em 2007, tendo sido estimado um aumento de 136% na notificação de acidentes de trabalho e um aumento de 500% na notificação de doenças ocupacionais osteomusculares, por exemplo¹⁷.

Tal é a importância do tema que em 2016 foi editada a Portaria nº 205 do Ministério da Saúde, que definiu a lista nacional de doenças ocupacionais a serem monitoradas por meio da estratégia de vigilância e unidades de saúde. Entre as doenças que obrigatoriamente devem ser monitoradas estão as dermatoses, as lesões por esforços repetitivos, as perdas auditivas, os transtornos mentais, entre outros.

Verifica-se com base nos estudos realizados que as doenças que mais acometem os trabalhadores referem-se às doenças de repetição, como por exemplo LER/DORT – Lesões por Esforços Repetitivo/Distúrbios Osteomusculares

15 *Desemprego cai para 11,6%, mas informalidade atinge nível recorde*. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23465-desemprego-cai-para-11-6-mas-informalidade-atinge-nivel-recorde>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

16 *Estratégia nacional para redução dos acidentes do trabalho 2015 – 2016*. Disponível em: <http://www.anam.org.br/site/upload_arquivos/legislacao_2016_14120161355237055475.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

17 *Previdência acaba com subnotificação de acidentes de trabalho*. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/trab/1previdenciaria060109.htm>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

Relacionados ao Trabalho, doenças auditivas, como a PAIR – Perda Auditiva Induzida por Ruído, e doenças mentais.

Tem-se que uma das doenças que mais acometem os trabalhadores, qual seja a LER/DORT, tem como principais causas os movimentos repetitivos, posturas inadequadas e pressões psicológicas. Já as doenças auditivas relacionadas ao trabalho são aquelas em que o excesso de ruído por período contínuo acarreta na alteração estrutural da orelha interna, produzindo a perda auditiva. Inclusive a Norma Regulamentadora nº 15 (NR-15) da Portaria do Ministério do Trabalho nº 3.214/78 estabelece que, para o nível de ruído de 85 dB, a máxima exposição diária permitida é de somente 8 horas. Quanto às doenças mentais, suas principais causas referem-se à alta pressão psicológica, metas inalcançáveis, excesso de labor em jornada extraordinária, entre outros.

Desta forma, conclui-se que tanto essas doenças, como os acidentes de trabalho, em geral possuem uma causa comum, presente em praticamente todas as ocorrências e que será estudada no tópico posterior, qual seja o excesso de trabalho em virtude de extensas jornadas de trabalho.

3 – Impacto da extensa jornada de trabalho diária e do grande tempo de contribuição previdenciário necessário à aposentadoria na saúde do trabalhador

Nas palavras de Cláudio Mascarenhas Brandão¹⁸, foi possível observar desde o princípio, em meados do século XVII, a “interligação entre a definição de limites do trabalho diário e a fixação de regras de proteção à saúde do trabalhador”, inclusive porque, as primeiras leis que trouxeram normas relacionadas à jornada do trabalho, trouxeram também previsões relacionadas à saúde do trabalhador e da medicina do trabalho.

Tem-se que a primeira discussão quanto à relação entre o excesso de jornada e suas consequências na vida profissional e pessoal dos trabalhadores foi trazida por Daniel Legrand¹⁹, ainda em meados do século XVII, que influenciou na criação de um direito internacional protetivo do trabalho.

18 BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada de trabalho e acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 75, n. 2, jun 2009.

19 Considerado o mais ativo promotor de uma legislação do trabalho, na França, no começo do século XIX, o seu medalhão tem lugar de honra no átrio do Bureau Internacional do Trabalho.

DOCTRINA

Desta forma, percebe-se que há quase duzentos anos tal discussão está em voga, em que pese até o momento os detentores do capital em sua maioria não tenham entendido a importância de tais constatações.

A CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada em 1º de maio de 1943, por meio do Decreto nº 5.452, prevê em seu art. 58 que: “a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”. Trouxe ainda em seu art. 59 a possibilidade de suplementação da jornada em até duas horas extraordinárias, trazendo as hipóteses possíveis para tanto.

Responsabilizou-se a CLT por trazer ainda as diversas disposições referentes a intervalos para descanso e refeição, descanso semanal remunerado, férias anuais, jornadas diversas para algumas categorias de profissionais, período à disposição do empregador, entre outros.

Tais previsões demonstram a relação direta entre o trabalho e a saúde do trabalhador, havendo claramente a tutela desta, eis que, conforme sabiamente exposto por Mascarenhas, inegável a “necessidade de preservação da capacidade produtiva do empregado ao longo de sua vida”.

Engano pensar que o legislador trouxe normas em relação à saúde do trabalhador tão somente por preocupação a este, mas porque a história demonstrou que o esgotamento do profissional por meio de extensas jornadas e a ausência de condições de trabalho acarretam diversos prejuízos aos empregadores e principalmente ao Estado.

Isto se comprova pelo fato de que a legislação trabalhista, principalmente no que se refere às normas relativas à jornada do trabalho, raramente é observada, não sendo eficaz, portanto, vez que é completamente comum a prática recorrente de horas suplementares.

Importante ressaltar que não se defende aqui a caracterização do empregador como “lobo-mau”, eis que, em que pese as diversas vantagens do empregador em extrair ao máximo de todo potencial laborativo de seu empregado, o empregado vê no labor extraordinário a possibilidade de majoração de seus ganhos mensais, embora não se possa dizer neste momento haver um equilíbrio na balança.

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversas disposições em relação à jornada do trabalho, entre elas a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais”, a “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento”, e não menos

importante, a “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”.

A Carta Magna trouxe como direitos sociais a saúde e o trabalho, prevendo ainda este último como parte integrante da dignidade da pessoa humana, quando dispôs em seu art. 7º, inciso XXII, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Isto explica que a proteção aos direitos do trabalho, observando sempre a saúde do trabalhador, está direcionada não tão somente ao empregador, mas também aos legisladores, aos julgadores e aos administradores das políticas públicas.

Conforme explica Penido, pelas decisões proferidas pela Comissão Europeia de Direitos Humanos:

“ficou estabelecido como sendo tratamento desumano aquele que deliberadamente causar sofrimento mental ou psicológico injustificado e de alguém ter recebido tratamento degradante quando for gravemente humilhado diante de outrem.”²⁰

Sabidamente foi apontado por Carla Maria Santos Carneiro que “penosas são as atividades exercidas em condições cruéis, desumanas ou degradantes cujos fatores levam ao adoecimento físico e/ou psíquico do trabalhador”²¹. Já para a autora Denise Andrade:

“Trabalho degradante é (...) aquele que priva o trabalhador de dignidade, que o rebaixa e o prejudica, a ponto, inclusive, de estragar, deteriorar sua saúde. (...) Será degradante aquele que tiver péssimas condições de trabalho e remuneração incompatível, falta de garantias mínimas de saúde e segurança; limitação na alimentação e moradia. Enfim, aquele que explora a necessidade e a miséria do trabalhador. Aquele que o faz submeter-se a condições indignas.”²²

Diante disso, tem-se que o labor excessivo, que sujeita o empregado a condições degradantes e acarreta sequelas físicas e mentais, compara-se às atividades penosas, devendo ser repelidos.

20 PENIDO, L. O. Saúde mental no trabalho: um direito humano fundamental no mundo contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 191, p. 224, jul./set. 2011.

21 CARNEIRO, Carla Maria Santos. *Relações sustentáveis de trabalho*. Goiânia, 2015. p. 65.

22 ANDRADE, Denise Lapolla de P. A. A Lei nº 10.803/2003 e a nova definição de trabalho escravo – diferenças entre trabalho escravo, forçado e degradante. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XV, n. 29, p. 81, mar. 2005.

DOCTRINA

Os Tribunais do Trabalho em sede nacional tem entendimento de que o excesso de jornada deve ser combatido, sendo respeitado o limite previsto em sede de Constituição Federal. Tanto é que jornadas que levem o empregado à exaustão eram permitidas apenas em casos específicos, como é o caso da jornada 12x36, e que recentemente foi flexibilizada pela reforma trabalhista.

“JORNADA DE TRABALHO 12X36 HORAS. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. HORAS EXTRAS. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, deve ser prestigiado o acordo coletivo de trabalho mediante o qual se instituiu a denominada jornada de 12x36 horas. Resulta daí que a condenação ao pagamento apenas do adicional de horas extras excedentes da décima hora diária não afronta ao disposto no art. 7º, XIII e XXVI, da Constituição Federal. Ocorre que a legislação trabalhista prevê que a duração de trabalho diário jamais poderá ultrapassar o limite de dez horas. *A estipulação de dez horas como jornada máxima diária não foi estabelecida por acaso, mas sim em nome do interesse público de proteger a higidez e a incolumidade da classe laboral, bem como a sua saúde psicofisiológica, objetivando a prevenção contra acidentes de trabalho. Isso porque é certo, e cientificamente comprovado, que a fadiga e o cansaço decorrente de longas jornadas laborais são a causa da maioria dos acidentes de trabalho, além de serem fatores conducentes à queda de produção.* Nesse contexto, mantém-se a decisão proferida pelo Tribunal Regional quanto ao pagamento apenas ao adicional respectivo, além da 10ª hora diária trabalhada. Recurso de revista não conhecido.

INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA. 1. A reclamada pretendeu demonstrar a inexistência da supressão do intervalo intrajornada, produzindo nos autos os controles de jornada, com anotação de horário invariável. 2. A jurisprudência desta Corte superior, consubstanciada no item III da Súmula nº 338, encerra tese no sentido de que os cartões de ponto que revelam horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova. Em circunstâncias que tais, inverte-se o ônus da prova, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada declinada na petição inicial se dele não se desincumbir. 2. A reclamada não se desonerou do ônus que lhe incumbia, ante a invalidade, como meio de prova, das anotações lançadas nos livros de ponto juntados aos autos. Intacto, portanto, o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido.” (TST, RR 124000-98.2003.5.04.0012, Primeira Turma, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, publ. 27.06.08) (grifo nosso)

Através dos amplos estudos e debates realizados no Fórum de Saúde e Segurança no Trabalho do Estado de Goiás, que resultou na elaboração do livro *Saúde Mental no Trabalho*²³, verificou-se que as doenças associadas ao trabalho, em especial o estresse, trazem prejuízos a todas as partes da relação. À vítima, traz o tratamento médico, a licença do trabalho e eventualmente as aposentadorias por invalidez precoce. Ao empregador, acarreta a desmotivação do trabalhador, a queda na produtividade e na qualidade dos produtos/serviços, as doenças profissionais (diminuição sensível nas defesas do corpo), os acidentes de trabalho, as altas taxas de rotatividade, o absentismo, o aumento de conflitos internos. Por fim, à sociedade acarreta a perda de mão de obra (tanto direto como indireto), as licenças de trabalho e as aposentadorias prematuras.

Verifica-se, portanto, o quanto toda a sociedade é prejudicada quando possui trabalhadores submetidos a situações estressantes e degradantes de trabalho.

Conforme bem exposto por Lidia Athanasio, não há dúvidas da “interferência da organização do trabalho na vida dos empregados, mormente porque é no ambiente laboral que a maioria dos indivíduos dispensa a maior parte do seu tempo”²⁴.

Embora um tanto quanto assustador, é possível concluir que diversas doenças poderiam caracterizar-se como de ocorrência epidêmica, eis que tomaram proporções alarmantes, como é o caso de empregados com LER/DORT, que decorrem da sobrecarga muscular por excesso de trabalho, inovações tecnológicas, bem como em virtude da necessidade de alcance de altas metas e produtividade, conforme bem pontua Celso Amorim Salim²⁵.

Como também bem explanado por Lidia Athanasio, as doenças profissionais não possuem relação somente com as atividades desenvolvidas pelo empregado no ambiente de trabalho, mas são reflexos de suas condições físicas individuais e de seus hábitos da vida cotidiana.

Ernesto Batista Junior e Marco Cesar Villatore brilhantemente expuseram que todos os estímulos do meio ambiente, quando em excesso, podem causar danos ao indivíduo. Aduzem que a dor física não leva tão somente ao desespero e à depressão, mas que o cansaço físico gera sintomas de ansiedade, estresse e

23 FERREIRA, Januário Justin (Coord.). *Saúde mental no trabalho: coletânea do Fórum de Saúde e Segurança no Trabalho do Estado de Goiás*. Goiânia: Cir Gráfica, 2013.

24 ATHANASIO, Lídia Clément Figueira Moutinho. Novas formas de organização do trabalho, efeitos sobre a saúde dos trabalhadores, estigmatização e discriminação. *Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 7, n. 64, p. 14-29, dez./jan. 2018, p. 20.

25 SALIM, Celso Amorim. *Doenças do trabalho: exclusão, segregação e relações de gênero*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v17n1/v17n1a02.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018. p. 22.

medo. Ademais, o tempo de trabalho em excesso proporciona igual sofrimento ao trabalhador. Desta forma, afirmam que “é verdadeira a assertiva de sentido duplo, que um trabalho que leve à fadiga psíquica também é capaz de produzir efeitos orgânicos ou no componente biológico”²⁶.

O médico do trabalho, Dr. Eduardo Jesuísno, esclarece que para diversas doenças ocupacionais, os sintomas aparecem tão somente após 10 ou 15 anos de trabalho²⁷. Ou seja, é possível verificar que, para a ocorrência de uma doença, não basta tão somente verificar a relação que a mesma possui com as atividades desenvolvidas no último labor, mas principalmente constatar a quanto tempo tal influência ocorre. Dificilmente um ou dois anos de labor irão desencadear uma doença profissional como a LER/DORT, doenças da coluna ou síndromes de esgotamento mental.

São inúmeros os casos trabalhistas que se referem à necessidade de afastamento profissional do trabalhador em virtude de síndromes associados ao esgotamento mental, provocadas pelo excesso de cobrança no trabalho, longas jornadas, condições precárias de trabalho, entre outros. Abaixo se mostra o caso em que novamente o TST – Tribunal Superior do Trabalho decidiu em favor da saúde do trabalhador.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. DOENÇA OCUPACIONAL. ‘SÍNDROME DE *BURNOUT*’ OU ‘SÍNDROME DE ESGOTAMENTO PROFISSIONAL’. GESTÃO POR ESTRESSE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. 2. DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. O pleito de indenização por dano moral, estético e material resultante de acidente do trabalho e/ou doença profissional ou ocupacional supõe a presença de três requisitos: a) ocorrência do fato deflagrador do dano ou do próprio dano, que se constata pelo fato da doença ou do acidente, os quais, por si sós, agridem o patrimônio moral e emocional da pessoa trabalhadora (nesse sentido, o dano moral, em tais casos, verifica-se pela própria circunstância da ocorrência do malefício físico ou psíquico); b) nexa causal ou concausal, que se evidencia pelo fato de o malefício ter ocorrido em face das condições laborativas; c) culpa empresarial, excetuadas as circunstâncias ensejadoras de responsabilidade objetiva. Embora não se possa presumir a culpa em diversos casos de dano moral – em que a culpa tem de ser provada pelo autor da ação –, tratando-se de doença ocupacional, profissional ou de acidente do trabalho, essa culpa é presumida, em virtude de o empregador ter o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o malefício. *Registre-se que tanto a higidez física como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Constituição da República, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, da CF/88).* É do empregador, evidentemente, a responsabilidade pelas indenizações

- 26 BATISTA Jr., Ernesto Emir Kugler; VILLATORE, Marco Antônio César. Aspectos psicossociais no meio ambiente de trabalho e prevenção da saúde mental do trabalhador. *Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 7, n. 64, p. 45-52, dez./jan. 2018. p. 46.
- 27 *10 principais problemas de saúde desenvolvidos no trabalho*. Disponível em: <http://www.protecao.com.br/noticias/doencas_occupacionais/10_principais_problemas_de_saude_desenvolvidos_no_trabalho/AAyAAJji/6057>. Acesso em: 20 mar. 2018.

DOUTRINA

por dano moral, material ou estético decorrentes de lesões vinculadas à infortunística do trabalho, sem prejuízo do pagamento pelo INSS do seguro social. No caso em tela, o acórdão recorrido consignou que *o perito do juízo constatou que os sintomas apresentados pelo autor são característicos da 'Síndrome de Burnout' ou 'Síndrome de Esgotamento Profissional', bem como registrou que, para o aparecimento de tal patologia, não concorrem outros fatores além de estressores de natureza laboral, estando citada síndrome catalogada entre as doenças mentais relacionadas ao trabalho, segundo o Decreto 3.048 de 06.05.99, do Ministério da Previdência Social.* Consta, ainda, do laudo pericial, que o reclamante foi afastado do trabalho, estando, até os dias atuais, em gozo de benefício previdenciário e que *fatores de ordem organizacional da reclamada contribuíram para o aparecimento da sua doença.* Ressaltou a Corte de origem que ficou demonstrada a efetiva ocorrência de tratamento humilhante ao Reclamante pela forma como eram feitas as cobranças excessivas da empregadora em relação às metas estipuladas. Destacou o Órgão a quo que a reclamada não comprovou, em nenhum momento da instrução processual, que sua cobrança por metas era adequada, escoreita e que buscava motivar seu empregado. Desse modo, diante do quadro fático relatado pelo Tribunal Regional, desponta o dever de indenizar o reclamante pela patologia adquirida. Outrossim, para que se pudesse chegar, se fosse o caso, à conclusão fática diversa, seria necessário o revolvimento do conteúdo fático-probatório, o que fica inviabilizado nesta instância recursal (Súmula nº 126/TST). Assim sendo, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” (TST, AIRR 1316-11.2012.5.03.0037, Terceira Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, publ. 03.10.2014) (grifo nosso)

Indo na contramão dos mais recentes estudos e legislações em países desenvolvidos, a reforma trabalhista trouxe consigo flexibilizações na legislação que podem ser vistas como extremamente prejudiciais à saúde do trabalhador. Exemplo disto na CLT são as possibilidades de estipulação de jornada 12x36 por meio de acordo individual escrito (conforme o art. 59-A), de fruição de férias em três períodos (conforme o art. 134, § 1º), a previsão de intervalo intrajornada de tão somente 30 minutos (nos termos do art. 611-A, inciso III), a possibilidade de prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades (disposto no art. 611-A, inciso XIII), entre outros.

Porém, a própria legislação trabalhista traz contradições, eis que expõe a ilicitude de se negociar mediante instrumentos coletivos temas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho (conforme o art. 611-B, inciso XVII).

É inegável que a jornada de trabalho reflete diretamente em questões relacionadas à saúde e segurança do trabalho, conforme já exposto. Desta forma, como poderia a legislação permitir a estipulação de jornadas e intervalos diversos se proíbe a disposição contrária às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho? Sem dúvidas, essa contradição precisará ser revista para que todos os avanços conquistados não sejam atropelados por uma reforma de legislação que sequer houve estudo mais aprofundado.

Também é de extrema importância registrar que “os acidentes e doenças do trabalho geram custos financeiros para as famílias, para as empresas e para o Estado”²⁸.

A Secretaria de Inspeção do Trabalho também classifica os custos com acidentes de trabalho e doenças profissionais em Diretos, Indiretos e Humanos. Os custos diretos seriam aqueles que se referem diretamente ao trabalhador acidentado ou doente, referente ao seu tratamento e reabilitação. O custo indireto seria aquele que a doença ou o acidente que acometeu o empregado afeta indiretamente, entre eles o seu empregador, que terá custos administrativos e de perda de produtividade, da família do empregado, as oportunidades futuras que o empregado perderá, custos previdenciários, entre outros. Por fim, o custo humano é aquele que influenciará diretamente na qualidade de vida do trabalhador e de sua família²⁹.

Analisando dados históricos do último século, não restam dúvidas do quanto as extensas jornadas de trabalho afetam a saúde dos trabalhadores, além de afetarem diretamente sua produtividade. Desta forma, diversos países industrializados foram reduzindo as horas laboradas progressivamente, inclusive por meio de intervenções legais, com vistas a garantir o bem-estar e saúde do empregado.

Conforme pesquisas realizadas, é possível verificar que em diversos países desenvolvidos, legalmente falando, a duração do trabalho não excede 40 horas semanais, como é o caso da França, que a jornada é de 35 a 39 horas semanais, e dos Estados Unidos, Canadá e Austrália, em que a duração da jornada é de no máximo horas semanais. Enquanto isso, em países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, México e Argentina, a duração do trabalho varia entre 44 e 48 horas semanais³⁰.

Ocorre que o trabalhador, na grande maioria dos casos, não trabalha tão somente em sua jornada semanal regular. São inúmeros os casos em que há necessidade de jornada extraordinária.

28 *Estratégia nacional para redução dos acidentes do trabalho 2015 – 2016*. Disponível em: <http://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/legislacao_2016_14120161355237055475.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

29 *Estratégia nacional para redução dos acidentes do trabalho 2015 – 2016*. Disponível em: <http://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/legislacao_2016_14120161355237055475.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

30 *Mapa mostra a jornada de trabalho em cada país do mundo*. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/capa/economia/mapa-mostra-a-jornada-de-trabalha-em-cada-pa%C3%ADs-do-mundo-1.1335402>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

DOCTRINA

Diante disso, verifica-se que, além da jornada normal de 44 horas semanais, o empregado brasileiro está exposto a jornadas extenuantes, eis que raramente trabalha tão somente tais horas previstas, por ser-lhe cobrada constantemente a extrapolação dos horários, mediante a realização de horas extras. Não são raros os casos de empregados que normalmente trabalham mais de 60 horas semanais. Tem-se, portanto, que a jornada extraordinária é, na prática, a jornada normal dos empregados brasileiros, sendo, desta forma, 50% superior à jornada apontada como padrão internacional e baseada nos limites de saúde e segurança do trabalho.

Em curto prazo, tanto empregado quanto empregador veem benefícios em tal labor exorbitante, eis que ambos são beneficiados monetariamente. Porém, os malefícios em longo prazo trazem diversos prejuízos, alguns, inclusive, impossíveis de recuperar, como é o caso de uma doença profissional ou acidente de trabalho que acarrete afastamento do empregado de suas atividades laborais.

Não obstante as condições de trabalho que se submetem os trabalhadores, não se pode deixar de mencionar o quanto as leis previdenciárias auxiliam para que um empregado chegue ao final de sua vida laborativa exausto, com sequelas acidentárias, mesmo que traumáticas, e com doença adquirida em virtude de sua profissão.

Isto porque a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social, prevê que é necessária para a aposentadoria um tempo de contribuição à Previdência Social de 35 anos para os homens e 30 anos para as mulheres. Ademais, prevê a modalidade de aposentadoria por idade, qual seja de 60 anos de idade se mulher e 65 anos se homem.

Analisando as leis previdenciárias de outros países, a exemplo da França, Portugal, Itália, Estados Unidos, entre outros, vê-se que a realidade não é distante, inclusive porque estes países têm discutido inclusive a reforma de suas leis, de forma a reajustar a aposentadoria ao aumento da expectativa de vida de seus trabalhadores.

O que não se pode deixar de lado é que o aumento da expectativa de vida tem sua principal causa no avanço da tecnologia, que permite diversos meios de tratamento para doenças que até pouco eram fatais.

Ademais, é de extrema importância ressaltar que nem sempre o crescimento da expectativa de vida da população caminha de forma paralela com o aumento da qualidade de vida, sendo esta última um fator primordial para definir a saúde dos trabalhadores.

A título exemplificativo utiliza-se o seguinte caso:

DOCTRINA

“Trabalhadora ‘Sra. Fulana’, 57 anos de idade, não fumante, não tabagista, não etilista, sedentária, IMC indicando sobrepeso. Laborou desde os seus 16 anos de idade em diversas atividades, entre elas diarista, em seus primeiros anos de trabalho, e posteriormente como auxiliar de serviços gerais, em diversas empresas. Além da jornada de 44 horas semanais, laborava constantemente em regime extraordinário, por pedido da empresa, e para que pudesse ter melhora em sua remuneração. Desta forma, sua jornada semanal era de aproximadamente 60 horas. Foi contratada em março de 2014 como auxiliar de serviços gerais, para realizar limpeza de escritórios, banheiros e pátios, na Empresa X. Em outubro de 2016, passou a apresentar dores em sua coluna lombar. Após a realização de diversos exames, constatou-se ser portadora de Alterações Degenerativas na Coluna Lombar. Permaneceu afastada recebendo benefício previdenciário por um período de 6 meses. Aproximadamente um ano após seu retorno, foi dispensada do trabalho. Inconformada, por encontrar-se incapacitada parcialmente para o trabalho, em virtude de sua doença, ingressa com reclamatória trabalhista, aduzindo ser portadora de doença ocupacional. Após a realização de exame médico pericial, constata o Sr. Perito que a reclamante é portadora de Alterações Degenerativas na Coluna Lombar e Hérnia de Disco, que a incapacitam parcialmente ao trabalho, visto que possui restrições na execução de suas atividades. Constata ainda que não há nexo causal entre as atividades exercidas pela reclamante e a doença que a mesma possui, porém constata a existência de concausalidade, eis que as atividades da reclamante demandavam carregamento de peso, posturas inadequadas, permanente mobilidade, entre outros. Foi, portanto, a Empresa X condenada no pagamento de indenização por danos morais e materiais, considerando o reconhecimento de doença ocupacional da reclamante.”

Através do caso hipotético descrito acima, verifica-se a realidade de diversos trabalhadores e reclamantes que, ao final de sua idade produtiva, apresentam diversos problemas de saúde, relacionados, em sua maioria, às atividades laborais que desempenhavam.

Constata-se, em visão geral, que os trabalhadores com idade próxima de 60 anos, já tiveram ao menos 30 anos de trabalho. Ademais, tratam-se, em sua maioria, de pessoas sedentárias, acima do peso normal, com problemas psicológicos associados, como estresse, depressão e ansiedade, que passaram por toda a sua idade produtiva laborando por mais de 60 horas semanais e que fatalmente apresentarão problemas de saúde, visto que diversos deles decorrem da faixa etária, como é o caso das alterações degenerativas na coluna lombar.

Associando todos os fatores acima descritos, vê-se que é impossível culpar tão somente o último empregador como responsável pela doença que acomete seu empregado, pois são diversas as causas que o levaram a tal doença, principalmente o labor em extensas jornadas, após muitos e longos anos de trabalho. Porém, essa é a realidade que se encontra atualmente. São diversos os julgados que refletem a realidade acima exposta, como o que segue abaixo.

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DOENÇA PROFISSIONAL. PATOLOGIAS DA COLUNA LOMBAR E CERVICAL. NEXO CONCAUSAL. DECISÃO REGIONAL EMBASADA NO LAUDO PERICIAL. De acordo com a teoria da causalidade adequada, as concausas preexistentes – patologia anterior, predisposição genética do obreiro ou caráter degenerativo da moléstia – não eliminam a relação de causalidade. Se as atividades laborais desenvolvidas pelo reclamante potencializaram ou agravaram a moléstia preexistente ou degenerativa, a doença deve ser considerada ocupacional, em razão da concausa com origem no trabalho. No caso, o Tribunal Regional, lastreado no laudo pericial carreado aos autos, foi enfático ao afirmar a *existência de nexu concausal, pois as patologias decorrentes das atividades de servente e de pedreiro exercidas pelo reclamante foram agravadas durante o contrato de trabalho firmado entre as litigantes*. A revisão dessa assertiva esbarra no óbice da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido.” (TST, RR 1131-57.2011.5.11.0013, Sétima Turma, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, publ. 13.11.2015) (grifo nosso)

Conforme muito bem explanou o autor Sr. Sebastião Geraldo de Oliveira, há necessidade de gradação das concausas para que seja possível a correta aplicação da responsabilidade civil de um empregador. O autor propõe que, após constada a concausa no surgimento ou agravamento de doença do empregado, seja considerado o “grau da contribuição dos fatores laborais (controlados pelo empregador) e o dos fatores extralaborais (não controlados pela empresa)”³¹. A classificação poderia se dar em três níveis, quais sejam Grau I (baixo ou leve), Grau II (médio ou moderado) e Grau III (intenso ou alto). Desta forma, quando se disser que a contribuição por fatores laborais é baixa, tem-se que a contribuição por fatores extralaborais é alta, e assim sucessivamente. Outra questão seria verificar se o labor teve apenas uma leve contribuição para o surgimento da doença ou se este teve causa integral no acometimento da patologia. Desta

31 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Gradação das concausas nas ações indenizatórias decorrentes das doenças ocupacionais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 14, p. 45, 2013.

forma, seria possível uma melhor precisão da responsabilidade do empregador para aquele evento em específico, arbitrando ainda uma indenização com base em maior razoabilidade e proporcionalidade.

Diante do exposto, em que pese a legislação previdenciária brasileira esteja em consonância com a legislação de diversos outros países desenvolvidos, tem-se que a legislação trabalhista encontra-se desatualizada, principalmente no que se refere à duração do trabalho. Ainda, combinando-a com a precariedade nas políticas de bem-estar do cidadão, e inclusive fatores externos, como a precariedade na segurança, a instabilidade política e econômica que vive o povo brasileiro, e os diversos escândalos de corrupção, que comprovam que as riquezas do país estão sustentando os pilares (pessoas) errados, é inevitável concluir que é urgente a adoção de medidas que visem, mesmo que em longo prazo, a saúde do trabalhador.

4 – Medidas cabíveis de forma a reduzir o número e gravidade de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais

Tem-se que até o momento apenas verificam-se meios para indenizar o empregado por meio da responsabilização dos “culpados” pelos acidentes e doenças que os acometem, meios de evitar gastos previdenciários, meios para que os empregadores não possuam prejuízos com tais questões, conforme bem expõe Edvânia Lourenço³².

Para Mauricio Godinho Delgado,

“A modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa.”³³

Para Gabriela Neves Delgado³⁴, é possível afirmar que o valor social do trabalho representa a projeção do princípio da proteção à dignidade do homem na condição de trabalhador, considerando ser através do trabalho que o homem pode atingir sua plenitude, realizar sua própria existência, socializar-se e exercer todas as suas potencialidades.

32 LOURENÇO, Edvânia Ângela de Souza. *Agravos à saúde dos trabalhadores no Brasil*: alguns nós críticos. Disponível em: <<http://revista.fct.unesp.br/index.php/pegada/article/view/927/940>>. Acesso em: 13 mar. 2018. p. 4.

33 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 832.

34 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 111.

DOCTRINA

Conforme muito bem pontua Antonio Nunes Barbosa Filho³⁵, um quebra-cabeças não se completa com peças iguais, necessitando de um envolvimento de todas as partes. E, neste caso, tem-se que não basta o envolvimento apenas de empregado e empregador, mas principalmente daqueles que detêm o poder de alterar as normas que sabidamente vêm prejudicando todas as partes da relação, e que se frise, não somente empregado e empregador.

Edvânia Lourenço defende que há diversos fatores que, em que pese não levem diretamente a um acidente de trabalho ou adoecimento do empregado, geram indiretamente danos à saúde do trabalhador. Entre estes fatores estão o ritmo intenso de trabalho, a perda de autonomia, as longas jornadas, baixos salários, alta cobrança para atingimento de metas, entre outros. Desta forma, enquanto tais situações não forem evitadas, não há como se falar em efetivas melhoras.

Não menos importante, o Estado deve atuar de forma a criar e implementar políticas públicas que efetivamente visem a promoção do Trabalho Decente.

Demonstrando a importância do tema Jornada de Trabalho, eis que se relaciona diretamente a outros temas, a exemplo acidentes de trabalho e doença ocupacional, elaborou a OIT, em 2009, um estudo contendo sugestões de políticas que “preservem a saúde e a segurança; sejam benéficos à família; favoreçam a igualdade de gênero; elevem a produtividade; e facilitem a escolha e influência dos trabalhadores no tocante a suas jornadas de trabalho”³⁶.

Verifica-se que a atenção mundial está voltada para tal tema, eis que a Agenda 2030 da ONU, que trata do desenvolvimento sustentável, em seu objetivo número 8, estabelece como um fator essencial o Trabalho Decente.

Novamente, Ernesto Batista Junior e Marco Cesar Villatore trazem ampla importância ao tema, concluindo que, para que seja possível colocar a saúde do trabalhador em primeiro lugar, diversas providências são necessárias, entre elas a função de as secretarias de saúde, através da epidemiologia, detectarem as novas formas de adoecimento, da vigilância sanitária em promover fiscalizações, de forma a garantir a eliminação, neutralização ou redução de tais riscos à saúde. Complementam ainda que “os desenvolvimentos científico e tecnológico e a inovação são instrumentos de aplicação na proteção do meio

35 BARBOSA FILHO, Antonio Nunes. *Segurança do trabalho na construção civil*. Atlas, 05/2015. p. 29.

36 *Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/work_hours/pub/duracao_trabalho_284.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

ambiente, neste incluído o do trabalho³⁷, sendo necessário que as leis existentes sejam efetivamente aplicadas, e quando inócuas, que sejam elaboradas de forma a atingir seu fim.

O descumprimento das normas trabalhistas, principalmente quando puderem acarretar no adoecimento ou falecimento do trabalhador, deve ser punido com o máximo rigor, qual seja mediante a imposição de multas administrativas pela Superintendência Regional do Trabalho, pela exigência de que sejam adotados novos meios de produção que possuam menor impacto na saúde do colaborador, interdição do estabelecimento (sem prejuízo do pagamento do salário aos empregados), bem como na punição extrema de inclusão do empregador no cadastro nacional de empregadores autuados por manter trabalho escravo, nos termos da Portaria Interministerial nº 2/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República³⁸.

Para os casos de trabalhadores informais, sem dúvidas, há necessidade de integração entre os Ministérios do Trabalho e da Saúde, de forma que os trabalhadores do âmbito da saúde sejam treinados a identificar os casos de trabalhadores informais que estejam sendo submetidos a jornadas extenuantes e sem observância das normas de saúde e segurança do trabalho, de forma que possam ter sua saúde acompanhada de forma mais próxima, eis que muito provavelmente não recebem tal atenção do empregador, e para que o Ministério do Trabalho possa acompanhar de forma a combater as situações que levem ao adoecimento do trabalhador, aos acidentes de trabalho e à falta de registro destas ocorrências.

Em âmbito internacional, as instituições adotaram como padrão aceitável a jornada de 40 horas semanais. Após a adoção de tal jornada por diversos países europeus e americanos, os mesmos constaram que os reflexos eram positivos não somente para o bem-estar dos trabalhadores, mas inclusive como estímulo para geração de empregos, aumento da produtividade, e um maior equilíbrio entre a relação trabalho e vida³⁹.

Ademais, não apenas a redução da jornada de trabalho semanal traz diversos benefícios. Deve-se levar em consideração a necessidade de majora-

37 BATISTA Jr., Ernesto Emir Kugler; VILLATORE, Marco Antônio César. Aspectos psicossociais no meio ambiente de trabalho e prevenção da saúde mental do trabalhador. *Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 7, n. 64, p. 45-52, dez./jan. 2018, p. 50.

38 CHEHAB, Gustavo Carvalho. Karoshi: a morte súbita pelo excesso de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 170, jul./set. 2013.

39 LEE, Sangheon; McCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. *Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada*. Secretaria Internacional de Trabalho. Brasília: OIT, 2009. p. 9.

ção dos períodos de descanso de forma diária e anual, eis que extremamente necessários para que o empregado possa desfrutar de seu descanso, seu lazer, sua família e seu bem-estar.

A conclusão da OIT é no sentido de que, avaliando a evolução da duração do trabalho no último século, em especial a partir do ano de 1920, percebe-se a convergência dos países no sentido da redução das jornadas de trabalho semanais, sendo que, em 2005, os dados confirmaram que o padrão internacional da jornada de trabalho atualmente é de 40 horas semanais⁴⁰, conforme inclusive a Recomendação para a Redução das Horas de Trabalho n° 116, de 1962.

Porém, conforme bem observado pelos autores Lee, McCann e Messenger, “a convergência dos padrões legais não resulta necessariamente que o piso internacional decorrente dessas medidas esteja sendo observado na prática”, até mesmo porque “a regulação do tempo de trabalho padece de falhas substanciais no que tange à influência e à “observância” da legislação, de tal sorte que a proporção de trabalhadores que se beneficiam das normas geralmente é pequena”⁴¹.

Tem-se que a Diretiva da União Europeia prevê como jornada máxima 48 horas semanais, incluso neste limite as horas extraordinárias⁴².

Outra solução muito bem-vinda foi apontada pelo autor José Silva, que entende que para qualquer jornada superior a 10 horas de trabalho deveria haver a obrigatoriedade de concessão de intervalo intrajornada de no mínimo duas horas, considerando que em jornadas superiores a 6 horas há necessidade de concessão de intervalo de no mínimo uma hora⁴³.

As empresas devem se preocupar em criar “Programas de Prevenção às Doenças Ocupacionais”. Tais programas consistem no estudo dos fatores que podem gerar doenças ocupacionais em seus ambientes de trabalho, como atividades que exigem excesso de esforço físico, setores que estão realizando horas extraordinárias em excesso, atividades que exigem movimentos repetitivos ou em posturas inadequadas, funcionários que se deparam com má postura ou excesso de cobrança de seus superiores, entre outros. Desta forma, seria possível estabelecer formas de prevenção realmente eficazes, como a adoção de pausas na jornada de trabalho, equipamentos que reduzam o esforço físico

40 *Ibid.*, p. 20.

41 *Ibid.*, p. 20.

42 *Ibid.*, p. 46.

43 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. Horas extras pela supressão dos intervalos e pausas: por um olhar sistêmico diante dos reflexos na saúde do trabalhador. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*, Recife, v. 24, n. 41, p. 199, 2015.

e movimentos repetitivos pelos empregados, mobiliário que permita labor em posturas adequadas, um bom canal de comunicação para que os trabalhadores possam relatar situações desagradáveis, definição de metas alcançáveis, etc.

Importante também seria que os órgãos de proteção incentivassem as empresas a instituírem os denominados “programas de qualidade de vida no trabalho”, consistentes na adoção de ginástica laboral e ergonomia, treinamentos e desenvolvimentos, desconexão do trabalho, acompanhamentos médicos e psicológicos, redução de metas, entre outros.

Em sede nacional devem ser observadas e efetivadas as normas já existentes, de forma a prevenir a ocorrência de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, com base na unificação e melhora na obtenção de dados e informações quanto à ocorrência de acidentes e doenças profissionais, na intensificação de fiscalizações, com vistas a confirmar a adoção de medidas preventivas e na elaboração de campanhas e estudos que possam elucidar a forma de prevenção de diversos acidente e doenças, com base na adoção de medidas cabíveis.

Ademais, vê-se que o Brasil é um país um tanto quanto deficitário no que se refere à adoção e promoção de políticas que visem o bem-estar de seus cidadãos, e consequentemente de seus trabalhadores. Percebe-se isto pela recente reforma trabalhista, que como já apontado em capítulo anterior, “flexibilizou” normas de saúde e segurança tão importantes ao trabalhador. Necessária é a conscientização urgente quanto aos impactos negativos desta mudança, principalmente aquelas relacionadas à jornada de trabalho, de forma que a sobrecarga a que os trabalhadores estão expostos não sejam ainda mais majoradas.

Não menos importante, porém muito mais complexo, seria de extrema importância o estudo da viabilidade de alteração da legislação nacional, no que se refere à redução da duração do trabalho, para que efetivamente possa se falar em mudança efetiva nos casos preocupantes que se referem às doenças ocupacionais e acidente de trabalho, eis que completamente relacionados à jornada extensa praticada pelos trabalhadores brasileiros, em conjunto com o grande tempo de contribuição previdenciário necessário à aposentadoria na saúde do trabalhador.

5 – Considerações finais

O objetivo deste trabalho foi analisar qual o impacto da jornada de trabalho dos empregados e do tempo mínimo de contribuição previdenciária na ocorrência de acidentes de trabalho ou desencadeamento de doenças profissionais.

DOCTRINA

Para tanto, através de diversas pesquisas, fez-se um levantamento dos acidentes de trabalho e doenças profissionais que mais acometem os trabalhadores, bem como foi mostrada a relação e o impacto que a extensa jornada de trabalho, bem como a necessidade de muitos anos de contribuição previdenciária para fins de aposentadoria possuem para a ocorrência de tais acidentes e surgimento de tais doenças.

Através dos dados exorbitantes de trabalhadores acometidos por acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais em sede mundial e nacional, foi possível concluir que as doenças motivadas por fatores de riscos ergonômicos e mentais superam as doenças causadas por fatores traumáticos, e que doenças como LER/DORT, doenças auditivas e de visão e doenças psicossociais são as que mais acometem os trabalhadores brasileiros. Muitas mortes associadas ao trabalho ocorreram por ataques cardíacos, acidentes vasculares cerebrais, trombose ou infarto cerebral, infarto agudo do miocárdio, insuficiência cardíaca e outras causas.

A dificuldade na obtenção de estatísticas precisas também é motivo de alerta. Tal dificuldade refere-se tanto à situação de informalidade que assola o país, eis que atualmente mais de 40% dos trabalhadores brasileiros trabalham informalmente, quanto às empresas que por motivos diversos deixam de notificar as autoridades quando da ocorrência de acidentes e doenças ocupacionais. Outra questão preocupante é a falta de preparo dos servidores da saúde pública, que em sua maioria não possuem preparo suficiente para relacionar atendimentos de acidentes e doenças com fatores laborais.

Considerando que os acidentes de trabalho decorrem de fatores multicausais, em primeiro momento foi difícil relacionar tais ocorrências com a jornada de trabalho e os muitos anos laborados pelos trabalhadores, porém em rápido aprofundamento, foi possível constatar a relação direta entre os acidentes de trabalho e doenças ocupacionais com o excesso de jornada, concluindo ser este a sua principal causa. O excesso de jornada, entendido não somente como as horas efetivamente laboradas por um trabalhador, mas também as pausas durante a jornada, o tempo que o empregado permanece à disposição do empregador e a exigência de metas e produtividade, reflete diretamente na saúde do trabalhador, eis que seu excesso pode levar à fadiga mental e física, ao estresse, ao esgotamento, a doenças físicas e mentais, entre outros, além das doenças já mencionadas acima e que dificilmente seriam ligadas ao trabalho.

Somado ao excesso de jornada, os muitos anos de trabalho necessários à aposentadoria trazem aos trabalhadores diversos danos à saúde.

DOCTRINA

Com a ocorrência de tais acidentes e doenças ocupacionais, não somente o trabalhador é prejudicado, mas a sociedade como um todo, por meio de custos diretos, indiretos e humanos, conforme explicado. Não menos importante, os dados pesquisados demonstraram que, em visão geral, os trabalhadores com idade próxima de 60 anos, já tiveram ao menos 30 anos de trabalho e que fatalmente apresentarão problemas de saúde ao final de sua idade produtiva.

Diante disso, conclui-se ser de extrema importância a adoção de medidas que efetivamente reduzam a ocorrência de acidentes de trabalho e doenças profissionais.

Em que pese a recente despreocupação do legislativo com tal tema, em virtude da reforma trabalhista que flexibilizou e precarizou as condições dos trabalhadores no que se refere à jornada de trabalho e aos descansos do empregado, temos que os Tribunais vêm combatendo tais abusos, mediante respeito à Constituição Federal, com a adoção de penas mais duras às empresas que descumprem a legislação, o que por óbvio influencia na redução das infrações, porém infelizmente não as extingue por completo.

Tem-se que a medida mais urgente seria a adoção de uma carga de jornada do trabalho inferior àquela prevista atualmente, a exemplo do que ocorre em diversos países desenvolvidos, com majoração dos períodos de descanso, tanto diários, quanto semanais e anuais.

Necessário ainda a observância e efetivação das normas já existentes, bem como a adoção e promoção de políticas que visem o bem-estar de seus cidadãos, e conseqüentemente de seus trabalhadores, tanto através do Poder Público quanto por parte das empresas públicas e privadas.

Não menos importante, urgente é a necessidade de melhor preparação dos agentes públicos, visando tanto aprimorar as medidas de vigilância quanto as medidas de identificação de acidentes e doenças relacionados ao trabalho. Com isto, e com uma correta integração entre os Ministérios da Saúde e do Trabalho, será possível que os casos identificados por meio dos agentes da saúde sejam imediatamente reportados aos auditores fiscais do trabalho, de forma que as situações irregulares sejam investigadas e autuadas, reduzindo, portanto, os casos de subnotificação de acidentes e doenças ocupacionais.

Outra medida primordial seria a adoção de intervalos intrajornada superiores para aquelas jornadas que superam 10 horas de trabalho diárias, como é o caso das jornadas 12x36, ou dos trabalhadores que constantemente são submetidos a jornadas extraordinárias.

DOCTRINA

Com a adoção de tais medidas, sem dúvidas o benefício seria comprovado por todas as partes envolvidas na relação de trabalho, além da sociedade como um todo.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Denise Lapolla de P. A. A Lei nº 10.803/2003 e a nova definição de trabalho escravo – diferenças entre trabalho escravo, forçado e degradante. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XV, n. 29, mar. 2005.

ATHANASIO, Lúcia Clément Figueira Moutinho. Novas formas de organização do trabalho, efeitos sobre a saúde dos trabalhadores, estigmatização e discriminação. *Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 7, n. 64, p. 14-29, dez./jan. 2018.

BARBOSA FILHO, Antonio Nunes. *Segurança do trabalho na construção civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

BATISTA Jr., Ernesto Emir Kugler; VILLATORE, Marco Antônio César. Aspectos psicossociais no meio ambiente de trabalho e prevenção da saúde mental do trabalhador. *Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 7, n. 64, p. 45-52, dez./jan. 2018.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada de trabalho e acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, vol. 75, n. 2, jun. 2009.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*.

CARNEIRO, Carla Maria Santos. *Relações sustentáveis de trabalho*. Goiânia, 2015.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. Karoshi: a morte súbita pelo excesso de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 153-180, jul./set. 2013.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

FERREIRA, Januário Justin (Coord.). *Saúde mental no trabalho: coletânea do fórum de saúde e segurança no trabalho do Estado de Goiás*. Goiânia: Cir Gráfica, 2013.

LEE, Sangheon; McCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. *Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada*. Secretaria Internacional de Trabalho. Brasília: OIT, 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Gradação das concausas nas ações indenizatórias decorrentes das doenças ocupacionais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 14, p. 34-53, 2013.

PENIDO, L. O. Saúde mental no trabalho: um direito humano fundamental no mundo contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 191, jul./set. 2011.

RODRIGUES, Lucinaldo. *O engajamento organizacional dos indivíduos na perspectiva da gestão estratégica do conhecimento*. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação de Engenharia da Produção na Universidade Federal de Santa Catarina, 1999.

DOCTRINA

Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81268/143328.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 out. 2017.

ROSSI, Paul J. O comportamento tipo “a” propenso a problemas coronarianos, stress no trabalho e doença cardíaca. In: ROSSI, Ana Maria; PERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Stewer L. (Org.). *Stress e qualidade de vida no trabalho: perspectivas atuais da saúde ocupacional*. São Paulo: Atlas, 2005.

ROSSI, Ana Maria. Estressores ocupacionais e diferenças de gênero. In: ROSSI, Ana Maria; PERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Stewer L. (Org.). *Stress e qualidade de vida no trabalho: perspectivas atuais da saúde ocupacional*. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. Horas extras pela supressão dos intervalos e pausas: por um olhar sistêmico diante dos reflexos na saúde do trabalhador. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*, Recife, v. 24, n. 41, p. 114-126, 2015.

WALDVOGEL, Bernadete Cunha. Quantos acidentes do trabalho ocorrem no Brasil? Proposta de integração de registros administrativos. In: MINAYO-GOMEZ, Carlos; MACHADO, Jorge Mesquita Huet; PENA, Paulo Gilvane Lopes. *Saúde do trabalhador na sociedade brasileira contemporânea*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011.

Internet

10 principais problemas de saúde desenvolvidos no trabalho. Disponível em: <http://www.protecao.com.br/noticias/doencas_ocupacionais/10_principais_problemas_de_saude_desenvolvidos_no_trabalho/AAyAAJji/6057>. Acesso em: 20 mar. 2018.

Agravos à saúde dos trabalhadores no Brasil: alguns nós críticos. Disponível em: <<http://revista.fct.unesp.br/index.php/pegada/article/view/927/940>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

Brasileiro é o 2º mais estressado do mundo. Disponível em: <<http://www.ismabrasil.com.br/img/estresse52.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

Desemprego cai para 11,6%, mas informalidade atinge nível recorde. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23465-desemprego-cai-para-11-6-mas-informalidade-atinge-nivel-recorde>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

Doenças profissionais são principais causas de mortes no trabalho. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/doencas-profissionais-sao-principais-causas-de-mortes-no-trabalho>>. Acesso em: 22 out. 2017.

Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/work_hours/pub/duracao_trabalho_284.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

Estratégia Nacional para Redução dos Acidentes do Trabalho 2015 – 2016. Disponível em: <http://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/legislacao_2016_14120161355237055475.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

Futuro do trabalho no Brasil: perspectivas e diálogos tripartites. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_626908/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 3 jan. 2019.

Informe especial por ocasião do dia mundial em homenagem às vítimas de acidente do trabalho. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/04/1-Boletim-Quadrimestral-de-Benef%C3%ADcios-por-Incapacidade1.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

DOCTRINA

Mapa mostra a jornada de trabalho em cada país do mundo. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/capa/economia/mapa-mostra-a-jornada-de-trabalha-em-cada-pa%C3%ADs-do-mundo-1.1335402>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

OIT pede ação mundial urgente para combater doenças relacionadas com o trabalho. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/oit-pede-acao-mundial-urgente-para-combater-doencas-relacionadas-com-o-trabalho>>. Acesso em 13 mar. 2018.

Principais causas de afastamento do trabalho entre homens e mulheres empregados da iniciativa privada. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/outrosAssuntos/bolquadi14.12.15.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

SALIM, Celso Amorim. *Doenças do trabalho: exclusão, segregação e relações de gênero.* Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v17n1/v17n1a02.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

Recebido em: 14/01/2019

Aprovado em: 18/02/2019

RECEITA SINDICAL: IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA

UNION REVENUE: IMPACTS OF LABOR REFORM

Alexandre Augusto Zaghini Crasto*

Ana Cleusa Delben**

Paulo Henrique de Campos Lopes Ferreira***

RESUMO: Este trabalho realiza um apanhado sobre a receita sindical, onde verifica que a contribuição sindical era compulsória, momento em que a reforma trabalhista, promovida pela Lei nº 13.467/2017, modificou, entre outras alterações, a contribuição sindical para facultativa. Nesse sentido, busca analisar esta transição realizada, mais especificamente os efeitos ocasionados na prática em face dos entes sindicais e dos profissionais vinculados a estes, objetivando ainda compreender os impactos da reforma trabalhista em relação ao recolhimento facultativo. Dessa maneira, estuda o regime de contribuição com suas modalidades de contribuição; elenca as alterações destas contribuições; e descreve os impactos propiciados por estas alterações. Para aprofundar-se na busca destes conhecimentos, foi usado o método juspositivista, baseando-se estritamente na lei e em doutrinas sobre o devido tema, que é nitidamente novo ao ordenamento jurídico. Em auxílio, usou-se o método hipotético-dedutivo, onde foram selecionadas algumas hipóteses daquilo que poderá ocorrer devido à alteração proposta pela reforma da Consolidação das Leis do Trabalho, visando compreender os impactos que tais alterações proporcionarão a todos aqueles submetidos à CLT, juntamente com o método comparativo de maneira a auxiliar o estudo, onde se buscou comparar a antiga e a nova receita sindical. Ainda, como técnica de pesquisa, usou-se a técnica documental, pesquisa bibliográfica e *ex post facto*, as quais possibilitaram uma pesquisa através de documentos e doutrinas, inclusive verificando hipóteses baseadas em fatos já ocorridos, como a contribuição em si. Os objetivos foram alcançados, visto que foram compreendidas as alterações e demonstrados os possíveis reflexos perante os entes sindicais e os profissionais sindicalizados.

* *Bacharel em Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR).*

** *Advogada; professora da FACNOPAR; mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá, (CESUMAR); especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Aberta do Brasil – Universidade Estadual do Centro-Oeste; especialista em Direito Empresarial com ênfase em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); especialista em Metodologias Inovadoras Aplicadas à Educação pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER); pós-graduada em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).*

*** *Mestrando em Educação (UDE – Universidad de La Empresa); pós-graduando em Neuroaprendizagem (FSB – Faculdade São Braz); especialista em Práticas Trabalhistas (FACNOPAR – Faculdade do Norte Novo de Apucarana); bacharel em Direito (FACNOPAR – Faculdade do Norte Novo de Apucarana); advogado; professor universitário (FACNOPAR – Faculdade do Norte Novo de Apucarana); ex-secretário da Comissão da Advocacia Pública (OAB/PR – Subseção de Apucarana – PR).*

DOCTRINA

PALAVRAS-CHAVE: Consolidação das Leis do Trabalho. Receita Sindical. Contribuição Compulsória para Facultativa. Lei nº 13.467/2017. Entes Sindicais.

ABSTRACT: This paper makes a survey on the Union Revenue, where it verifies that the union contribution was compulsory, at which point the labor reform, promoted by Law no. 13,467/1207, modified, among other changes, the union contribution to a voluntary one. In this sense, it seeks to analyze this transition, more specifically the effects occasioned in practice by trade unions and professionals linked to them, with the objective of understanding the impacts of the labor reform in relation to the voluntary collection. In this way, it studies the contribution regime with its contribution modalities; changes in these contributions; and describes the impacts of these changes. To deepen the search for this knowledge, the juspositivist method had been used, based strictly on the law and doctrines on the due subject that is clearly new to the legal order. The hypothetical-deductive method was used to help in which some hypotheses were selected on the subject of what may occur due to the amendment proposed by the Consolidation of Labor Laws, in order to understand the impacts that such changes will give to all those submitted to the CLT, along with the Comparative method in order to aid the study, where we tried to compare the old and the new Union Revenue. Also, as a research technique, the documentary technique, bibliographic research and ex post facto were used in which they enabled a research through documents and doctrines, including verifying hypotheses based on facts already occurred, such as the contribution itself. The objectives were achieved, since the changes had been understood and demonstrated possible reflections before the unions and unionized professionals.

KEYWORDS: Consolidation of Labor Laws. Union Revenue. Compulsory Contribution to Optional. Law no. 13,467/2017. Trade Unions.

1 – Introdução

A Constituição vigente procurou beneficiar e apadrinhar a proteção dos trabalhadores brasileiros por meio da representação sindical, vindo a atribuir aos sindicatos papel significativo em relação ao avanço dos direitos trabalhistas. Por muito tempo foi considerada como essencial a presença de entidades representativas até para que houvesse segurança jurídica em face dos profissionais representados.

O Instituto da Contribuição Sindical foi criado juntamente com a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1º de maio de 1943, no governo de Getúlio Vargas, com o intuito de gerar o fortalecimento dos sindicatos do Brasil, sendo um ato que, desde a sua criação, encontra-se concretizado, não apresentando margem de dúvidas quanto à sua estrutura ou seus efeitos perante o ente sindical e o profissional, segundo a Constituição Federal e a atual Consolidação das Leis do Trabalho.

Todavia, após anos de sua vigência, a sociedade brasileira vem discutindo sobre a obrigatoriedade do pagamento deste tributo aos entes sindicais, no qual, além do recolhimento ser obrigatório, é reclamado anualmente, objetivando, sobretudo, os custeios das atividades sindicais em geral.

DOCTRINA

Via de regra, sua principal função é a cobrança de determinada quantia pelas entidades sindicais, com intuito de ter estes valores revertidos em benefícios aos contribuintes da entidade de sua categoria profissional.

De acordo com a CLT de 1943, a contribuição era devida por todos aqueles que eram partícipes de determinada categoria profissional ou econômica. Sendo assim, ao exercer atividade profissional, o indivíduo contribuinte estava fadado a fazer o recolhimento da contribuição ao respectivo sindicato, sob pena de sofrer a suspensão da execução de suas atividades até que realizasse a quitação.

Com o passar dos anos, a sociedade tem repensado estes conceitos preestabelecidos perante a contribuição obrigatória, especialmente diante da premissa de que ninguém deveria ter seus interesses obrigatoriamente protegidos por um ente sindical, havendo a necessidade da tributação compulsória deste serviço em seus proventos.

A Lei nº 13.467, de julho de 2017, chamada de Reforma Trabalhista, efetuou alteração no molde contributivo sindical da CLT de 1943, que põe em prática a contribuição sindical facultativa, na qual retira a compulsoriedade tributária na remuneração do profissional em face dos entes sindicais.

Tendo em vista esta grande alteração introduzida no ordenamento jurídico, tem-se a problemática deste trabalho na qual se dá em realizar uma análise da anterior modalidade de receita sindical e da atual modalidade que está vigente, sobretudo, verificando os impactos que esta alteração poderá ocasionar na prática aos entes sindicais e aos profissionais contribuintes em todo o território, mais precisamente no âmbito econômico, tanto para os entes quanto para os profissionais.

Tais verificações se fazem necessárias, haja vista o tema apresentar grande abrangência no território nacional, pois este engloba todos os entes sindicais e grande parte, se não a maioria, dos profissionais brasileiros. No mais, cabe à população ser informada sobre esta grandiosa alteração, pois o que antes era compulsório, passa a ser facultativo, o que resulta em severas perdas aos sindicatos pela falta de contribuição daqueles que optarem por não realizar o pagamento do imposto.

Ainda, observando-se que se trata de Lei nova, é cabível seu estudo para compreender os novos moldes adotados sobre o assunto legislado, mais precisamente por ser um tema novo de grande repercussão e abrangência, que poderá acarretar em inúmeras demandas judiciais a fim de sanar e jurisprudenciar questões relativas às receitas sindicais, especificamente sobre esta questão da facultatividade.

Diante do exposto, no primeiro capítulo apresenta-se todo o contexto histórico da receita sindical, dos seus primeiros resquícios de seu surgimento até os moldes da receita sindical existente até antes de ter sido alterada pela Lei nº 13.467, de julho de 2017.

O segundo capítulo tem como finalidade tratar especificamente sobre cada modalidade de contribuição sindical que existia no ordenamento jurídico.

O terceiro capítulo tem como objetivo explicar sobre a alteração promovida pela reforma trabalhista, trazendo à tona a nova contribuição sindical. Ainda, tratará sobre os efeitos que a alteração poderá ocasionar face aos sindicatos e seus envolvidos e, ainda, realizar uma análise sobre os reflexos que esta alteração poderá acarretar na prática a todos estes, especialmente no âmbito econômico.

Para que este artigo possa cumprir com seus objetivos, será utilizado como referencial teórico o juspositivismo, visando demonstrar estritamente os acontecimentos proporcionados pela alteração da Consolidação das Leis do Trabalho.

Como método de pesquisa será usado o método hipotético-dedutivo, no qual serão selecionadas algumas hipóteses sobre o tema daquilo que poderá ocorrer devido à alteração proposta pela reforma da CLT, visando compreender os impactos que tais alterações proporcionarão a todos aqueles submetidos à lei, isto é, aos entes sindicais e trabalhadores.

Por fim, as técnicas de pesquisa serão empregadas para melhor estudo sobre todos os documentos aqui expostos, como livros, doutrinas, entendimentos de renomados autores e até mesmo matérias expostas pela mídia, haja vista ser um tema nupérrimo, o que apresenta carência de conteúdo, fazendo-se necessária uma busca sobre o conteúdo em todo e qualquer local em que trate sobre este tema.

2 – Organização sindical

Com o intuito de se adquirir conhecimento sobre algo, é de suma importância analisar e abordar determinado tema de maneira mais aprofundada. Assim, faz-se necessária uma busca por todos os elementos que o constituem. A compreensão se dá, entre outros métodos, investigando da antiguidade aos tempos modernos, onde se permitirão comparações futuras. Referindo-se à sindicalização atual, é imprescindível ser analisado o pretérito do sindicalismo,

sua fundação, algumas características importantes que fizeram parte do que a receita sindical é atualmente.

Para melhor elucidar tais questões, é imprescindível retornar alguns anos na história da sociedade, visando entender o início do que hoje é chamado de sindicalização, que tem como compromisso a proteção da coletividade trabalhista.

2.1 – Apanhado histórico – sindicalismo

Nos primórdios, o homem já sentia a necessidade de prover sua subsistência, seja através da caça ou de qualquer outra maneira que o mantivesse vivo e, conforme a progressão da subsistência durante anos a fio, por volta da Idade Média, próximo à Idade Moderna, haviam sido constituídas corporações de ofício, devido à necessidade que os trabalhadores tinham de se aglomerar para exercer labores e, também, se proteger contra o poder existente na época.

Havia urgência por defesa contra os abusos cometidos por senhores de terra, monarquias ou qualquer que fosse a forma de chefia da época, tendo em vista a inexistente representatividade dos trabalhadores da época, tampouco havia qualquer resguardo. Nesse sentido, de grande valia os ensinamentos de Luciano Martinez:

“(…) a coalizão dos trabalhadores na Antiguidade; a fuga dos servos das áreas dominadas pelos senhores da terra; a união dos trabalhadores egressos dos campos em corporações de ofício; e, ainda, a reação desses trabalhadores contra os mestres das corporações. Em todas essas situações históricas, a união, produzida pela necessidade de defesa contra as adversidades comuns, revelou-se como elemento de destaque para a superação dos infortúnios. A solidariedade, em todas essas situações, foi (e sempre será) o remédio social para o enfrentamento da opressão.”¹

Diante de todos os acontecimentos, os trabalhadores passaram a distanciar-se das cidades em busca de subsistência mais favorável, passando a produzir em seus lares ou exercendo labores rurícolas.

Por volta do século XVIII, na Inglaterra, houve a migração dos artesãos domésticos às fábricas. Tal migração intensificou a urbanização. Contudo, os trabalhadores eram intensamente explorados de maneira desumana em todos

1 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 813.

os aspectos. Tal época foi marcada pelas terríveis condições de vida e trabalho, às quais estavam submetidas boa parte da população que necessitava labutar. Explana Martinez sobre a condição outrora vivida:

“Os operários tinham chegado, por conta disso, ao limite extremo de sua condição humana, limite este que lhes permitiu entender que a morte lhes chegaria com ou sem insurreição. O despertar dessa consciência de classe fez com que os operários, juntos e mutuamente apoiados, exigissem melhores condições de trabalho. Ocorre, porém, que, além da oposição patronal – sempre existente entre os detentores do capital –, mais tarde identificada como ‘sindicalismo de oposição’, a revolução do proletariado encontrou obstáculo na disponibilidade dos desocupados.”²

Neste momento, ficou nítida a divisão entre proletariado e burguesia, onde divergem os interesses existentes entre as partes. Devido a demasiados problemas enfrentados pelos trabalhadores, houve a necessidade de praticar coalizões, buscando representantes para seus interesses.

Novamente, Martinez relata métodos utilizados pelos trabalhadores na época:

“(…) a massa operária iniciou o movimento de irrupção mediante coalizões, muitas vezes reprimidas pela própria ordenação oficial. Essas coalizões conseguiram força através de um procedimento de organização que incluía a eleição de representantes capazes de adotar ações táticas de pressão e de assistir aos indivíduos representados. Surgia, então, a expressão sindicato para designar o grupo intermediário de pressão que passou por algumas fases, da proibição à tolerância e desta à afirmação.”³

Assim, diante das circunstâncias da Revolução Industrial, fica evidenciado e posto em prática o associativismo, onde o “desequilíbrio social gerado pela relação entre capital e trabalho e a formação da classe proletária incentivou a ideia de união pela procura de melhores condições de trabalho e defesa de direitos comuns”⁴.

Tais organizações na época, antes de ser conhecidas como são hoje, e por sua força debilitada visto a força que os sindicatos têm em tempos atuais,

2 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 816.

3 MARTINEZ, *loc. cit.*

4 CHOIFI, Thiago; CHOIFI, Marcelo Chaim. *Relações sindicais e negociações trabalhistas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 6.

ficaram conhecidas como *trade unions*⁵, que seriam as progressas agremiações com caráter sindical⁶.

Em linhas gerais, é possível verificar, juntamente com Luciano Martinez, que na Idade Média há o surgimento das corporações de ofício; de 1791 a 1817 ocorre a fase onde se proíbem os atos sindicais, dando a entender ser crime tal feito; de 1824 a 1826 há o momento de tolerância ao direito de associação; de 1869 a 1919 sobrevém o reconhecimento do direito à livre associação sindical⁷.

Destarte, é nítido que o conflito existente entre burguesia e proletariado, os sofrimentos e abusos que os trabalhadores sofreram ao longo dos anos, serviram para constituir o sindicalismo que há hoje no ordenamento jurídico.

2.2 – Da organização estrutural sindical do Brasil antes da reforma

Conforme caminhava a luta por direitos dos trabalhadores na Europa, o sindicalismo expandiu-se por todo hemisfério.

No território brasileiro, antes mesmo de serem citadas datas relevantes e assuntos pertinentes à época, cabe salientar que em 1888, pela Princesa Isabel, houve a assinatura da Lei Áurea, e por meio da Constituição de 1891, houve a liberdade de associação, disposto no art. 72, § 8º, porém, com caráter superficial se comparado ao sindicalismo atual⁸.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, o sindicalismo teve início no Brasil através do Decreto nº 979, de 1903 o qual tratava sobre sindicalismo rural, subsequentemente do Decreto nº 1.637, de 1907, o qual regia sobre o sindicato urbano⁹. Já Luciano Martinez explana que os primeiros passos dados sobre o sindicalismo no Brasil se deram em 1824 com a cessação das corporações de ofício, com o início da liberdade do trabalho e com a formação da Constituição de 1824¹⁰.

5 As *Trade Unions*, *Labor Union* ou *Union*, segundo Luciano Martinez, eram assim conhecidas devido ao seu “propósito do associativismo mediante a ideia de união, de soma de esforços”. MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 855.

6 CHOHFI, Thiago; CHOHFI, Marcelo Chaim. *Relações sindicais e negociações trabalhistas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 6.

7 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 817.

8 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

9 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103.

10 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 817.

Após a 2ª Guerra Mundial foi que o sindicalismo passou a ser mais valorizado, onde a ideia de liberdade sindical ficou mais nítida, afastando cada vez mais o corporativismo. Na mesma época, com o aparecimento da OIT em 1919, foi incentivada no Brasil a criação de leis trabalhistas, onde intensificou-se no governo de Getúlio Vargas. Sergio Pinto Martins descreve:

“Haviam leis ordinárias que tratavam de trabalho de menores (1891), da organização de sindicatos rurais (1903) e urbanos (1907), de férias, etc. O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio foi criado em 1930, passando a expedir decretos, a partir dessa época, sobre profissões, trabalho das mulheres (1932), salário-mínimo (1936), Justiça do Trabalho (1939), etc. Getúlio Vargas editou a legislação trabalhista, em tese, para organizar o mercado de trabalho em decorrência da expansão da indústria. Realmente, seu objetivo era controlar os movimentos trabalhistas do momento.”¹¹

Foi em 1934, com a nova Constituição, que foi versado diretamente sobre Direito do Trabalho, onde nela previa-se a “Garantia a liberdade sindical (art. 120), isonomia salarial, salário-mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal, férias anuais remuneradas (§ 1º, a, do art. 121)”¹².

Em 1943 foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho objetivando reagrupar todas as leis espalhadas pelo ordenamento atualmente vigente. Neste momento histórico, houve diversas leis, decretos, e novas Constituições onde cada vez mais mantinham e agregavam novas normas que favoreciam os trabalhadores, respeitando cada vez mais seus direitos, conforme cita Martins sobre a participação dos trabalhadores em lucros, repouso semanal remunerado, estabilidade, direito de greve, entre outras leis criadas para concretizar direitos que antes não foram citados¹³.

Surge então, em 5 de julho de 1988, a atual Constituição, que prevê nos arts. 7º ao 11 certos direitos trabalhistas. Nela estão previstas normas sindicais, onde o trabalhador tem liberdade de associar-se, desde que para fins lícitos e sem natureza paramilitar¹⁴.

11 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

12 MARTINS, *loc. cit.*

13 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

14 OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. *Contribuições sindicais: modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 2010. p. 25.

Desta maneira, fica demonstrado, ao longo da breve história relatada, o papel dos trabalhadores para se adquirir direitos sindicais ao longo dos anos. Antes, um poder tirano que a eles eram descarregados; hoje, direitos que jamais aspiraram conquistar.

2.3 – Distinção entre contribuição sindical e contribuição assistencial

Há presente no ordenamento jurídico alguns tipos de contribuições, sendo elas, a contribuição sindical, foco desta produção, contribuição confederativa, contribuição associativa e contribuição assistencial. Estas, por sua vez, apresentam significações e se destinam a fins divergentes. Para abordar sobre o tema, necessita-se compreendê-los.

Observa-se que o conceito infra citado dos autores pode apresentar parcial ou total desatualização com a CLT reformada, entretanto, até o atual momento desta empreitada, não carece das significações atualmente válidas, visto que estas serão foco do estudo em questão.

Sendo assim, Flávia Moreira Guimarães Pessoa compreende sobre contribuição sindical:

“A contribuição sindical é disciplinada no art. 578 e seguintes da CLT. Trata-se de parcela devida por todos que participarem de determinada categoria profissional ou econômica, ou ainda de uma profissão liberal, em favor do sindicato, ou, em caso de inexistência deste último, da federação representativa da categoria ou profissão.”¹⁵

A autora brinda com seu sucinto conceito o entendimento de que a contribuição sindical nada mais é do que uma parcela compulsória por todos aqueles que de alguma maneira façam parte de alguma categoria profissional, sendo ela representada sindicalmente.

Explica também Sérgio Pinto Martins sobre o tema:

“A contribuição sindical também se insere na definição de tributo contida no art. 3º do CTN. É uma prestação pecuniária, exigida em moeda. É compulsória, pois independe da vontade da pessoa em contribuir. O art. 545 da CLT mostra que o desconto da contribuição sindical pelo empregador independe da vontade do empregado. Não se constitui em

15 PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Contribuições sindical, confederativa, associativa e assistencial: natureza e regime jurídicos*. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=9&tmp_secao=20&tmp_topico=direitotributario>. Acesso em: 5 mar. 2018.

DOCTRINA

sanção de ato ilícito. É instituída em lei (arts. 578 a 610 da CLT) e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, que é o lançamento, feito pelo fiscal do trabalho (art. 606 e seu § 1º, *a*, da CLT). Logo, sua natureza é tributária.”¹⁶

Verifica-se que a contribuição sindical tem natureza tributária e compulsória, percebida a todo e qualquer trabalhador de uma determinada categoria profissional ou econômica.

Contudo, reportando-se à contribuição assistencial, relata ainda Flávia Moreira sobre o referido:

“Também denominada taxa assistencial, taxa de reversão, contribuição ou quota de solidariedade ou desconto assistencial, a contribuição sob análise é uma prestação pecuniária voluntária feita pelo membro da categoria profissional ou econômica ao sindicato, com o objetivo de custear a participação da entidade nas negociações coletivas ou propiciar a prestação de assistência jurídica, médica, dentária, entre outras.”¹⁷

Exerce a autora, pois, cooperação em interpretar que a contribuição assistencial nada mais é que um pagamento voluntário e filantrópico exercido pelo associado em prol do ente que o representa.

No mesmo instante, aduz Sergio Pinto Martins:

“Consiste a contribuição assistencial num pagamento feito pela pessoa pertencente à categoria profissional ou econômica ao sindicato da respectiva categoria, em virtude de este ter participado das negociações coletivas, de ter incorrido em custos para esse fim, ou para pagar determinadas despesas assistenciais realizadas pela agremiação.”¹⁸

Segundo os autores, a contribuição assistencial é uma espécie de auxílio ao ente sindical realizado periodicamente com intuito de sanar despesas ou bonificá-los por determinados atos cometidos pelos entes que são associados.

Como dito supra, por ora, não se faz necessária a definição atualizada dos tópicos, mas compreender de pronto a distinção entre os termos, para que não haja qualquer confusão futura, visto que o tema a ser abordado neste artigo, e futuramente de maneira atualizada, é unicamente a contribuição sindical.

16 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 781.

17 PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Contribuições sindical, confederativa, associativa e assistencial: natureza e regime jurídicos*. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=9&tmp_secao=20&tmp_topico=direitotributario>. Acesso em: 5 mar. 2018.

18 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 794.

3 – Receitas sindicais

Para que seja compreendida a atual receita sindical elaborada pela Reforma da Consolidação das Leis do Trabalho, entende-se por compensatório e necessário assimilar como era a receita sindical da Consolidação de 1943, visto que a norma atualmente vigente tem como base construtiva a antiga receita sindical, pois esta foi molde para o que se tem hoje como entendimento sobre a receita dos sindicatos. Para isto, estudar-se-á a receita, mais a fundo, suas modalidades de contribuições baseada na antiga CLT.

3.1 – Da receita sindical anteriormente vigente

Como compreendido, os sindicatos, via de regra, têm papel fundamental na proteção de direitos, onde estes lutam pelas classes a que se destinam. Para tanto, para efetivo desempenho de suas atribuições e para máxima eficiência, suas funções apresentam a necessidade de ser custeadas.

Dispõe o art. 548 da CLT:

“Art. 548. Constituem o patrimônio das associações sindicais:

- a) as contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades, sob a denominação de imposto sindical, pagas e arrecadadas na forma do Capítulo III deste Título;
- b) as contribuições dos associados, na forma estabelecida nos estatutos ou pelas Assembleias Gerais;
- c) os bens e valores adquiridos e as rendas produzidas pelos mesmos;
- d) as doações e legados;
- e) as multas e outras rendas eventuais.”¹⁹

Conforme preconiza o dispositivo, as receitas sindicais têm inúmeras opções como fontes de renda para manterem-se consistentes e focadas em seus objetivos, entretanto, principalmente, têm-se as contribuições, como elencado na alínea *a* do artigo supracitado. Tais contribuições podem ser ramificadas em quatro modalidades, sendo elas: contribuição sindical, confederativa, assisten-

19 BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 9 ago. 1943.

cial e associativa. Estas modalidades de contribuições que foram citadas serão utilizadas como foco neste capítulo.

3.1.1 – Contribuição sindical

Conforme se verifica no padrão anterior, a contribuição sindical era a modalidade de contribuição obrigatória imposta ao trabalhador em todo território nacional a que se está vinculado ao ordenamento.

Todo aquele que se vincula a uma categoria econômica, profissional ou até mesmo a uma profissão liberal, são a estes compulsoriamente cobrados um valor de acordo com a remuneração de um dia de trabalho, corriqueiramente cobrados no mês de março de cada ano, segundo o *site* Guia Trabalhista²⁰. Ainda, explana Martinez, que o recolhimento se dá anualmente apenas e de uma só vez²¹.

Conceitua ainda, sobre a contribuição sindical, Luciano Martinez:

“A contribuição sindical é um suporte financeiro compulsório, de caráter parafiscal, previsto na parte final do art. 8º, IV, do texto constitucional e nos arts. 578 a 610 da CLT, e imposto a todos os trabalhadores e empregadores pelo simples fato de integrarem a categoria profissional ou econômica. (...) a contribuição sindical é exigida de associados e de não associados.”²²

Do ponto de vista do autor, também conforme já dito acima, a contribuição era uma cobrança obrigatória, independente da vontade do contribuinte, de imposição tributária paralela ao sistema fiscal, na qual é imposto a todo trabalhador que tenha vínculo a alguma categoria profissional ou econômica, independentemente de sua associação.

Ainda, explanam Thiago Chohfi e Marcelo Chohfi sobre a contribuição:

“A contribuição sindical, também chamada de ‘imposto sindical’ (art. 578 da CLT), é inicialmente prevista nos arts. 8º, inciso IV, e 149 da Constituição Federal, que estabelecem a obrigatoriedade do custeio do sistema e a possibilidade de a União instituir contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas. (...) O que gera a necessidade de recolhimento da contribuição às entidades sindicais é o simples fato

20 GUIA TRABALHISTA. *Contribuição sindical dos empregados*. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/contr_sindical_empregados.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.

21 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 875.

22 MARTINEZ, *loc. cit.*

de se fazer parte de determinada categoria econômica ou profissional representada, independentemente da data em que o trabalhador ou empresa iniciou em determinada atividade.”²³

Os autores apresentam argumentos que servem para fixar o entendimento apresentado pelo autor anterior em que a contribuição sindical é um pagamento obrigatório realizado pelo contribuinte, possibilitado pelo Estado em face dos entes sindicais pelo simples fato do indivíduo estar vinculado a alguma categoria econômica ou profissional.

3.1.2 – Contribuição confederativa

Em continuidade, a contribuição confederativa é aquela voltada ao financiamento da “cúpula do sistema”, por assim dizer. Tem como escopo contribuir não somente para a categoria que o sindicaliza, mas para todo o sistema confederativo daquela categoria respectiva.

Diante do que se expõe, agrega-se ao presente estudo o entendimento de Jorge Neto e Cavalcante:

“(…) a contribuição confederativa, fonte de receita criada com a CF/88, art. 8º, IV, e que tem como finalidade custear o sistema confederativo (sindicato, federação e confederação), sendo fixada em assembleia da categoria.

Considerando o princípio da liberdade sindical, o STF tem considerado que a contribuição confederativa não é obrigatória para os não filiados à entidade sindical. Assim, a contribuição confederativa (art. 8º, IV, da CF) só é exigível de filiados ao sindicato respectivo (Súmula nº 666 do STF).²⁴

Conforme demonstrado, a contribuição confederativa tem por finalidade custear valores que vão além do sindicato: custeia-se toda a cúpula sindical da categoria filiada, sendo assim, tal contribuição tem como objeto principal os custeios envolvidos unicamente à confederação e federação do respectivo ente sindical.

No mesmo sentido, acrescentam Thiago Chohfi e Marcelo Chohfi:

23 CHOEFI, Thiago; CHOEFI, Marcelo Chaim. *Relações sindicais e negociações trabalhistas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 66.

24 JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1.338.

“A imposição de Contribuição Confederativa a ser paga pelos representados, conforme o art. 8º, IV, da Constituição Federal de 1988, é uma faculdade dos sindicatos e deve ser fixada através de assembleia da categoria, convocada para este fim específico.

A finalidade desta espécie de contribuição é o custeio do sistema confederativo, sendo o seu procedimento de instituição mais democrático, já que é votada em assembleia, pelos próprios integrantes da categoria.”²⁵

Os autores, frisando o entendimento dos outros autores já citados, entendem que, através de assembleia geral previamente constituída, os sindicatos promovem a cobrança de tal contribuição para o custeio de toda a organização da categoria, além do próprio ente, observando ainda que tal contribuição, neste caso, é facultativa, dependendo exclusivamente de votação dos contribuintes da categoria, e somente sendo exigível aos filiados do respectivo sindicato, conforme preconiza o art. 8º, IV, da CF juntamente com a Súmula nº 666 do STF.

3.1.3 – Contribuição assistencial

Nesta modalidade de contribuição, também através de convenção ou de acordo coletivo, o contribuinte sindicalizado efetua pagamentos em folha de pagamento, em uma ou mais parcelas, no decorrer do ano em que labuta.

Recebendo outras denominações como “contribuição de fortalecimento sindical” ou “taxa de reforço sindical”, Martinez indaga que “seria algo parecido com a taxa extra, por conta da assunção de despesas extraordinárias e da necessidade de recomposição do caixa”²⁶, o que traz a ideia de um acréscimo, um auxílio, pelas despesas inesperadas e inusitadas advindas do ente sindical.

Dessa maneira, novamente soma-se o entendimento de Thiago Chohfi e Marcelo Chohfi sobre determinada modalidade de contribuição:

“(…) Contribuição Assistencial (art. 513, alínea *e*, da CLT) é fixada normalmente em acordos ou convenções coletivas de trabalho, podendo também ser instituída em dissídios coletivos (julgamentos das questões que não se resolveram por negociação).

Seu objetivo é fazer frente às despesas negociais, incentivando e viabilizando a melhor combatividade das entidades de classe na defesa

25 CHOEFI, Thiago; CHOEFI, Marcelo Chaim. *Relações sindicais e negociações trabalhistas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 68.

26 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 874.

dos interesses de seus representados. Por tal razão, via de regra, vem esculpida nas próprias normas coletivas.”²⁷

Previamente estabelecido em acordo, convenções ou até mesmo por dissídios, indaga os autores que tem como escopo tutelar as despesas negociais dos entes apoiando-os em face da defesa dos sindicalizados.

Para frisar este pensamento, Jorge, Ferreira, Cavalcante e Pessoa frisam:

“A contribuição assistencial, também conhecida como taxa assistencial, taxa de reversão, contribuição de solidariedade ou desconto assistencial, visa cobrir os gastos do sindicato realizados por conta da participação em negociação coletiva (art. 513, e, da CLT), sendo definida em norma coletiva de trabalho.”²⁸

Conforme exposto, demonstra com os argumentos que tal contribuição apresenta caráter de colaboração por parte dos contribuintes visando subsidiar gastos advindos das participações em negociações coletivas pelo ente que os sindicalizam.

3.1.4 – Mensalidade sindical

Por fim, a mensalidade sindical é a modalidade de contribuição em que se pagam parcelas mensais pelos contribuintes ao seu ente sindical, nos quais são associados. Tal modalidade ocorre de maneira espontânea por seus colaboradores.

Nesta perspectiva, Martinez assevera que a mensalidade, também chamada de contribuição associativa, seria como “as mensalidades de clube ou academia existentes dentro de um condomínio residencial”²⁹ na tentativa de compará-la a um modelo associativo, corporativo.

No mesmo diapasão, acrescentam Jorge Neto e Cavalcante sobre a modalidade:

“(…) a contribuição dos associados, conhecida como contribuição voluntária, que é devida pelos trabalhadores que tomaram a decisão de se filiar a um sindicato a fim de participarem de suas atividades e desfrutar

27 CHOEFI, Thiago; CHOEFI, Marcelo Chaim. *Relações sindicais e negociações trabalhistas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 68.

28 JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1.338.

29 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 875.

dos serviços por ele proporcionados (art. 548, *b*, da CLT). Obrigatória, nos termos do Estatuto da Entidade Sindical.”³⁰

Com tal indagação, estes descrevem a mensalidade sindical como uma taxa pela filiação a um sindicato em específico, com intuito de ter participação adjunta ao ente, seja nas atividades, seja no serviço ofertado ou até mesmo em benefícios e vantagens advindas da filiação.

Por fim, Thiago Chohfi e Marcelo Chohfi acrescentam ao presente artigo, aduzindo que:

“(…) a Mensalidade do Associado (ou sócio), nos termos do art. 548, alínea *b*, da CLT, que é devida por aquele que, espontaneamente, filia-se à entidade, passando a ser sindicalizado.

A arrecadação do referido valor decorre de obrigação estatutária, sendo facultada a filiação e desfiliação do trabalhador ou empresa (inclusive deixando de pagar esta contribuição espontânea) a qualquer momento.”³¹

Com o entendimento destes últimos autores, conclui-se que a mensalidade sindical obriga ao pagamento somente àquele que se associa ao ente sindical.

Em geral, antes da mencionada reforma trabalhista, que é, neste momento, o objeto de análise, há presente a existência de quatro contribuições, sendo elas: Contribuição Sindical (amparada pelos arts. 579 e 580 da antiga CLT); Contribuição Confederativa (com amparo no art. 8º, inciso IV, da Constituição Federal); Contribuição Associativa (necessitando de convenção ou acordo coletivo); e a Contribuição Assistencial (que também necessita de convenção ou acordo coletivo para sua implantação).

Tais modalidades faziam parte do “cardápio” de contribuições possíveis na receita sindical até momento em que a antiquada Consolidação das Leis do Trabalho predominava no ordenamento jurídico brasileiro.

4 – Alteração promovida pela reforma

Conforme verificado, no tributo chamado de imposto sindical havia em sua estrutura o aspecto da compulsoriedade, o qual era imposto ao trabalhador em prol do sindicato; todavia, conforme se observará neste capítulo, a contri-

30 JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1.341.

31 CHOEFI, Thiago; CHOEFI, Marcelo Chaim. *Relações sindicais e negociações trabalhistas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 68.

buição às entidades sindicais depende de prévia autorização dos trabalhadores, conforme exposto no art. 545 da CLT, em sua nova redação dada pela Lei nº 13.467/2017³², objeto este que será estudado neste capítulo.

4.1 – Da nova contribuição sindical

Conforme já dito e assimilado, antes os sindicatos efetuavam a cobrança das chamadas contribuições associativas, cujo pagamento ocorria de maneira voluntária por parte de seus filiados, visando assim financiar a entidade em foco. Conjuntamente, cobravam a contribuição sindical, a qual era, por sua vez, obrigatória, cobrada até mesmo dos empregados não filiados.

Os advogados Andrade e Pavelski relatam que as alterações tiveram basicamente como foco realizar a inclusão das expressões “prévia e expressa autorização” por parte dos trabalhadores para que houvesse a devida tributação sindical³³.

Assim sendo, o foco principal da alteração promovida pela Lei face aos sindicatos é de que as contribuições sindicais necessitam que os trabalhadores autorizem o ente a realizar a arrecadação da contribuição, não sendo mais livre a cobrança por parte destes dos trabalhadores sindicalizados.

Ainda, Wilson Brandão Diniz conclui:

“A Lei nº 13.467/2017, conhecida como a Reforma Trabalhista alterou a CLT e adequou a legislação a um novo contexto de relações do trabalho. Entre as alterações previstas na reforma, a Contribuição Sindical passou a ser facultativa, só passível de cobrança quando da expressa autorização por parte de um componente de classe econômica ou profissional.”³⁴

32 BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 8 maio 2018.

33 ANDRADE, Luiz Gustavo de; PAVELSKI, Ana Paula. *Reflexos da reforma trabalhista na contribuição sindical: tributo que persiste com caráter obrigatório*. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, 7. ed., 63, 2017. p. 34-45. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017_andrade_luiz_reflexos_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 8 maio 2018.

34 DINIZ, Wilson Brandão. *Sindicalismo patronal rural no Brasil: avaliação do atual contexto e panorama para um novo modelo de representação de classe*. Acesso em: 8 maio 2018.

DOCTRINA

Assim, fica evidenciado que a tributação sindical se tornou facultativa, devendo haver expressa autorização do empregado da devida classe a ser sindicalizado.

Para que seja consolidado tal entendimento referente ao caráter facultativo proposto, houve alterações explícitas nos artigos da CLT. Além do art. 545 supracitado, houve mudanças nos arts. 578, 579, 582, 583 587 e 602, todos estes da CLT, os quais têm como foco as contribuições sindicais e tratam sobre a inovada possibilidade de realizar a contribuição, qual seja, a faculdade em contribuir ou não do profissional perante o sindicato que o representa, independente da categoria.

Em exímio resumo do mais novo quadro de contribuições, expressa Martellozzo sobre o tema:

“A reforma trabalhista aprovada pelo Senado tornou opcional a contribuição sindical. Isso significa que os trabalhadores e as empresas não são mais obrigados a dar um dia de trabalho por ano para o sindicato que representa sua categoria. (...) O trabalhador paga o imposto sindical apenas se quiser. Se optar por fazer a contribuição, precisa informar ao empregador que autoriza expressamente a cobrança sobre sua folha de pagamento. A empresa só poderá fazer o desconto com a permissão do funcionário. O mesmo vale para o empregador.”³⁵

Conforme a afirmativa, enfatiza a ideia de que o pagamento ao sindicato é um dever de caráter optativo, onde o empregado, empregador ou profissional liberal pode ou não o realizar conforme sua vontade.

É válido esclarecer que o pagamento ainda permanece sendo devido, pois se trata de um tributo estabelecido, e é compulsório, todavia, sua forma de pagamento perante desconto em folha depende de expressa anuência do profissional, o que não torna mais obrigatório o seu pagamento³⁶.

Frisando esse raciocínio de que a contribuição é tributável, constitucionalmente falando, porém ocorre não apresentar mais obrigatoriedade em seu pagamento por parte dos trabalhadores, é o que dispõe o art. 513-E da CLT, o

35 MARTELOZZO, Marcos. *Com nova lei trabalhista, contribuição sindical será opcional*: entenda o que muda. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/contribuicao-sindical-sera-opcional-na-nova-lei-trabalhista-entenda-o-que-mudou.ghtml>>. Acesso em: 8 maio 2018.

36 ANDRADE, Luiz Gustavo de; PAVELSKI, Ana Paula. Reflexos da reforma trabalhista na contribuição sindical: tributo que persiste com caráter obrigatório. *Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, 7. ed., n. 63, 2017. p. 34-45. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017_andrade_luiz_reflexos_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 8 maio 2018.

qual não foi modificado pela nova lei, impondo ser prerrogativa do sindicato realizar a imposição de contribuições³⁷.

Entreveja: não se trata da proibição em tributar por parte dos sindicatos. Tal direito foi concedido pela Constituição Federal, mais precisamente em seu art. 8º, IV, conjuntamente com o art. 149 da mesma Carta, entre outros, que permitem tal tributação por parte dos entes sindicais. Ocorre que “a contribuição sindical continua sendo devida (...) entretanto, mediante desconto em folha para empregados celetistas e servidores públicos não mais é obrigatória, passando a exigir anuência do profissional”³⁸.

A fim de ressaltar esta afirmativa, o art. 579 da reforma prevê que a anuência do trabalhador engloba tão somente o desconto, mas não fala de sua reivindicabilidade³⁹.

Sendo assim, denota-se que a tributação ainda é lícita, entretanto, o que ocorre é que há ausência de compulsoriedade por parte do profissional em pagar a contribuição, o que impossibilita a reivindicação compulsória do tributo.

4.2 – Efeitos diante da alteração promovida

Ponderando que a reforma trabalhista, tendo como foco neste ponto labutado, remove a compulsoriedade do desconto em folha por parte dos trabalhadores face aos entes sindicais, pressupõe uma queda nos rendimentos dos entes sindicais, tendo em vista que antes haviam de receber um valor baseado na obrigatoriedade de cada trabalhador ter de pagar sob um dia trabalhado no ano, agora, neste novo modelo, vivenciam momentos de incerteza face às suas receitas.

37 BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 8 maio 2018.

38 ANDRADE, Luiz Gustavo de; PAVELSKI, Ana Paula. Reflexos da reforma trabalhista na contribuição sindical: tributo que persiste com caráter obrigatório. *Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, 7. ed., n. 63, 2017. p. 34-45. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017_andrade_luiz_reflexos_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 8 maio 2018.

39 A nova redação do art. 579 da CLT diz: “O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação”.

DOCTRINA

Sobre tal alegação, pronuncia-se Manus em dizer que a retirada da obrigatoriedade, repentinamente, ocasionará grandes abalados financeiros, seja em uma entidade de grande ou pequeno porte⁴⁰.

Diz ainda:

“De acordo com dados reconhecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, existem hoje no Brasil cerca de 11 mil sindicatos de trabalhadores e pouco mais de 5 mil sindicatos de empresas, o que permite estimar o expressivo número de pessoas que dependem da receita financeira dos sindicatos para sua remuneração, quer como dirigentes sindicais afastados de suas funções na empresa, quer como prestadores de serviços ao sindicato, na condição de médicos, advogados, dentistas, empregados em escritório, motoristas, pessoal de apoio, exemplificativamente, para demonstrar o considerável encargo que possui cada entidade sindical. A extinção da obrigatoriedade da contribuição sindical afetará, sem dúvida, os compromissos financeiros que hoje têm as entidades sindicais, permitindo supor, pela mudança brusca, considerável número de desempregados, diante da inexistência de recursos para pagamento de salários.”⁴¹

Conforme explana, os entes sindicais sofreram grandes abalos com a ausência da compulsoriedade em realizar os pagamentos por parte dos trabalhadores, tendo em vista a quantidade destes que deixarão de realizar descontos em folha por quaisquer que sejam seus motivos.

Outro ponto neste questionamento trata-se da quantidade significativa de dependentes destes sindicatos, sejam eles envolvidos direta ou indiretamente com os entes sindicais. Alguns dos envolvidos poderão deixar de ter sua subsistência, conforme a queda em suas receitas sindicais. Todavia, ainda, há a possibilidade de se filiar aos sindicatos contribuindo mensalmente para com as entidades⁴², modalidade esta já exposta neste artigo.

Segundo o *site* da emissora Globo de Televisão, desde o final de 2017 muitos entes sindicais têm procurado o Poder Judiciário a fim de pleitear

40 MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *A contribuição sindical segundo a nova reforma trabalhista*. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-28/reflexoes-trabalhistas-contribuicao-sindical-segundo-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 8 maio 2018.

41 MANUS, *loc cit*.

42 MARTELOZZO, Marcos. *Com nova lei trabalhista, contribuição sindical será opcional: entenda o que muda*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/contribuicao-sindical-sera-opcional-na-nova-lei-trabalhista-entenda-o-que-mudou.ghtml>>. Acesso em: 8 maio 2018.

novamente a compulsoriedade do imposto, entretanto, as ações estão sendo rejeitadas pelo TST⁴³.

Na mesma oportunidade, discorre o informativo:

“Desde fevereiro, o mesmo corregedor-geral da Justiça do Trabalho já recebeu 45 pedidos de correção parcial só sobre a contribuição sindical. Já julgou 34 deles, com 26 decisões contra a cobrança enquanto não houver decisão sobre a validade da lei nos tribunais superiores. Outras sete ações foram recusadas por questões processuais. Só em uma foi mantida a cobrança porque os valores estavam sendo depositados em juízo. Há 21 ações contra a reforma trabalhista no Supremo, 15 delas questionam a constitucionalidade do fim da contribuição sindical. São entidades que querem manter esse desconto no salário do trabalhador, equivalente a um dia de trabalho.”⁴⁴

Conforme se denota, as entidades sindicais têm requerido judicialmente o que antes lhes era direito, entretanto, têm seus pedidos negados, haja vista a reforma ter dado tal direito ao trabalhador.

4.3 – Dos reflexos perante as entidades

Conforme se verificou, o fim da contribuição sindical obrigatória pode danificar o saldo financeiro dos entes sindicais, podendo até extinguir aqueles que não têm tamanho poder financeiro. Observa-se, conforme relata o Ministro Luiz Edson Fachin, que a facultatividade ocorreu com a ausência de um período determinado para que os sindicatos possam buscar outros meios de se manterem financeiramente e, dessa forma, com a renúncia fiscal por parte da União, deixou de atentar-se aos impactos em que os entes sofreriam⁴⁵.

Sendo assim, a indagação que traz o Ministro do STF remete a compreender um ar de desamparo por parte da União e, conseqüentemente, dos contribuintes. Os sindicatos deverão procurar outras medidas para custear todas as suas atividades, entretanto, sem acolhimento por parte da União em

43 *Sindicatos tentam na Justiça manter imposto sindical obrigatório*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/05/sindicatos-tentam-na-justica-manter-imposto-sindical-obrigatorio.html>>. Acesso em: 8 maio 2018.

44 *Sindicatos tentam na Justiça manter imposto sindical obrigatório*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/05/sindicatos-tentam-na-justica-manter-imposto-sindical-obrigatorio.html>>. Acesso em: 8 maio 2018.

45 LUCHETE, Felipe. *Despacho de Fachin contra fim do “imposto” sindical obrigatório foi destaque*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-02/resumo-semana-despacho-fachin-fim-contribuicao-sindical-foi-destaque>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

que, ao que fica demonstrado, não lhes foram dados prazos suficientes para que buscassem outros meios.

Ainda, Fachin, por meio de outro informativo, alegou que a reforma trabalhista referente à contribuição sindical deveria ser precedida de um profundo debate, sob pena de colocar em risco direitos já garantidos por meio da atual Carta Magna⁴⁶.

Tal informativo ainda soma:

“O ministro é o relator de todas as 15 ações diretas de inconstitucionalidade contra a contribuição facultativa. Tramitam outras oito questionando diversos trechos da Lei nº 13.647/2017, que mudou mais de 100 artigos da CLT. (...) Fachin declarou que ‘admitir a facultatividade da contribuição, cuja concepção constituinte tem sido historicamente da obrigatoriedade, pode, ao menos em tese, importar um esmaecimento dos meios necessários à consecução dos objetivos constitucionais impostos a estas entidades’.”⁴⁷

Diante ao exposto, constata-se que há diversas ações onde sindicatos têm buscado reaver seu direito à cobrança sob requerimento de que tal medida fere a constitucionalidade do ato da tributação.

Ainda, conforme o trecho supracitado, o ministro afirma que a ausência desta compulsoriedade em tributar, poderá ocasionar em uma perda na força dos sindicatos em concluir suas atividades de praxe.

Denota-se que ainda não há um entendimento firmado, além daquele presente na lei que ocasionou a reforma, porém, é dever aguardar entendimento superior sobre o assunto.

4.3.1 – Reflexo perante os contribuintes

Além dos reflexos que se esperam em face das entidades sindicais, também é nítido que a reforma trará reflexos aos profissionais que antes deviam contribuir de maneira obrigatória para com os Sindicatos. Tendo em vista que a contribuição é facultativa, possibilita ao trabalhador a escolha sobre o desconto ocorrer ou não em folha de pagamento.

46 MARTINES, Fernando. *Fim da contribuição sindical ameaça direitos constitucionais, diz Fachin*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-30/fachin-vota-retorno-contribuicao-sindical-obrigatoria>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

47 MARTINES, Fernando. *Fim da contribuição sindical ameaça direitos constitucionais, diz Fachin*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-30/fachin-vota-retorno-contribuicao-sindical-obrigatoria>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

Além da possibilidade em ser ou não tributado, há trabalhadores que requerem que deles ainda sejam descontados, acreditando assim nos direitos e deveres em que o Sindicato de sua classe lhes proporcionam.

De acordo com este posicionamento, explana uma reportagem no endereço eletrônico da Anamatra:

“No início deste mês, as costureiras aprovaram em assembleia a continuidade da contribuição. O encontro teve a participação de mil trabalhadores. Ao todo, o sindicato representa 65 mil pessoas. ‘Sem a contribuição para os sindicatos, vamos voltar para a escravidão’, diz Eunice. O Sindicato dos Enfermeiros do Estado de São Paulo (SEESP) também já fez sua assembleia e aprovou a continuidade da cobrança.”⁴⁸

Conforme enunciado, há trabalhadores que, apesar da opção fornecida a estes em efetuar ou não a contribuição, ainda assim resolvem praticar o pagamento para que permaneçam tendo seus direitos resguardados por sindicatos.

Adiante, segue entendimento da advogada Adriana Leticia Saraiva Lamounier Rodrigues:

“Diante disso, no atual momento, até que se crie um modelo diferente que regule a contribuição negocial para todos os beneficiários de um acordo ou convenção coletiva de trabalho, é necessário que se continue com a contribuição sindical obrigatória para a sobrevivência do sindicato e, conseqüentemente, para a preservação da proteção dos trabalhadores.”⁴⁹

Ainda que não haja uma situação definida sobre os parâmetros contributivos aos sindicatos, acredita a advogada que contribuir seja o melhor a se fazer, enquanto, não há uma medida definida e pacificada entre sindicatos e trabalhadores frente à reforma.

3 – Conclusão

Diante de todas as indagações realizadas durante a elaboração do artigo, passa-se a explicar sobre as considerações levantadas e apontadas sobre cada capítulo aqui labutado.

48 O ESTADO DE SÃO PAULO. *Sindicatos tentam manter cobrança de contribuição proibida pela reforma*. 19 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/26177-sindicatos-tentam-manter-cobranca-de-contribuicao-proibida-pela-reforma>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

49 RODRIGUES, Adriana Leticia Saraiva Lamounier. *Contribuição sindical obrigatória ou facultativa?* 25 abr. 2018. Disponível em: <<http://domtotal.com/noticia/1252367/2018/04/contribuicao-sindical-obrigatoria-ou-facultativa/>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

DOCTRINA

No primeiro capítulo, foi tratado sobre o contexto histórico até os dias atuais, ou seja, momentos que foram desde a idade média, aproximadamente, com a criação das chamadas corporações de ofício, até a reforma da Consolidação das Leis do Trabalho. Ainda, minuciou-se sobre a organização sindical que vai até antes de entrar em vigor a Lei nº 13.467/2017, demonstrando a participação fundamental do povo para a construção do conceito sindical e dos direitos adquiridos por estes por toda a história. Por fim, descreveu-se uma breve distinção entre Contribuição Sindical e contribuição assistencial para fins didáticos, a fim de que não haja qualquer confusão sobre a contribuição ora trabalhada em foco, isto é, aquela antes compulsória.

Em seguimento, no segundo capítulo, informaram-se e conceituaram-se as modalidades de contribuição que haviam presentes antes de ocorrida a reforma trabalhista. Verificou-se que há quatro maneiras de se contribuir ao sindicato, sendo elas, aquela que era obrigatória e passou a ser facultativa, denominada contribuição sindical e as demais como a contribuição confederativa, contribuição assistencial e a mensalidade sindical.

Por fim, no terceiro e último capítulo tratou-se sobre a alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017. Verificou-se que, nesta nova modalidade contributiva, o trabalhador necessita autorizar a contribuição de maneira prévia e expressa para que a cobrança seja legítima. Descreveram-se ainda reflexos face aos entes sindicais, como grandes impactos financeiros e prejuízos aos que dependem exclusivamente do sindicato em específico. Ainda, relataram-se reflexos aos contribuintes, como a falta de representatividade.

Com base no todo, conclui-se que os entes sindicais inegavelmente apresentam papel importante na vida dos trabalhadores, de maneira a proteger seus interesses e lutar por estes. Suas atividades abrangem não somente o coletivo, mas também os interesses individuais de seus partícipes, seja resolvendo conflitos judiciais, seja por meio de manifestações em prol daquele grupo em que se submetem.

É válido lembrar que este artigo não teve como escopo tratar sobre a fidelidade; legalidade dos seus feitos perante a si próprio ou em face de seus contribuintes, mas unicamente tem por objetivo realizar uma análise por completo, onde foca especificamente no ente sindical em geral e em seu dever de agir de maneira correta e de boa-fé, seja perante a sociedade que o cerca, seja frente ao seu contribuinte que nele acredita.

Sendo assim, a conclusão que se tem por meio deste estudo é de que tanto o trabalhador quanto os entes sindicais poderão ser prejudicados devido à falta

DOCTRINA

de tributação obrigatória, visto que a facultatividade fará com que inúmeros trabalhadores optem por não efetuar o pagamento e, com isso, grandes sindicatos poderão deixar de lutar por seus direitos por ausência de receita necessária, podendo, inclusive, deixar de vir a existir sem a devida contribuição. Outro aspecto a se verificar é de que tal imposto acaba por ter um valor irrisório face à proteção em que um sindicato pode oferecer ao trabalhador, ainda se observado que sua cobrança se dá referente a 1 (um) dia de trabalho e é cobrado apenas uma vez ao ano, ou seja, o trabalhador acaba por abrir mão de uma grandiosa proteção de seus direitos, a qual se faz por um valor ínfimo, se observado por uma perspectiva geral.

Trata-se de assunto em total evidência no ordenamento jurídico, porém, é perceptível e assim o consideramos, conforme estudado no decorrer deste artigo, que a contribuição facultativa traz aos profissionais e aos entes sindicais inúmeros prejuízos, o que transforma o novo modelo contributivo em maléfica modalidade face aos citados. Em momentos atuais, os profissionais não podem perceber aquilo que deixam de ter como proteção adquirida pelos entes, visto a euforia em ter sua obrigatoriedade extinta, todavia, não haver uma classe em que lute por seus direitos, trará prejuízos em um futuro não muito distante.

Ainda, observa-se que, mesmo na atual modalidade contributiva, os entes ainda realizarão seus exercícios de praxe, dentro do possível, conforme permite sua receita atual, o que nos faz indagar: é correto o profissional não contribuinte vir a ter os mesmo benefícios gerados pelo ente sindical que exerce suas atividades sindicais legais em favor daqueles que ainda prestam contribuições? Sabe-se que as atividades sindicais não são realizadas com o objetivo de resguardar os direitos e os deveres deste ou daquele indivíduo, mas sim de toda a classe trabalhadora a qual se subordina, sendo assim, cria-se um aspecto de injustiça, de iniquidade entre as partes, evento este que não sucederia na modalidade obrigatória de contribuição.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Luiz Gustavo de; PAVELSKI, Ana Paula. Reflexos da reforma trabalhista na contribuição sindical: tributo que persiste com caráter obrigatório. *Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, 7. ed., n. 63, 2017, p. 34-45. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017_andrade_luiz_reflexos_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 8 maio 2018.

APOLINÁRIO, Fabio. *Dicionário de metodologia científica: um guia para a produção do conhecimento científico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DOCTRINA

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 8 set. 2017.

CHOHFI, Thiago; CHOHFI, Marcelo Chaim. *Relações sindicais e negociações trabalhistas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DELBEN, Ana Cleusa; GONÇALVES, Bruno Augusto Monteiro; BERTOLAZO, Ivana Nobre. *Manual para elaboração e apresentação de trabalhos acadêmicos e científicos da Facnopar*. Apucarana: FACNOPAR, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELLBONI, Denise Poiani; JOÃO, Paulo Sérgio. *Série GVLaw – Direito, gestão e prática: direito empresarial do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Wilson Brandão. *Sindicalismo patronal rural no Brasil: avaliação do atual contexto e panorama para um novo modelo de representação de classe*. FGV EESP – MPAGRO: Dissertações, Mestrado Profissional em Agronegócios. p. 1-91. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/22050/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20MPAGro%20-%20Wilson%20Brand%C3%A3o.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 8 maio 2018.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Sindicatos tentam manter cobrança de contribuição proibida pela reforma*. 19 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/26177-sindicatos-tentam-manter-cobranca-de-contribuicao-proibida-pela-reforma>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

GUIA TRABALHISTA. *Contribuição sindical dos empregados*. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/contr_sindical_empregados.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.

G1. *Sindicatos tentam na Justiça manter imposto sindical obrigatório*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/05/sindicatos-tentam-na-justica-manter-imposto-sindical-obrigatorio.html>>. Acesso em: 8 maio 2018.

JOÃO, Paulo Sérgio. *Contribuição facultativa e possível pluralidade sindical na reforma trabalhista*. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-set-01/reflexoes-trabalhistas-contribuicao-facultativa-possivel-pluralidade-sindical>>. Acesso em: 3 set. 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LUCHETE, Felipe. *Despacho de Fachin contra fim do “imposto” sindical obrigatório foi destaque*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-02/resumo-semana-despacho-fachin-fim-contribuicao-sindical-foi-destaque>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *A contribuição sindical segundo a nova reforma trabalhista*. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-28/reflexoes-trabalhistas-contribuicao-sindical-segundo-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 2 set. 2017.

DOCTRINA

MARTINES, Fernando. *Fim da contribuição sindical ameaça direitos constitucionais, diz Fachin*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-30/fachin-vota-retorno-contribuicao-sindical-obrigatoria>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Paulo. *Imposto sindical opcional e não mais obrigatório*. Disponível em: <<http://www.conversacombrasil.com.br/propostas-psdb/imposto-sindical-obrigatorio-opcional/>>. Acesso em: 10 set. 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEZZARROBA, Orides. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. *Contribuições sindicais: modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 2010.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Contribuições sindical, confederativa, associativa e assistencial: natureza e regime jurídicos*. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=9&tmp_secao=20&tmp_topico=direitotributario>. Acesso em: 5 mar. 2018.

RAMOS, Albenides. *Metodologia da pesquisa científica: como uma monografia pode abrir o horizonte do conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, Adriana Leticia Saraiva Lamounier. *Contribuição sindical obrigatória ou facultativa?* 25 abr. 2018. Disponível em: <<http://domtotal.com/noticia/1252367/2018/04/contribuicao-sindical-obrigatoria-ou-facultativa/>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

SILVA, Silvério Pereira da. *Análise constitucional da contribuição assistencial sindical, frente ao artigo 8º, inciso V da Constituição Federal de 1988*. Centro Universitário de Formiga – UNIFORMG, Formiga-MG. p. 01-56, nov. 2012. Disponível em: <<https://repositorioinstitucional.uniformg.edu.br:21074/xmlui/handle/123456789/141>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

VIDAL, Víctor Luna. A reforma trabalhista e o princípio da adequação setorial negociada. *Alethes*, [S.L.], v. 8, n. 14, p. 341-362, set./dez. 2018.

Recebido em: 21/01/2019

Aprovado em: 18/02/2019

ACIDENTE DE TRABALHO CONCAUSA: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E O NEXO CAUSAL

ACCIDENT OF WORK CONCAUSE: THE CIVIL RESPONSIBILITY OF THE EMPLOYER AND THE CAUSAL LINK

Ana Flávia Coelho dos Santos*

Jesula Mariza de Lima**

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade discorrer sobre acidente de trabalho concausa, considerado um acidente por equiparação que possui fundamento legal em nosso Ordenamento Jurídico. Especificamente, aprofundaremos a pesquisa em torno do nexo de causalidade e da responsabilidade civil do empregador. Conforme veremos, a concausa está diretamente ligada ao trabalho, contudo não é a única responsável pelo resultado da lesão ou doença ocupacional, configurando apenas como uma agravante ou contribuinte para o desencadeamento do dano. É imprescindível, nesse tipo de acidente, a constatação do nexo causal, liame essencial para responsabilidade civil do empregador. Desta forma, com o auxílio de doutrinas, artigos e jurisprudência, será apresentado o conceito e os tipos de acidente concausa, sua forma de constatação e seus efeitos para o empregado e para o empregador.

PALAVRAS-CHAVE: Acidente de Trabalho. Concausa. Nexo Causal. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to discuss about the accident of work concause, considered an accident by equalization that has legal foundation in the Brazilian Legal Order. Specifically we will deepen the research on the causal link and the civil responsibility. As we will see, the concause is directly related to work, but it is not the only one responsible for the result of the occupational injury or illness, configuring only as an aggravating factor or a trigger for some injury. It's essential, in this type of accident, to verify the causal link, an essential link for the civil responsibility of the employer. In this way, with the help of doctrines, articles and jurisprudence, will be presented the concept and types of concause accident, its form of verification and its effects for the employee and for the employer.*

KEYWORDS: *Work Accident. Concause. Causal Link. Civil Responsibility.*

* *Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela EMATRA; mestranda no Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP; advogada; docente do curso de graduação em Direito da Faculdade Dom Bosco de Cornélio Procópio-PR.*

** *Bacharel em Direito pela Faculdade Dom Bosco de Cornélio Procópio-PR.*

Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo discorrer a respeito da problemática dos acidentes de trabalho concausa. O intuito é solucionar o problema de pesquisa, qual seja: a constatação do nexos causal e a consequente responsabilidade civil do empregador (ponderação) nestes acidentes.

Para que possamos alcançar o objetivo do trabalho, trataremos sobre acidente de trabalho, seu conceito doutrinário e legal e suas modalidades; abordaremos especificamente a respeito do tipo de acidente de trabalho concausa, que embora seja pouco discutido, encontra amparo em nosso Ordenamento Jurídico.

Adiante, falaremos sobre o nexos causal, como é feita sua constatação nos acidentes concausa e sua relevância para a responsabilidade civil do empregador.

Por fim, discorreremos a respeito da responsabilidade civil do empregador, abordando sobre sua constatação e fixação (*quantum*).

1 – Acidente de trabalho

O acidente de trabalho está presente no art. 19 da Lei nº 8.213/91 e trata-se de um assunto de extrema relevância como pode ser notado na obra de Oliveira (2007, p.79):

“Na Assembleia Nacional Constituinte instalada em 1987, a questão dos acidentes do trabalho foi bastante debatida, especialmente diante das estatísticas absurdas de mortes, doenças ocupacionais e invalidez no Brasil.”

O histórico de acidentes laborais é antigo e atingiu seu ápice na época da Revolução Industrial.

Para que possamos conceituar acidente de trabalho de forma compreensível, faz-se necessário discorrer sobre os conceitos que foram adquiridos durante o tempo. Em algumas das definições não houve tantas mudanças, entretanto, decretos e leis foram elaborados e, diante disso, é essencial citarmos essas alterações.

Para apresentar os conceitos que foram elaborados no decorrer dos anos sobre acidente de trabalho utilizaremos a obra de Vianna (2015). De acordo com o art. 1º do Decreto nº 3.724/1919:

“Consideram-se acidentes no trabalho, para os fins da presente lei:
Ia) o produzido por uma causa súbita, violenta, externa e involuntária no exercício do trabalho, determinado lesões corporais ou perturbações

DOCTRINA

funcionais, que constituam a causa única da morte ou perda total, ou parcial, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho; Ib) a moléstia contraída exclusivamente pelo exercício do trabalho, quando este for de natureza a só por si causá-la, e desde que determine a morte do operário, ou perda total, ou parcial, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

De acordo com Vianna (2015) os decretos fazem-se necessários em três preceitos para que seja considerada uma ocorrência acidentária: é necessário que o meio ambiente em que o empregado se encontra tenha sido a causa do acontecimento, que o empregador tenha sofrido alguma lesão ou perturbação funcional e, por fim, que por algum tempo não seja capaz de exercer seus serviços.

O Decreto nº 13.498/1919, em seu art. 1º, expõe que o fato (acidente) que ocorreu no trabalho pode ser considerado aquele que por uma situação súbita ocasionou perturbações funcionais, a perda total ou parcial e até mesmo a morte do trabalhador.

Já o Decreto nº 24.637/1934, em seu art. 1º descreve que pode ser considerado acidente de trabalho toda lesão corporal ou doença ocasionada pelo exercício do trabalho ou em decorrência da função que determine a suspensão ou redução permanente ou temporária da capacidade para o trabalho.

O Decreto-Lei nº 7.036/1944 define acidente de trabalho como aquele que causa uma lesão corporal pelo exercício do trabalho, ocasionando, seja de forma direta ou indiretamente, perturbação funcional, ferimentos ou doença que venha suceder a morte ou a perda da capacidade para o trabalho, seja parcial ou permanente.

Por sua vez, o Decreto-Lei nº 293/67, em seu art. 1º, considera como acidente de trabalho todo aquele que faz a serviço do empregador e desse exercício venha a sofrer lesão corporal ou perturbação, seja temporária ou não.

A Lei nº 5.316/67, em seu art. 2º, apresenta a descrição de acidente da seguinte maneira: acidente de trabalho será o que ocorrer pelo exercício do trabalho, a serviço da empresa, provocando doença, lesão ou perturbação funcional, seja de forma imprevista ou fortuita, seja resultado da morte do trabalhador, sendo considerada como laboral o acidente que, apesar de que não tenha sido a causa única, que tenha colaborado para a morte ou perda da capacidade.

De acordo com a definição trazida pelo Decreto nº 61.784/67, em seu art. 3º:

DOUTRINA

“Acidente do trabalho será aquele que ocorrer pelo exercício do trabalho, a serviço da empresa, provocando lesão corporal, perturbação funcional ou doença que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Parágrafo único. Será considerado como do trabalho o acidente que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte ou a perda ou a redução da capacidade para o trabalho.”

O Decreto nº 77.077/76, art. 164, e o Decreto citado anteriormente nº 5.316/67 apresentam definição similar, entretanto, a Lei nº 6.367/76, art. 2º, inciso II, faz a menção do acidente de trabalho, mudando o contexto da seguinte maneira:

“Acidente de trabalho é aquele que pode ocorrer pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, ou a perda, ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

§ 1º Equiparam-se ao acidente do trabalho, para os fins desta lei:

(...)

II – o acidente que, ligado ao trabalho, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte, ou perda, ou redução da capacidade para o trabalho.”

De acordo com Vianna (2015), depois do Decreto nº 77.077/76 foram elaborados os Decretos ns. 79.037/76, 83.080/79 e 89.312/84 apresentando o conceito de acidente de trabalho, sendo aquele que ocorre durante o expediente de trabalho, ocasionando lesão ou perturbação, perda ou redução de sua produção para o trabalho, mesmo que seja temporária.

E podem ser considerados acidentes, aqueles que são ligados ao trabalho, que não sendo a causa única, tenha relacionamento diretamente para a inatividade ou falecimento do trabalhador.

Diante disso, podemos constatar que a legislação passou por várias modificações até chegar a atual definição de acidente laboral trazida pela Lei nº 8.213/91, que contém os mesmos critérios para definição da natureza acidentária em seu art. 19. Vejamos:

“Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da 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.”

Contudo, podemos perceber que os Decretos citados, bem como a Lei atual, não revelam de modo explícito a caracterização de acidente do trabalho, estabelecendo apenas noções quanto às espécies. Devido a isso, faz-se necessária a apresentação das modalidades de acidente de trabalho, para que possamos compreender as diferenças entre elas e, principalmente, para que possamos visualizar as particularidades do acidente de trabalho concausa.

2 – Acidentes típicos

Antes de entrarmos na modalidade de acidente a qual se refere a presente pesquisa, faz-se necessária uma breve apresentação da classificação dos acidentes de trabalho.

Monteiro e Bertagni (1998) explicam que o acidente típico é denominado como macrotrauma, isto é, cuida-se de uma circunstância exclusiva, subitânea, imprevisível, representada no tempo e no espaço de efeito geralmente imediato.

Este tipo de acidente está inserido na Lei de Benefícios da Previdência Social nº 8.213/91. Vejamos:

“Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa 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.”

Dallegrave Neto (2008, p. 223) nos revela que tal acidente se caracteriza:

“(…) pela existência de evento único, súbito, imprevisto e bem configurado no espaço e no tempo. Nesses acidentes típicos as consequências geralmente são imediatas, ao contrário das doenças ocupacionais que se caracterizam por resultado mediato, porém evolutivo.”

Da mesma forma, Oliveira (2008, p. 43) nos informa que:

“O fato gerador do acidente típico mostra-se como evento súbito, inesperado, externo ao trabalhador e fortuito no sentido de que não foi provocado pela vítima. Os eventos danosos normalmente são imediatos e o evento é perfeitamente identificável, tanto com relação ao local da

DOCTRINA

ocorrência quanto no que tange ao momento do sinistro, diferentemente do que ocorre nas doenças ocupacionais.”

Na mesma linha, Russomano *apud* Brandão (2006, p. 124) esclarece que:

“Súbito: acontece em um pequeno lapso de tempo, não sendo assim, de natureza progressiva. Violento: capaz de causar danos de natureza anatômica, fisiológica ou psíquica. Fortuito: não pode ser provocado, nem direta, nem indiretamente, pela vítima. Determina uma lesão corporal capaz de diminuir ou excluir a capacidade de trabalho da vítima, sendo essa a sua consequência direta.”

E, também explica que o acidente típico pode ser considerado como um ataque inesperado ao corpo humano ocorrido durante o trabalho, decorrente de uma ação traumática violenta, subitânea, concentrada e de consequências identificadas.

Conforme Hertz *apud* Brandão (2006, p. 114):

“Ao discorrer sobre a violência como elemento caracterizador do acidente, Humberto Piragibe Magalhães esclarece não ser necessário que a vítima tenha recebido um golpe; basta que o contato da coisa (*sic*) ou a ação sobre ela ocasione a lesão, como na situação de ser provocada por um esforço exercido sobre ela.”

Por fim, de acordo com Paoleshi (2009, p. 93), acidente típico são todos os acidentes que ocorrem no desenvolvimento do trabalho na própria empresa ou a serviço desta.

Portanto, o acidente de trabalho típico tem que ocorrer no desenvolvimento da atividade laboral, diante de um fato súbito e violento.

Faz-se imprescindível salientar que tanto os acidentes que não ocasionam nenhuma lesão quanto às lesões adquiridas por atividades extralaborais não são consideradas acidente de trabalho.

3 – Doenças ocupacionais e profissionais

A Lei nº 8.213/91 elenca em seu art. 20, I e II, as doenças profissionais e as doenças do trabalho.

Primeiramente, para Oswaldo Opitz e Sílvia Opitz (1988, p. 22) a diferenciação de acidente e doença pode ser vista sob dois aspectos. Vejamos:

DOCTRINA

“Etiológico e cronológico. Caracteriza-se, em regra, o acidente pela subtaneidade e a violência, na expressão da Lei de 1919. Ao passo que, na doença, isso não ocorre, porque é um processo que tem duração, embora se desencadeie num momento certo, provocando a lesão corporal ou perturbação funcional e até mesmo a morte. Pode-se acrescentar, ainda, mais um elemento diferenciador, qual seja, a sua causa, que no acidente-tipo é externa, quando, quase sempre, na doença, ela se apresenta internamente devido ao processo silencioso peculiar a toda moléstia orgânica do homem.”

Neste sentido, esclarece Catharino *apud* Brandão (2006, p. 115):

“As doenças, por sua vez, distinguem-se pela causa (critério etiológico) e pelo tempo (critério cronológico). Isso ocorre porque na doença a causa jamais é súbita ou imprevista e violenta, e entre ela e o efeito, ou lesão, há um lapso de tempo mais prolongado forma-se no tempo, sendo, ainda, interna e mórbida.”

Como podemos perceber, as doenças ocupacionais são causadas com o tempo, de modo silencioso, pelo tipo de trabalho ou pelas condições do ambiente de trabalho, como explica Paoleshi (2009, p. 94).

O autor Dallegrave Neto (2007, p. 218) faz a seguinte análise de doença profissional e doenças do trabalho:

“As doenças profissionais chamadas tecnopatias, têm no trabalho a sua causa única, eficiente, por sua própria natureza. São, pois, as doenças típicas de algumas atividades laborativas como, por exemplo, a silicose em relação ao trabalhador em contato direto com a sílica. (...)”

Quanto às doenças do trabalho, também denominadas mesopatias, são aquelas que não têm no trabalho a causa única ou exclusiva, mas são adquiridas em razão das condições especiais que o trabalho é realizado. Assim é o bancário que, em razão do cargo, digita incessantemente e sem o devido repouso previsto na NR-17, adquirindo assim a doença tenossinovite, provocada por LER (lesão por esforço repetitivo).”

Desta forma, é possível avaliar que as doenças profissionais são ocasionadas por uma causa única existentes no trabalho, já a doença do trabalho não tem uma causa única, mas é obtida em razão da atividade realizada.

De acordo com Paoleshi (2009) as doenças profissionais são causadas pela falta de organização, limpeza do ambiente de trabalho, sem esses cuidados aumentam as chances de problemas que podem afetar o trabalhador, causando doenças profissionais e até mesmo acidentes de trabalho.

Nesse sentido, Paoleshi (2009, p. 103) explica que as doenças ocupacionais:

“São geradas por contaminações de produtos ou substâncias presentes em condições especiais (em função de um método ou processo de trabalho específico) na execução de um trabalho. Elas não fazem parte da profissão do trabalhador, mas podem ser adquiridas em função da realização de algum trabalho, ou trabalhos, que o expõem ao agente responsável pela ocorrência da doença.”

Segundo Cortez (2009) os acidentes do trabalho podem originar-se de doenças ocupacionais, sendo profissionais e do trabalho, como podem também ser decorrentes de um malefício no ambiente de trabalho onde o empregador tem acesso à sua jornada de trabalho.

Desta forma, esclarece Cortez (2009, p. 120)

“As doenças ocupacionais, espécies do gênero acidente do trabalho, resultam da execução do contrato e classificam-se em doenças profissionais (peculiares a determinadas atividades ou profissões) e as doenças do trabalho (peculiares à forma de trabalho ou às condições do ambiente de trabalho).

Nas doenças ocupacionais, a causalidade é direta, há uma vinculação imediata entre a execução do contrato e a doença adquirida pelo empregado; todavia, elas surgem sorrateira e progressivamente, ao contrário dos acidentes típicos ou acidente-tipo, que atingem o trabalhador de súbito.”

Diante das explicações, podemos concluir que doença profissional decorre da atividade exercida, enquanto a doença do trabalho não decorre diretamente da atividade, mas sim das condições do local de trabalho.

4 – Acidentes por equiparação – concausa

Cavaliere Filho (2014) conceitua a concausa ou concausalidade como sendo outra causa que faz junção à causa predominante, e por este fato leva-se ao resultado. Ela não começa e nem interrompe o procedimento causal, unicamente o reforça.

O art. 21 da Lei nº 8.213/91, em seu inciso I, apresenta a concausa da seguinte maneira:

DOCTRINA

“Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação.”

De acordo com Manhabusco e Manhabusco (2017), a Lei atual faz a seguinte divisão das concausas: prévias, concomitantes e supervenientes.

As concausas prévias, em união com o labor realizado, incluída com a capacidade do trabalhador, são capazes de dar existência a lesões que façam a capacidade laboral diminuir ou ocasionar a morte do trabalhador.

Na falta dos critérios mencionados acima, são incapazes de produzir lesão. Um exemplo que Manhabusco e Manhabusco (2017, p. 41) mencionam é de um indivíduo que sofre de hipertensão passa a desenvolver atividades pesadas e, em contato com fornos de altas temperaturas, agrava seu quadro de hipertensão, o que leva à morte.

Quanto à concausas concomitantes e supervenientes, Manhabusco e Manhabusco (2017, p. 41) ensinam que:

“(…) para caracterização das concausas concomitantes, faz-se necessária a existência de um sincronismo com o evento danoso, podendo-se citar como exemplo a possibilidade de um trabalhador desmaiar durante o manuseio de certa máquina e bater com a cabeça nela.

Já as concausas supervenientes surgem após o desencadeamento do evento danoso e, simplesmente, agravam os efeitos do acidente, como no caso de uma infecção hospitalar contraída após a realização de cirurgia ocorrida em virtude de acidente do trabalho.”

Nesse mesmo sentido, Oliveira (2007, p. 21) dispõe que a concausalidade pode ser preexistente, concomitante ou superveniente:

“A concausalidade é fato independente e estranho na produção do resultado; ou causa ligada à atividade laborativa, porém concorrente. Esta pode ser: preexistente, concomitante ou superveniente. O indivíduo pode adquirir o bacilo de Koch e não apresentar a doença, ficando os bacilos alojados em gânglios junto ao hilo pulmonar, formando o que se chama de complexo primário tuberculoso (causa preexistente). Pode acontecer que o operário, trabalhando em lugar exposto a intempéries e umidades constantes, sem períodos de descanso suficientes, apresen-

DOCTRINA

tando uma queda no seu estado geral de saúde, com diminuição de suas defesas orgânicas, acompanhada de uma doença a partir unicamente do complexo primário tuberculoso. Estamos diante da comprovação da concausalidade das condições agressivas para a eclosão da doença. Estas constituem causas supervenientes, enquanto o complexo primário tuberculoso é causa preexistente.”

É importante ressaltar a lição de Monteiro e Bertagni (1998, p. 13), os quais dizem que:

“Nem sempre o acidente se apresenta como causa única e exclusiva da lesão ou doença. Pode haver a conjunção de outros fatores – concausas. Uns podem preexistir ao acidente – concausas antecedentes; outros podem sucedê-lo – concausas supervenientes; por fim, há também os que se verificam concomitantemente – concausas simultâneas. Exemplo do primeiro caso é o diabético que venha a sofrer um pequeno ferimento que para outro trabalhador sadio não teria maiores consequências. Mas o diabético falece devido à intensa hemorragia causada. Temos assim uma morte para a qual concorre o acidente associado a um fator preexistente, a diabete.”

Segundo Cortez (2009) as concausas sendo preexistente, concomitante ou superveniente, pertence à classificação das concausas múltiplas.

Podemos citar como exemplo de concausa supervenientes o fato de um trabalhador, que sofre um acidente e está a caminho do hospital sendo transportado por uma ambulância. No meio do caminho acontece um acidente de trânsito envolvendo a ambulância, o que resulta no óbito do trabalhador.

Por outro lado, se o trabalhador tem alguma doença que só se desenvolve ou é agravada devido à atividade laboral que exerce, neste caso, a concausa é preexistente, ou seja, a doença já existia. A seguinte jurisprudência citada por Cortez (2009, p. 178), em sua obra, relata esse tipo de situação:

“Acidente do trabalho. Doença. Concausa anterior. Caracterização. Acidente do trabalho doença. Concausa anterior. Caracterização. A doença que, por lei, é considerada acidente do trabalho, não é apenas aquela que tem como causa única o evento ocorrido no labor. O legislador também considera como tal aquela proveniente de concausa anterior, evidenciada pela presença de um fator exógeno, mas que, aliado à causa laboral, deflagra ou agrava os efeitos da lesão.” (RO 0601-2001-192-05-00-9, Ac. 16.695/05, 2ª T.)

DOCTRINA

Em suma, trata-se de uma causa anterior que somada ao labor resulta em um acidente de trabalho concausa preexistente.

Por seu turno, a concausa concomitante é adquirida pelo trabalhador durante sua jornada diária no serviço, não é algo preexistente e muito menos um fator que ocorreu após a ação principal, mas sim uma lesão ou doença que surgiu diretamente do trabalho.

As concausas podem estar presentes em doenças profissionais/ocupacionais ou em fatos/acontecimentos. E, para identificar a sua presença no fato concreto, faz-se imprescindível a realização de perícias.

5 – Concausalidade na Justiça do Trabalho

No presente capítulo abordaremos, com o auxílio da jurisprudência atual, a respeito do nexo causal e sua importância para a responsabilidade civil do empregador no âmbito dos acidentes concausa.

Apesar do seu aspecto simples, o nexo de causalidade é de suma complexidade por não estar claro no ordenamento jurídico, ou seja, encontra-se obscuro em alguns artigos. Como exemplo, podemos destacar o art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, e o art. 186 do Código Civil.

Mas o que é o nexo causal? Qual a sua importância para a decisão de uma sentença? Tais indagações serão respondidas no tópico seguinte.

6 – Nexo causal e concausalidade

De acordo com o dicionário da língua portuguesa, nexo é uma ligação entre uma e/ou várias coisas-união, vínculo, conexão entre circunstâncias, acontecimentos. Causalidade, por sua vez, é uma condição segundo a qual uma causa produz um efeito.

Com objetivo de expor a definição do nexo causal e da causalidade com mais detalhes, faz-se necessário citar alguns doutrinadores.

De acordo com Cortez (2009, p. 33) nexo causal ou nexo de causalidade é a vinculação entre o acidente e a atividade laboral do acidentado.

O nexo causal ou nexo de causalidade é a relação da atividade exercida na empresa com o fato (acidente).

Por sua vez, Carvalieri Filho (2009, p. 46) dispõe que:

DOCTRINA

“O nexu causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano. (...) que o nexu de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, (...), mas não pode haver responsabilidade sem nexu causal.”

O nexu causal é o segundo aspecto que tem que ser verificado para que haja a possibilidade de responsabilidade civil. Trata-se do vínculo da conduta ao dano, sendo, portanto, pressuposição da responsabilidade civil.

Gonçalves (2007) explica que é um critério exigido para que se possa gerar um resultado ao agente responsável. Se não houvesse o nexu causal, seria impossível relacionar uma determinada ação ilícita com o dano sofrido pelo indivíduo (vítima), visto que não poderia existir uma correlação de causa e efeito. E sem a relação de causalidade seria impossível falar em obrigação de indenizar.

Para Dallegrave Neto (2007, p. 216) nexu causal é a relação de causalidade entre o dano e o ato culposo do empregador caracterizado pelo descumprimento das normas de saúde ao trabalhador.

Sendo assim, o nexu causal é um elo que liga diretamente o ato ilícito do empregador ao dano efetivo sofrido pelo empregado.

Por isso, esclarece Carvalieri Filho (2009) que o nexu causal surge das leis naturais e não do conceito jurídico. Por ser um elo que liga a causa ao efeito, a conduta e o resultado. Desta maneira a relação causal mantém um vínculo entre um comportamento e um evento baseando-se nas leis naturais, pois se a postura do agente (omissão ou ação) foi a causa do dano ou não.

Nesse mesmo caminho, Venosa (2013) descreve o conceito de nexu causal:

“É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. (...) Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexu causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.”

Portanto, para que exista o nexu causal é necessário que ocorra o risco e o dano efetivo, uma vez que ausentes tais critérios, o nexu causal é inexistente.

Em situações que envolvam acidentes de trabalho simples, ou seja, em que é visível a culpa do empregador, torna-se fácil analisar a existência do nexu causal, porquanto a relação de causalidade é determinada de maneira direta

entre o fato e o dano. O problema da constatação do nexo está nas situações que envolvem acidentes laborais resultantes de concausa ou causalidade múltipla.

Diante disso, destaca Cavalieri Filho (2009, p. 46):

“Quando o resultado decorre de um fato simples, a questão não oferece a menor dificuldade, porquanto a relação de causalidade é estabelecida de maneira direta entre o fato e o dano. O problema torna-se um pouco mais complexo nas hipóteses de causalidade múltipla, isto é, quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar qual dentre elas é a causa real do resultado.”

Na mesma linha de raciocínio, Gonçalves (2007) expõe que existe uma dificuldade principalmente nas concausas sucessivas ou simultâneas, devido ao fato de se constituírem de uma cadeia de causas e efeitos.

No entanto, existem duas teorias formadas para ajudar nesse processo de identificação, quais sejam: teoria da equivalência das condições e teoria da causalidade adequada.

Cavalieiri Filho (2009, p. 47) alerta que:

“Nenhuma teoria nos oferece soluções prontas e acabadas para todos os problemas envolvendo o nexo causal. Como teorias, apenas nos dão um roteiro mental a seguir, o raciocínio lógico a ser desenvolvido na busca da melhor solução.”

A teoria da equivalência das condições é chamada de equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*. Gonçalves (2007) expõe que por essa teoria, toda causa e condição que tenha concorrido para o acontecimento (dano) é considerado como causa. Esta teoria faz uma regressão infinita do nexo causal.

A teoria da causalidade adequada, por sua vez, considera como o causador do dano a causa mais adequada à produção do resultado ou da condição.

Enquanto a teoria da equivalência estabelece o vínculo entre várias condições, a causalidade direta determina o fato que originou a causa.

Agora, passaremos à análise jurisprudencial para que possamos compreender o nexo dentro do cenário jurídico de fato:

“RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. DOENÇA OCUPACIONAL. ACIDENTE DO TRABALHO EQUIPARADO. CONCAUSA. Verificada a existência de nexo causal entre a moléstia adquirida e o trabalho desenvolvido pela empregada, ainda que como

DOCTRINA

concausa, prevalece o reconhecimento como doença ocupacional, sendo considerado acidente do trabalho por equiparação. Apelo negado. DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Hipótese em que caracterizada a responsabilidade civil da reclamada pelos danos materiais e morais sofridos pela reclamante, porque presente nexo causal entre a doença e as atividades realizadas durante o contrato. Correto, ainda, o valor arbitrado na origem a título de indenização por danos morais, por atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Apelo negado.” (TRT da 4ª R., RO 00006125120115040733, publ. 10.11.2016)

De acordo com o julgado acima, foi constatada uma doença ocupacional do empregado e a existência do nexo causal, moléstia adquirida x trabalho e, portanto, a obrigação de indenizar por parte do empregador.

“DOENÇA DO TRABALHO. CARACTERIZAÇÃO. CONCAUSA. Mesmo quando há o levantamento de origem degenerativa de determinadas doenças, é perfeitamente possível a constatação de que as atividades desenvolvidas pelo trabalhador contribuíram para a instalação da moléstia e/ou a agravaram, e a caracterização do nexo causal como sendo do trabalho. Prevalece o entendimento de que a doença do trabalho não decorre apenas da origem direta na atividade exercida pelo trabalhador, mas também na concausa, circunstância em que a moléstia se desenvolve e se instala em decorrência das condições de trabalho. O acidente do trabalho ou a doença profissional a ele equiparada não tem necessariamente causa única. É inegável que as condições de trabalho podem contribuir como elemento determinante e/ou concorrente para a formação da doença. A existência de perícia médica e de engenharia constatando a moléstia e as condições de trabalho favoráveis ao desencadeamento daquela constituem elementos determinantes para a configuração da doença do trabalho na modalidade de concausa.” (TRT da 3ª R., RO 01117201206103006 0001117-14.2012.5.03.0061, publ. 19.10.2015)

Importante ressaltar o fato de que o nexo causal é comprovado por meio de perícias, que nada mais são do que procedimentos realizados para verificar, no caso, o local do começo do dano, bem como suas causas desencadeadoras.

No acórdão a seguir podemos verificar a importância do nexo causal para a responsabilidade civil do empregador:

“ACIDENTE DE TRABALHO EQUIPARADO. NÃO CONFIGURADO. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. INDENIZAÇÕES

NÃO DEVIDAS. Conclusivos os laudos médicos, apontando cabalmente que as doenças alegadas pelo autor não possuem nenhuma correlação com o trabalho exercido no estabelecimento da reclamada, e ante a falta de provas consistentes em contrário, mantém-se a sentença que decide pela inexistência denexo causal entre as patologias e as atividades laborais. Pela falta de relação de causalidade entre o trabalho no estabelecimento e os danos à saúde do trabalhador, não são devidas as indenizações pretendidas.” (TRT da 4ª R., RO 00211069520155040732, j. 25.10.2017, 4ª Turma)

Neste acórdão, podemos averiguar a constatação, através dos laudos periciais, de inexistência do nexocausal, ou seja, não houve nenhuma relação entre a patologia¹ (dano efetivo) e o trabalho. Portanto, foi determinado que a indenização pretendida é indevida.

A existência do nexocausal é elemento hábil para a devida responsabilização por parte do empregador nos acidentes de trabalho concausa. Tal elemento deve estar presente para que a indenização seja possível.

Podemos concluir, portanto, que o nexocausal ou relação de causalidade é o que pode inferir a quem se deve instituir a responsabilidade do dano.

7 – Responsabilidade civil e concausalidade

Por um grande período, a responsabilidade civil no sistema brasileiro, era de simples compreensão, pois estava inserida claramente em um artigo do Código Civil de 1916.

Todavia, como relata Cavalieri Filho (2004), uma mudança ocorreu na responsabilidade civil durante o século XX, e para tanto dois fatores foram contribuintes: a Revolução Industrial e a busca pela justiça social.

De acordo com Ripert *apud* Cavalieri Filho (2014, p. 3):

“O nosso século viu um maravilhoso desenvolvimento da responsabilidade civil porque novas regras foram impostas pelas modificações ocorridas nas condições materiais da vida. A multiplicação dos acidentes corporais seria a causa principal da severidade da lei ou dos juízes em relação aos que os causam. Por isso, podemos glorificar a nossa época de possuir um sentimento mais elevado de justiça, felicitar os tribunais de ter criado regras novas e de exaltar uma vez mais o progresso do direito.”

1 Quaisquer alterações fisiológicas ou anatômicas que podem configurar alguma doença.

DOCTRINA

O sistema da responsabilidade civil no Brasil é o espelho da sociedade em que vivemos, uma vez que é imprescindível que o direito esteja em constante desenvolvimento para que seja possível sua adequação as questões atuais e assim possa atuar de forma justa diante os casos concretos.

Cavaliere Filho (2014, p.9) aponta que a complexidade do atual sistema brasileiro de responsabilidade civil é apenas o reflexo da complexidade da sociedade moderna, pelo que deve servir de estímulo ao seu estudo para que seja bem aplicado.

Mas do que realmente se trata a responsabilidade civil? E diante de um acidente concausa, qual é a responsabilidade civil do empregador?

Para que seja possível responder a tais indagações, abordaremos a respeito do conceito da responsabilidade civil e sua importância.

De acordo com Cavaliere Filho (2014, p.14), responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente de violação de um dever jurídico originário.

Mello também apresenta seu conceito (2008, p. 184) como sendo:

“O tipo de responsabilidade que se apura para que se possa exigir a reparação civil como pena imposta ao agente ou responsável pelo ato ilícito com a indenização do dano ou ressarcimento das perdas ou prejuízos trazidos à pessoa vitimada pelo ato ou omissão de alguém.”

Por sua vez, Cortez (2009, p. 32) dispõe que a responsabilidade civil no acidente de trabalho é o dever do empregador de reparar o dano material, moral e/ou estético causado ao empregado. E, ainda ressalta (2009, p. 33) que a responsabilidade civil tem como objetivo a reparação do dano ocorrido e que pode ser objetiva ou subjetiva, conforme se fundamente no risco ou na culpa.

Nas palavras de Cavaliere Filho (2014, p. 32):

“O Código Civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade civil subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo. (...) Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França, sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo

também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927.”²

Como podemos observar, o intuito da responsabilidade civil é a reparação do dano efetivo e tal responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva.

A responsabilidade objetiva deriva do risco, enquanto que a subjetiva, é baseada na culpa.

Segundo Cortez (2009, p. 33), no caso de acidente de trabalho, a responsabilidade civil do empregador é de caráter subjetivo e fundamenta-se em três pressupostos: dano, nexo causal e dolo ou culpa patronal.

No acidente concausa é verificado que o trabalhador já tem uma disfunção/moléstia, uma predisposição a determinada doença. Entretanto, esta é desencadeada ou agravada pela atividade exercida no ambiente de trabalho.

A resposta para a última pergunta encontra-se expressa no art. 944 do Código Civil de 2002, o qual determina:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

De acordo com tal artigo, a responsabilização do empregador será proporcional à extensão do dano a que contribuir. E para isso, faz-se imprescindível o exame admissional dos empregados e a verificação constante da segurança no trabalho para prevenção de acidentes.

8 – Fundamento jurisprudencial

Para fins de enaltecer as explicações dos tópicos anteriores, faz-se necessária a citação de algumas jurisprudências que tratam de acidentes concausa, nexo causal e a responsabilidade civil do empregador.

“DEPRESSÃO. TRABALHO COMO CONCAUSA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. Desnecessário que o

2 Código Civil/02: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (...) Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

DOCTRINA

trabalho constitua o único fator responsável pelo adoecimento do trabalhador para que se estabeleça o nexo causal. E, uma vez identificada culpa do empregador, resulta inafastável o dever de indenizar o dano sofrido pelo trabalhador, no limite de sua responsabilidade.” (TRT da 4ª R., RO 00205723120155040384, j. 08.02.2018, 7ª Turma)

O citado julgado trata da doença depressão desenvolvida por um trabalhador como um acidente concausa. No caso, foi constatada a responsabilidade civil do empregador mesmo tendo sido averiguado que o trabalho não foi o único fato gerador da depressão, mas um contribuinte para o surgimento da doença. E por este fato, o empregador foi condenado a indenizar o trabalhador conforme o seu índice de responsabilidade.

“ACIDENTE DO TRABALHO. A CONCAUSA, POR SI SÓ, NÃO JUSTIFICA INDENIZAÇÃO EM FACE DO EMPREGADOR. A concausa motiva a concessão de benefício previdenciário de acidente de trabalho, onde há a responsabilidade objetiva. Na ação em face do empregado exige-se a culpa deste. Os danos sofridos pelo autor tiveram origem em doença degenerativa de sua coluna, que foi agravada com o serviço braçal que exercia, mas não há nada nos autos que deduza ter a Ré ter contribuído para tal.” (TRT da 1ª R., RO 00928007820085010013/RJ, Rel. Ivan da Costa Alemão Ferreira, j. 06.10.2015, Nona Turma, publ. 21.10.2015)

Neste julgado, podemos observar a grande importância do nexo causal para a configuração da responsabilidade civil do empregador nos acidentes concausa. Uma vez que, a ocorrência da concausa, por si só, não gera indenização.

“DOENÇA OCUPACIONAL. TRABALHO COMO CONCAUSA. CULPA DA RECLAMADA. REPARAÇÕES DEVIDAS. A negligência de regras de segurança comprova a culpa concorrente da reclamada pelos problemas de saúde que acometeram a autora, que serviu para desencadear o quadro clínico da parte reclamante, conforme demonstrado pelo laudo pericial. Por tal motivo, deve a reclamada responder pelos prejuízos causados, com o pagamento de reparação por danos morais e materiais. TRABALHO COMO CONCAUSA. CULPA DA RECLAMADA. REPARAÇÕES DEVIDAS. A negligência de regras de segurança... do trabalho durante a vigência do contrato, tendo como concausa o labor desempenhado junto à recorrente... que o trabalho na ré atuou como concausa para a doença do autor. Contudo, o termo inicial para o pagamento.” (TRT da 9ª R., RO 00011572520145090007/PR, publ. 29.03.2017)

Por seu turno, este último julgado simplifica toda a explicação a respeito do limite da responsabilização do empregador nos acidentes de trabalho concausa.

Podemos, portanto, constatar que a concausalidade presente em acidentes laborais, por si só, não é fato gerador da responsabilidade civil do empregador. Contudo, uma vez presente o nexo causal, o que atribui parte da culpa do acidente ao empregador (constatado por meio de perícia hábil), este passa a responder pelos danos no limite de sua culpa, ou melhor, de sua responsabilidade.

9 – Do dano extrapatrimonial advindo da reforma trabalhista – Lei nº 13.467/2017

A nova Lei nº 13.467/2017 inovou em inúmeros assuntos de natureza trabalhista, dentre eles, destaca-se, para interesse da presente pesquisa, a inclusão do Título II-A, que trata do dano extrapatrimonial.

Dano extrapatrimonial foi a nomenclatura utilizada pelo legislador para referir-se ao dano moral: “Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

O art. 223-C esclarece, ainda, que causam dano extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a pessoa física ou jurídica e elenca os bens juridicamente tutelados nesses casos. Para as pessoas físicas são os seguintes: a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física.

Yussef Said Cahali (2005, p. 453) caracteriza o dano moral da seguinte maneira:

“Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).”

DOCTRINA

“Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.”

Importante esclarecer que não há qualquer impedimento para o pedido de indenização por danos morais (extrapatrimoniais) ser cumulado com o pedido de indenização por danos materiais (patrimoniais): “Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo”.

O art. 223-G traz os critérios que deverão ser levados em consideração pelo magistrado no momento da fixação do *quantum* indenizatório. São eles: a natureza do bem jurídico tutelado; a intensidade do sofrimento ou da humilhação; a possibilidade de superação física ou psicológica; os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; o grau de dolo ou culpa; a ocorrência de retratação espontânea; o esforço efetivo para minimizar a ofensa; o perdão, tácito ou expresso; a situação social e econômica das partes envolvidas; o grau de publicidade da ofensa.

Pois bem, até aqui a compreensão do novo texto é razoável. Contudo, o questionamento se intensifica ao depararmos com os ditames do § 1º do art. 223-G:

“§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.”

De acordo com a redação do § 1º do artigo em questão, o *quantum* indenizatório seria calculado com base no salário do empregado. Quanto maior a gravidade do dano, maior o número de salários que o ofendido teria a receber.

DOCTRINA

Diante disso, podemos concluir que o trabalhador que ganhasse mais, receberia uma maior indenização diante um dano sofrido em relação a um trabalhador que ganhasse a metade de seu salário, por exemplo, ferindo assim diretamente o princípio da equidade.

Neste contexto, a Medida Provisória nº 808/2017 trouxe consigo um entendimento mais ameno, uma vez que impôs que os parâmetros dos incisos do § 1º do art. 223-G, ao invés de serem baseados no salário contratual do empregado (vítima), seriam calculados com base decorrente do Regime Geral da Previdência Social. O que seria mais razoável.

Ocorre que a MP nº 808/2017 perdeu a sua validade e conseqüentemente todos os novos entendimentos trazidos por ela tornaram-se inválidos. Com isso, o que volta a valer é o entendimento do texto da nova Lei, ou seja, o *quantum* indenizatório deve ser calculado com base no último salário contratual do empregado.

Contudo, para que não haja violação grave ao princípio da equidade nos casos concretos, devem os magistrados, no momento da fixação do *quantum*, levar sempre em consideração, além dos pressupostos do art. 223-G, a razoabilidade e a proporcionalidade.

“(...) a fixação do valor da compensação por dano moral orienta-se pelos *princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*, considerando, entre outros parâmetros, a gravidade e a extensão do dano e o grau de culpa do ofensor. Nessa trilha, o art. 944 do Código Civil, no seu parágrafo único, autoriza o juiz a reduzir o valor da compensação quando constatada a desproporcionalidade entre o dano sofrido, a culpa do ofensor e o *quantum* compensatório inicialmente arbitrado.” (TST, RR 32083420115120038, j. 23.03.2018)

Considerações finais

Objetivou-se com o presente trabalho científico, o estudo do acidente de trabalho concausa. Teve, especificamente, como finalidade solucionar o problema de pesquisa, qual seja: a constatação do nexa causal e a consequente responsabilidade civil do empregador (ponderação e fixação) nestes acidentes.

Para tanto foi necessário apresentamos o conceito doutrinário e legal a respeito de acidente de trabalho. Apresentamos também, de maneira específica, a modalidade de acidente concausa.

DOCTRINA

Por fim, nos aprofundamos no estudo da concausalidade; trouxemos o conceito e caracterização do nexos causal e tratamos de sua imensurável importância para a configuração da responsabilidade civil do empregador nos acidentes concausa.

Para tanto, como fundamentação, apresentamos julgados de Tribunais Superiores que tratam a respeito do tema e que definem a presença do nexos causal nos casos concretos através de perícias. Uma vez presente o nexos, constata-se a responsabilidade civil do empregador, a qual é definida pelo magistrado (*quantum*) no limite da contriuição daquele para a efetivação do dano.

Assim, podemos constatar que a averiguação da presença do nexos causal é primordial para o acidente de trabalho concausa, uma vez que sem este elemento torna-se impossível responsabilizar civilmente o empregador pelo acidente.

Por todo o exposto, através das doutrinas, artigos, normas jurídicas e da jurisprudência utilizada, chegamos à conclusão de que quando o assunto acidente de trabalho está em pauta, faz-se necessária a análise minuciosa de todo o contexto fático, bem como a realização de perícias. Enfim, é imprescindível a averiguação de cada caso concreto e de suas individualidades, para que assim possa ser constatada a contribuição do empregador na efetivação do dano, e conseqüentemente, o magistrado possa realizar a ponderação e fixar o *quantum* da responsabilidade civil do empregador.

Referências bibliográficas

BRANDÃO, C. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho – CLT*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. *Decreto nº 13.498, de 12 de março de 1919*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-13498-12-marco-1919-525749-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

_____. *Decreto nº 24.637, de 10 de julho de 1934*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24637-10-julho-1934-505781-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

_____. *Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-77077-24-janeiro-1976-425531-norma-pe.html>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

DOCTRINA

_____. *Decreto nº 79.037, de 24 de dezembro de 1976*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79037-24-dezembro-1976-428029-norma-pe.html>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

_____. *Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6367.htm#art22>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *RO 0092800-78.2008.5.01.0013/RJ*. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/246253673/recurso-ordinario-ro-928007820085010013-rj>>. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *RO 0001117-14.2012.5.03.00610001117-14.2012.5.03.0061*. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/245139668/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1117201206103006-0001117-1420125030061>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *RO 0000612-51.2011.5.04.0733*. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/430834925/recurso-ordinario-ro-6125120115040733?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. _____. *RO 0020572-31.2015.5.04.0384*. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548865788/recurso-ordinario-ro-205723120155040384>>. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. _____. *RO 0021106-95.2015.5.04.0732*. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/513642843/recurso-ordinario-ro-211069520155040732>>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *RO 0001157-25.2014.5.09.0007/PR*. Disponível em: <<https://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/616889766/recurso-ordinario-trabalhista-ro-11572520145090007-pr>>. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 32083420115120038*. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559892415/recurso-de-revista-rr-32083420115120038>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

CARVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORTEZ, J. C. *Efeitos do acidente do trabalho no contrato do trabalho de emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____. *Responsabilidade civil do empregador no acidente de trabalho: cálculos*. São Paulo: LTr, 2009.

DALLEGRAVE NETO, J. A. N. *Responsabilização civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DOUTRINA

- _____. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MANHABUSCO, J. C.; MANHABUSCO, G. C. *Responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de acidente do trabalho e do risco da atividade*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- MONTEIRO, A. L.; BERTAGNI, R. F. S. *Acidente do trabalho e doença ocupacional: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- OLIVEIRA, S. G. de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- OPITZ, Oswaldo; OPITZ, Silvia. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 1988.
- PAOLESCI, B. *CIPA: guia prático de segurança do trabalho*. São Paulo: Érica, 2009.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- VIANNA, C. S. V. *Acidente do trabalho: abordagem completa e atualizada*. São Paulo: LTr, 2015.

Recebido em: 16/01/2019

Aprovado em: 18/02/2019

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA (E A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS) NO PROCESSO DO TRABALHO

PREVIOUS PRODUCTION OF PROOF WITHOUT THE REQUIREMENT OF THE EMERGENCY (AND DOCUMENT DISPLAY) IN THE PROCEDURE LABOUR

Júlio César Bebber*

RESUMO: Neste artigo busca-se estudar a produção antecipada da prova (como direito autônomo) para adquirir segurança mínima da existência do direito material, para demandar a sua declaração em juízo. Submetem-se algumas teses, então, ao debate científico, a fim de extrair conclusões mais seguras.

PALAVRAS-CHAVE: Processo do Trabalho. Produção Antecipada de Provas. Exibição de Documentos.

ABSTRACT: In this article we study the previous production of proof (the autonomous right) to acquire minimum security of the existence of the substantive right, to demand its declaration in court. Some theses then submitted to the scientific debate in order to draw more certain conclusions.

KEYWORDS: Procedure Labor. Anticipated Production of Proof. Document Display.

1 – Considerações iniciais

A estrutura humana e material do Poder Judiciário brasileiro não conseguem dar vazão ao volume de demandas que diariamente são ajuizadas por uma população que a cada dia possui mais ciência de seus direitos e, ao mesmo tempo, se torna mais beligerante¹.

Uma das estratégias utilizadas para “solucionar” (*sic*) o grande volume de demandas é a elevação do custo financeiro do processo. Essa, entretanto, é uma péssima escolha, porque produz efeitos meramente aparentes (externos): reduz o ajuizamento de demandas (reprime a demanda) sem resolver o conflito.

* Juiz do trabalho; doutor em Direito do Trabalho.

1 Relatório do CNJ de 2017, com base no ano de 2016, revelou que o “Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva”. Se considerarmos que a população brasileira era de 200.000.000 e que em cada processo há pelo menos duas pessoas (um autor e um réu), tivemos quase 1 processo por habitante tramitando no Poder Judiciário no ano de 2016.

Soluciona o problema do Poder Judiciário, não o dos jurisdicionados, uma vez que o litígio permanecerá latente².

Na tentativa de *minimizar* as consequências nocivas da elevação exagerada do custo financeiro do processo emergiu, então, a noção de *litigância judicial responsável*, consistente na ideia de que aquele que deseja demandar em juízo *para obter a declaração de um direito* deve ter, ao menos, um grau mínimo de segurança da existência deste.

Mecanismo que permite ao interessado adquirir um grau mínimo de segurança da existência do direito (material) que julga possuir é o da *produção antecipada de provas sem o requisito da urgência*, que traduz o *exercício do direito (processual) autônomo à prova*. Esse direito foi positivado no CPC vigente, mediante o acolhimento da tese com que o Prof. Flávio Luiz Yarshell ascendeu à titularidade da cadeira de Direito Processual Civil na USP, em 2009, com o título *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*.

É do exercício do direito autônomo à prova, mediante a produção antecipada desta no processo do trabalho, então, que iremos tratar, com superficial abordagem, também, sobre a exibição de documentos, lançando ideias preliminares ao debate científico, ao cabo do qual poderemos extrair conclusões mais seguras.

2 – Breve noção do direito estadunidense

A abordagem, ainda que superficial, do direito processual federal dos Estados Unidos da América (*Federal Rules of Civil Procedure*) auxiliará na melhor compreensão sobre o direito autônomo à prova e sobre a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência no direito brasileiro.

Em linhas superficiais, no processo civil estadunidense podem as partes, já pendente o litígio judicial, fazer ampla investigação dos fatos antes da estabilização da demanda.

Nas demandas ordinárias³, o processo se divide em duas etapas:

- 2 Rui Portanova, lembrando Ruy Armando Gessinger e Kazuo Watanabe, assevera que, em rigor, “bater às portas da Justiça não deveria custar nada. O acesso deveria ser o mais fácil possível para assegurar esse direito fundamental do cidadão, garantidor dos direitos dos indivíduos, dos direitos ético-sociais e dos direitos políticos. Trata-se de um instrumento de acesso à ordem jurídica justa, e não apenas de defesa técnico-processual ou pré-processual” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 85).
- 3 Não são ordinárias a *class action*, as *injunctions* e as *small claims*, que possuem procedimentos diferenciados. A primeira possui uma fase preliminar destinada a verificar se a classe está representada de forma adequada. As *injunctions* somente podem ser julgadas por juiz togado (e não por júri). As *small claims* (causas de pequeno valor) não tem a *Discovery*.

DOCTRINA

a) *pretrial* (prejulgamento) – em que o autor e o réu apresentam o pedido (*complaint*) e a resposta (*answer to a complaint*), que devem ser curtos e claros (*short and plain*) para cada pretensão, colhem-se as provas (*evidences*) e delimitam-se as questões de fato e de direito controvertidas;

A *discovery* é a fase dessa etapa em que as provas (*evidences*) são colhidas. Como não há um prazo para a conclusão dessa fase, a fim de evitar que ela se estenda por muito tempo, pode o juiz, de ofício ou a pedido das partes, realizar uma audiência destinada a definir as provas que serão colhidas (o juiz não defere ou indefere a produção de provas) e estabelecer um cronograma.

A colheita das provas é feita diretamente pelas partes, que têm o dever de revelação (*duty to disclosure*). Ao início da *discovery*, as partes devem, voluntariamente, disponibilizar ao adversário todos os dados relevantes que possuam.⁴ A seguir, as partes podem solicitar informações e documentos, diretamente uma da outra. Havendo divergência entre as partes sobre privilégios (previsto em leis estaduais), relevância, pertinência, excessiva onerosidade ou sobre a precisão da informação solicitada, entre outras causas, o interessado poderá requerer à corte ordem (*motions*) determinando o fornecimento da informação (*motion for an order compelling discovery*).

As partes também podem requerer a realização de exame físico e mental (*physical and mental examinations*), a tomada de depoimento pessoal (*interrogatories to parties*) e a inquirição de testemunhas (*deposition*)⁵. Nesse caso, as declarações e respostas são prestadas perante um funcionário do tribunal, que as registrará em ata.

Obtidas as *evidences*, realiza-se a *pretrial conference*, que é uma reunião das partes com o juiz, destinada a definir os fatos e o direito controvertidos e delimitar as provas que serão produzidas no julgamento. Nesse momento, as partes poderão transacionar, bem como modificar seus *pleadings*, seja para incluir, excluir ou modificar pedidos e alegações, uma vez que a investigação sobre as provas as permitiu avaliar, com mais precisão, as vantagens e desvantagens do julgamento.

Em seguida, o juiz profere uma ordem, com a delimitação das questões controvertidas e das provas que serão produzidas (*pretrial order*). Essa ordem

4 Por exemplo: documentos que tenham em seu poder e sirvam ao pedido ou à defesa; indicação do nome, endereço e telefone de pessoas que possam dar informações importantes.

5 Não há impedimento ao testemunho de quem tomou conhecimento dos fatos por relato de outra pessoa que teve conhecimento direto (*hearsay*) – testemunho indireto, de segunda mão.

substitui os pedidos das partes (*pleadings*), estabiliza a demanda e somente poderá ser modificada para evitar injustiça manifesta.

b) *trial* (julgamento) – em que, em audiência, diante do júri ou do juiz, as partes ratificam as suas pretensões e produzem as provas oralmente, seguindo-se a decisão.

O CPC/2015 incorporou, em parte, a *discovery* do sistema processual estadunidense ao possibilitar, embora em demanda autônoma (demanda probatória), a produção antecipada de provas (investigação prévia de fatos) sem o requisito da urgência, seja para propiciar a autocomposição (CPC, art. 381, II), seja para permitir a avaliação precisa das vantagens e desvantagens do ajuizamento da demanda de conhecimento destinada à declaração do direito (CPC, art. 381, III).

3 – Valores fundamentais

Para interpretar e aplicar adequadamente as normas jurídicas que garantem o direito autônomo à prova, deve-se atentar para alguns valores fundamentais – constitucionais e infraconstitucionais (CPC, art. 1º). Entre eles:

a) *o princípio da inafastabilidade da jurisdição* (CF, art. 5º, XXXV; CPC, art. 3º), que garante, entre outros: (i) *o acesso à justiça* – acesso ao Poder Judiciário (acesso formal) e à defesa eficaz do direito (justiça material)⁶; (ii) *a proteção de todos os direitos* – não há direito sem tutela processual⁷;

Não é difícil concluir, então, que o *direito de provar* (CPC, arts. 7º, 9º, 10 e 369) e o *direito à prova* (CPC, art. 381, II e III), a seguir definidos (*infra*, n. 4), são corolários dessas duas vertentes da inafastabilidade da jurisdição.

b) *o princípio da cooperação* (CLT, art. 645; CPC, art. 6º)⁸ – que impõe a colaboração (cooperação) dos sujeitos do processo e de terceiros, que devem

6 A “problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja do destinatário das norma jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti” (WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128).

7 CC/1916: “Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.

8 O princípio da cooperação está voltado ao aspecto ético-moral do processo e tem na base um princípio de convivência social denominado *princípio da igualdade dos cidadãos diante dos ônus da vida em sociedade*. Sua origem é atribuída ao direito alemão (GOUVEIA, Lucio Grassi de. O dever de coope-

agir (operar) juntamente com o Poder Judiciário, auxiliando-o a prestar tutela jurisdicional justa, tempestiva e eficaz (adoção de comportamento positivo), abstendo, ainda, de qualquer atitude que impeça a ocorrência desta (adoção de comportamento negativo)⁹.

Não é difícil concluir, então, especificamente em relação à prova¹⁰, que: (i) o modelo cooperativo de processo exige que as partes, embora empenhadas em obter a vitória, contribuam “para que a decisão judicial seja o mais aderente possível à realidade dos fatos”¹¹. A regra que garante à parte não produzir prova contra si (CPC, art. 379) não é absoluta. Não há “garantia da exoneração do dever de colaborar com o Judiciário, no aporte de provas ao processo, mesmo que sejam prejudiciais à parte que as traz. Ao contrário, a garantia – ao menos nos termos originários em que foi moldada no direito norte-americano – apenas se limita aos casos em que a exibição da prova pela parte (ou o seu depoimento) possa lhe acarretar risco de sofrer ação penal (...) – ressalvada esta hipótese, é dever seu trazer a prova para o Judiciário, quando assim solicitada, ainda que ela venha em seu prejuízo”¹²; (ii) a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (direito autônomo à prova), além de permitir uma “autêntica cooperação das partes”, revela-se como “importante instrumento para combater o eventual abuso do processo”, uma vez que “se oferecem aos interessados elementos a partir dos quais podem razoavelmente aferir suas chances de êxito”¹³.

c) o *princípio da boa-fé* (CPC, art. 5º) – que impõe o dever de probidade aos que, de qualquer forma, participem do processo¹⁴. A boa-fé exigida

ração dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado. *Revista da ESMAPE*, Recife, v. 5, n. 11, p. 248), e foi adotado em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos da comunidade europeia (*kooperationsprinzip* – Alemanha); *principe de coopération* – França; *principio de cooperación* – Espanha; *principio di cooperazione* – Itália) e nos Estados Unidos (*cooperation principle*).

- 9 Apesar de a cooperação ser característica da essência humana, o pensamento individualista (egoísta) a reprimiu, sendo manifestada por alguns, e unicamente nos momentos de grandes tragédias. Daí a razão de o ordenamento jurídico dela tratar como um dever processual, exigindo, com isso, mudança de concepção psicológica.
- 10 “Tanto as partes quanto terceiros têm o dever de colaborar com o desenvolvimento da atividade jurisdicional – de que a instrução probatória é um dos aspectos essenciais” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).
- 11 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 163.
- 12 MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 553-554.
- 13 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 180.
- 14 O comportamento aético ofende o sentimento predominante de justiça, e a falta de consideração com a justiça “é uma consequência cultural que evidencia a baixa estima por esse valor” (OTEIZA, Eduardo. *Abuso de los derechos procesales en América Latina*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos [Coord.]. *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 23).

das partes é a boa-fé objetiva¹⁵. Nesta importa, apenas, a conduta pautada em conformidade com o ordenamento jurídico¹⁶. Não se investiga, e nenhuma relevância tem, por isso, o estado psicológico (estado de consciência), traduzido pelo convencimento da parte de atuar em conformidade com o direito (boa-fé íntima; subjetiva – crença de agir licitamente). Constroi-se, assim, o modelo de processo cooperativo, que permite “que a igualdade e o contraditório floresçam em um ambiente confiável – e, portanto, seguro”¹⁷.

Não é difícil concluir, então, especificamente em relação à prova, que o dever de probidade impõe um dever de veracidade. Este, por sua vez, impõe um dever de informação¹⁸. Assim, da “vigência de uma regra legal que impõe às partes o dever de veracidade, se poderia extrair estarem aquelas obrigadas a fornecer informações, documentos ou coisas sujeitas a exame, sendo possível exigir toda conduta que viabilize um preliminar esclarecimento e registro dos fatos relevantes relacionados a dada controvérsia”¹⁹. Esse dever de veracidade exigido dentro de um processo destinado à declaração de um direito “pode e deve também vigorar antes dele”. Se “alguém tem o dever – ético e jurídico – de colaborar com o Poder Judiciário para a descoberta da verdade, não faz sentido limitar” esse dever “à prévia instauração de processo declaratório”²⁰.

-
- 15 A “boa-fé de que cuida o art. 5º do Código de Processo Civil é em princípio a *boa-fé objetiva* (...) dispensando-se o elemento subjetivo do dolo ou da culpa. Daí ser ela *objetiva*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. I. p. 98).
- 16 Toda manifestação de má-fé ou temeridade, praticada em juízo, conspurca o objetivo do processo moderno “no seu compromisso institucional de buscar e realizar resultados coerentes com os valores de *equidade substancial* e de *justiça procedimental*, consagrados pelas normas constitucionais” (THEODORO Jr., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 109). Lealdade processual e boa-fé, portanto, é o que se espera e se exige dos sujeitos do processo.
- 17 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao CPC (1º ao 69)*. São Paulo: RT, 2016. v. I, versão digital.
- 18 Trata-se de um dever não derivado de regras de direito material, que justifica “a produção preliminar da prova com mais largueza, isto é, desatrelada das hipóteses de urgência”. O dever de veracidade, então, deixa de ser visto apenas “sob a ótica do julgamento estatal a ser proferido no processo declaratório” e passa “a ser visto sob o prisma do prévio esclarecimento das partes acerca dos fatos relevantes relativos a dada situação substancial controvertida (atual ou, quando menos, potencialmente) e que (...) pode auxiliar os interessados na avaliação de seus riscos e chances em processo futuro” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 160).
- 19 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 160.
- 20 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 161.

4 – Direito de provar e direito à prova (direito autônomo à prova)

As expressões *direito de provar* e *direito à prova* designam fenômenos distintos. Não devem ser tomadas, por isso, como sinônimas.

4.1 – Direito de provar

O *direito de provar* consiste na prerrogativa que as partes possuem, em demanda destinada à declaração do direito no caso concreto²¹, de *requerer* a produção de prova, *produzir* a prova, *participar* da produção da prova, *manifestar-se* sobre a prova produzida (direito de influência) e *obter a valoração* da prova produzida²².

Sob essa perspectiva, o *direito de provar*:

a) *decorre dos princípios* – do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV; CPC, art. 3º) e do contraditório (CF, art. 5º, LV; CPC, arts. 7º, 9º, 10 e 369); e

b) *eleva o juiz à figura central* – ou seja, o juiz será o destinatário direto da prova, uma vez que esta será produzida com escopo de convencê-lo da veracidade das afirmações feitas pelas partes.

4.2 – Direito à prova (direito autônomo à prova)

O *direito autônomo à prova* consiste na “prerrogativa de invocar a intervenção estatal, na subespécie jurisdição, para permitir a busca e a obtenção da prova, assim como o esclarecimento e o registro de fatos daí decorrentes, sem vinculação direta com o pleito de declaração do direito material à relação controvertida e sem a justificação da urgência”²³.

21 O “direito de provar considera-se compreendido nos direitos de ação e de defesa, deles sendo uma espécie de desdobramento. Sob essa ótica, o direito de ação não se resume à mera prerrogativa de invocar a tutela jurisdicional e de dar início ao processo, sendo compreendido sob uma perspectiva analítica, que enfeixa uma série de proposições jurídicas ativas do autor, dentre as quais o direito de provar as alegações de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 233).

22 Nesse sentido, entre outros: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: *Temas de direito processual* – terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 67; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 259; CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 46; SALLES, Carlos Alberto de. Transição paradigmática na prova processual civil. In: ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY Jr., Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008. p. 916-917.

23 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 312.

Sob essa perspectiva, o *direito à prova*:

a) *decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição* (CF, art. 5º, XXXV; CPC, art. 3º) – uma vez que o ordenamento constitucional não reprime a invocação da tutela jurisdicional (intervenção estatal) para o exercício do direito (exclusivamente) processual (sem pleito de declaração do direito material no caso concreto), voltado ao acesso, descoberta e documentação de fatos²⁴;

b) *eleva as partes à figura central* – ou seja, as partes são destinatárias diretas da prova, uma vez que esta será produzida com escopo de convencê-las sobre a existência do direito material que julgam possuir, garantindo-lhes um grau mínimo de segurança para demandar em juízo a sua declaração em um caso concreto (*litigância judicial responsável*)²⁵;

c) *atribui novos contornos ao princípio do contraditório* (CF, art. 5º, LV) – uma vez que a garantia de influenciar a convicção do magistrado²⁶ será substituída pela garantia à formação da própria convicção do interessado, permitindo-lhe adotar comportamentos “que podem consistir no ingresso em juízo, na resistência a dada pretensão ou na prática de atos de autocomposição. O contraditório, sob essa ótica, deixa de atuar como fator de legitimação de atos

24 Yarshell parece negar que o direito autônomo à prova decorra do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Segundo ele, a “possibilidade de buscar e de obter a prova (...) não parece estar necessária e diretamente vinculada ao exercício da ação e da defesa no contexto de um processo instaurado para se declarar o direito no caso concreto. (...) Visto sob o prisma da busca e da obtenção das fontes de prova, o assim denominado direito à prova pode ser entendido, em alguma medida, como antecedente do pleito de tal declaração ou, a depender do que resulte dessa busca, até mesmo como excludente do referido pleito” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 210).

25 A prova será produzida para formação do convencimento das partes, “servindo como guia para um ingresso mais seguro e responsável em juízo ou, por outro, para a superação da controvérsia mediante soluções de autocomposição” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 304).

26 O contraditório é composto de um trinômio: a) *informação* – ciência da realização e das consequências dos atos processuais; b) *reação* – direito de se manifestar sobre os atos praticados no processo; e c) *influência* – direito de influenciar a convicção do magistrado. Segundo José Lebre de Freitas, o conceito do contraditório, como garantia constitucional, compreende a participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o processo, concretizando-se pela “possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo” (FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 96-97).

de poder (estatal ou não), e passa a funcionar como elemento determinante da conduta responsável das partes”²⁷.

4.2.1 – Direito autônomo à prova e direito cautelar à prova

O *direito cautelar à prova* não deve ser confundido com o *direito autônomo à prova*, uma vez que partem de diferentes premissas e têm finalidades distintas.

O *direito cautelar à prova* está fundado no *periculum in mora* e tem por escopo a conservação da prova para utilização em demanda futura destinada à declaração do direito no caso concreto (*infra*, n. 31.1). O direito à prova, nesse caso, “surge como simples desdobramento dos direitos de ação e de defesa, entendidos não como um puro pleito de produção de uma dada prova, mas como invocação de um provimento jurisdicional acerca de certa situação da vida, pelo qual se busca (ou se buscará) a declaração do direito”²⁸. Não há, por isso, autonomia²⁹.

O *direito autônomo à prova*, por sua vez, é um direito incondicionado à simples produção da prova (obtenção e pré-constituição), sem o requisito do perigo (*periculum in mora*). A descoberta e documentação de certos fatos é o objeto e nisso se esgota a demanda³⁰. Há, por isso, autonomia (desvinculação de outro pleito de provimento jurisdicional)³¹.

27 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 170.

28 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 244.

29 Quando se pensa no direito autônomo à prova “não se pensa no direito à conservação da prova diante do risco de que, pelo decurso do tempo, venha a se perder” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 243).

30 Nessa ótica, todos têm direito de ir a juízo para pleitear a busca, a obtenção e a pré-constituição de certa prova, mesmo fora das hipóteses de urgência. Todos, enfim, têm o direito de demandar a antecipação da prova, ainda que não haja perigo (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 320).

31 “(...) modernamente, a disciplina legal, o estudo e a aplicação concreta das ações probatórias são enriquecidos pela constatação – essa sim, bem mais recente – da existência de um direito autônomo à prova. Supera-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes. Reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa. Mais do que isso, as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).

4.2.2 – Direito autônomo à prova e direito à investigação prévia privada

Se o *direito autônomo à prova* corresponde ao direito à obtenção (descoberta) e pré-constituição (documentação) da prova, pode-se dizer que nele se compreende um *direito à investigação prévia privada*³².

Falar em *direito à investigação prévia privada* causa estranheza, porque estamos presos ao preconceito de que *investigação* é ato realizado por autoridade. Assim, o verbo investigar nos leva a pensar, automaticamente, “em atividade estatal e apenas secundariamente na atuação privada, sendo esta última, não raro, relacionada à ideia de atividade clandestina”³³.

O *direito à investigação prévia privada*, porém, decorre direta e logicamente do *dever de informação* (*supra*, n. 3), valendo lembrar que se trata de direito indiscutível “em insuspeitos sistemas liberais, como é o caso da *discovery* americana e da *disclosure* inglesa, além de instigação privada prevista no processo penal italiano”³⁴.

É imprescindível, então, que nos despojemos do preconceito de que a investigação é prerrogativa de agentes públicos. Note-se que:

a) *não há base científica* – para afirmar que a investigação de pessoas privadas é sempre viciada e a investigação de autoridade pública é sempre incensurável. “Se o ato de investigar acarreta risco de violação a direitos e garantias fundamentais, isso ocorre quer quando a pesquisa dos fatos se dá por iniciativa de autoridade, quer quando ocorre por obra de ente particular; e, em qualquer caso, isso deve ser combatido com igual vigor”³⁵;

b) *o ordenamento jurídico civil brasileiro* – outorgou ao Ministério Público o *direito à investigação prévia*, por meio do inquérito civil (LC nº 75/96, art. 6º, VII). Além disso, impôs um *dever geral de informação* às pessoas, tipificando como crime a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil, quando requisitadas pelo Ministério Público (Lei nº 7.347/85, art. 10). Não se justifica que o reconhecimento de um direito à investigação “se opere exclusivamente em favor do Ministério Público,

32 “O assim denominado direito à prova abrange, portanto, o que se possa chamar de um *direito à investigação*” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 212).

33 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 215.

34 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 215-216.

35 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 219.

e não em favor de todos os demais titulares do direito de ação³⁶. Não se argumenta que o Ministério Público defende direitos e interesses específicos (CF, art. 127), uma vez que há outras pessoas legitimadas a defenderem os mesmos direitos e interesses que não possuem essa prerrogativa³⁷.

Ao autorizar a pesquisa de fatos e a busca de provas de modo autônomo, portanto, o sistema legal permitiu aos interessados melhor avaliarem as suas chances de êxito em futura demanda destinada à declaração do direito no caso concreto. Assim, com maior segurança e responsabilidade decidir-se-á sobre o ingresso ou não em juízo, sobre a resistência ou não à pretensão (CPC, art. 381, III), ou, ainda, sobre a possibilidade e conveniência de transação (CPC, art. 381, II).

4.2.3 – Direito autônomo à prova e autonomia

O adjetivo *autônomo* da expressão *direito autônomo à prova* indica que a busca, a obtenção (descoberta) e a pré-constituição (documentação) da prova não estão vinculadas:

a) *à declaração de um direito material no caso concreto*. Sob essa perspectiva a autonomia é *relativa*. Ainda que não haja um julgamento que declare o direito no caso concreto, só haverá o *direito autônomo à prova* se houver um nexo de interdependência entre ela e uma situação de direito material, que deverá ser afirmada (*infra*, n. 14)³⁸;

b) *à justificação da urgência*. Sob essa perspectiva a autonomia é *absoluta*.

36 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 228.

37 Não “parece haver razão plausível, de forma universal ou mesmo se tomado em particular o ordenamento brasileiro, para que o direito à investigação – entendido como manifestação autônoma do direito à prova – seja exclusivamente reconhecido a órgão estatais e, em particular, ao Ministério Público. Entende-se que a este, como órgão público, se reconheça, em certas situações, o direito de requisitar diretamente informações e elementos (...), numa prerrogativa que, realmente, não há como simplesmente estender a outros entes. Contudo, coisa diversa é reconhecer que o direito autônomo à prova não deve ser prerrogativa exclusivamente reconhecida àquela Instituição” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 231).

38 “(...) a pretexto de se afirmar tal autonomia não se pode chegar ao ponto de negar qualquer ligação da prova (a ser produzida de forma antecipada) com uma situação de direito material subjacente (ainda que afirmada e, por meio dessa, com a futura – ainda que hipotética – declaração do direito (e correspondente processo instaurado com esse escopo)” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 334).

5 – Natureza jurisdicional

O pedido de produção antecipada de prova sem o requisito de urgência é formulado pelo interessado em demanda específica – demanda (ação) probatória (geradora de processo próprio), cuja natureza é jurisdicional. Insere-se, assim, “no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver. É medida com procedimento sumário (a ponto de excluir contestação e recursos) e cognição sumária horizontal (o juiz averigua superficialmente o pressuposto para antecipar a prova) e vertical (o juiz não se pronuncia sobre o mérito da pretensão ou defesa para a qual a prova poderá futuramente servir)”³⁹.

6 – Objeto

O objeto da demanda (ação) probatória é a produção da prova (busca, obtenção e pré-constituição), desvinculada da declaração de direito material e da justificação da urgência.

A prova assume, então, “o papel principal. Sua relevância para o processo, somada à necessidade de que uma definição a respeito dela vincule as partes e se torne definitiva e imutável, justificam que, uma vez observados determinados pressupostos, a prova se torne o próprio objeto de um processo jurisdicional. Em outros termos: o ordenamento reconhece que um conflito pode estabelecer-se em torno da própria prova – e reputa importante resolvê-lo em caráter principal, e não como simples providência incidental (...) do processo para o qual essa prova seja útil”⁴⁰.

7 – Finalidade

A demanda (ação) probatória, com a produção da prova, proporciona aos interessados o conhecimento de fatos⁴¹, permitindo-lhes, com maior segurança e responsabilidade, decidir sobre o ingresso ou não em juízo para obter a declaração do direito no caso concreto, sobre a resistência ou não à pretensão (CPC, art. 381, III), ou, ainda, sobre a possibilidade e conveniência de transação (CPC, art. 381, II). Trata-se, por isso, de mecanismo garantidor da litigância judicial responsável.

39 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital.

40 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital.

41 A “ação em exame presta-se a proteger o direito processual à prova, em casos em que se põe interesse jurídico para que tal direito seja exercido autonomamente” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).

8 – Hipóteses de cabimento

A produção antecipada da prova sem o requisito da urgência é admitida sempre que for suscetível de viabilizar:

a) *a autocomposição (sob qualquer modalidade)* – ou outro meio adequado de solução de conflito (CPC, art. 381, II);

b) *o prévio conhecimento de fatos* – que possam justificar ou evitar o ajuizamento de demanda ou a resistência ou não à pretensão (CPC, art. 381, III)⁴².

Como ressalta *Edilton Meireles*, essas hipóteses, na verdade, se confundem, uma vez que “a antecipação da produção da prova, por óbvio, tanto pode servir para a solução extrajudicial do conflito, como para justificar ou evitar o ajuizamento de futura ação (...). Ademais, ao viabilizar a solução extrajudicial do conflito (inciso II), evita-se a futura demanda (inciso III)”⁴³.

9 – Formas (meios) de prova passíveis de produção antecipada

O art. 381, II e III, do CPC, não estabelece qualquer limitação. Assim, todas as formas (meios) de prova comportam produção antecipada em demanda (ação) probatória⁴⁴.

Há, porém, algumas limitações intrínsecas, relativamente aos efeitos (consequências) e ao modo de produção de determinadas formas (meios) de prova.

Assim, por exemplo:

a) *no depoimento pessoal* – deve-se ter em conta que essa forma (meio) de prova tem como escopo principal a confissão. Como na demanda (ação)

42 Segundo *Wambier e Talamine* – “o elenco do art. 381 não exaure as hipóteses em que se põe autonomamente o direito à prova. É apenas exemplificativo. Justifica-se a produção antecipada da prova sempre que seu requerente demonstrar possuir interesse jurídico para tanto, ainda que em hipóteses não arroladas no art. 381 (p. ex., o requerente pode pretender produzir antecipadamente a prova para pré-constituí-la, e assim poder usá-la em futuro processo que, por razões procedimentais, só admita prova escrita – como é o caso do mandado de segurança ou da fase inicial da ação monitória – ou usá-la como fundamento para a obtenção de tutela da evidência” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).

43 MEIRELES, Edilton. Produção antecipada de provas. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 816.

44 “(...) não há limitação ao meio de prova. Logo, por este fundamento, tanto pode ocorrer a antecipação do depoimento pessoal, o interrogatório de testemunhas, o exame pericial, a exibição de documentos ou a inspeção judicial. Isso sem se falar em outros meios de prova moralmente legítimos” (MEIRELES, Edilton. Produção antecipada de provas. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 817).

probatória não há alegação de fato com a finalidade de sobre ele obter declaração (pronunciamento), não existe possibilidade de extração de confissão (*real ou ficta*) em depoimento pessoal antecipado. Essa forma (meio) de prova terá como finalidade, apenas, o esclarecimento de fatos⁴⁵;

b) *na prova testemunhal* – não haverá possibilidade de: (ii) *contraditar testemunhas* (CLT, art. 829; CPC, art. 457, § 1º) e de *acarear testemunhas* (CPC, art. 461, II). O juízo de valor sobre as causas de impedimento e de suspeição, bem como da necessidade de acareação cabe, com exclusividade, ao magistrado da eventual futura demanda vinculada à declaração de um direito material relativamente a uma situação substancial controvertida (CPC, art. 447, § 4º, e art. 461, II); (ii) *indeferir oitiva não excedente a 3 (três) testemunhas* (CLT, art. 821), salvo se prova disser respeito à falta grave cometida por dirigente sindical. Nesse caso, veda-se o *indeferimento de oitiva não excedente a 6 (seis) testemunhas* (CLT, art. 821). Os vetos decorrem do fato de que o juízo sobre a suficiência ou insuficiência da prova destinada ao convencimento (CLT, art. 765) cabe, com exclusividade, ao magistrado da eventual futura demanda vinculada à declaração de um direito material relativamente a uma situação substancial controvertida. Embora ao interessado seja oportunizada a oitiva dos quantitativos de testemunhas acima descritos, caso venha ajuizar demanda cognitiva pelo procedimento sumaríssimo, poderá se valer, por empréstimo, do depoimento de apenas 2 (*duas*) *testemunhas* (CLT, art. 852-H, § 2º) – que deverá indicar expressamente –, salvo decisão judicial em contrário (CLT, art. 765);

c) *na prova documental* – busca-se a exibição do documento e não a prova do fato documentado. O autor então, “deve se limitar a pedir a exibição de documento, apresentando sua justificativa para a antecipação da prova, ainda que apontando o fato que pretenda comprovar”⁴⁶. Por isso, a recusa injustificável em exibir o documento: (i) não produz a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor; (ii) não autoriza a expedição de mandado de busca e apreensão em face do réu ou de terceiros;

d) *na inspeção judicial* – deve-se ter em conta que essa forma (meio) de prova tem por escopo assegurar a imediação do juiz que irá decidir a eventual

45 Edilton Meireles, diferentemente, entende ser possível extrair a confissão da ausência da parte ao depoimento pessoal, embora isso seja objeto de consideração na demanda cognitiva. Segundo ele, a ausência do réu ou a sua recusa em responder perguntas será documentada, cabendo ao juiz da demanda principal (se deduzida) “decidir se da recusa do requerido se extrai a confissão. E, por óbvio, essa seria a consequência a ser declarada quando diante desta situação” (MEIRELES, Edilton. Produção antecipada de provas. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 831).

46 MEIRELES, Edilton. Produção antecipada de provas. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 817.

e futura demanda vinculada à declaração de um direito material relativamente a uma situação substancial controvertida. Como a demanda (ação) probatória não produz a prevenção do juiz para a eventual futura demanda (*infra*, n. 29), a realização antecipada de inspeção judicial não assegurará a imediação. A atuação do magistrado, então, estará “limitada apenas à descrição precisa daquilo que viu e examinou, deixando ao juiz da ação principal a avaliação dessa descrição e a extração de conclusões em face desses elementos”⁴⁷. Sendo assim, a diligência destinada à constatação (descrição do que se vê e examina) prescinde da figura do magistrado, que poderá designar algum servidor (em geral, oficial de justiça) para realizá-la.

10 – Competência

Para o processamento da demanda (ação) probatória, define-se a competência:

a) *material* – pela natureza da matéria do atual ou potencial conflito subjacente. Assim, se “a produção probatória que se quer antecipar é pertinente para um atual ou potencial litígio trabalhista, a competência (...) é da Justiça do Trabalho”⁴⁸;

Discute-se, porém:

(i) *a competência material* – quando a prova pretendida for utilizável em demandas de diversas naturezas. Imagine-se, por exemplo, a hipótese em que o companheiro pretende produzir prova (antecipadamente) da união estável com trabalhador que faleceu em acidente do trabalho, tendo à frente a possibilidade de demandar: em face do espólio, na Justiça Estadual, objetivando provimento judicial declaratório de existência de vínculo familiar; em face do INSS, na Justiça Estadual, objetivando a concessão de benefício previdenciário (CF, art. 109, I; Lei nº 8.2013/91, art. 129; Súmula STJ nº 15); e em face do ex-empregador do companheiro morto, na Justiça do Trabalho, objetivando o pagamento de indenizações por danos materiais e moral – próprios e como sucessor (CF, arts. 109, I e 114, I e VI; Súmula Vinculante STF nº 22);

Há quem diga que o interessado terá de ajuizar demandas (ações) probatórias em cada um dos juízos competentes para o processamento e julgamento da eventual futura demanda destinada à declaração do direito no caso concreto.

47 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC (381 ao 484)*. São Paulo: RT, 2016. v. VII, versão digital.

48 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital.

Assim, no exemplo acima, o interessado teria de ajuizar três demandas probatórias: uma que seria processada pela Vara de Família (Justiça Estadual); outra da competência da Vara de Acidentes do Trabalho (Justiça Estadual); e mais uma da competência da Vara do Trabalho (Justiça do Trabalho).

Outros, por sua vez, entendem que o interessado deverá ajuizar apenas uma demanda (ação) probatória, a ser processada pelo juízo competente para a futura eventual demanda prejudicial às demais. Assim, no exemplo acima, a competência material para processar a demanda probatória seria da Vara de Família⁴⁹.

Penso, entretanto, que pretendendo o autor produzir prova autônoma, tendo à frente atual ou potencial conflito gerador de demandas de diversas naturezas, poderá ajuizar a demanda (ação) probatória em qualquer um dos juízos competentes para processar e julgar as eventuais futuras demandas destinadas à declaração do direito no caso concreto. A competência material para aquela, no caso, é concorrente.

(ii) *a validade da prova produzida antecipadamente em juízo materialmente incompetente*. Essa questão parece-me ter solução no ordenamento jurídico. A ausência de competência material (pressuposto processual de validade) acarreta a nulidade da relação jurídica processual (CPC, arts. 64, 337, II, 485, IV, e 966, II). Não obstante isso, somente os pronunciamentos judiciais com conteúdo decisório são inválidos (CPC, art. 64, § 4º). Todos os demais atos são aproveitáveis (CPC, art. 283), como é o caso da prova produzida. A eficácia desta, entretanto, está vinculada ao fato de ter sido produzida em processo entre as mesmas partes ou no qual figurou a parte contra quem se deseja utilizá-la⁵⁰;

b) *funcional* – pelo potencial objeto da eventual futura demanda vinculada à declaração do direito material. Assim, por exemplo, se a eventual futura demanda for uma demanda trabalhista, a competência será de Vara do Trabalho; se for ação rescisória, será de TRT ou do TST (conforme o caso);

c) *territorial* – pela localidade da prestação de serviços (como regra). Ainda que se trate de prova autônoma, diante de atual ou potencial litígio

49 Súmula nº 53 do extinto TFR: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar questões pertinentes ao Direito de Família, ainda que estas objetivem reivindicação de benefícios previdenciários”.

50 “As partes do segundo processo têm de haver participado em contraditório do processo em que se produziu a prova que se visa aproveitar. Mais precisamente, é imprescindível que a parte contra qual vai ser usada essa prova tenha sido parte no primeiro processo. (...) Haverá de se verificar se aquele a quem desfavorece a prova emprestada participou de ambos” (TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 140, p. 148, out./dez. 2008).

trabalhista, aplica-se o disposto no art. 651 da CLT (regra específica) e não o disposto no art. 371, § 2º, do CPC.

11 – Legitimidade de parte

A legitimidade de parte será aferida (*in status assertionis*) segundo a titularidade da relação jurídica de direito material subjacente.

Cabe ao autor, por isso:

a) *descrever a relação jurídica de direito material subjacente* (embora sobre ela não recaia declaração judicial) e correlacioná-la à prova que pretende produzir⁵¹;

b) *direcionar a demanda* em face de todas as pessoas contra quem possa, futuramente, por empréstimo, utilizar a prova produzida (CPC, art. 372)⁵². “Por mais incerto e eventual que seja o uso futuro da prova em outro processo, cabe observar esse parâmetro”, uma vez que a “prova produzida sem a presença do adversário é despida de valor”⁵³.

51 “(...) não interessa despender energia para produção antecipada de uma dada prova sem qualquer relação, por menor e hipotética que possa ser, com uma controvérsia minimamente delimitada e com a expectativa, ainda que relativamente longínqua, de um julgamento estatal” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 335).

52 Habilita-se “a postular a obtenção antecipada de prova qualquer pessoa que tenha simples interesse jurídico na colheita dessa prova, seja para empregá-la em processo futuro, seja para se precaver de um eventual processo judicial, seja para subsidiá-lo na decisão de ajuizar ou não uma demanda, seja ainda para tentar, com base nessa prova, obter uma solução extrajudicial de seu conflito” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC [381 ao 484]*. São Paulo: RT, 2016. v. VII, versão digital).

O terceiro ao processo entre as partes em a prova foi produzida pode desta se beneficiar. Contrariamente, porém, contra ele “a prova produzida em processo entre terceiros teria nenhum ou reduzido valor” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 383). Não obstante isso, poderá o terceiro intervir no processo e, nesse caso, a prova produzida o vinculará.

“A eficácia da prova emprestada (...) sujeita-se a uma série de requisitos bastante rigorosos e ligados à observância do princípio do *contraditório*. Em primeiro lugar, é obviamente indispensável que já no processo de origem essa garantia haja sido observada. Exige-se também que naquele processo tenha estado presente, *como parte*, o adversário daquele que pretenda aproveitar a prova ali realizada – porque do contrário esse sujeito estaria suportando a eficácia de uma prova de cuja formação não participou. Mas a própria parte que pretende aproveitar-se de prova produzida alhures não precisa necessariamente ter sido parte também no outro processo, cabendo exclusivamente a ela o juízo da conveniência de valer-se ou não do *empréstimo*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. III. p. 98).

53 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital.

12 – Interesse jurídico

O interesse jurídico, assim como a legitimidade de parte, é aferido a partir da narrativa (*in status assertionis*) da situação de direito material subjacente e da sua correlação com a prova que se pretende produzir⁵⁴.

Cabe ao autor, por isso, afirmar que a prova pretendida revelará o conhecimento de fatos que poderão autorizar a solução do conflito (atual ou potencial), bem como justificar ou evitar o ajuizamento de demanda destinada à declaração do direito no caso concreto⁵⁵.

Revela-se, então, o interesse de agir, uma vez que: a) a *utilidade* – é inerente ao *direito à prova*; b) a *necessidade* – emerge da imprescindibilidade de se obter o conhecimento sobre certos fatos. Ninguém olvida, evidentemente, que prova, por si só, não produz certeza. Não obstante isso, não se pode negar o direito autônomo à prova, uma vez que seu principal escopo é o de permitir o convencimento das partes, determinando, assim, as suas condutas; e c) a *adequação* – está no manejo de demanda autônoma, denominada de *demanda (ação) probatória*.

13 – Litisconsórcio

As regras do litisconsórcio são plenamente aplicáveis à demanda (ação) probatória, com as adaptações às suas particularidades (como, *v. g.*, a ausência de julgamento relativamente à relação jurídica material subjacente).

Assim, quanto:

a) à *obrigatoriedade* – havendo: (i) vários titulares na relação de direito material (subjacente) afirmada pelo autor na petição inicial, e sendo ela incindível, o litisconsórcio será necessário (CPC, art. 114). É sabido que a prova produzida sem a oportunidade de participação daquele contra quem se deseja

54 É “preciso, de alguma forma, delimitar a relação material e a controvérsia dela resultante. Sem isso, não há como delimitar se a prova, ela própria, é necessária e adequada; e, portanto, não há como saber se a providência pode ou deve ser produzida de forma antecipada” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 358).

55 “(...) basta o interessado alegar a possibilidade de solução extrajudicial ou que pode evitar o ajuizamento de futura ação ou justificar seu ajuizamento. E aqui não há limites. Basta a alegação. E, salvo confissão, não se tem como provar que a afirmação (possibilitar a solução extrajudicial ou evitar ou justificar o ajuizamento da ação) não seja verdadeira” (MEIRELES, Edilton. *Produção antecipada de provas*. In: MIESSA, Élison; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 817).

utilizá-la é ineficaz (CPC, art. 115, II)⁵⁶. É necessário considerar, ainda, “que a prova produzida de forma antecipada, fora das hipóteses de urgência, tem em mira (...) proporcionar às partes melhores e mais objetivas condições de avaliar, de forma responsável, suas chances de êxito na perspectiva de uma contenda judicial e, portanto, de uma decisão imperativa”⁵⁷. Sendo assim, “para que essa avaliação possa se dar de forma efetiva, com proveito para as partes e, novamente, para o Estado, revela-se imprescindível a participação de todos que, de alguma forma, sejam titulares da relação material de que se cogita e à qual ligam os fatos que se pretendem sejam investigados”⁵⁸; (ii) várias relações de direito material subjacente, com titulares diversos, o litisconsórcio será facultativo (CPC, art. 113);

b) *aos efeitos da decisão* – o litisconsórcio será unitário (CPC, art. 116). “É que o resultado da prova produzida, até mesmo porque não envolve propriamente sua valoração e, portanto, não está ligado a um julgamento, se apresenta a todos de maneira uniforme. É possível até que os litisconsortes pretendam extrair da prova consequências diversas, como é também possível que sua avaliação – para determinação de futuras chances em processo declaratório – seja não uniforme. Contudo, como resultado que se põe às partes, a prova se apresenta como uma situação ela própria incindível”⁵⁹.

14 – Petição inicial

Os requisitos objetivos e subjetivos da petição inicial são plenamente aplicáveis à demanda (ação) probatória, com as adaptações às suas particularidades.

Assim, quanto:

a) *à causa de pedir* – cumpre ao autor descrever a relação jurídica de direito material subjacente (embora sobre ela não recaia declaração judicial) e correlacioná-la à prova que pretende produzir, apresentar as razões que justificam a antecipação da prova (CPC, art. 381, II e III) e mencionar com precisão os fatos sobre os quais a prova recairá – fatos que pretende investigar (*supra*,

56 “O direito à participação na produção da prova é garantia básica inerente ao contraditório. Não se pode admitir prova produzida secretamente, muito menos se permite a utilização de uma prova contra quem não participou da sua produção” (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 42).

57 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 380.

58 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 380.

59 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 375.

ns. 11 e 12). Não se exige, por razões lógicas: (i) a prévia “certeza quanto aos fatos ou ao direito alegado. Pelo contrário, o que referida providência busca é justamente propiciar elementos para que as partes possam avaliar suas chances e riscos, determinando sua conduta em relação à controvérsia”⁶⁰; (ii) que “o interessado indique para qual ‘eventual demanda futura’ essa prova se destina. Basta que apresente, em seu requerimento, razão suficiente (amoldada a um dos casos do art. 381) para a obtenção antecipada da prova”⁶¹;

b) *ao pedido* – confundem-se os pedidos imediato e mediato no requerimento da autorização da produção da prova, uma vez que o bem da vida pretendido é exatamente a prova (*supra n. 6*).

15 – Citação

A ação (demanda) probatória possui caráter contencioso (*supra, n. 5*). Por isso, de ofício ou a requerimento do autor, o juiz determinará a citação do réu (CPC, art. 381, § 1º).

Como na demanda (ação) probatória não se admite defesa (*infra, n. 16*), a citação terá por escopo: a) *dar ciência ao réu (finalidade cognitiva)* – de que uma demanda foi ajuizada em face dele; b) *integrar o réu ao processo (finalidade integrativa)* – deixando, assim, de ser apenas parte na demanda; c) *intimar o réu (finalidade de intimação)* – para (querendo) exercer o contraditório, acompanhando e praticados os atos que julgar cabíveis na produção da prova requerida.

16 – Resposta do réu

A demanda (ação) probatória não admite defesa (CPC, art. 382, § 4º). Esse veto, porém, deve ser adequadamente compreendido.

A vedação à apresentação de defesa pelo réu compreende a supressão da discussão do mérito da relação jurídica material subjacente narrada na petição inicial⁶², uma vez que sobre esta não haverá pronunciamento do juiz. O réu não estará privado, então (CF, art. 5º), de apresentar defesa processual (sem delimitação de prazo), em que veiculará matérias de ordem pública (que o juiz

60 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 234.

61 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC (381 ao 484)*. São Paulo: RT, 2016. v. VII, versão digital.

62 No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital.

tem o dever de conhecer de ofício) relativamente à demanda (ação) probatória (v. g., denunciar a ausência de pressupostos processuais, de legitimidade de parte, de interesse de agir).

17 – Natureza dúplice

No ordenamento jurídico vigente, compreende-se por demanda de natureza dúplice aquela em que o réu pode ampliar o objeto do processo mediante a dedução de pedidos em seu favor, que serão automaticamente acolhidos se a pretensão do autor for rejeitada⁶³. Em outras palavras: a sentença a favor do réu não se limitará a declarar a improcedência. Exemplo de demanda trabalhista de natureza dúplice, embora por força de lei e não por dedução de pedido do réu, é o *inquérito para apuração de falta grave com suspensão preventiva do empregado*. Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, o empregador será condenado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão (CPC, art. 495)⁶⁴.

Pode-se dizer, com as devidas adaptações, que a demanda (ação) probatória possui natureza dúplice, uma vez que o réu também poderá requerer a produção de prova, desde que:

a) *esteja relacionada ao mesmo fato objeto da prova requerida pelo autor* (CPC, art. 382, § 3º) – caso em que o réu, então, complementarmente a prova; e

b) *a produção conjunta da prova não acarrete excessiva demora* (CPC, art. 382, § 3º).

63 Não se deve confundir as situações em que o réu amplia o *conhecimento do processo* daquelas em que ele amplia o *objeto do processo*. O réu amplia: a) o *conhecimento do processo* – sempre que deduzir defesa indireta de mérito. Vale dizer: sempre que alegar fato impeditivo modificativo ou extintivo. Como somente o conhecimento do processo foi ampliado, o êxito do réu ensejará, no máximo, o indeferimento do pedido do autor (sentença declaratória negativa); b) o *objeto do processo* – sempre que deduzir pedido transcendente à emissão da *sentença de improcedência*. Vale dizer: sempre que deduzir pedido de pronunciamento jurisdicional destinado a acrescer a sua esfera jurídica, o que ocorrerá nas hipóteses em que apresentar reconvenção ou deduzir pedido contraposto, bem como nas demandas de natureza dúplice.

64 “(...) sendo improcedente o pedido de resolução contratual, os efeitos sentençiais retroagirão à data da suspensão operada (efeitos *ex tunc*); suprimem-se as repercussões da suspensão preventiva, reintegrando-se o trabalhador em seu cargo/função. O comando sentencial assegura o retorno obreiro ao *status quo* anterior à suspensão, parecendo tratar o período de afastamento como se fosse mera interrupção contratual (e não, de fato, suspensão). Na verdade, o que ocorre é que a sentença, ao não reconhecer cabível a dispensa, também suprime os efeitos suspensivos ao afastamento verificado, restaurando a higidez original do contrato” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1.292).

Não se trata, evidentemente, de uma demanda de natureza dúplice em sua concepção tradicional. As “peculiaridades da atividade probatória, se não são aptas a automaticamente fazer do autor um réu (e vice-versa), tornam irrelevante – ao menos se considerada a produção da prova – a distinção entre eles. A prova produzida pelo demandante valerá e produzirá efeitos tanto para ele quanto para o demandado. A duplicidade reside em que a ‘procedência’ da demanda (...) atua de forma igual para ambas as partes: ou, mais ainda: a prova requerida por iniciativa do autor poderá, quanto ao respectivo conteúdo, vir a favorecer o réu sem que, para qualquer uma dessas situações, tenha sido necessário que o demandado alargasse o objeto do processo”⁶⁵.

18 – Manifestação das partes sobre a prova produzida

Como a demanda (ação) probatória não tem por objeto o conhecimento destinado à declaração de direitos vinculados à relação de direito material, as partes não terão oportunidade para se manifestarem sobre a prova produzida.

A discussão sobre a validade (v. g., arguição de falsidade) e a eficácia (força probatória) da prova somente ocorrerão nos autos da eventual futura demanda em que ela for utilizada por empréstimo (CPC, art. 372).

19 – Valoração da prova

Pela mesma razão que às partes não é dada a oportunidade para se manifestar sobre a prova produzida, o juiz não irá valorá-las. Vale dizer: o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato e tampouco sobre as suas consequências jurídicas (CPC, art. 382, § 2º).

A valoração da prova somente ocorrerá nos autos da eventual futura demanda em que ela for utilizada por empréstimo (CPC, art. 372)⁶⁶. Nesta, inclusive, julgando necessário, o juiz poderá determinar a complementação, o esclarecimento e a repetição da prova (CLT, art. 765).

65 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 329-330.

66 Pode-se dizer, então, que a prova antecipada é incompleta, uma vez que suas consequências jurídicas e “a aferição definitiva de sua validade e sua valoração apenas poderão ocorrer no concreto contexto do processo em que ela venha a ser utilizada” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).

20 – Sentença

Finda a fase probatória, *com ou sem a produção da prova*, o juiz proferirá *sentença de mérito* (CPC, art. 487, I), pois atendeu o pedido mediato do autor (mérito), atestando a existência de um direito (processual) à produção da prova⁶⁷.

Embora de mérito, a sentença será *meramente formal*, uma vez que:

a) *não conterà decisão* – relativamente à ocorrência ou inoocorrência do fato ou sobre suas consequências jurídicas (*supra*, n. 19). Pode-se, excepcionalmente, pensar-se na admissibilidade de a sentença declarar prescrição ou decadência, desde que hajam elementos suficientes nos autos e sobre eles não haja controvérsia;

b) *produzirá a extinção do processo* – diante da ausência de fase subsequente.

21 – Prova não produzida

Pode ocorrer de a prova não ser produzida na demanda (ação) probatória, por óbices criados pelo réu, como, v. g., o não comparecimento para prestar depoimento pessoal ou comparecimento e emprego de evasivas ou recusa em responder perguntas; recusa ou não exibição de documentos; não submissão a exame.

Diante de tal quadro, não será possível, de imediato e na demanda probatória, extrair *consequências jurídicas* desses comportamentos do réu (*supra*, n. 9). Não será vedado a este, ainda, produzir a prova *sonogada na demanda probatória em futura demanda cognitiva* ajuizada pelo autor (destinada à declaração de direitos vinculados a uma relação de direito material).

Vindo o autor, então, a ser derrotado na demanda cognitiva em razão da produção da prova sonogada da demanda probatória, caberá ao réu, ainda que vencedor, responder pelas despesas do processo (custas e honorários advocatícios de sucumbência). O *fato objetivo da derrota*, nesta hipótese, cede lugar ao *princípio da causalidade* (CLT, art. 791-A; CPC, art. 85): *ao obstar a produção da prova na demanda probatória, o réu impediu a litigância judicial*

67 A “ação em exame presta-se a proteger o direito processual à prova, em casos em que se põe interesse jurídico para que tal direito seja exercido autonomamente” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).

*responsável (impediu o conhecimento e valoração dos fatos pelo autor), dando causa à demanda de conhecimento*⁶⁸.

22 – Recurso

As decisões (interlocutórias e sentença) são irrecorríveis, salvo quando estiverem fundamentadas no art. 485 do CPC, ou quando indeferirem a produção antecipada da prova (CPC, art. 382, § 4º).

Três observações são necessárias:

a) *a regra do art. 382, § 4º, do CPC* – não impede a interposição de recurso de embargos de declaração, por ser uma medida de saneamento (CLT, art. 897-A);

b) *a regra do art. 382, § 4º, do CPC* – adota como premissa a existência de um processo é simples. Vale dizer, o pedido é de produção de prova única (uma única forma de prova – ex.: prova testemunhal). Se, porém, houver pedido de produção de mais de uma forma de prova (cumulação de provas), a decisão impeditiva da produção de uma delas comportará impugnação por recurso. Sendo interlocutória a decisão, e estando fundamentada: (i) *no art. 485 do CPC* – a interposição do recurso ordinário ficará diferida no tempo (CLT, art. 893, § 1º); (ii) *no art. 487, I, do CPC* – a interposição do recurso ordinário será imediata (CPC, art. 356; TST-IN nº 39, art. 5º);

c) *a regra do art. 382, § 4º, do CPC* – trata da irrecorribilidade ordinária. Sendo a demanda probatória, então, causa de instância única, não se descarta, em tese, a possibilidade de impugnação da decisão por recurso extraordinário (CF, art. 102, III; Súmula STF nº 640).

23 – Coisa julgada

A sentença proferida na demanda (ação) probatória, embora seja de mérito, é meramente formal. Não produz, portanto, coisa julgada material, salvo se houver a declaração de prescrição ou decadência.

68 A produção antecipada da prova sem caráter de urgência ou vinculada à declaração de um direito se destina “à busca e apropriação de dados para melhor conhecimento de dada situação de direito material, de sorte a habilitar o interessado a aferir a conveniência de ajuizar, ou não, demanda futura ou, mais amplamente, de avaliar suas chances em processo futuro” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 429-430).

24 – Conciliação

Não obstante o objeto da demanda (ação) probatória (*supra*, n. 6), nada impede que as partes conciliem, quer quanto ao litígio (atual ou potencial) quer quanto aos fatos (CLT, art. 764).

25 – Abuso de direito

Embora a ação probatória garanta o acesso, a obtenção e a pré-constituição da prova, não se admite o uso abusivo desse direito (CPC, art. 5º; CC, art. 187), que deve ser sancionado com a pena de litigância de má-fé (CPC, art. 81).

No direito estadunidense considera-se existente a *abuse discovery* sempre que se constatar, de modo manifesto, a intenção de causar aborrecimento, embaraço, opressão, excessivo ônus ou gasto, como nas hipóteses de “requerimento de informações inúteis ou excessivas (...); do fornecimento de um elevado número de documentos, com intuito de dificultar o exame do requerente (*bulk discovery* ou *hide and seek play*); do requerimento genérico e vago de informações (*fishing expedition*), inclusive com a incompleta delimitação de seu conteúdo”⁶⁹.

26 – Utilização da prova produzida

A prova produzida antecipadamente ingressará em outras demandas “como prova emprestada (art. 372). Nesse segundo processo, a prova emprestada tem a forma documental, mas é apta a preservar o seu valor originário (de prova pericial, testemunhal, etc.)”⁷⁰. Ressalta-se, além disso, que não há necessidade de aguardar a sentença na demanda (ação) probatória para a utilização, por empréstimo, da prova produzida antecipadamente.

27 – Desistência

A desistência da demanda pelo autor sem o consentimento do réu tem como marco a citação deste.

É certo que a desistência, tradicionalmente, somente exige o assentimento do réu se ele houver ofertado a contestação (CPC, art. 485, § 4º). Como, porém,

69 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 196-197.

70 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital.

na demanda (ação) probatória não há oportunidade para a contestação do mérito da relação jurídica material subjacente e a defesa processual não tem prazo delimitado (*supra*, n. 16), o momento em que o assentimento do réu passa a ser necessário é o da citação.

28 – Autos em cartório

Proferida a sentença, os autos permanecerão em cartório por um mês, sendo depois entregues ao promovente (CPC, art. 383). Essa regra, obviamente, se aplica apenas na hipótese de tramitação da demanda em autos físicos. No PJe os autos se encontram livremente disponíveis para as partes, sendo, então, arquivados após o decurso de 30 dias.

29 – Competência para a demanda destinada à declaração do direito

O juízo a quem couber processar a demanda (ação) probatória não ficará prevento para a potencial e futura demanda (ação) destinada à declaração de direitos vinculados à relação jurídica de direito material em que a prova antecipada será utilizada (CPC, art. 381, § 3º).

Salvo se o juízo for único, então, a demanda (ação) destinada à declaração de direitos vinculados à relação jurídica de direito material deverá ser livremente distribuída (CLT, art. 713; Lei nº 11.419/06, art. 10).

30 – Exibição de documentos e demanda probatória

Há quem entenda que a demanda (ação) probatória não é adequada à produção da prova documental, uma vez que há disciplina normativa expressa para a exibição de documentos. Outros, porém, sustentam a possibilidade da produção da prova documental em procedimento autônomo, embora apliquem, com certas adaptações, as regras do incidente de exibição de documentos⁷¹.

A exibição de documentos de que tratam os arts. 396 a 404 do CPC é procedimento incidental à demanda (ação) destinada à declaração de direitos vinculados à relação jurídica de direito material, e tem, entre outros: a) *procedimento* – adequado à sua natureza incidental; b) *por objeto* – a prova do fato documentado; e c) *por destinatário direto* – o juiz. É por tudo isso, inclusive,

71 MEIRELES, Edilton. Produção antecipada de provas. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 821.

que o juiz poderá ordenar, de ofício, a exibição de documento (CPC, art. 396)⁷² e admitirá como verdadeiros os fatos que por meio deste a parte pretendia provar, caso haja recusa injustificada em exibi-lo (CPC, art. 400).

A demanda (ação) probatória para produção de prova documental tem, entre outros: a) *procedimento* – adequado à sua natureza autônoma; b) *por objeto* – a exibição do documento (não a prova do fato documentado); e c) *por destinatários diretos* – as partes⁷³. É por isso que o juiz não poderá ordenar, de ofício, a exibição de documentos e a recusa injustificada em exibi-los não produzirá a presunção de veracidade ou a busca e apreensão (*supra*, n. 9).

São manifestas, portanto, as diferenças entre a demanda probatória (CPC, art. 381, II e III) e o incidente de exibição de documentos (CPC, arts. 396 a 404), de modo que: a) a existência desta não exclui a possibilidade de uso daquela⁷⁴. Também convém lembrar o “propósito do dever de veracidade e da concomitante cogitação de um ‘dever geral de informação’; cujo conteúdo envolveria o fornecimento de documentos ou de coisas sujeitas a exame, sendo possível exigir toda conduta que viabilizasse um preliminar esclarecimento e registro dos fatos relevantes relacionados à dada controvérsia”⁷⁵; b) não há como emprestar à ação autônoma de produção antecipada de prova documental o procedimento do incidente de exibição de documento.

72 “Observe-se que a exibição do documento ou da coisa poderá ser determinada de ofício pelo magistrado, ou mediante requerimento de interessado” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC [381 ao 484]*. São Paulo: RT, 2016. v. VII, versão digital).

73 A “a exibição de documento como uma das formas de exercício do direito à prova com natureza autônoma” tem especial destaque no papel no “convencimento das partes, na avaliação de suas chances e no estímulo a solução de autocomposição” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 429).

74 Sujeitam-se à ação probatória “os documentos e a escrituração comercial, os balanços e os documentos de arquivos” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC [381 ao 484]*. São Paulo: RT, 2016. v. VII, versão digital).

“A exibição de documento, se requerida no curso de um processo, dá origem a um procedimento específico (...). No entanto, caso se pretenda sua antecipação, a ação” probatória “é o veículo para tanto” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).

“E, por óbvio, que essa prova documental antecipada pode ocorrer” (MEIRELES, Edilton. *Produção antecipada de provas*. In: MIESSA, Élisson. CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 821).

75 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 428.

31 – Incidente de exibição de documentos

Em demanda (ação) destinada à declaração de direitos vinculados à relação jurídica de direito material, o incidente de exibição de documentos (entre as partes), em linhas gerais, observará o seguinte:

a) *ao pedir a exibição de documentos* – o interessado deverá: (i) descrever (individualizar), de modo mais completo possível, o documento; (ii) indicar a finalidade da prova, apontando os fatos determinados que poderão vir a ser comprovados pelo documento; c) expor as circunstâncias pelas quais afirma que o documento existe e se acha em poder do réu (CPC, art. 397);

b) *o requerido será intimado* – para ofertar resposta no prazo de 5 dias (CPC, art. 398). O requerido poderá: (i) *exibir o documento*; (ii) *alegar que não possui o documento*. Essa alegação somente é admissível se o interessado não tiver a obrigação legal de manter o documento e alegar a sua perda em razão da ocorrência de força maior ou de caso fortuito, caso em que será permitida a produção da prova dessas circunstâncias (CPC, art. 398, parágrafo único); (iii) *contestar a obrigação de exibi-lo*. Essa alegação somente é admissível nas hipóteses do art. 404 do CPC, e, sendo necessário, o juiz designará audiência para decidir sobre a legitimidade da recusa;

c) *não comprovada causa justificada para a não exibição do documento* (CPC, arts. 399 e 404) – o juiz intimará o requerido para exibi-lo em 5 dias, podendo determinar todas as medidas que julgar necessárias para assegurar o cumprimento dessa ordem (CPC, arts. 139, IV, e 400, parágrafo único);

d) *o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento, a parte pretendia provar, se*: (i) o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo de 5 dias (CPC, art. 400, II); (ii) a recusa for havida por ilegítima (CPC, art. 400, II).

32 – Temas correlatos

Para concluir o presente estudo, faremos brevíssimas referências a temas tratados no art. 381 do CPC.

32.1 – Produção da prova antecipadamente com o requisito da urgência

A *produção antecipada da prova com o requisito da urgência* está fundada no receio de que *a espera para sua produção* (na fase apropriada) na pendência da demanda (ação), destinada à declaração de direitos vinculados

à relação jurídica de direito material a torne *impossível* (risco de seu desaparecimento) ou *muito difícil* (CPC, art. 381, I). Exemplo: oitiva antecipada de testemunha que, por comprovadas razões, poderá falecer; realização de prova pericial para avaliar a insalubridade, diante do anúncio do empregador de fechamento de determinado setor.

32.2 – Arrolamento de bens

O art. 381, § 1º, do CPC trata do arrolamento de bens com o escopo de documentação. Previne-se, com isso, o extravio ou a dissipação de bens, sendo utilizado, em geral, para identificar e individualizar bens que compõem uma universalidade de bens (um conjunto de bens) não delimitados, como, *v. g.*, bens que compõem uma herança ou uma sociedade conjugal, comercial, *etc.*

32.3 – Justificação

O art. 381, § 5º, do CPC trata da justificação judicial, cujo escopo é o de constituir imediatamente a prova (independentemente do risco de seu desaparecimento) de determinado fato para simples documentação (precaução genérica do interessado). Não serve, assim, à declaração (certificação) definitiva (estável) e inquestionável (com força vinculante) da existência (ou inexistência) de fato ou de relação jurídica, destacando-se que não haverá citação do réu (CPC, art. 381, § 1º).

Recebido em: 16/01/2019

Aprovado em: 18/02/2019

COMPLIANCE TRABALHISTA: A UTILIZAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DE CONFLITOS DE NATUREZA TRABALHISTA

LABOR COMPLIANCE: THE USE OF THE ANTICORRUPTION LAW AS AN INSTRUMENT FOR THE PREVENTION OF CONFLICTS OF LABOR NATURE

Uérlei Magalhães de Morais*

RESUMO: O presente artigo visa analisar a Lei nº 12.846, de 2013, como instrumento idôneo e eficaz de prevenção de conflitos jurídicos na esfera trabalhista. A legislação em apreço trata do chamado *compliance*, sendo um sistema que estabelece práticas para manter a legalidade e ética nas atividades empresariais. O *compliance* ganhou *status* no cenário nacional na medida em que surgiram escândalos políticos que serviram para criação da lei, que tem como objetivo o combate à corrupção, podendo ser aplicado em diversas áreas do direito, inclusive na área trabalhista, na medida em que busca adequar as atividades empresariais à legalidade exigida, mantendo sua atratividade nas relações comerciais, evitando demandas judiciais trabalhistas e gerando lucratividade ao empresário. O artigo abordará o conceito e surgimento do *compliance* no Brasil e no mundo, sua adequação no âmbito trabalhista para evitar ações judiciais trabalhistas, visando à manutenção da ordem social e econômica, assim como a função social da empresa.

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance*. Trabalhista. Ações Judiciais. Prevenção.

ABSTRACT: *This article aims at analyzing Law no. 12.846 of 2013 as an appropriate and effective instrument to prevent legal conflicts in the labor sphere. The legislation in question deals with so-called compliance, being a system that establishes practices to maintain legality and ethics in business activities. Compliance has gained status on the national scene as political scandals have emerged that have served to create the law, which aims to combat corruption, and can be applied in several areas of law, including in the labor area, as it seeks to adjust corporate activities to the required legality, maintaining its attractiveness in commercial relations, avoiding labor judicial demands and generating profitability to the entrepreneur. The article will deal with the concept and appearance of compliance in Brazil and in the world, its adequacy in the labor scope to avoid labor lawsuits, aiming at maintaining the social and economic order, as well as the social function of the company.*

KEYWORDS: *Compliance*. Labor. Judicial Actions. Prevention.

* Professor de Direito e Processo do Trabalho do Centro Universitário São Lucas; especialista em Direito e Processo do Trabalho e em Direito Público; assessor de juiz da Primeira Vara da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

1 – Introdução

A Lei nº 12.846/2013 busca incentivar as empresas no combate à corrupção. Ainda que voltada essencialmente às empresas que atuam junto ao Poder Público, e, mesmo que não haja um comando para que todas as empresas adotem um sistema de *compliance* para as normas trabalhistas de forma expressa, esta gestão empresarial é, hoje, relevantíssima.

O descumprimento da legislação nacional e internacional pelas empresas pode trazer efeitos prejudiciais à imagem e reputação da empresa, especialmente quando a conduta violar padrões socialmente aceitos. O desrespeito ao meio ambiente, a prática de atos de corrupção pelos dirigentes, a utilização de trabalho escravo e a violação de direitos dos consumidores são exemplos de condutas que podem trazer sérios prejuízos à empresa, com a redução na venda de seus produtos e serviços diante da reprovação social, especialmente quando amplamente difundida na mídia. Portanto, as empresas necessitam cada vez mais desenvolver sistemas internos de controle de seus dirigentes e funcionários para evitar a exposição negativa da empresa.

Um sistema de monitoramento voluntário do cumprimento das obrigações trabalhistas, além de outros regulamentos legais, torna a empresa mais competitiva, porque mais confiável, transparente, capaz de implantar modelos éticos e sustentáveis de negócios.

Fala-se hoje que um sistema de conformidade ou de integridade deve abranger as cadeias de fornecimento, produção e circulação da empresa global. Isso porque a empresa se torna garante de que os direitos humanos foram respeitados, juntamente com o ambiente, no que se convencionou chamar de tripé da sustentabilidade: ação econômica produtiva, respeito aos direitos sociais e ao ambiente.

Este tripé está envolvido numa base ética de atitudes anticorrupção que são enunciadas, monitoradas e corrigidas, se necessário.

Do ponto de vista dos empregados, o instrumento de *compliance* seria um meio de indicar os comportamentos esperados, numa formulação preventiva, porém, com as limitações autoimpostas sobre ingerências indevidas do comando patronal na esfera da vida privada do trabalhador e em outros direitos inespecíficos.

Do ponto de vista dos empregadores, as empresas manifestam seu poder de gestão como uma nova roupagem, mais especificada e adequada, com respostas para as demandas produtivas atuais, dentro de padrões de eticidade.

O *compliance* é conceito inglês que significa *em conformidade com a lei*. Na seara empresarial significa a implantação de diversos mecanismos para garantir que a empresa cumpra com todas as normas a ela impostas, buscando prevenir conflitos jurídicos ou sanções de qualquer outra natureza.

O sistema de *compliance* surgiu em 1913 no cenário internacional, sendo que no Brasil apenas em 1988 se tornou presente. No entanto, foi em 2013, com a Lei nº 12.846/2013, após inúmeros casos de corrupção no âmbito político nacional é que a procura das empresas por aplicação da técnica se intensificou.

Atualmente, é possível a implantação do programa em qualquer área corporativa, inclusive na área trabalhista, na qual podem ser adotadas as avaliações de riscos nas contratações, realização de auditorias, elaboração de código de ética e de conduta, instituição de canais de denúncia, dentre outras medidas preventivas.

Dentre os métodos preventivos aplicados pelo *compliance*, é possível se utilizar de ideias adotadas por outros países, como a *know your customer* (conheça seu cliente/parceiro) e o *know your employee* (conheça seu funcionário).

Nota-se, portanto, que o *compliance* é uma interessante ferramenta a ser utilizada pelas empresas para adequar sua conduta à legislação e para mitigar a responsabilização social. Na sociedade atual, os consumidores assumem papel de destaque no controle da atuação das empresas, o que se manifesta pela influência de um agente externo nas condutas internas da empresa. Como instrumento de se evitar a reincidência na prática do ato ilícito, esse controle externo da sociedade pode ser mais efetivo que o controle judicial e dos agentes de fiscalização.

O objetivo do presente artigo é analisar o *compliance* aplicado na esfera trabalhista, demonstrando os métodos utilizados e sua importância na prevenção de demandas judiciais especializadas, buscando cumprir com a função social da empresa na medida em que as normas trabalhistas, a integridade e a ética empresarial são preservadas, gerando lucratividade ao empresário.

Para tanto, utiliza-se na dissertação o método dedutivo, na qual, através da pesquisa de bibliografias em *sites*, revistas, jornais, doutrinas e legislação, se chegará a uma conclusão lógica.

2 – *Compliance* no Brasil e no mundo

Compliance é uma palavra inglesa que em português significa conformidade. É o dever de estar em conformidade com as leis, diretrizes, éticas,

DOCTRINA

regulamento interno e externo, a fim de minimizar os riscos vinculados a reputação, além do risco legal regulatório (FREIRE, 2014).

O *compliance* nas empresas, segundo Lira (2013), significa atender aos normativos dos órgãos reguladores, de acordo com as atividades desenvolvidas pela sua empresa, bem como dos regulamentos internos, principalmente aqueles inerentes ao seu controle interno.

O instituto do *compliance* é ferramenta necessária e primordial às atividades empresariais, na medida em que permite facilitar o cumprimento de regras e prevenir inúmeros problemas de distintas naturezas. Vai além das barreiras e regulamentos, incorporando princípios de integridade e conduta ética (ABBI; FEBRABAM, 2009).

Consiste em assegurar, em conjunto com as demais áreas, a adequação, fortalecimento e o funcionamento do Sistema de Controles Internos da Instituição, procurando mitigar os riscos de acordo com a complexidade de seus negócios, bem como disseminar a cultura de controle para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos existentes. Além de atuar na orientação e conscientização à prevenção de atividades e condutas que possam ocasionar riscos à imagem da instituição (ABBI; FEBRABAM, 2009).

Aplicar o instituto é instituir programa que permita que a empresa se adeque às normas, atuando de forma correta e impondo esse dever também a seus funcionários e colaboradores.

A origem das primeiras noções de *compliance* data de 1913, quando os Estados Unidos criaram o *Federal Reserve*, o Banco Central norte-americano. O objetivo seria construir um sistema financeiro mais flexível, seguro e estável, de sorte que dentre esses elementos, a busca pela segurança é o que está mais intimamente ligado à adoção de práticas de *compliance* (TRAPP, 2014).

Posteriormente, ainda segundo Trapp (2014), em 1930, na conferência de Haia, fundou-se o BIS – *Bank of International Settlements*, sediado em Basileia, Suíça, com a finalidade de que todos os bancos centrais do mundo cooperassem entre si.

Em seguida, emerge a década de 1960, por muitos chamada de “a era do *compliance*”, haja vista a norte-americana SEC – *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Valores Mobiliários americana) iniciou uma campanha para pressionar as empresas norte-americanas a contratar *compliance officers*, a fim de criar procedimentos internos de controles, treinar funcionários e monitorar o cumprimento de regras internas, com o objetivo de auxiliar a efetiva supervisão da área de negócios (TRAPP, 2014).

DOCTRINA

Ainda segundo Trapp (2014), os Estados Unidos foram surpreendidos pelo mundialmente famoso escândalo de Watergate, um dos mais emblemáticos casos de corrupção da história recente. Assim, diante da conjuntura que se instalou a partir das investigações e consequentes revelações do caso, o Congresso norte-americano aprovou o já citado FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*, importantíssimo marco na história do desenvolvimento do *compliance* e tido, até os dias atuais, como uma das principais bases normativas dos programas de integridade, bem como a principal representação legislativa desse tipo de programa.

Mais adiante, em 1997, os países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), além do Brasil, Argentina, Bulgária, Chile e Eslováquia, celebraram a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, com entrada em vigor em 1999, e cujo objeto consistia em um compromisso dos Estados signatários em adequar suas legislações às medidas necessárias à prevenção e combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros no âmbito do comércio internacional.

Percebe-se que a preocupação com a ética e honestidade gerou a instituição de programas governamentais que se alastraram no tempo, sendo intensificadas nos dias atuais com a integração de diversos países, na busca de metodologias que buscam o cumprimento das normas, sendo o método do *compliance*.

No Brasil, desde o ano de 1998, algumas práticas adotadas já possuíam característica do *compliance*, dentre as quais a publicação da Resolução nº 2.554 do Banco Central, dispoendo sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos.

No ano de 1998 foi publicada a Lei nº 9.613, conhecida como a Lei de Combate aos Crimes de “Lavagem” de Dinheiro.

Além da sua importância penal, a nova lei cuidou de criar entre nós o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) – órgão da Administração Pública Federal, no âmbito do Ministério da Fazenda, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas (MARTINEZ, 2016).

Não apenas os bancos, mas também as empresas foram criando práticas para prevenir problemas de diversas naturezas, adotando códigos de condutas, regimentos internos, realização de treinamento de funcionários, auditorias de análise e prevenção de riscos, dentre outras medidas.

No entanto, apenas no ano de 2013, após inúmeros escândalos envolvendo o mundo da política, é que foi criada a Lei nº 12.846, chamada Lei Anticorrupção, dispendo sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas sobre atos ilícitos praticados contra a Administração Pública.

Está prevista na Lei Anticorrupção uma espécie de análise da conduta social e da “personalidade” da empresa, método que o legislador de 2013 optou em quase simetria ao sistema de aplicação de sanções do art. 59 do Código Penal. Dito de outra forma, quanto mais ética e em conformidade as leis e regulamentos estiverem, de fato a empresa, menor poderá ser a sanção a ela imposta (MARTINEZ, 2016).

A Lei Anticorrupção estimulou a prática de *compliance* porque minimizou as sanções para as empresas que comprovadamente cooperam para apuração de infrações.

Tal incentivo, na prática, se verifica na medida em que as empresas adotam mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a aplicação efetiva de código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, visando se prevenir em face de possíveis punições.

Assim, apenas após a instituição da Lei Anticorrupção é que o *compliance* foi se consolidando no Brasil, sendo que seus princípios e regras vêm sendo aplicadas por diversas empresas, em vários segmentos, inclusive na área trabalhista, sendo de suma importância não só para redução e prevenção de prejuízos e dissídios trabalhistas, preservando o lucro empresarial, como também para a melhora direta nas relações empregatícias e nos direitos inerentes ao trabalhador.

3 – Função social da empresa e o *compliance*

A empresa tem um papel primordial no cumprimento de sua função social enquanto atividade econômica organizada, na medida em que gera lucros e dividendos, atendendo interesses internos (seus sócios e administradores) e externos (terceiros empregados e sociedade), na medida em que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores.

Ainda, Coelho (2012) afirma que a atuação da empresa é consentânea com os objetivos acima descritos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os

DOUTRINA

bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.

O art. 170 da Constituição Federal determina que a ordem econômica é “fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa” e tem “por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Tal texto da Carta Magna protege a livre iniciativa em todas as suas nuances, podendo o cidadão ser autônomo para desenvolver com liberdade atividades empresariais, entretanto, também se está limitando a autonomia privada na medida em que as atividades empresariais deverão observar certos papéis e direcionamentos.

A função social da empresa não tem a finalidade de anular a livre iniciativa nem de inibir as inovações na órbita empresarial, mas sim de assegurar que o projeto do empresário seja compatível com o igual direito de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida (FRAZÃO, 2011).

A função social da empresa é retirada não apenas do art. 170 da Constituição, que traz os princípios da ordem econômica, derivado da função social da propriedade, mas também do princípio da dignidade humana e dos objetivos fundamentais da República brasileira, presentes nos arts. 1º e 3º da Constituição, derivado do princípio da solidariedade.

No caso brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana foi apontado logo no art. 1º da Constituição de 1988, como fundamento do estado Democrático de Direito, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, do pluralismo político e do reconhecimento expresso de que a legitimidade do poder pertence ao povo.

Por outro lado, o art. 1º é complementado pelo art. 3º, ao prever os objetivos fundamentais da República. Dispondo dessa maneira, a própria Constituição considerou tais princípios como elementos estruturantes da ordem constitucional, de forma que compõe diretamente o paradigma em função do qual todos os demais direitos e princípios serão interpretados (FRAZÃO, 2011).

Destarte, percebe-se que a existência da função social da empresa encontra mais de um fundamento constitucional, pois se alicerça no princípio da ordem econômica, no da dignidade da pessoa humana e nos objetivos fundamentais da República, como já ditos.

DOCTRINA

Como dito, o *compliance* deve ser compreendido como o atuar nas conformidades do estabelecido pela lei, por regulamentos, protocolos, padrões ou recomendações de determinado setor, códigos de conduta e órgãos regulatórios.

Os benefícios do *compliance* são muito maiores que apenas aqueles voltados ao empresário, proporcionando a realização da função social, que se revela também na garantia de boa qualidade de vida ao empregado e demais sujeitos envolvidos na atividade empresária.

Isso porque as medidas a serem adotadas assegurarão aos empregados o respeito aos seus direitos individuais, à segurança e à saúde no trabalho, bem como que haja um meio ambiente do trabalho livre de comportamentos assediadores, o que automaticamente refletiria no número de demandas trabalhistas.

A função social da empresa deve ser o princípio balizador da função do *compliance*, pois este programa é hábil não só a gerar benefícios à atividade empresarial, como proporcionar o cumprimento da sua função social.

É essencial analisar o procedimento sob a ótica da economia solidária, que traz a importância da autogestão e de uma proteção regulatória endógena para originar, em sentido estrito, a colaboração dos envolvidos em seu processo de desenvolvimento socioeconômico por meio de disposições institucionais de cooperação.

Assim, em perfeita coadunação com os problemas da atualidade supra-mencionados, a implantação do *compliance*, de forma efetiva, pode auxiliar a empresa a obter mais confiança dos investidores e maior credibilidade no mercado. Não só isso, ao alcançar altos níveis de cooperação interna e externa, com o conseqüente aumento de lucro, mas sempre de forma sustentável, a empresa trará benefícios à organização, à sociedade, e, especialmente, aos seus empregados.

Esses, através da implantação do programa aliado à ideologia da economia solidária, poderão efetivamente desfrutar, por exemplo, de um ambiente de trabalho mais participativo e condizente com suas necessidades, que supra suas demandas e acabe por evitar a necessidade de provocação do judiciário trabalhista, beneficiando a todos.

De tal modo, é “(...) possível desenvolver mecanismos de combate à pobreza, ao analfabetismo e à exclusão, tomando-se como suporte o crescimento econômico, em processo concomitante (e não sucessivo, como pretendiam economistas ligados ao nacional desenvolvimentismo)” (FEITOSA, 2009).

Para que seja exercido em sua plenitude, o direito ao trabalho deve ser efetivado sob os auspícios do direito ao desenvolvimento, que tal como afirmado por Feitosa (2009):

“(...) respeitar e incorporar os ditames culturais locais e regionais, padrões ambientais transacionais, solidariedade intergeracional, entre outros princípios com base na ampliação da participação popular. (...) o direito ao desenvolvimento radica mais confortavelmente na relação entre os direitos sociais e culturais, unindo, pelos extremos, o individual/grupal e o global, ao respeitar os direitos sociais e culturais de coletividades atingidas pelos impactos negativos das externalidades econômicas, quando pugna pela proteção ambiental em benefícios da espécie humana ou quando atua na luta pela inclusão social dos povos do planeta. Pode ser encontrado no direito ao trabalho, à saúde, à paz internacional, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente sadio e efetivamente equilibrado, estando permeado em todos esses eixos, pela expressão livre e democrática de sujeitos e coletividades.”

Suas técnicas são, na verdade, bastante eficazes para a construção de um espaço econômico e de uma sociedade que se pautem não só na economia de mercado pura e simplesmente, mas muito além, numa economia que impulse o crescimento e o desenvolvimento social dos sujeitos envolvidos, podendo chegar a influenciar até os próprios meios em que se dá o comércio.

O programa de *compliance* a ser adotado pela empresa vai ganhar um relevante papel quando observado no viés social e pessoal, pois ele irá ser ferramenta essencial não só à empresa, como também ao desenvolvimento das pessoas envolvidas nesse processo de conformidade. Irá colaborar também para a emancipação social e diminuição de desigualdades desses agentes.

O direito ao desenvolvimento passa por caminhos que respeitam a dignidade humana, o desenvolvimento integral da pessoa humana, a conquista do bem-estar material em todas as esferas, e se apresenta como a expansão das liberdades reais que se pode desfrutar (ARAÚJO, 2016).

A opção da empresa de exigir o cumprimento de normas éticas e de toda a legislação acaba por ser um investimento essencial à sua própria reputação, mas também é essencial como forma de combater a lógica do mercado atual, em que o polo mais fraco acaba por ser excluído e prejudicado, sendo deixados de lado, muitas vezes, seus direitos em nome do lucro.

Isto, pois um dos setores que mais deve ser atingido pelas práticas preventivas da empresa é o relativo às relações de trabalho, pois intimamente ligado

à função social da empresa, não apenas a de ordem econômica, mas também a que se refere à dignidade da pessoa humana e aos objetivos fundamentais da República.

4 – Economia solidária e o *compliance*

O *compliance* surge para firmar transformação das empresas em Empreendimentos Econômicos Solidários, buscando concretizar a economia solidária. Isso seria realizado através da reorganização da atividade econômica, pautada em um trabalho intensificado de gestão da atividade empresarial, modificando a dinâmica para valorizar primordialmente o agente econômico em si.

A economia solidária é o fenômeno socioeconômico que une riqueza e solidariedade, dentro de um contexto permeado por práticas de gestão interna. Nesse sentido, a autogestão consiste na construção de forma de gerência e execução, que influenciaram nas dimensões econômicas, social, política e técnica.

Dessa forma, pode-se ver como na prática seria alcançada a função social da empresa, em respeito aos princípios constitucionais da ordem econômica e à dignidade da pessoa humana.

Na medida em que se estabelece um código próprio a ser seguido pela empresa, que irá regular como as coisas devem funcionar, levando em consideração a voz do empregado e dos fornecedores, e não só a voz do empresário, acaba-se por valorizar os agentes e promover a melhoria da sua vida econômica e social.

O empresário irá preservar e obter seu lucro, ao mesmo tempo em que o empregado valorizado e beneficiado com o cumprimento dos diversos instrumentos legais que lhe protegem, como a própria CLT, terá seus interesses sociais e econômicos satisfeitos.

Para Michel Foucault (1994), o poder não se constitui de maneira monolítica, nem está num espaço pré-determinado, mas funciona em rede, de modo que seu exercício mais ínfimo encontra apoio em outros pontos da rede, podendo se potencializar e potencializar outros poderes.

Friedmann (1996, p. 34) afirma: “Percebe-se na economia solidária uma espécie de empoderamento que torna os agentes econômicos igualmente responsáveis pelos destinos de suas iniciativas”.

A economia solidária traz a função de fomentar o laço de sociabilidade coletiva, fazendo com que todos os componentes empresariais se vejam como responsáveis pelo sucesso empresarial, cabendo a cada um deles tanto o papel

DOUTRINA

de agir em conformidade com o regramento da empresa e de acordo com as leis, obedecendo às regras de *compliance*, como também os benefícios advindos disto.

Então, de certa forma, o *compliance* tem a função educativa, que busca irradiar os princípios da solidariedade dentro do sistema capitalista, modificando-o.

A economia solidária pode ser vista como alternativa às adversidades do sistema de reprodução capitalista, dando àqueles menos agraciados pelo capital as ferramentas da cooperação, relação de reciprocidade, sendo uma inovação na geração de trabalho e renda, e ainda de lucro para o empresário.

O *compliance* vem, nesse contexto, como medida para efetivar essa economia solidária, dando um maior protagonismo ao empregado, por exemplo, na gestão da empresa, e conformando a atividade à correção da lei e das regras internas.

Da mesma forma, o empresário não saindo prejudicado, mas, pelo contrário, beneficiado com toda essa conformidade, ao diminuir prejuízos com demandas trabalhistas e crises oriundas de descumprimentos normativos, irá ser agraciado por esse programa de conformidade, o que inverte a lógica do capitalismo e acaba por valorizar os agentes econômicos envolvidos.

Assim, o *compliance* deve ser visto como um meio extremamente eficiente de combater, na atualidade, prejuízos na atividade econômica, fomentando o lucro do empresário, ao mesmo tempo em que protege os empregados e demais sujeitos marginais do processo ordinário de acumulação de riqueza, rechaçando a exclusão social.

Sobre o tema, Euclides André Mance (2002) afirma:

“o potencial das iniciativas de Economia Solidária em se constituírem como alternativa ao capitalismo estaria ligado à noção de colaboração solidária, consistindo esta em estratégia para organização de uma sociedade pós-capitalista, baseada na implantação de redes que conectam unidades de produção e de consumo, em movimento recíproco de realimentação.”

Então, o *compliance*, enquanto mecanismo para implantar a economia solidária na empresa, deve ser visto como forma de adaptação das atividades para torná-las mais justas e prósperas não só para o empresário como também para o empregado, sabendo que esta economia solidária seria um projeto por construir, sem modelo predefinido.

Isso se dará através da capacidade do programa de conformidade de estabelecer regramentos novos, códigos de conduta, e construir uma nova cultura dentro da empresa, que irá afetar as externalidades, ou seja, por meio da função de criar normas e direito novos.

5 – *Compliance* trabalhista

Após análise conceitual sobre o *compliance*, assim como sobre a função social da empresa, passa-se a tratar sobre a importância e aplicação do instituto na área trabalhista.

O *compliance* é uma estratégia não apenas voltada a obter ganho de valor e competitividade em longo prazo, mas também contribui decisivamente para a própria sobrevivência da organização (COIMBRA; BINDER, 2010, p. 5).

Ainda segundo Coimbra e Binder (2010), o sucesso das organizações é extremamente dependente da admiração e da confiança pública, refletida no valor de suas marcas, na sua reputação, na capacidade de atrair e fidelizar clientes, investidores, parceiros e até os empregados.

O *compliance* pode ser aplicado em várias áreas das empresas, necessitando apenas de adaptações às áreas de influência, existindo deveras técnicas que podem ser utilizadas para implementação do sistema.

Sobre o assunto, ensina Trapp (2014):

“O programa de *compliance* consiste na criação e aplicação de políticas e procedimentos internos em uma empresa, os quais, precedidos de um estudo aprofundado da realidade pertinente, devem ser capazes de controlarem (e eliminarem, na medida do possível) os riscos de *no compliance* (em tradução livre, ‘não conformidade’) que atingem a empresa.”

Sintetizando o conceito acima, percebe-se que a implantação do *compliance* necessita ocorrer em duas fases, sendo a primeira de investigação, na qual deverá ser estudado o histórico empresarial, uma espécie de auditoria para averiguar se o empreendedor já sofreu autuação, quais as normas que regulam sua atividade e se tais normas vêm sendo cumpridas na prática, os riscos, as condutas dos funcionários e investigar a necessidade de criação de políticas e regras a serem implantadas no âmbito interno.

Sobre o tema, Daniel Sibille e Alexandre Serpa (2016), ensinam:

“É muito importante que antes de se falar em avaliação de riscos, se conheça os objetivos de sua empresa e do seu programa de *compliance*,

pois este pilar é uma das bases do sucesso do programa de *compliance*, uma vez que o código de conduta, as políticas e os esforços de monitoramento deverão ser construídos com base nos riscos que forem identificados como relevantes durante esta fase de análise. A efetiva condução de uma análise de riscos envolve uma fase de planejamento, entrevistas, documentação e catalogação de dados, análise de dados e estabelecimento de medidas de remediação necessárias.”

Posteriormente, em um segundo momento, deverá ocorrer a criação de práticas específicas para criação de regras, cumprimento e prevenção, sendo a implantação do *compliance*, que segundo Trapp (2014) são:

“(…) (I) a criação (divulgação e fiscalização) de um Código de Ética, (II) a criação de um Canal de Denúncias (o qual deve ser estimulado e deve garantir o sigilo e o anonimato dos denunciantes e denunciados), (III) a publicização do programa dentro da empresa e entre os funcionários através de cartazes, quadros, panfletos e informativos, (IV) a realização de *workshops* periódicos sobre temas relacionados ao *compliance*, com o objetivo de ampliar o conhecimento de todos os membros da empresa acerca do assunto. Em paralelo, há os procedimentos específicos de cada empresa, a serem construídos a partir da análise da respectiva realidade encontrada na primeira fase do programa. Ademais, é importante lembrar que a segunda etapa não possui fim. Isto porque, uma vez que ela consiste na própria aplicação do programa, não há um prazo para tanto, haja vista que, após aplicado, o programa de *compliance* deve fazer parte da empresa enquanto essa estiver ativa.”

Neste momento, as empresas implementam o *compliance*, treinando seus funcionários para cumprir com as regras impostas, seja de natureza externa (leis) ou interna (regulamentos), sendo também o empreendedor obrigado a cumprir com suas obrigações instituídas pela técnica.

Forçoso mencionar que a observância no cumprimento da técnica evitam multas por ilícitudes, agregam valores ao mercado, melhoram a reputação da empresa, atraem investidores e parceiros, principalmente os internacionais, e com isso aumentam seus lucros e prosperam em seu seguimento.

A legislação e os tribunais brasileiros responsabilizam em grande parte as empresas pela conduta de seus gestores e, até mesmo, pelo convívio e relações entre os funcionários (CUNHA, 2008).

DOCTRINA

Por isso, é fundamental desenvolver mecanismos de prevenção e gerenciamento de possíveis problemas internos, ou seja, ter uma estrutura de *compliance* (CUNHA, 2008).

Segundo Novelli (2016), o programa de *compliance* trabalhista deve atuar em duas frentes, a saber: criação de políticas e procedimentos internos de observância à legislação (e jurisprudência) laboral e vigilância efetiva (interna e externa) de seu cumprimento.

Sobre o processo de aplicação do *compliance*, ensina Fernanda Barbosa (2016):

“O processo inicia-se pela análise do objetivo social para correto enquadramento sindical e normas coletivas, passando pela micro e macrogestão de Recursos Humanos e por meio dos procedimentos técnicos na gestão dos funcionários, chegando finalmente à Gestão Corporativa com os dirigentes e na assessoria do dia a dia nas condutas e na tomada de decisões na empresa que têm reflexos trabalhistas e financeiros de uma maneira geral.”

Sobre a primeira fase do *compliance*, Breno Novelli (2016) entende ser necessário de algumas atividades, dentre elas:

“Mapeando as especificidades de cada núcleo organizacional, criar um ambiente transparente, sadio e respeitoso no trato interpessoal entre todos os funcionários, observando os ditames do complexo ordenamento jurídico trabalhista pátrio, passando, ainda, pela jurisprudência pertinente às relações trabalhistas. Neste sentido, por exemplo, devem ser coibidas atitudes preconceituosas, abusos hierárquicos, além de obediência a critérios objetivos em contratações, desligamentos e, claro, no trato entre colegas. Amplia-se, ainda, para a gestão empresarial ético-sustentável, na qual haja a atuação incisiva para obedecer à legislação posta, de forma a não suprimir direitos trabalhistas.”

Percebe-se que além do levantamento de normas e regulamentos que devem ser seguidos pela empresa, em uma primeira fase deve ocorrer orientação aos funcionários, no sentido de evitar a prática de tratamentos abusivos em descompasso com os preceitos da ética e do profissionalismo.

Em um segundo momento deve-se buscar adotar mecanismos que possibilitem o fiel cumprimento das regras trabalhistas existentes e aplicáveis aos empregados e colaboradores. Neste sentido, afirma Breno Novelli (2016):

“Devem, então, as empresas, promoverem treinamentos constantes, palestras explicativas, submeterem-se a auditorias de controle e, também, provarem a aplicação de penalidades (que obedçam a critérios objetivos) aos infratores das políticas internas criadas (sempre observando a razoabilidade e direito de defesa).”

Assim, de suma importância é o controle e orientação sobre o programa de *compliance*, sob pena de criação de técnicas meramente teóricas, sem que haja aplicabilidade e chegue ao seu objetivo, sendo a eficácia da prevenção de demandas trabalhistas e o ambiente de trabalho saudável e propício ao crescimento econômico de ambos os envolvidos no sistema de produção.

5.1 – Compliance trabalhista na contratação de prestadores de serviços (terceirização)

A terceirização surgiu como forma de dinamizar e especializar os serviços nas empresas. Ocorre a terceirização quando uma empresa, em vez de executar serviços diretamente com seus empregados, contrata outra empresa para que esta os realize, com o seu pessoal sob a sua responsabilidade. O empregado é contratado pela empresa intermediadora (empregadora), mas presta serviços em outro local (empresa tomadora).

Existem métodos internacionais de *compliance* que podem ser aplicados de forma adaptada, como é o caso da *know your customer*, que em português significa “conheça seu cliente” (CUSTOMER, 2017), nos casos de terceirização indireta, ou seja, quando uma empresa, tomadora de serviços contrata outra empresa prestadora de serviço para realizar determinadas atividades (BARBOSA, 2016).

Para Maciel (2016), as práticas de *know your customer*, em síntese, constituem em exigir documentações de regularidades econômicas, jurídicas e fiscais; obter e analisar dados cadastrais; criar rotina de atualização de cadastros; obter conhecimento da origem do patrimônio do cliente; conhecer a origem e destino dos recursos movimentados; identificar, analisar, decidir e reportar as situações que possam configurar indícios da ocorrência de crimes e análise de riscos quanto ao local, tipo de atividade e tipo de serviços.

Como dito, para Maciel (2016), com adaptações para área trabalhista, utiliza-se o procedimento de *know your customer* para conhecer o prestador de serviços antes de contratá-lo; fazer o levantamento da documentação de sua empresa; confirmar a integralização do capital social alegado; verificar a origem do patrimônio; inspecionar previamente o local de trabalho para verificar

DOCTRINA

a estrutura e condições de higiene e segurança; avaliar o histórico dos sócios da tomadora e analisar os possíveis riscos.

Após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, na qual houve significativa mudança nas regras de direito do trabalho, intitulada de lei da reforma trabalhista, foi verificada flexibilização da relação empregado empregador, com a instituição de novas regras responsável por regular os direitos e deveres das partes.

Da mesma forma, no mesmo ano foi editada a Lei nº 13.429/2017, que regulamentou a terceirização no Brasil e determina em seu art. 3º que é a contratante a responsável por garantir condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores. Logo, se um empregado de uma empresa prestadora de serviços sofrer algum acidente no ambiente laboral poderá ingressar com ação também contra a tomadora de serviços. É a denominada responsabilidade solidária.

O art. 5º da mesma Lei nº 13.429/2017, determina que a contratante dos serviços responda subsidiariamente à contratada, pelas obrigações trabalhistas decorrentes do período em que foi tomadora de serviços, portanto, se um funcionário da empresa terceirizada não receber suas verbas trabalhistas e ingressar com ação judicial, caso a empresa prestadora não tenha condições financeiras, nem patrimônio para arcar com a dívida, essa responsabilidade passará a ser da contratante.

De acordo com a nova legislação:

“Art. 5º-A. (...)”

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).” (Lei nº 6.019/74)

A empresa contratante não é a empregadora, mas o trabalho realizado pelos terceirizados a beneficia diretamente. Logo, se a empresa prestadora de serviços não pagar aos trabalhadores, restará à tomadora os pagamentos dos encargos trabalhistas. Essa responsabilidade é chamada de subsidiária e ocorrerá apenas na hipótese de a empregadora não honrar com o pagamento dos direitos trabalhistas de seus empregados.

Nesta ótica, com advento da reforma ocorrida e as novas regras impostas, a aplicação do *compliance*, utilizando-se de técnicas especializadas, como

a do *know your customer*, é de suma importância, pois se a contratante faz uma prévia avaliação de todo histórico financeiro, patrimonial e estrutural da contratada, certamente não contratará empresas que não tenham condições de se manterem no mercado de trabalho sem capital e bens; e nem aquelas que não se adequem as normas de segurança, higiene e salubridade exigidas pelas regras trabalhistas, evitando, assim, a responsabilização em ações judiciais e o gasto com passivos trabalhistas.

5.2 – *Compliance* trabalhista na contratação de empregados

A técnica do *compliance* pode ser utilizada no momento de admissão dos empregados na empresa. Nesse sentido, dentro dos limites legais, o empregador pode realizar processo seletivo prévio à contratação para obter informações de seus trabalhadores que permita a contratação de profissional que esteja comprometido com os ideais da empresa e que respeite os valores por ela desenvolvidos.

Tal técnica é chamada de *know your employee* – *KYE*, que significa “conhecer seu funcionário”, a qual, segundo Barbosa (2016), é aplicado em várias perspectivas, analisando a vida social dos empregados, por meio de questionários e anamnese da vida pregressa, assim como investigando a política interna na empresa.

O intuito é ter conhecimento do histórico social de candidatos a funcionários mesmos antes de contratá-los, verificando se àqueles se adequam às condutas empresariais e normas internas, inclusive do ponto de vista ético, estabelecidas pelo empreendedor.

Nessa oportunidade, o empregador tem a possibilidade de transmitir com transparência suas regras e de efetuar treinamentos para capacitar os futuros empregados. Esse conhecimento prévio dos empregados consiste no conhecimento do histórico do funcionário antes de contratá-lo.

Note-se, entretanto, que esse processo seletivo não poderá ser utilizado como ferramenta para violar a privacidade e intimidade do trabalhador, pois a conduta pode ensejar a responsabilização da empresa por dano moral.

O *know your employee* facilita o conhecimento dos candidatos a funcionários e até mesmo dos funcionários contratados, orientando aqueles para que busque se encaixarem aos valores éticos e de condutas adotados pela empresa no ambiente laboral, servindo de eficiente papel de prevenção em face de diversas demandas, conflitos trabalhistas que pudessem surgir entre empregados, o que causa prejuízo à imagem da empresa perante os colaboradores e perante a sociedade.

Sobre tal técnica, Fernando Barbosa (2016) assim escreve:

“O *compliance* KYC permite instituir políticas e procedimentos de controle a serem adotadas pelos funcionários para evitar que sejam cometidos atos ilícitos que comprometam a imagem da empresa por meio de treinamentos, palestras e até mesmo participação nos lucros, para garantir o engajamento do funcionário com a organização. Visa também evitar problemas de relacionamento entre os funcionários, sejam eles do mesmo nível hierárquico ou não, uma vez que, em se tratando de funcionários de nível hierárquico diferentes, pode haver a ocorrência de assédio moral, assédio sexual e preconceitos. É importante, portanto, que a empresa estabeleça códigos de conduta e ética de funcionários e que crie mecanismos de denúncia a serem utilizados onde os mesmos se sintam à vontade para se queixar antes de tomar uma medida como o pedido de demissão ou a propositura de uma reclamatória trabalhista, por exemplo.”

Desprende-se que seria preciso que os empregadores orientem seus funcionários, promovendo palestras sobre atos que caracterizam assédio moral no ambiente do trabalho, assim como sobre atos atentatórios à saúde e à segurança do trabalhador, o que poderia ocorrer por meios de profissionais habilitados nas respectivas áreas, momento em que se buscaria alertar sobre as consequências jurídicas, sociais, físicas e psicológicas em face dos envolvidos, sujeito ativo e passivo dos atos considerados ilícitos.

Segundo Coimbra (2010), as empresas devem respeitar os direitos trabalhistas de seus funcionários, oferecendo condições adequadas, seguras e saudáveis de trabalho, combatendo o assédio sexual ou moral.

Os empregados precisam saber que, diante da independência que o setor de *compliance* possui dentro da organização, são livres para colaborar na defesa da ética e de seus direitos dentro da empresa, sem medo de sofrerem retaliações e com a garantia de que serão ouvidos (BORSATTO, 2015).

Por isso, necessário instituir meios de incentivo a denúncias, apontando sua importância, em decorrência de possível ocorrência de assédio moral ou sexual, em que, na maioria das vezes, a vítima não denuncia por se sentir envergonhada.

Forçoso dizer que com as novas regras trabalhistas, em que se dá maior importância ao acordado (acordo coletivo ou Convenção Coletiva) do que o legislado (leis trabalhistas), a atuação dos responsáveis pela aplicação da técnica de *compliance* é de suma importância, principalmente no que se refere à

análise e adequação dos Acordos Coletivos e Convenções Coletivas à realidade vivenciada no ambiente da empresa, evitando que as normas coletivas sejam descumpridas pelos empregados e empregador.

A avaliação das normas aplicáveis à empresa pode ser traduzida e passada aos colaboradores por meios adequados de informações, em que se busca dar prioridade a compreensão de todos os sujeitos envolvidos no sistema produtivo empresarial, visando a incorporação de tais regras no código de conduta do estabelecimento.

Não obstante, regras internas, instituindo direitos e obrigações, servem para incentivarem os trabalhadores a executarem cada vez melhor o seu trabalho, além de incentivar o comprometimento a cumprirem as normas e a se sentirem realizados no emprego.

Essa investigação prévia dos trabalhadores pode ser associada a dois importantes temas que vêm sendo discutidos no Direito do Trabalho: a exigência de antecedentes criminais dos empregados no momento da contratação e os limites de exercício do poder de direção nas organizações de tendências.

5.2.1 – Exigência de antecedentes criminais como técnica de *compliance* (*know your employee*)

O TST, no ano de 2015, acolheu a proposta de Incidente de Recurso de Revista Repetitivo nos Processos RR-243000-58.2013.5.13.0023 e RR-184400-89.2013.5.13.0008, referentes ao tema “Dano Moral. Exigência de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais”, julgado pela SDI-I, o qual foi submetido a seguinte questão: “A exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais pelos candidatos ao emprego gera dano moral?”.

No julgamento, o TST firmou a tese de que a exigência de antecedentes criminais que venha a configurar tratamento discriminatório do trabalhador ou que não se justifica em razão de previsão em lei, natureza do ofício ou do grau especial de fidedignidade existente na relação de emprego configura dano moral, que será devido independentemente se o trabalhador foi ou não constrangido pela empresa.

No entanto, a decisão deixa claro que se existir previsão legal, se assim demandar a natureza do ofício ou o grau especial de fidedignidade, é possível que o empregador exija a Certidão de Antecedentes Criminais.

Nestes termos, em caráter exemplificativo, o Tribunal elencou exemplos de profissões que permitem a solicitação de Certidão de Antecedentes pelo

empregador: Empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins); Motoristas rodoviários de carga; Empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes; Bancários e afins; Trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas; e Trabalhadores que atuam com informações sigilosas.

Ensina Correia (2018), que não há impedimento para que outras profissões também possam ser incluídas no rol de profissões que autorizam os antecedentes criminais, pois a lista apresentada é apenas exemplificativa.

Segue a tese firmada pelo TST sobre o assunto:

“I) não é legítima e caracteriza lesão moral a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão de lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido. Vencidos parcialmente os Exmos. Ministros João Oreste Dalazen, Emmanoel Pereira e Guilherme Augusto Caputo Bastos;

II) a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas. Vencidos parcialmente os Exmos. Ministros Augusto César de Carvalho, relator, Aloysio Corrêa da Veiga, Walmir Oliveira da Costa e Cláudio Mascarenhas Brandão, que não exemplificavam;

III) a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais, quando ausente alguma das justificativas de que trata o item II, supra, caracteriza dano moral *in re ipsa*, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido. Vencidos, parcialmente, os Exmos. Ministros João Oreste Dalazen, Emmanoel Pereira e Guilherme Augusto Caputo Bastos e, totalmente, os Exmos. Ministros Aloysio Corrêa da Veiga, Renato de Lacerda Paiva e Ives Gandra Martins Filho.”

Ressalta-se que o posicionamento doutrinário majoritário era contra a possibilidade de exigência dessa documentação. Nesse sentido, segundo Vólia

Bomfim Cassar (2015), o empregador não pode exigir antecedente criminal dos empregados na admissão, uma vez que o ato consiste em violação à vida privada do trabalhador e também numa forma de discriminação na contratação.

Desta forma, percebe-se que o *compliance*, utilizando-se do conhecimento dos antecedentes criminais dos empregados, somente é autorizado pelas empresas nas hipóteses de profissão que exigem fidúcia especial ou por expressa previsão legal.

5.2.2 – Poder de direção e organização de tendência como forma de *compliance*

Segundo Gabriela Gaspar (2018), organizações de tendência se caracterizam por serem “consequência e a concretização direta do reconhecimento constitucional do pluralismo político, sindical e religioso; por estarem destinadas direta e predominantemente à pública difusão de certa ideologia e por constituir o canal de expressão de um direito fundamental de seu titular, seja este individual ou coletivo”.

A tendência deve ir além do interesse da empresa, sendo portadora de um interesse coletivo, de forma que só será possível falar em organização de tendência quando a atividade desenvolvida por ela seja “institucionalmente expressiva de uma específica e bem determinada concepção de vida, do homem e do mundo, inspirada em valores ou ideais externamente reconhecíveis” (REIS, 2017).

Correia (2018) ensina que o *compliance* pode ser ainda mais relevante nas organizações de tendência, por ela se delimitam os contornos do contrato de trabalho, como, por exemplo, quais condutas são vedadas ao empregado de tendência. Dessa forma, evitam-se conflitos posteriores no decorrer do contrato de trabalho com trabalhadores que se recusem a defender o interesse coletivo da empresa ou que se posicionem de forma contrária à tendência manifestada pela empresa.

Ao ser contratado por uma organização de tendência – a não ser nos casos em que a opção seja restrita já no ato contratação do empregado – o empregado não se obriga a renunciar a suas liberdades pessoais, mas se compromete a respeitar a orientação da organização e a não manifestar, de forma pública, opinião contrária à tendência adotada pelo empregador (REIS, 2017).

Complementa Raquel Tavares Reis (2017):

DOCTRINA

“Em regra, a limitação aos atos da vida do empregado, fora do âmbito contratual, devem ser excepcionais e analisadas casuisticamente, mesmo que se trate de organização de tendência. Assim, a restrição a um direito fundamental do empregado e a consequente aplicação de ato punitivo só será possível caso o empregado desconsidere publicamente o compromisso que assumiu, de forma a obstar o desenvolvimento da atividade de tendência exercida pelo empregador.”

Dessa forma, a utilização das técnicas de *compliance* no momento da admissão do empregado na empresa pode reduzir os riscos da contratação de empregado que não esteja de acordo com as ideologias da empresa. A instituição de um código de conduta durante o curso do contrato de trabalho pode auxiliar para que sejam respeitadas as regras firmadas pela empresa.

Importante ressaltar que nenhum ato praticado pela empresa poderá violar direito fundamental do empregado e somente poderá vinculá-lo naquilo que foi acordado entre as partes.

Em síntese, todas as práticas de *compliance* aplicadas à área trabalhista ajudam a dirimir conflitos e evitar ações judiciais, diminuindo, consequentemente, o prejuízo das empresas, proporcionando a satisfação dos funcionários, a expansão das atividades e o aumento dos lucros.

Perceber-se que o *compliance* é possivelmente aplicável na área trabalhista, envolvendo funcionários, sócios da empresa e terceiros que buscam integrar de alguma forma o quadro empresarial, utilizando-se de técnicas que viabilizam adequação do sistema empresarial às normas trabalhistas e que buscam prevenir os riscos.

6 – Considerações finais

Esta pesquisa, ao analisar o instituto do *compliance* trabalhista, buscou explicitar sua capacidade de combater o desrespeito aos direitos laborais e humanos do empregado, ao mesmo tempo em que se fomenta o lucro ao empresário, de forma a promover um ambiente econômico solidário em que todos ganham.

O cenário internacional, seja político, seja comercial, está cada dia mais exigente em suas relações, de forma que somente as empresas que se mostram íntegras, responsáveis, cumpridoras da legislação e demais regulamentos, tanto internacional como nacional, são consideradas aptas a firmarem compromissos negociais. No Brasil não seria diferente. Em virtude do constante desenvolvimento, assim como de uma mudança ideológica da sociedade, as pessoas

DOCTRINA

estão mais intolerantes à corrupção, à desonestidade e ao descumprimento das normas existentes.

Nesta concepção surge o *compliance*, sendo programa que busca a aplicação de práticas de definições de objetivos, avaliações de risco, compilação das regras internas e externas aplicáveis ao negócio, incentivo e orientação aos colaboradores, fiscalização em face da aplicabilidade e cumprimento das regras, além de instituir medidas facilitadoras de contratação de terceiros aplicando técnicas preventivas de conflitos trabalhistas, como ocorre com a *know your customer* e a *know your employee*.

O *compliance* é forte instrumento de promoção dos valores solidários proporcionadores de um desenvolvimento social político e econômico dentro da empresa e fora dela, na medida em que se protegem os trabalhadores e se busca dar voz e importância a suas dificuldades laborais, capaz de elaborar uma economia solidária e proporcionar o cumprimento da função social à empresa.

Funciona, igualmente, como importante ferramenta para o controle das empresas de prestação de serviços a terceiros, no tocante ao cumprimento das normas de segurança e saúde no trabalho e do adimplemento de verbas trabalhistas e, ainda, como instrumento que auxilia na fiscalização de toda a cadeia produtiva da empresa, de modo que se evite trabalho degradante e trabalho escravo.

As técnicas do *compliance* permitem que as empresas se adequem para que cumpram com as regras e normas das quais são obrigadas a seguirem, permitindo a contratação, tanto de empresas prestadoras de serviços, como de empregados, que tenham suas atividades e atos inseridos nos valores éticos e profissionais da empresa, permitindo identificar os riscos, evitando danos futuros e restaurando um ambiente de trabalho livre de quaisquer agentes que atentem contra a saúde e segurança do trabalho, além de manter a dignidade de todos os sujeitos envolvidos no sistema econômico empresarial.

Não se está diante apenas de um benefício pessoal da empresa, mas de seus empregados, que se sentem mais seguros, com a acolhida do empregador, com a certeza de que atuam em uma empresa responsável com suas obrigações, não visando apenas o lucro do empreendedor, mas o crescimento econômico e social de todos aqueles envolvidos com as atividades.

Ainda, as medidas adotadas geram a confiabilidade da empresa no mercado, pois não será envolvida em conflitos, justamente em face de um planejamento regular preventivo e eficaz, o que gerará lucro em suas atividades, além de colocar no mercado uma imagem positiva e enaltecida.

Todavia, a atitude preventiva da empresa mitiga, mas não impede, a ocorrência de violações à legislação trabalhista. Portanto, a adoção do *compliance* não exime a responsabilidade da empresa pelo não pagamento de verbas trabalhistas ou por eventuais danos causados a seus trabalhadores.

Assim, o *compliance* surge como meio eficaz de se evitar demandas de natureza trabalhista, quando aplicado na área trabalhista de forma adequada, gerando benefícios a todos os envolvidos, principalmente para sociedade que irá usufruir de serviços proporcionados por uma empresa que possui características de confiabilidade e prosperidade no mercado.

Referências bibliográficas

ABBI; FEBRABAN. *Função de compliance*. Disponível em: <http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2018.

ARAÚJO, Jailton Macena de. *Função emancipadora das políticas sociais do estado brasileiro: conformação das ações assistenciais do Programa Bolsa Família ao valor social do trabalho*. 2016. 401 f. Tese (Doutorado em Direito) – UFPB/CCJ.

BARBOSA, Fernanda. *O compliance trabalhista como ferramenta de integração*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241920,41046-O+Compliance+Trabalhista+como+ferramenta+de+integracao>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

BORSATTO, Alana. *Compliance e a relação de emprego*. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito do trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI-UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25: 2015: Belo Horizonte, MG). Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/i135trx2/wP74dLG9jTXn8X4d.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 1º dez. 2018.

_____. *Lei nº 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas sobre atos contra a administração pública, Nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 1º dez. 2018.

_____. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 1º dez. 2018.

_____. *Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017*. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras provi-

DOCTRINA

dências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 1º dez. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documentos/10157/24571196/2018.04.30+-+Res-235-Anexo-I-B++Temas+por+Abas+-+IRR+01.pdf/b5b5f981-fd20-051e-b106-0feb21f31746>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*: com anotações ao projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi MANZI (Org.). *Manual de compliance*: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

CORREIA, Henrique. *Compliance e sua aplicação no direito do trabalho*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1UK3yDUM_mk8yu39yEynJ2B50XsAjR6ZU/view>. Acesso em: 2 dez. 2018.

CUNHA, Sólton. *Compliance também se aplica à área trabalhista*. Entrevistador: Site Migalhas. 25 set. 2008. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,M169791,51045-Compliance+tambem+se+aplica+a+area+trabalhista>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

FÁBIO, André Cabbete. *O que é compliance*. E por que as empresas brasileiras têm aderido à prática. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/07/24/O-que-%C3%A9-compliance.-E-por-que-as-empresas-brasileiras-t%C3%AAm-aderido-%C3%A0-pr%C3%A1tica>>. Publicação em: 24.07.2017. Acesso em: 2 dez. 2018.

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. *O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais*. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 147-169, jan./jul. 2018.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa*: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FREIRE, Débora. *Histórico da compliance*. Disponível em: <http://www.academia.edu/19819682/Hist%C3%B3rico_da_Compliance>. Acesso em: 2 dez. 2018.

FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*: o uso dos prazeres. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1994.

FRIEDMANN, J. *Empowerment*: uma política de desenvolvimento alternativo. Oeiras: Celta, 1996.

GASPAR, Gabriela Curi Ramos. *As organizações de tendência e a relação com seus trabalhadores*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0d48bde60d407c4>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

MANÇE, Euclides André. *Redes de colaboração solidária*. Petrópolis: Vozes, 2002.

LIRA, Michel Pereira de. *O que é compliance e como o profissional da área deve atuar?* Disponível em: <<https://michaellira.jusbrasil.com.br/artigos/112396364/o-que-ecompliance-e-como-o-profissional-da-area-deve-atuar>>. Acesso em: 2 set. 2018.

DOCTRINA

MACIEL, João. *Conheça a importância da prática KYC*. Disponível em: <<http://blog.uplexis.com.br/importancia-da-pratica-kyc/>>. Publicado em: 14.07.2016. Acesso em: 2 dez. 2018.

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. *Compliance no Brasil e suas origens*. Disponível em: <<http://www.ibdee.org.br/compliance-no-brasil-e-suas-origens/>>. 2016. Acesso em: 2 dez. 2018.

NOVELLI, Breno. *Implementação de programa de compliance e seus impactos na área trabalhista*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9732/Implementacao-de-programa-decompliance-e-seus-impactos-na-area-trabalhista>>. Acesso em: 2 dez. 2018.

REIS, Raquel Tavares. *Direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador despedido em razão da sua conduta extra-laboral*. Disponível em: <http://www4.crb.ucp.pt/Biblioteca/GestaoDesenv/GD10/gestaodesenvolvimento10_95.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2017.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. *Os pilares do programa de compliance*. Disponível em: <<http://conteudo.lecnews.com/ebook-pilares-do-programa-decompliance>>. Acesso em: 2 dez. 2018.

SOUZA, Robson Almeida. *O que é compliance ou programa de integridade?* Disponível em: <<https://www.oeconomista.com.br/o-que-e-compliance-ou-programa-de-integridade/>>. Acesso em: 2 set. 2018.

Recebido em: 11/12/2018

Aprovado em: 18/02/2019

ENTRE A FAMÍLIA E O TRABALHO: A TUTELA LABORAL E OS IMPACTOS NAS FAMÍLIAS PÓS-MODERNAS

BETWEEN FAMILY AND WORK: LABOR PROTECTION AND THE IMPACT ON FAMILIES POST-MODERN

Vitor Hugo Bueno Fogaça*

Letícia Gioia Diniz**

RESUMO: tendo em vista a dificuldade dos trabalhadores em conciliar o trabalho e as responsabilidades familiares, a Organização Internacional do Trabalho retratou nas notas do ano de 2011 intituladas “trabalho e família” as possíveis alternativas de equilíbrio entre a vida laboral e familiar na sociedade pós-moderna. Assim, a atuação da OIT visa proteger o trabalhador como unidade familiar, pois se trata de um grande desafio atual, apresentando medidas de conciliação entre trabalho e família, através, por exemplo, de ações de empresas denominadas *family-friendly*, visto que muitas vezes o real empecilho para o equilíbrio laboral e familiar é a falta de consideração dos locais de trabalho em pensar no trabalhador como “pai”, “mãe”, “filho”, e apenas considerá-lo como “empregado”, e, portanto, buscaram-se formas de como o trabalho e as responsabilidades familiares possam andar juntos, sem resultar em desgaste emocional e físico do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalhador. Conciliação entre Trabalho e Família. *Family-Friendly*. Relações Familiares.

ABSTRACT: in view of the difficulty of workers to reconcile work and family responsibilities, the International Labor Organization portrayed in the notes of the year 2011 entitled “work and family” the possible alternatives for balancing work and family life in postmodernism. Thus, the role of the ILO is to protect the worker as a family unit, as this is a major current challenge, presenting measures to reconcile work and family through, for example, actions of family-friendly enterprises, the real obstacle to the work and family balance is the lack of consideration of workplaces in thinking of the worker as “father”, “mother”, “son”, and only to consider him as “employee”, and therefore, ways in which work and family responsibilities can go hand in hand, without resulting in emotional and physical wear and tear on the worker.

KEYWORDS: Worker. Reconciliation between Work and Family. *Family-Friendly*. Family Relationships.

* *Doutorando e mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa/Paraná; graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa/Paraná; presidente da Comissão de Saúde da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Ponta Grossa/Paraná (2016); professor da Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB (2015); professor da Universidade Norte do Paraná – UNOPAR (2017); advogado.*

** *Graduada em Direito na Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB.*

1 – Introdução

O equilíbrio entre trabalho e responsabilidades familiares constitui um grande desafio na sociedade pós-moderna, pois se sabe que as duas esferas, regidas por lógicas distintas (pública e privada) se afetam mutuamente. O uso do tempo é o real problema, pois na maioria das vezes, é escasso, o que gera conflitos, tornando praticamente impossível a relação entre trabalho e família. Nesse sentido, a pesquisa apresenta como problema analisar a dificuldade dos trabalhadores em conciliar o trabalho e as responsabilidades familiares, sejam elas o cuidado dos filhos, cônjuge, pais, idosos, familiar doente ou deficiente.

O presente estudo busca demonstrar a atuação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nas relações entre trabalho e família através de suas Notas, do ano de 2011, intituladas “trabalho e família”, averiguando as possíveis alternativas de conciliação entre a vida laboral e familiar na sociedade pós-moderna, e como a atuação da OIT, ao proteger o(a) trabalhador(a) como unidade familiar é de extrema importância para que este possa conciliar trabalho-família.

A metodologia utilizada é constituída fundamentalmente como um estudo dedutivo, buscando uma conclusão em relação ao equilíbrio entre responsabilidades familiares e laborais, sendo que se realizou levantamento bibliográfico com autores de Direitos Humanos, Direito do Trabalho e Direito das Famílias, seguindo a lógica de análise de todas as Notas da Organização Internacional do Trabalho, do ano de 2011, intituladas “trabalho e família”.

Lembrando que as esferas familiar e do trabalho são protegidas pela OIT, assim como pela Carta Magna Brasileira, resultando em direitos fundamentais do indivíduo. Desse modo, o presente artigo tratará sobre a igualdade de gênero no ambiente de trabalho e familiar através da Convenção nº 156 da OIT, assim como a proteção a maternidade e licença-paternidade, buscando principalmente apresentar medidas de conciliação entre trabalho e família através de empresas denominadas *family-friendly*, sendo que essas empresas buscam apoiar seus funcionários no momento de equilibrar compromissos assumidos na esfera familiar e laboral, resultando em benefícios mútuos para a empresa e seus funcionários.

Ademais, analisará as ações dos sindicatos ao aplicar medidas de conciliação efetivas entre trabalho e vida familiar do trabalhador, e como, de acordo com a OIT, este deve empreender ações para garantir aos trabalhadores o conhecimento dos seus direitos, assim como capacitá-los para exercê-los diariamente.

2 – A atuação da OIT e a proteção do trabalhador enquanto unidade familiar: propostas de minimização dos danos

A Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Fundou-se sobre a convicção primordial de que a paz universal e permanente somente pode estar baseada na justiça social. É a única das agências do Sistema das Nações Unidas com uma estrutura tripartite, composta de representantes de governos e de organizações de empregadores e de trabalhadores (OIT – História).

É responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (convenções e recomendações). As convenções, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião (OIT – História).

Em 30 de maio de 1946 foi firmado um acordo entre a ONU e a OIT, que passou à condição de organismo especializado das Nações Unidas e a ela vinculado, embora gozando de completa autonomia e personalidade jurídica própria (ABREU; SILVEIRA, 2014). Neste mesmo ano, a OIT passou por uma reforma em sua Constituição, buscando tutelar os direitos humanos fundamentais do trabalhador.

Valerio de Oliveira Mazzuoli e Georgenor de Sousa Franco Filho (2016, p. 171) elucidam sobre a OIT e seu funcionamento: “anualmente, reúne-se a Conferência Internacional do Trabalho, na qual são discutidas e votadas as normas que a OIT edita para padronizar as condições de trabalho ao redor do mundo. Até julho de 2015, haviam sido aprovadas 189 Convenções e 203 Recomendações da OIT”.

A OIT normalmente se utiliza de debates entre os delegados dos Estados-membros, como é o caso do Estado brasileiro, membro fundador da OIT, e através desses debates criam-se as Convenções e Recomendações.

Mazzuoli e Franco Filho (2016, p. 171) trazem o conceito das Convenções e Recomendações:

“As Convenções são fonte formal, sendo tratados internacionais no seu sentido estrito. Ou seja, são normas internacionais que requerem, no plano do direito interno dos Estados, todas as formalidades pertinentes para a entrada em vigor e aplicação. São, de modo geral, tratados abertos, porque os Estados que não são seus signatários originais e a eles podem aderir.

DOCTRINA

As Recomendações, por sua vez, são fontes materiais, servindo de inspiração para o legislador interno na criação de normas trabalhistas. Não se integram ao direito interno pela via da ratificação, não sendo sequer previamente aprovadas pelo Congresso Nacional, como são as convenções internacionais do trabalho.”

Ou seja, as Convenções são fontes formais havendo a necessidade do controle de convencionalidade pelo direito interno dos Estados, para que vigore e seja aplicado esse tratado internacional.

No Brasil, o controle de convencionalidade¹ é muito parecido com o controle de constitucionalidade², sendo que possui as características de legalidade, validade, e eficácia sobre os tratados internacionais, conforme o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal³.

Mazzuoli (2011, p. 12) diz que “os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são também (assim como a Constituição) paradigmas de controle da produção normativa doméstica”. Isto é, os tratados ratificados e em vigor, através da força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, possuem *status* de norma constitucional.

Flávia Piovesan (2013, p. 30) afirma a importância do controle de convencionalidade ao interpretar as normas internas e a Convenção Americana de Direitos Humanos:

“Como enfatiza a Corte Interamericana de Direitos Humanos: ‘Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle da convencionalidade das leis’ entre as normas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente

1 Controle de convencionalidade é o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos (MAZZUOLI, 2014, p. 165).

2 Deve-se chamar de controle de constitucionalidade apenas o estrito caso de (in)compatibilidade vertical das leis com a Constituição (MAZZUOLI, 2014, p. 165).

3 “Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana’.”

Devendo, por analogia, fazer o mesmo controle de convencionalidade quando aplicar uma Convenção da OIT em casos concretos no Brasil envolvendo trabalho e responsabilidades familiares.

Sendo assim, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), nas Notas sobre Trabalho e Família, buscou enfatizar a proteção do trabalhador como unidade familiar na sociedade pós-moderna, que possui responsabilidades fora do âmbito do trabalho.

3 – A família da pós-modernidade

A família é o primeiro vínculo social do ser humano, é o local em que este irá aprender os primeiros ensinamentos para a vida, como falar, andar, e, principalmente, irá adquirir sua personalidade e construirá seu caráter através dos exemplos familiares, virtudes e princípios atrelados àquele laço familiar.

Para Maria Berenice Dias (2015), a família é o primeiro agente socializador do ser humano, sendo o núcleo familiar um pilar da sociedade, e é dever do Estado a proteção das famílias, de acordo com o art. 226 da Constituição Federal.

Sobre a família ser a base da sociedade, Maria Berenice Dias (2015, p. 30 e 31) ensina:

“A família é cantada e decantada como a base da sociedade e, por essa razão, recebe especial atenção do Estado (CF, art. 226). A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece (art. 16, III): ‘A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado’. Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases. A família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social. O direito das famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais está sujeito a críticas de toda sorte.”

Desta forma, é possível visualizar a família como resultado de uma estrutura pública, sendo que o Estado possui o papel de preservar as famílias e seus valores, bem como uma relação privada, sendo o indivíduo integrante do elo familiar.

DOCTRINA

Vale consignar que a instituição “família” apresentou grandes mudanças a partir do século XIX. O matrimônio abre espaço para a união estável, não há diferença entre os filhos adotivos ou biológicos, bem como não há distinção entre as uniões de casais heterossexuais ou homossexuais.

Bauman (2013) define o momento atual como “líquido”, sendo que essa posição foi resultado de uma série de processos que constituíram a transformação da modernidade de sua fase “sólida” para a “líquida”.

Sobre as transformações da modernidade, Zygmunt Bauman (2013, p. 11) ensina:

“Uso aqui a expressão ‘modernidade líquida’ para denominar o formato atual da condição moderna, descrita por outros autores como ‘pós-modernidade’, ‘modernidade tardia’, ‘segunda modernidade’ ou ‘hipermodernidade’. O que torna ‘líquida’ a modernidade, e assim justifica a escolha do nome, é sua ‘modernização’ compulsiva e obsessiva, capaz de impulsionar e intensificar a si mesma, em consequência do que, como ocorre com os líquidos, nenhuma das formas consecutivas de vida social é capaz de manter seu aspecto por muito tempo. ‘Dissolver tudo que é sólido’ tem sido a característica inata e definidora da forma de vida moderna desde o princípio; mas hoje, ao contrário de ontem, as formas dissolvidas não devem ser substituídas (e não o são) por outras formas sólidas – consideradas ‘aperfeiçoadas’, no sentido de serem até mais sólidas e ‘permanentes’ que as anteriores, e portanto até mais resistentes à liquefação. No lugar de formas derretidas, e portanto inconstantes, surgem outras, não menos – se não mais – suscetíveis ao derretimento, e portanto também inconstantes.”

Nesse seguimento, a modernidade passou por duas fases, uma sólida e a outra líquida, sendo que o período atual trata-se da pós-modernidade, também denominada de “modernidade líquida”, isto é, tudo é líquido, veloz e inconstante.

Assim sendo, a família da sociedade contemporânea é ultrapassada pela família da sociedade pós-moderna, com suas famílias indeterminadas, constituídas pelas diversas redes de parentesco. De acordo com Zygmunt Bauman (2004, p. 60):

“Com a nova fragilidade das estruturas familiares, com a expectativa de vida de muitas famílias sendo mais curta do que a de seus membros, com a participação em determinada linhagem familiar tornando-se rapidamente um dos elementos ‘indetermináveis’ da líquida era moderna

e com a adesão a uma das diversas redes de parentesco disponíveis transformando-se, para um crescente número de indivíduos, numa questão de escolha – e uma escolha, até segunda ordem, revogável –, um filho pode ser ainda ‘uma ponte’ para algo mais duradouro. Mas a margem a que essa ponte conduz está coberta por uma neblina que ninguém espera que venha a se dissipar, e portanto é improvável que provoque muita emoção, menos ainda que alimente o desejo inspirados da ação. Se uma súbita rajada de vento viesse a afastar a neblina, ninguém sabe ao certo que tipo de margem iria se revelar, nem se da névoa emergiria uma terra suficientemente firme para sustentar um lar permanente. Pontes que levam a lugar nenhum, ou a nenhum lugar em particular: quem precisa delas? Para quê? Quem perderia seu tempo e seu bom dinheiro para planejá-las e construí-las?”

Com a pós-modernidade, surge uma nova fragilidade das estruturas familiares, como, por exemplo, a expectativa de vida da entidade familiar, sendo os elementos de uma família “indeterminável”, seja através de escolhas positivas ou negativas. Nesse sentido, a família é deslocada para um segundo plano, pois o primeiro plano é ter tempo e dinheiro, deixando a construção familiar para outro momento.

Nesse viés, há a família que opta por não ter filhos, pois as condições sociais da pós-modernidade, entre elas a exigência de sucesso profissional, fazem com que os casais prefiram optar pelos métodos contraceptivos (PIATO; ALVES; MARTINS, 2012).

Assim sendo, evidencia-se a superação da maternidade como natureza feminina, deixando de ser destino e passando a ser opção (PIATO; ALVES; MARTINS, 2012). Isto é, os casais preferem se dedicar em obter sucesso profissional, investindo em si mesmos, do que construir uma família.

Por outro lado, vale mencionar que a família já formada esteja em um processo de resfriamento, em que a privacidade se sobrepõe ao afeto e amor. Zygmunt Bauman (2004, p. 85) elucida:

“Os lares não são mais ilhas de intimidade em meio aos mares, em rápido resfriamento, da privacidade. Transformaram-se de compartilhados *playgrounds* do amor e da amizade em locais de escaramuças territoriais, e de canteiros de obras onde se constrói o convívio em conjuntos de *bunkers* fortificados. Nós entramos em nossas casas separadas e fechamos a porta, e então entramos em nossos quartos separados e fechamos a porta. A casa torna-se um centro de lazer multiuso em que

DOCTRINA

os membros da família podem viver, por assim dizer, separadamente lado a lado.”

Nesse sentido, as famílias da pós-modernidade podem morar na mesma casa, estando lado a lado, contudo vivendo separadamente. Sendo que a “falta de relações profundas e confiáveis criou uma situação de fronteira dentro de casa, pois o outro é como um estranho ou um estrangeiro das alfândegas estatais” (COSTA, 2015).

Desse modo, a família da pós-modernidade apresenta o individualismo, implicando no isolamento das “fam-ilhas”, que começaram a construir verdadeiras ilhas na sociedade, com menor integração junto às comunidades (ARRUDA *apud* JABLONSKI, 2015).

Flávia Renata Bertão (2011) afirma que para o mundo contemporâneo, como parâmetros norteadores da constituição do sujeito, a cultura do individualismo e do narcisismo, não há mais investimentos afetivos entre os indivíduos, não havendo mais sensibilidade.

Assim, a instituição familiar sofre rupturas com essa nova maneira de encarar a própria sexualidade e a própria relação amorosa. A família enquanto uma instituição social está sendo ressignificada (RAMOS; NASCIMENTO, 2008).

Ademais, o mundo, com as suas alterações, exigiu do sujeito que se adequasse a essa velocidade (BERTÃO, 2011). As pessoas possuem desejos imediatos e o indivíduo pós-moderno está em busca desses objetivos instantâneos na vida profissional, por exemplo, deixando para “depois” sua vida familiar. Nesse sentido é a “vida líquida” apresentada por Bauman (2005), sendo esta um modo de viver que tende a ser levado em frente em uma sociedade “líquido-moderna”.

A sociedade “líquido-moderna” é aquela que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas (BAUMAN, 2005).

Sendo assim, a sociedade cria preocupações no que concerne ao tempo, ou até a falta deste. Zygmunt Bauman (2005, p. 8) ensina:

“As preocupações mais intensas e obstinadas que assombram esse tipo de vida são os temores de ser pego tirando uma soneca, não conseguir acompanhar a rapidez dos eventos, ficar para trás, deixar passar as datas de vencimento, ficar sobrecarregado de bens agora indesejáveis, perder o momento que pede mudança e mudar de rumo antes de tomar

DOCTRINA

um caminho sem volta. A vida líquida é uma sucessão de reinícios, e precisamente por isso é que os finais são rápidos e indolores, sem os quais reiniciar seria inimaginável, tendem a ser os momentos mais desafiadores e as dores de cabeça mais inquietantes. Entre as artes da vida líquido-moderna e as habilidades necessárias para praticá-las, livrar-se das coisas tem prioridade sobre adquiri-las.”

Ou seja, o indivíduo da sociedade pós-moderna não quer se estender em atividades duradouras, buscando apenas meios de não “perder tempo”, preferindo sempre o “mais rápido”, o “mais eficiente”, o “mais”. No mesmo viés é o ensinamento de Bauman (1998, p. 113):

“Manter o jogo curto significa tomar cuidado com os compromissos a longo prazo. Recusar-se a ‘se fixar’ de uma forma ou de outra. Não se prender a um lugar, por mais agradável que a escala presente possa parecer. Não se ligar a vida a uma vocação apenas. Não jurar coerência e lealdade a nada ou a ninguém. Não controlar o futuro, mas se recusar a empenhá-lo: tomar cuidado para que as consequências do jogo não sobrevivam ao próprio jogo e para renunciar à responsabilidade pelo que produzam tais consequências. Proibir o passado de se relacionar com o presente. Em suma, cortar o presente nas duas extremidades, separar o presente da história. Abolir o tempo em qualquer outra forma que não a de um ajuntamento solto, ou uma sequência arbitrária, de momentos presentes: aplanar o frouxo do tempo num presente contínuo.”

Isto é, a velocidade dos acontecimentos, das notícias, das descobertas tecnológicas, do tempo, fazem com que o indivíduo pós-moderno evite compromissos a longo prazo, como é o caso de formar uma família, e simplesmente busque o “jogo curto” ensinado por Bauman, ou seja, o imediato, com relações passageiras e sem visão de um futuro, apenas um presente sucessivo.

Portanto, a família pós-moderna tem “pouco tempo” realizando escolhas constantes, em vista de economizar suas horas diárias, vivendo em instabilidade diante da rapidez dos acontecimentos. Em contrapartida, é visível que nesse cenário da pós-modernidade a única coisa que não se perde é a força de trabalho. Sendo assim, é preciso que seja efetiva a proteção de todas as modalidades de núcleos familiares, buscando principalmente enxergar a família como sendo a comunhão de vivências, de afetividade, de felicidade e amor, buscando conciliar, em meio à velocidade dos eventos momentâneos, a vida laboral e familiar do indivíduo.

4 – Meio ambiente de trabalho e familiar enquanto direitos fundamentais

O meio ambiente familiar e do trabalho devem ser protegidos pelo Estado, a fim de, respectivamente, garantir a formação do indivíduo na infância e adolescência, e seu futuro no mercado de trabalho.

Sabe-se que é comum que se tenha muitos conflitos entre a vida laboral e vida familiar, sendo que se tratam de duas esferas (pública e privada) distintas. E cada vez mais se reconhece que esses conflitos têm efeito negativo sobre a qualidade de vida dos indivíduos (MOREIRA, 2014, p. 15).

A Constituição Federal de 1988 é totalmente voltada aos Direitos Humanos no Brasil, tratando do Direito ao Trabalho no Capítulo II “Dos Direitos Sociais”, nos arts. 6º ao 11º da Constituição. E tratando da família nos arts. 226 a 230, denominados “Da Família, da Criança e do Adolescente e do Idoso”. Desse modo, o trabalho e a família possuem proteção do Estado e são considerados Direitos Fundamentais do indivíduo.

O equilíbrio entre trabalho e responsabilidades familiares constitui um imenso desafio na sociedade pós-moderna, pois as duas esferas são regidas por lógicas distintas – uma pública e outra privada – se afetam mutuamente. Sendo que o uso do tempo é o maior problema, pois, na maioria das vezes, é insuficiente, o que gera conflitos, tornando praticamente impossível a relação entre trabalho e família (MOREIRA, 2014).

A OIT em 2011 fez um grande avanço nos direitos dos trabalhadores com responsabilidades familiares, em que em suas oito notas apresentaram significativas mudanças para efetivar a conciliação entre trabalho e família, como será analisado a seguir.

5 – Convenção nº 156 e sua influência na igualdade de gênero entre trabalhadores e trabalhadoras: Notas 1 e 2 da OIT

A Convenção nº 156 trata sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares.

Em seu art. 1º versa na busca da igualdade de gênero entre homens e mulheres que trabalham e possuem responsabilidades familiares:

“1. A presente Convenção aplica-se a homens e mulheres com responsabilidades com relação a seus filhos e filhas dependentes, quando estas responsabilidades restringem a possibilidade de se prepararem para uma atividade econômica e nela ingressar, participar ou progredir.”

Historicamente, a família possuía ideologia patriarcal e somente era reconhecida a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo (DIAS, 2015, p. 56).

O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal, contudo, após a Revolução Industrial, com o aumento da necessidade de mão de obra, as mulheres ingressaram no mercado de trabalho, iniciando a mudança do conceito de família, e sobre esse quadro Maria Berenice Dias (2015, p. 30) afirma:

“Esse quadro não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. A estrutura da família se alterou, tornou-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo do casamento é o único modo de garantir a dignidade da pessoa.”

Após revoluções históricas, o pátrio poder – termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* – direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos – (DIAS, 2015, p. 460), foi substituído pelo chamado poder familiar, resultando em liberdade na relação familiar e redimensionando a autoridade parental entre homens e mulheres para com sua prole, alcançando a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltado ao melhor interesse dos filhos (DIAS, 2015, p. 460).

Isto é, a revolução surgida com o advento da Constituição Federal de 1988 retirou de sua gênese o caráter autoritário da prevalência da função masculina quando tratou de eliminar as relações de subordinação até então existentes entre os integrantes do grupo familiar (MADALENO, 2013, p. 47).

Sendo que foi a Constituição Federal de 1988 que impôs a igualdade entre homem e mulher em seu art. 5º, inciso I⁴. Assim, todas as normas da legislação

4 “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: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

infraconstitucional que afrontavam o desígnio do constituinte, acabaram letra morta (DIAS, 2015, p. 166).

Na realidade, a igualdade de gênero não foi alcançada em sua totalidade, principalmente no âmbito do trabalho e relações familiares. Berenice Dias (2013, p. 359) elucida: “infelizmente, a tão proclamada igualdade de gênero ainda não chegou no âmbito das relações familiares. De um modo geral, ainda existe a divisão tarifada de papéis. O homem cuida dos negócios e a mulher da casa e dos filhos”.

Desse modo, em 2011, após mais de 20 anos da promulgação da Carta Magna Brasileira, a OIT se preocupou, em suas Notas 1 e 2 (2011), tituladas, respectivamente, “Trabalho e responsabilidades familiares: novos enfoques” e “Promoção da igualdade de gênero e políticas de conciliação entre o trabalho e família”, com a busca por igualdade de gênero entre homens e mulheres que possuam responsabilidades familiares.

A OIT em sua Nota 1 (2011) apresentou a Convenção nº 156, que estabelece a obrigação dos Estados de incluir, entre os objetivos da sua política nacional, medidas para permitir que pessoas com responsabilidades familiares possam exercer seu direito de assumir um emprego sem serem discriminadas e sem conflitos com suas responsabilidades familiares e profissionais.

Ademais, a Convenção nº 156 prevê também que os Estados devem implementar medidas para permitir às pessoas a livre escolha de ocupações, o acesso à educação e a reintegração à força de trabalho após uma ausência em função de responsabilidades familiares.

Entretanto, a igualdade entre homens e mulheres não é efetiva nos aspectos família e trabalho, e historicamente a mulher sempre esteve em desigualdade em relação aos homens. O trabalho feminino foi totalmente desgastante e sem nenhuma proteção na Revolução Industrial, as mulheres se submetiam a altas horas de jornada e a baixa remuneração, resultando em elevada produtividade e lucro para as indústrias. Sobre o assunto, Sérgio Pinto Martins (2012, p. 615) afirma:

“No decorrer da Revolução Industrial (século XIX), o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente para a operação de máquinas. Os empresários preferiam o trabalho da mulher nas indústrias porque elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, porém, faziam os mesmos serviços que estes. Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes

DOCTRINA

eram possíveis, só para não perder o emprego. Além de tudo, a mulher deveria, ainda, cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos.”

Entende-se, portanto, que através da história, a posição social das mulheres foi de submissão aos homens no quesito pátrio poder. Contudo, o sistema capitalista através da Revolução Industrial legitimou a entrada da mulher no âmbito do trabalho, entretanto, a situação de desigualdade permaneceu e aumentou, por meio do argumento “natural” que a mulher possui seus afazeres da casa, e o homem, o trabalho para sustento da família. Segundo Claudia Mazzei Nogueira (2008, p. 78):

“(…) historicamente as mulheres sempre estiveram em situação de desigualdade. As relações sociais capitalistas legitimam uma relação de subordinação das mulheres em relação aos homens, imprimindo uma conotação considerada ‘natural’ à mulher, dada pela subordinação.

Vale mencionar que no âmbito familiar e do trabalho, conjuntamente, as mulheres ainda são as mais prejudicadas, por consequência da chamada dupla jornada.”

Para Cláudia Mazzei Nogueira (2010 p. 60), as jornadas podem ser até triplas, afirma:

“(…) a responsabilidade da realização das tarefas domésticas pelas mulheres que desempenham um trabalho assalariado no mundo da produção caracteriza a dupla (e às vezes tripla) jornada de trabalho com todas as implicações decorrentes dela, entre as quais destacamos a presença de uma forte opressão de gênero e também de exploração do capital.”

A mulher enfrenta a jornada de trabalho fora de casa, que muitas vezes é de maneira informal, para atender as necessidades e cuidados da família. E mesmo as mulheres que trabalham formalmente, em sua maioria, precisam enfrentar a dupla jornada ao voltar para casa com os afazeres domésticos e cuidar da família, podendo resultar em uma barreira importante ao acesso e/ou permanência ao mercado de trabalho.

Lembrando que atualmente ainda há a divisão sexual do trabalho, e esta é um fenômeno histórico, pois se metamorfoseia de acordo com a sociedade da qual fez parte. Mas, na sociedade capitalista, segundo essa divisão, o trabalho doméstico permanece predominantemente sob a responsabilidade das mulheres, estejam elas inseridas no espaço produtivo ou não (NOGUEIRA, 2008).

A mulher luta contra uma sobrecarga intensa ao afrontar essa dupla jornada, e nesse sentido é a busca de igualdade de gênero no âmbito do trabalho

e familiar, pois não existem mais “homens” sem responsabilidades familiares e totalmente disponíveis para o trabalho formal e “mulheres” dedicadas apenas para as responsabilidades familiares.

Faz-se necessário criar medidas de conciliação entre trabalho e família, sendo essas indispensáveis para o alcance dos avanços na promoção da igualdade de gênero e do trabalho decente para homens e mulheres, e na equidade na distribuição de responsabilidades familiares e responsabilidades domésticas.

Destaca-se que a Convenção nº 156 da OIT traz claramente que as responsabilidades familiares não devem constituir, por si só, uma causa para demissão, devendo prevalecer o princípio da continuidade da relação de emprego. Portanto, conforme a Convenção nº 156, em seu artigo 3º⁵, o Estado-Membro da OIT deve tornar efetiva a igualdade de oportunidade e de tratamento de trabalhadores e trabalhadoras, assim como possibilitar a permanência ou oportunidade de trabalho àquelas pessoas com responsabilidades familiares.

6 – Proteção à maternidade e licença-paternidade: o caso das Notas 4 e 6 da OIT

A OIT, ao trazer a Nota 4, intitulada “Proteção a maternidade”, teve como objetivo resguardar a saúde da mãe e de seu filho ou filha, assim como proteger a trabalhadora de qualquer discriminação por ser “mãe”.

A proteção à maternidade, de acordo com a Nota 4 (2011), contribui para a consecução de três Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), adotados pelos países-membros das Nações Unidas, sendo eles: promoção da igualdade de gênero e autonomia das mulheres (ODM 3), redução da mortalidade infantil (ODM 4) e melhorias na saúde materna (ODM 5).

A OIT adotou três Convenções sobre a proteção da maternidade: nº 3 (1919), nº 103 (1952) e nº 183 (2000), sendo que a Convenção de nº 183 e sua Recomendação de nº 191 estendem a cobertura a todas as mulheres empregadas, inclusive as que desempenham atividades atípicas e não possuem proteção.

A licença-maternidade é de extrema importância para o núcleo familiar, esse momento de descanso da genitora é essencial para a proteção da saúde da mesma e de seu bebê. E por isso, a Convenção nº 183 da OIT, visando

5 “Artigo 3º – 1. Cada Estado Membro deve tornar a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento de trabalhadores e trabalhadoras objetivo de suas políticas nacionais, com vistas a possibilitar às pessoas com responsabilidades familiares, que estão trabalhando ou queiram trabalhar, exercer o direito de fazê-lo sem estar sujeitas à discriminação e, na medida do possível, sem conflitos entre seu trabalho e suas responsabilidades familiares.”

complementar a Convenção nº 103 da OIT, estende o período de licença para um período mínimo de 14 semanas, conforme seu artigo 4⁶, além de licença adicional no caso de doença, complicações ou riscos relacionados à gravidez, previstos em seu artigo 5⁰⁷.

Sendo assim, a proteção à maternidade é um direito da gestante e do filho(a) e possui previsão na Constituição Federal de 1988 em seu art. 6º: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Trata-se, portanto, de um direito fundamental da trabalhadora gestante. Que, além da proteção à maternidade no sentido de “descanso e cuidado”, deve haver proteção em relação a prestações pecuniárias e médicas, que de acordo com a Convenção nº 183, em seu artigo 6⁰⁸, estas prestações deverão ser suficientes para garantir que a mulher possa manter a si e seu filho em condições adequadas de saúde e nível de vida conveniente. Do mesmo modo, a Convenção em seu artigo 4º, item 3, prevê prestações médicas para a mãe e seu filho, devendo compreender os cuidados pré-natais, os relativos ao parto, os posteriores ao parto e a hospitalização, se for necessária.

No Brasil, os incisos XVIII e XIX do art. 7º da Constituição Federal tratam da licença à gestante e licença-paternidade seguidamente:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei.”

Ou seja, a licença à gestante não deverá acarretar prejuízo do seu emprego e salário, deve ter duração de cento e vinte dias, sendo um direito das

6 “Artigo 4º – 1. Qualquer mulher abrangida pela presente Convenção tem direito a uma licença por maternidade de pelo menos 14 semanas de duração, mediante apresentação de um certificado médico ou outra declaração apropriada indicando a data provável do parto, tal como for determinado pela legislação e a prática nacionais.”

7 “Artigo 5º Deve ser concedida uma licença antes ou depois do período de licença por maternidade em caso de doença, complicações ou risco de complicações resultantes da gravidez ou do parto mediante apresentação de um certificado médico. A natureza e a duração máxima dessa licença podem ser precisadas de acordo com a legislação e a prática nacionais.”

8 “Artigo 6º – 2. As prestações pecuniárias devem ter um valor que permita à mulher prover ao seu sustento e ao do seu filho em boas condições de saúde e com um nível de vida conveniente.”

trabalhadoras urbanas e rurais. Assim como a licença-paternidade, este é um direito de trabalhadores urbanos e rurais, com prazo fixado em cinco dias (art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), provisoriamente, até que haja previsão em lei complementar.

Em 2008, o Brasil, em sua legislação nacional, ampliou a licença-maternidade para 180 dias para as mulheres servidoras públicas federais ou trabalhadoras de empresas, incluindo as mães adotantes através do Decreto nº 6.990/08 e da Lei nº 11.770/08. Essa ampliação consta na pauta de discussão do Congresso Nacional, sendo que a Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 64/07) já foi aprovada pelo Senado Federal em agosto de 2010, e encontra-se aguardando aprovação pela Câmara dos Deputados.

Em relação à licença-paternidade, esta não possui previsão normativa internacional ou por lei complementar para todos os trabalhadores, apenas há previsão na Carta Magna, como já demonstrado acima. Sendo que seu prazo possui previsão no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁹, sendo de 5 (cinco) dias. Contudo, essa licença está sendo cada vez mais reconhecida em legislações nacionais e em práticas empresariais através de acordos coletivos.

Nesse sentido é a alteração normativa que regula o Programa Empresa Cidadã (Lei nº 13.257/2016¹⁰), definindo um novo prazo de licença-paternidade àquelas empresas participantes do programa. Isto é, findo o prazo de 5 (cinco) dias estabelecido constitucionalmente, inicia-se, automaticamente, os 15 (quinze) dias para os participantes do programa.

Referente à licença-paternidade, Sérgio Pinto Martins (2012, p. 357) afirma:

“A licença-paternidade tem, porém, por objetivo, que o empregado possa manter contato com seu filho e ajudar sua esposa nos primeiros dias de vida da criança, ou seja, tem a finalidade de fazer com que o marido faça companhia à esposa nos dias subsequentes ao parto, para ajudar a cuidar da criança, e, também, do convívio com esta. A ideia do constituinte foi fazer com que os cuidados com o filho não fossem apenas da mulher e, até, de certa forma, de preservar o mercado de trabalho

9 “Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: (...) § 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.”

10 “Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: (...) II – por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”

DOCTRINA

da mulher, pois o homem também se afastará do emprego para ajudar a cuidar de seu filho.”

Desse modo, a licença-paternidade é um meio de alcançar a plena igualdade entre homens e mulheres, modificando o papel tradicional do homem cuidador dos negócios e a mulher, da casa e dos filhos. Realmente gera uma mudança cultural e social a criação da licença-paternidade, pois, através desta, há uma modificação do núcleo familiar, reconhecendo o homem como sujeito de direitos e deveres no exercício de responsabilidades familiares em pé de igualdade para com as mulheres, possibilitando uma melhor equidade na conciliação entre trabalho e família.

A licença-maternidade tem remuneração, e esta teve sua previsão na Convenção nº 3 da OIT, assim como na Carta Magna Brasileira, como já analisado acima. Sobre o assunto, Sérgio Pinto Martins (2012, p. 622) alega que:

“O Decreto nº 51.627, de 18.12.62, promulgou a Convenção nº 3 da OIT, de 1919, que prevê o pagamento das prestações para a manutenção da empregada e de seu filho, que serão pagas pelo Estado ou por sistema de seguro. O Brasil ratificou também a Convenção nº 103 da OIT, de 1952, promulgada pelo Decreto nº 58.020, de 14.06.66, que reviu a Convenção nº 3, dispondo que ‘em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega’ (art. IV, 8). As prestações devidas à empregada gestante, tanto antes como depois do parto, devem ficar a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público, sendo que a lei não pode impor esse ônus ao empregador inclusive com o objetivo de evitar a discriminação do trabalho da mulher.”

Assim sendo, somente com a edição da Lei nº 6.136, de 07.11.74 é que o salário-maternidade passou a ser uma prestação previdenciária, não mais tendo o empregador que pagar o salário da empregada que vai dar à luz (MARTINS, 2012).

Contudo, no tocante a licença-paternidade, citada na Nota 6 da OIT (2011), esta não há menção a sua remuneração em normas internacionais ou na Constituição Federal, e até mesmo por não ter previsão em legislação complementar, não há como dizer se deve ou não haver remuneração desta licença. Sérgio Pinto Martins (2012, p. 356) elucida:

“O inciso XIX do art. 7º da Constituição apenas faz referência a licença-paternidade, ‘nos termos fixados em lei’, que inexistente no momento; mas não versa sobre pagamento. O § 1º do art. 10 do ADCT menciona,

DOCTRINA

apenas, que o prazo da licença-paternidade é de cinco dias, mas também não determina que deve haver pagamento. Ao contrário, o inciso III do art. 473 da CLT reza que o empregado pode deixar de comparecer ao serviço por um dia consecutivo, ‘sem prejuízo do salário’, mostrando que essa falta é remunerada. Se a Constituição não determina em nenhum de seus dispositivos anteriormente indicados que a licença-paternidade é remunerada, o empregador não tem obrigação de pagá-la.”

Vale consignar que, de acordo com a alteração normativa do Programa Empresa Cidadã (Lei nº 13.257/2016), em seu art. 3º, inciso II, o empregado terá direito à remuneração integral, aplicando-se apenas àquelas empresas participantes do programa.

Assim sendo, por não haver referência sobre o pagamento da licença-paternidade a todos os trabalhadores, há muitos questionamentos se há a obrigação ou não de pagá-la, sendo que, na maioria das vezes, é resolvida a devida situação por meio de acordos coletivos.

No final de 2009, a Comissão de Assuntos Sociais do Senado aprovou a ampliação da licença-paternidade de cinco para quinze dias consecutivos, seja o pai biológico ou adotivo, além da garantia de estabilidade de 30 dias no emprego após o término da licença-paternidade. Esta proposta segue tramitando em caráter conclusivo e ainda será analisado pelas comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público, de Finanças e Tributação, de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado Federal (Nota 6 da OIT, p. 03).

No que se refere à licença-paternidade, esta surge de modo a reconhecer o homem como sujeito de direitos e deveres pertinentes às responsabilidades familiares (MELLO; FOGAÇA, 2018).

Ademais, no Brasil, houve um significativo avanço em um acordo coletivo firmado no ano de 2009, entre sindicatos e uma instituição financeira federal concedendo licença-paternidade de dez dias não consecutivos que podem ser gozados em até 180 dias após o nascimento da criança. E, da mesma maneira, o acordo criou a licença-adoção de 180 dias para homens solteiros e casais homoafetivos, que adotarem criança com idade de 0 a 12 anos (Nota 6 da OIT, 2011, p. 03).

Em Portugal, efetuou-se progresso referente à proteção a maternidade dos “pais”, pois, implementaram a licença parental, substituindo às licenças maternidade e paternidade, sendo referência na busca pela igualdade de gênero e as políticas de conciliação entre trabalho e família. Logo, este avanço está previsto na Recomendação nº 165, de acordo com a Nota 6 (2011), e este consiste em uma

licença relativamente longa concedida ao pai ou mãe para cuidar de um bebê ou criança logo após a licença-maternidade ou licença paternidade, resultando em uma estratégia de modificação da atuação de homens e mulheres em seu núcleo familiar, refletindo na importância do papel dos pais no nascimento dos filhos e principalmente em sua criação, através do desenvolvimento infantil.

Além disso, a Recomendação nº 165 prevê que os trabalhadores e trabalhadoras podem ausentar-se de suas atividades laborais por um período caso seus dependentes estejam enfermos e necessitem de cuidados, sem que os trabalhadores colocassem em risco seus empregos (MELLO; FOGAÇA, 2018, p. 15).

A licença parental é uma ótima alternativa de busca pela igualdade de gênero entre homens e mulheres, possibilitando uma maior equidade nas responsabilidades familiares, facilitando a conciliação entre estas e o trabalho exercido por esses pais.

7 – Medidas de conciliação entre o trabalho e família – empresas *family-friendly*: Notas 3, 5 e 8 da OIT

As responsabilidades familiares vão muito além do cuidado para com os filhos, há também o cuidado com familiares doentes, deficientes e idosos.

Sendo que este último é tratado em especial pela Nota 8 da OIT (2011, p. 01), em que o envelhecimento da população brasileira gera novas necessidades de cuidado, uma vez que atualmente as famílias não possuem uma pessoa que se dedique em tempo integral ao cuidado do familiar idoso.

Lembrando que há diferença entre o trabalho do cuidado remunerado e o não remunerado. Neste sentido, Razavi e Staab (2008, p. 5) ensinam:

“Ao desenvolverem uma análise socioeconômica, assim definem o trabalho do cuidado: trabalho do cuidado – inclui: (a) o cuidado direto às pessoas, como alimentá-las e limpá-las; (b) o cuidado indireto, em que uma pessoa é responsável por e supervisiona as necessidades de cuidado de uma pessoa, mas sem interagir diretamente e (c) serviços de suporte, tais como cozinhar e limpar, que provê as condições para o cuidado mais direto. Aqueles com intensas necessidades de cuidado incluem crianças pequenas, idosos fragilizados e pessoas com variados tipos de doenças e incapacidades, também requerem e recebem cuidados. Cuidados diretos e indiretos algumas vezes são vistos como separados de outras atividades que proveem as condições para o cuidado pessoal, tais como a preparação de refeições, as compras, lavar roupas e limpar a casa (trabalho doméstico). Porém, tais fronteiras são arbitrárias, especial-

DOCTRINA

mente se as pessoas que necessitam de cuidado intensivo são incapazes de realizar tais tarefas. O trabalho do cuidado pode ser remunerado ou não remunerado.”

É visível que o trabalho do cuidado que estamos tratando é o não remunerado, referente aos afazeres e responsabilidades do seu próprio lar, com pessoas do seu núcleo familiar. Consequentemente, o trabalhador, ao tentar conciliar, por conta própria, essas responsabilidades familiares e seu trabalho, enfrenta um desgaste mental e físico, prejudicando seu relacionamento familiar e rendimento laboral.

Há, portanto, de acordo com a Nota 3 da OIT (2011, p. 01), uma corresponsabilidade social entre a empresa e seus trabalhadores. Sendo que essas empresas que apoiam a conciliação entre a vida laboral e familiar são chamadas empresas *family-friendly*. Reconhecendo que seus funcionários possuem responsabilidades familiares e que estas possam afetar sua rotina de trabalho.

O objetivo dessas empresas *family-friendly* é apoiar seus funcionários no momento de equilibrar compromissos assumidos na esfera familiar e laboral, resultando em benefícios mútuos para a empresa e seus trabalhadores.

A empresa contará com funcionários com maior desempenho, motivação e produtividade, e o funcionário não estará estressado em decorrência de conflitos entre trabalho e responsabilidades familiares, e alcançará um melhor ambiente de trabalho, onde se sentirá valorizado e apoiado pela empresa em que trabalha (Nota 3 da OIT, 2011).

A Nota 3 da OIT (2011, p. 03) traz algumas medidas para as empresas colocarem em prática e tornar eficaz a conciliação trabalho-família.

“Organização do tempo de trabalho como organização de trabalho com horário variável, trabalho em tempo parcial, trabalhos compartilhados, trabalho no domicílio, teletrabalho ou trabalho remoto;

Serviços de cuidado e atenção a crianças, adultos e familiares doentes ou com deficiência, como creches nas empresas ou subsídios para contratar serviços externos, locais adequados para o aleitamento materno, apoio da empresa a trabalhadores/as que precisam cuidar de dependente familiar, uso do telefone para resolver questões familiares;

Licenças adicionais às previstas na legislação por razões como emergências familiares, maternidade e paternidade, doença ou cuidado de familiares ou licenças não remuneradas sem perda de emprego pelas mesmas razões;

DOCTRINA

Serviços de informação e formação profissional como materiais informativos, informações sobre as políticas da empresa para responsabilidades familiares e de conciliação, palestras, cursos e *workshops*, etc.”

Dentre essas medidas, a empresa pode, de comum acordo com o trabalhador, organizar o tempo de trabalho deste, para que não prejudique suas responsabilidades familiares, assim como inovar em meios de trabalho, como é o caso do teletrabalho, em que o funcionário pode realizar seu serviço na sua própria residência. Bem como é possível a criação de creches nas empresas ou subsídios para contratar serviços externos, buscando sempre a conciliação entre família e trabalho (Nota 3 da OIT, 2011, p. 03).

E para que isso ocorra e seja realmente eficaz, é preciso fazer uma avaliação de necessidades dos trabalhadores daquele local e região, tal como realizar um balanço de custo-benefício, para que a empresa se adéque e forneça a seu funcionário uma opção de conciliação, e que este, em contrapartida, se encaixe na medida fornecida, sendo necessário colaboração e compromisso de ambas as partes, resultando em um processo contínuo e em constante evolução, como é o caso das famílias brasileiras. Portanto, a empresa precisa se preocupar com todos os tipos de família, e buscar atender as suas necessidades perante suas responsabilidades familiares (Nota 3 da OIT, 2011, p. 03).

A Nota 5 da OIT (2011, p. 01) apresenta as alternativas que podem facilitar a conciliação entre trabalho e família, sendo que essas medidas podem ser estabelecidas na legislação, em negociações coletivas ou voluntariamente definidas nos locais de trabalho.

A primeira alternativa apresentada pela Nota 5 da OIT (2011) é a redução da ênfase no tempo trabalhado. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inciso XIII, e a CLT, em seu art. 58, determinam que a jornada de trabalho normal não deve exceder a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais. Lembrando que a limitação da jornada de trabalho visa justamente a proteção da saúde física e mental do trabalhador, além da emocional, que representa, na maioria das vezes, suas responsabilidades com a família.

Sobre as longas jornada de trabalho, a Nota 5 da OIT (2011, p. 01) afirma:

“Longas jornadas de trabalho reduzem claramente o tempo disponível para a vida familiar e frequentemente exigem que se trabalhe à noite ou em fins de semana. No entanto, muitos/as trabalhadores/as trabalham horas extras para aumentar sua renda familiar. Por outro lado, para os/as que desempenham funções gerenciais e profissionais, trabalhar muitas

DOCTRINA

horas por dia pode ser visto como uma forma de demonstrar compromisso e, assim, progredir na instituição.”

Evidencia-se que as longas jornadas de trabalho podem resultar em um aumento de renda ou demonstrar compromisso para com o serviço, mas também reduz o tempo do indivíduo de dedicar-se à sua vida familiar, o que torna prejudicial o equilíbrio entre trabalho e família.

Concernente às horas extras, Sérgio Pinto Martins (2012, p. 533) leciona:

“Horas extras são as prestadas além do horário contratual, legal ou normativo, que devem ser remuneradas com o adicional respectivo. A hora extra pode ser realizada tanto antes do início do expediente, como após seu término normal ou durante os intervalos destinados a repouso e alimentação.”

Desse modo, as horas extras resultariam em menos tempo do trabalhador com sua família, o que dificultaria o convívio familiar. Sendo que a OIT quer o contrário, ou seja, melhorar o convívio familiar através da redução da jornada de trabalho.

Contudo, se as horas extras forem necessárias, a Nota 5 da OIT (2011) afirma que é preciso que seja feita a notificação prévia sobre horas extras, para que os trabalhadores possam organizar suas responsabilidades familiares com antecedência.

Há outras medidas apresentadas pela Nota 5 da OIT (2011), como é o caso do trabalho em tempo parcial e o compartilhado. O primeiro é tratado pela legislação brasileira como aquele cuja duração não exceda vinte e cinco horas semanais, sendo que o salário será proporcional à sua jornada. A adoção desta opção é feita através de negociação coletiva. O trabalho compartilhado pode ser considerado como uma continuação do trabalho em tempo parcial. Em que um posto de trabalho é coberto por dois/duas ou mais funcionários/as em tempo parcial, que compartilham tarefas e as horas de trabalho, sendo que o salário é dividido entre eles/elas.

Outra opção seria a redução da jornada de trabalho em períodos específicos da vida do trabalhador, como é o caso da infância de seus filhos e filhas, melhorando a qualidade de vida do trabalhador e de sua família. Bem como, por exemplo, a redução da jornada diária de trabalhadoras lactantes em acordo coletivo brasileiro em 2010, em que houve a redução de duas horas na jornada diária de trabalho de suas empregadas em período de amamentação, por até 180 dias, contados a partir da data do término da licença-maternidade, de 120 dias (Nota 5 da OIT, 2011).

O objetivo é justamente organizar a jornada de trabalho, seja através de troca de turnos ou turnos definidos com antecedência, horários variáveis, sendo estes mais flexíveis. Visando que o trabalhador possa cumprir com suas responsabilidades familiares, como buscar os filhos/as na escola ou evitar horários de maiores tráfegos, sem desgastar sua saúde (Nota 5 da OIT, 2011).

Além dessas medidas, a Nota 5 da OIT (2011) também apresenta o sistema de banco de horas de trabalho, teletrabalho e trabalho no domicílio. Sendo que o sistema de banco de horas é aquele em que o trabalhador acumula horas ou dias livres, podendo utilizar esse tempo extra para cuidar de situações familiares inesperadas, devendo levar em conta as reais necessidades do trabalhador.

O teletrabalho é um meio muito utilizado graças à tecnologia, permitindo alternar o trabalho em suas residências e no próprio local de trabalho, ou até mesmo adotar esse sistema quando ocorrerem emergências familiares ou outras situações extraordinárias (Nota 5 da OIT, 2011).

Por fim, há a possibilidade do trabalho no domicílio, que em grande parte é pago por produção, podendo gerar intensa jornada de trabalho (Nota 5 da OIT, 2011).

No entanto, vale consignar que tanto o trabalho no domicílio, como todas as alternativas mencionadas visam que as demandas familiares possam ser atendidas sem a necessidade de se parar de trabalhar, ou seja, equilibrar trabalho-família.

8 – Ações dos sindicatos perante a conciliação entre trabalho e família: caso da Nota 7 da OIT

A OIT, em sua Nota 7 (2011), apresenta alguns exemplos concretos de iniciativas sindicais no Brasil, visando a promoção das necessidades de trabalhadores(as) com responsabilidades familiares por meio de negociações coletivas.

E sobre essa busca por equilibrar essas duas esferas, é necessário facilitar a participação das mulheres em atividades sindicais, assim como mudar a mentalidade com relação ao papel do homem e suas responsabilidades familiares, sendo assim, a Nota 7 da OIT (2011, p. 01) afirma:

“Ao desenvolverem, portanto, mecanismos de equilíbrio entre trabalho e família, os sindicatos ajudam a aumentar a participação das mulheres em suas atividades. A maior presença de mulheres nos sindicatos é fundamental para promover a inclusão e ampliação dos temas

sobre igualdade de gênero e conciliação entre trabalho e família nas pautas de discussão das organizações sindicais e nas mesas de negociação coletiva, além de promover medidas de apoio nos estabelecimentos dos próprios sindicatos.

É importante chamar a atenção, contudo, que a discussão do equilíbrio entre trabalho e família no âmbito dos sindicatos promove, por outro lado, uma ampla mudança de mentalidade com relação aos papéis de homens e mulheres, o que significa entender que conciliar o trabalho e os cuidados com filhos e demais dependentes (pessoas doentes, com deficiência ou idosas) também é uma questão que envolve os homens trabalhadores (pais, irmãos, genros, filhos, netos, avôs, etc.) e, assim, os reconhecer como sujeitos de direitos.”

Precisa-se mudar a cultura brasileira em relação aos afazeres do homem na vida familiar, não sendo apenas o “homem dos negócios”, mas sim o “homem das responsabilidades familiares”, juntamente com as mulheres, em pé de igualdade.

O tema “relações familiares”, de acordo com a Nota 7 da OIT (2011), vem sendo tratado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf) na Mesa Temática de Igualdade de Oportunidades com a Federação Brasileira de Bancos (Febraban), desde 2011, através da cartilha “Relações Compartilhadas – Um Outro Mundo é Possível”, buscando promover o conceito que homem e mulher dividem de forma igual responsabilidades familiares.

Para assegurar as medidas de conciliação trabalho-família aos trabalhadores, o instrumento das negociações coletivas é essencial para que se possam alcançar avanços na legislação em matéria de proteção da maternidade e responsabilidades familiares. Sérgio Pinto Martins (2012, p. 830) leciona acerca da negociação coletiva:

“A Convenção nº 154 da OIT esclarece que a negociação coletiva compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, visando: (a) fixar as condições de trabalho e emprego; (b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; (c) disciplinar as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores ou alcançar todos esses objetivos de uma só vez.”

DOCTRINA

Assim sendo, a negociação coletiva é o momento em que as partes (empregador e organizações de trabalhadores) ajustam seus interesses, resultando em uma conciliação, resolvendo aquele conflito enfrentado.

Lembrando que, de acordo com a Nota 7 da OIT (2011), no Brasil, os sindicatos conseguiram garantir avanços em relação à legislação e acordos sobre temas não abrangidos por elas, como é o caso da estabilidade provisória de emprego e/ou salário ao trabalhador que se tornou pai. Além disso, referente ao direito à licença-maternidade, as negociações coletivas permitiram ampliar sua duração e/ou aumentar os benefícios pecuniários correspondentes.

Referente ao instrumento das negociações coletivas como meio de garantir o equilíbrio entre responsabilidades familiares e trabalho, a OIT em sua Nota 7 (2011, p. 02) informa:

“Em quase todas as negociações coletivas foram celebradas ao menos uma cláusula sobre os temas ‘trabalho da mulher ou equidade de gênero’. No período entre 1993-2009, das 90 negociações coletivas, 87 negociaram alguma garantia sobre os temas. A maior parte das cláusulas em torno dos temas diz respeito à gestação, maternidade/paternidade e responsabilidades familiares, representando cerca de 80% do total das cláusulas sobre trabalho da mulher e gênero. Importante destacar que ao longo de 16 anos, as cláusulas relativas ao tema responsabilidades familiares passaram de 5% para aproximadamente 15%.”

É visível, portanto, o crescimento da atuação dos sindicatos acerca das responsabilidades familiares enfrentadas por seus trabalhadores(as), e como evoluíram no quesito de realizar iniciativas para efetivar a conciliação entre essas duas esferas presentes no cotidiano do indivíduo.

Ademais, a Central Única dos Trabalhadores propôs uma Minuta Padrão de Reivindicações para a inclusão da igualdade de gênero nas pautas sindicais, prevendo a garantia da igualdade de acesso das mulheres ao emprego, cargos, salário e capacitação profissional, proteção da maternidade e paternidade, flexibilidade durante a jornada de trabalho para a trabalhadora que estiver amamentando, licença para empregado(a) adotante, a garantia de creche para empregados pais ou mães, até a criança atingir idade escolar, entre outros (Nota 7 da OIT, 2011, p. 03).

Os sindicatos têm um papel essencial ao garantir a implementação eficaz da legislação e de acordos coletivos que promovam uma melhor conciliação entre a vida laboral e familiar, mas devem ir além, devem empreender em ações para garantir a divulgação de informações sobre esses direitos através

de informativos, *workshops* e cursos, assim como capacitar os trabalhadores para exercerem esses direitos (Nota 7 da OIT, 2011, p. 04).

Por conseguinte, os sindicatos podem intervir diretamente em prestações de serviços para ajudar os(as) trabalhadores(as) com suas responsabilidades familiares, como é o caso de serviços de cuidados infantis (Nota 7 da OIT, 2011, p. 04).

Bem como a Nota 7 da OIT (2011, p. 04), que afirma que o próprio sindicato pode iniciar uma mobilização dos governos para garantir melhorias na legislação sobre a preocupação das responsabilidades familiares do trabalhador brasileiro, promovendo e fortalecendo o tema da relação trabalho-família, visando a formulação de políticas que visem a harmonização da vida laboral e familiar.

Desse modo, o sindicato possui atuação imprescindível para a efetivação das medidas de conciliação entre as responsabilidades familiares e o trabalho do cidadão brasileiro, assim como, é através deste que o trabalhador possui conhecimento e é capacitado para exercer seu direito frente ao equilíbrio de afazeres familiares e laborais.

9 – Considerações finais

Historicamente, o núcleo familiar possuía uma ideologia patriarcal, em que o homem era considerado o “chefe” da família e provedor do sustento, e a mulher “cuidadora” dos filhos e marido.

A sociedade, então, evoluiu em sua essência, e a nossa Constituição Federal de 1988 impôs a igualdade entre homem e mulher em seu art. 5º, inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

A igualdade prevista na Constituição, como analisado no presente estudo, deve ser refletida tanto no âmbito laboral quanto nas responsabilidades familiares, em que homens e mulheres possam ter as mesmas oportunidades de emprego, e tenham igualdade em afazeres perante filhos, idosos, familiares doentes e deficientes.

Ademais, o Estado brasileiro deve garantir os direitos inerentes às famílias consideradas novas no ordenamento jurídico, como é o caso da família pós-moderna, que tem “pouco tempo” e objetivos instantâneos, vivendo em instabilidade no decorrer dos acontecimentos diários.

Assim sendo, a Organização Internacional do Trabalho, no ano de 2011 criou um grupo de 8 Notas intituladas “Trabalho e Família”, para apresentar

internacionalmente aos seus Estados-membros, como é o caso do Estado brasileiro, alternativas de como as empresas podem apoiar seus funcionários em situações que necessitam conciliar suas responsabilidades familiares e laborais, sejam através da promoção da igualdade de gênero, proteção da maternidade, licenças, entre outras formas.

Vale mencionar que as empresas que apoiam e protegem o trabalhador como unidade familiar são denominadas de *family-friendly*, conforme Nota 3 da OIT, resultando em uma corresponsabilidade social entre a empresa e seus trabalhadores. Outrossim, há as iniciativas dos sindicatos para apoiar trabalhadores(as) com responsabilidades familiares através de negociações coletivas, visando firmar essas medidas de conciliação, informando os trabalhadores sobre seus direitos e capacitando-os para exercê-los.

Dessa maneira, para que realmente efetive a conciliação da vida laboral e familiar dos(as) trabalhadores(as), é essencial que as empresas observem as alternativas apresentadas pela Organização Internacional do Trabalho, devendo se autodenominar *family-friendly*. E, ao realizar as negociações coletivas, possam acordar com os sindicatos dos trabalhadores meios de conciliar as responsabilidades familiares de seus funcionários com sua rotina laboral, sem resultar em desgaste mental e físico do trabalhador, resguardando a sua saúde. Ou seja, é possível conciliar a vida laboral e familiar a partir de um processo de conscientização, sendo este construído através de uma parceria entre empregados e empregadores. Ademais, nesse período pós-moderno, em que se falta “tempo”, o emprego, ou até mesmo o empregador, não podem servir como mais um elemento de liquidez para as relações familiares, devendo a parceria entre empregado e empregador efetivar o equilíbrio entre trabalho e família.

Portanto, é evidente que a conciliação entre a vida laboral e familiar decorre de uma construção histórica, que até o presente momento tiveram avanços, mas infelizmente esses também estão em risco diante de um cenário de flexibilização e desregulamentação de garantias trabalhistas.

Referências bibliográficas

ABREU, Fernanda de Miranda S. C.; SILVEIRA, Vladimir Oliveira. Internalização das convenções da OIT no ordenamento jurídico brasileiro. *Prim@ Facie*, v. 13, n. 25, 2014.

ARRUDA, Débora Pinho. *Parece que falta um pedaço da gente*: tecendo histórias sobre o desenlace conjugal. Universidade Federal do Ceará – Faculdade de Medicina. 2015 – 224 f.

BAUMAN, Zygmunt. *A cultura no mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

_____. *Amor líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

DOUTRINA

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BERTÃO, Flávia Renata Bertonha Manoel. *Intimidade na clínica contemporânea, estudo psicanalítico*. Tese de doutorado. Faculdade de Ciências e Letras de Assis – UNESP, São Paulo, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. *Convenção nº 156 da OIT*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/convencao_156_228.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. *Convenção nº 183 da OIT*. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_4_A.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

COSTA, Valeriano dos Santos. Tempos líquidos: desafio para a nova evangelização. *Theologica Xaveriana*, v. 65, n. 179, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-36492015000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015. v. I.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade da lei*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/11193/material/Controle_Convencionalidade_V_Mazzuoli.pdf>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____; _____. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, v. 167, ano 42, p. 169-182, jan./fev. 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/89797/2016_mazzuoli_valerio_incorporacao_aplicacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 9 set. 2017.

MELLO, Beatriz de; FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno. *O impacto da tutela laboral no direito das famílias: as licenças do trabalhador e conciliação entre trabalho e família*. 2018.

MOREIRA, Tassiane Antunes. *Trabalho e responsabilidades familiares: um estudo sobre as medidas legais de proteção e conciliação no Brasil*. Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133052/TCC%20-%20Tassiane%20A%20Moreira.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 set. 2017.

NOGUEIRA, Claudia Mazzei. As relações sociais de gênero no trabalho e na reprodução. *Aurora*, ano IV, n. 6, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Aurora/6%20NOGUEIRA,%20Claudia%20Mazzei.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. O duplo trabalho feminino: o exemplo das teleoperadoras. *Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 10, n. 2, 2008, p. 71-93.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *História*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 9 set. 2017.

DOCTRINA

_____. *Notas da OIT: Alternativas que podem facilitar a conciliação entre o trabalho e família.* 2011. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_5_699.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. *Notas da OIT: conciliação entre o trabalho e vida familiar: ações dos sindicatos.* 2011. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_7_701.pdf>. Acesso em 10 set. 2017.

_____. *Notas da OIT: envelhecimento da população: quem se encarrega do cuidado?* 2011. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_8_702.pdf>. Acesso em 10 set. 2017.

_____. *Notas da OIT: licenças e responsabilidades familiares.* 2011. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_6_700.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. *Notas da OIT: melhores empresas: locais de trabalho que apoiam a conciliação trabalho-família.* 2011. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_3_697.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. *Notas da OIT: promoção da igualdade de gênero e políticas de conciliação entre trabalho e a família.* 2011. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_2_696.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. *Notas da OIT: proteção da maternidade.* 2011. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_4_698.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. *Notas da OIT: trabalho e responsabilidades familiares: novos enfoques.* 2011. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_1_695.pdf>. Acesso em: 9 set. 2017.

PIATO, Raiane Straiotto; ALVES, Rozilda das Neves; MARTINS, Sheila Regina de Camargo. Conceito de família na pós-modernidade. *Anais V CIPSI – Congresso Internacional de Psicologia – Universidade Estadual de Maringá*, 2012. Disponível em: <<http://eventos.uem.br/index.php/cipsi/2012/paper/viewFile/573/388>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Danielle Marques dos; NASCIMENTO, Virgílio Gomes do. A família como instituição moderna. *Fractal, Rev. Psicol.*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 461-472, Dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922008000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 ago. 2018.

RAZAVI, S.; STAAB, S. *The social and political economy of care: contesting gender and class inequalities*. New York: United Nations Research Institute for Social Development; 2008.

Recebido em: 07/12/2018

Aprovado em: 18/02/2019

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

