

REVISTA ELETRÔNICA DA

ESCOLA JUDICIAL

DO TRT DA SEXTA REGIÃO

Nº 3

2022

RECIFE. PE

ISSN

2764-5436

JUSTIÇA DO TRABALHO
Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região
Escola Judicial



JUSTIÇA DO TRABALHO
Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (PE)



EJTRT6

Escola Judicial do
Tribunal Regional do Trabalho
da Sexta Região

Revista eletrônica da Escola Judicial
do TRT da Sexta Região

v. 2 n. 3

Recife

2022

ISSN 2764-5436

Rev. Eletr. da Esc. Judic. do TRT da Sexta Reg.	Recife	v. 2	n. 3	p. 1-385	jul./dez. 2022
--	--------	------	------	----------	-------------------

EQUIPE TÉCNICA

Jornalista

Mariana Mesquita

Bibliotecária

Sofia Ana Veloso de Azevedo

Projeto gráfico e diagramação

Siddharta Campos

Foto da capa

Elysangela Freitas

Fotos internas (na ordem)

Elysangela Freitas

Siddharta Campos

Stela Maris

CORRESPONDÊNCIA

Rua Quarenta e Oito, 149 - Espinheiro, Recife/PE CEP: 52020-060

Telefone: (81) 3225.1315 / (81) 3225.3487

E-mail: revista@trt6.jus.br

Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT da Sexta Região - ano I,
n. 1 - Recife, 2021.

Periodicidade semestral.

1. Direito do trabalho – periódico. 2. Processo trabalhista – periódico. 3. Justiça do trabalho – periódico. 4. Jurisprudência trabalhista. I. Tribunal Regional do Trabalho.

CDD 341.605

Conselho

Editorial

ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO

Desembargadora decana do TRT da 6ª Região, professora universitária, mestra e doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

LELIO BENTES CORRÊA

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, bacharel em Direito pela Universidade de Brasília e mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Essex (Inglaterra).

SERGIO TORRES TEIXEIRA

Desembargador do TRT da 6ª Região, professor universitário, mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

MANOEL ERHARDT

Desembargador federal do TRF da 5ª Região, graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e especialista em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

MARCELO LABANCA

Professor de Direito Constitucional na Universidade Católica de Pernambuco, mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Tem pós-doutorado pela Universidade de Pisa (Itália).

SÉRGIO CABRAL DOS REIS

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, *master* em Teoria Crítica en Derechos Humanos y Globalización pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha), mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense e professor de Direito Processual Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Estadual da Paraíba.

LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA

Juiz do Trabalho Substituto no TRT da 6ª Região. Doutor e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

WIVIANE MARIA OLIVEIRA DE SOUZA

Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 6ª Região. Especialista em Direito Processual e Direito do Trabalho.

Sumário

Apresentação _____ 11

Composição _____ 13

Doutrina

1 Uma perspectiva histórico-jurídica do trabalho escravo contemporâneo e o racismo estrutural - da Independência (1822) à atualidade (2022) _____ 17
Adryeli Sacilotto de Camargo

2 A (in)definição trabalhista da relação jurídica dos trabalhadores por aplicativos _____ 47
Alessandra Alves Conceição
Renata Cerqueira Nabuco Oliveira
Tales Almeida Andrade
Vinicius Matias Figueiredo de Lacerda

3 Conexão entre o Teletrabalho e a Psicanálise: reflexões iniciais _____ 81
Ana Paula da Cunha Albuquerque
Anita Duarte de Andrade

4	Hiperconectividade e Hipoaproveitamento: uso excessivo das tecnologias e impactos na saúde mental	112
	<i>Andréa Keust Bandeira de Melo</i> <i>Laura Pedrosa Caldas</i>	

5	Uma análise sobre Burnout - sob a nova as perspectiva da CID-11	132
	<i>Andréa Keust Bandeira de Melo</i> <i>Letícia Maria Akel Mameri-Trés</i>	

6	A discriminação baseada no <i>status</i> familiar e a proteção do trabalhador	153
	<i>Carolina Ferreira Trevizani</i>	

7	A prova testemunhal no Processo do Trabalho na era da prova digital	169
	<i>Clarissa Souza Polizeli</i>	

8

A falsa neutralidade das normas processuais

178

Élbia Lídice Spenser Dowsley

9

Dispensa em massa e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 999.435: parâmetros para a intervenção sindical prévia à luz da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas

203

Igor Oliveira Costa

10

A prevalência do negociado sobre o legislado e o modelo de normas autônomas trabalhistas proposto na Carta Constitucional

215

Matheus de Almeida Calado Gonçalves

11

Programas de Integridade e Poder Judiciário

232

Paula Christina Silva e Lima

12

Honorários advocatícios em face do beneficiário da justiça gratuita no âmbito do Judiciário Trabalhista: Existência e eficácia após o julgamento da ADI 5766 pelo Supremo Tribunal Federal

268

Pedro Henrique Almeida Valença

13

O empregado “hipersuficiente” e os limites da liberdade negocial: uma análise a partir das perspectivas da autonomia e da vulnerabilidade

290

Renata Nabuco

14

A configuração da relação de emprego no âmbito dos e-Sports

314

Renata Cerqueira Nabuco Oliveira

Tales Almeida Andrade

Vinícius Matias Figueiredo de Lacerda

15

Interdito Proibitório

337

Sérgio Cabral dos Reis

Seção Artística

Excepcionais memórias de Nelson Rodrigues

Alberto Calixto Mattar Filho

379

Aconchego

Marileide Lonzetti

383

Justiça do Trabalho

Yasmin Lonzetti Skovronski

384

As opiniões emitidas nas peças desta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade do/a/os/as autor/a/es/as, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. A revisão gramatical e ortográfica é igualmente de inteira responsabilidade dos autores.

Apresentação



Apresentação

Sai do forno mais um número da nossa Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT da Sexta Região. O periódico, relançado em novo formato em 2021, chega à sua terceira edição trazendo temáticas em alta do mundo do direito, como: interdito proibitório; a relação de emprego nos E-sports; o empregado “hipersuficiente” e os limites da liberdade negocial; dispensa em massa; a falsa neutralidade das normas processuais; *Burnout*; hiperconectividade e hipoaproveitamento relacionados aos impactos na saúde mental; conexão entre o teletrabalho e a psicanálise; A (in)definição trabalhista da relação jurídica dos trabalhadores por aplicativos; trabalho escravo contemporâneo e o racismo estrutural, além de outras. A seção artística nos presenteia com dois poemas e uma crônica.

Para além de colaborar para a contínua consolidação da cidadania e de uma comunidade mais justa e igualitária, a Revista ratifica o compromisso com o constante aperfeiçoamento técnico e jurídico de servidores/as, magistrados/as, juristas, atores e militantes do direito. Modernizando-se desde que surgiu, nos anos 1960, em formato físico, o periódico segue com o objetivo de propiciar debates necessários à democratização do conhecimento no mundo jurídico e sociedade civil.

Com periodicidade semestral, a Revista tem registro junto ao *International Standard Serial Number* (ISSN) e se divide em duas seções: uma doutrinária e uma artística, e coleciona, nesta edição, 18 trabalhos, podendo ser acessada em <http://ensino.trt6.jus.br/ej/> (sítio eletrônico da Escola Judicial do TRT-6) e pelo portal do Tribunal <http://www.trt6.jus>.

<br/portal/>. Com o acesso digital, por meio de computadores, *notebooks*, *tablets* e *smartphones*, o manuseio é fácil, intuitivo e amigável.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Eduardo Pugliesi

Desembargador do TRT-6 e diretor da Ejud-6

Maria do Socorro Emerenciano

Desembargadora do TRT-6 e vice-diretora da Ejud-6

Wiviane Maria Oliveira de Souza

Juíza do TRT-6 e coordenadora geral da Ejud-6

Composição

DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO

Presidente

Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino

Vice-Presidente

Nise Pedroso Lins de Sousa

Corregedor

Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

Tribunal Pleno

Eneida Melo Correia de Araújo

Gisane Barbosa de Araújo

Virgínia Malta Canavarro

Ivan de Souza Valença Alves

Valdir José Silva de Carvalho

Dione Nunes Furtado da Silva

Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino

Nise Pedroso Lins de Sousa

Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

Maria do Socorro Silva Emerenciano

Sergio Torres Teixeira

Fábio André de Farias

Paulo Alcantara

José Luciano Alexo da Silva

Eduardo Pugliesi

Ana Cláudia Petruccelli de Lima

Solange Moura de Andrade

Milton Gouveia da Silva Filho

Larry da Silva Oliveira Filho

Primeira Seção Especializada

Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino

Nise Pedroso Lins de Sousa

Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

Eneida Melo Correia de Araújo

Gisane Barbosa de Araújo
Virgínia Malta Canavarro
Valdir José Silva de Carvalho
Maria do Socorro Silva Emerenciano
Sergio Torres Teixeira
Paulo Alcantara
José Luciano Alexo da Silva
Larry da Silva Oliveira Filho

Segunda Seção Especializada

Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino
Nise Pedroso Lins de Sousa
Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura
Ivan de Souza Valença Alves
Dione Nunes Furtado da Silva
Fábio André de Farias
Eduardo Pugliesi
Ana Cláudia Petruccelli de Lima
Solange Moura de Andrade
Milton Gouveia da Silva Filho

Primeira Turma

Maria do Socorro Silva Emerenciano (presidente)
Ivan de Souza Valença Alves
Sergio Torres Teixeira
Eduardo Pugliesi

Segunda Turma

Fábio André de Farias (presidente)
Eneida Melo Correia de Araújo
Paulo Alcantara
Solange Moura de Andrade

Terceira Turma

Milton Gouveia da Silva Filho (presidente)
Virgínia Malta Canavarro
Valdir José Silva de Carvalho
Dione Nunes Furtado da Silva

Quarta Turma

José Luciano Alexo da Silva (presidente)
Gisane Barbosa de Araújo
Ana Cláudia Petruccelli de Lima
Larry da Silva Oliveira Filho

DIREÇÃO DA ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO

Diretor

Eduardo Pugliesi (desembargador do trabalho)

Vice-diretora

Maria do Socorro Silva Emerenciano (desembargadora do trabalho)

Coordenadora Geral

Wiviane Maria Oliveira de Souza (juíza do trabalho)

Coordenadores Adjuntos

Cássia Barata Moraes Santos (juíza do trabalho)

Saulo Bosco Souza Medeiros Santos (juiz do trabalho)

Leandro Fernandez Teixeira (juiz do trabalho)

Conselho Consultivo

Desembargadora Maria Clara Saboya Albuquerque Bernadino (presidente do TRT-6)

Desembargador Eduardo Pugliesi (diretor da Ejud-6)

Desembargadora Maria do Socorro Silva Emerenciano (vice-diretora da Ejud-6)

Desembargador Ivan de Souza Valença Alves (desembargador do trabalho - TRT-6)

Juíza Andréa Keust Bandeira de Melo (juíza do trabalho - TRT-6)

Paulo Roberto Gonçalves Cerqueira (servidor do TRT-6)

Doutrina



1

Uma perspectiva histórico-jurídica do trabalho escravo contemporâneo e o racismo estrutural - da Independência (1822) à atualidade (2022)

Adryeli Sacilotto de Camargo

Técnica Judiciária Federal do E.TRT9. Assistente de Gabinete. Pós-Graduada em Direitos Humanos pela FOCUS-CENES. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela FOCUS-CENES. Aluna da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0695601289068365>

Resumo

O presente artigo visa apontar a relação que há entre o crime de trabalho análogo ao escravo e o racismo estrutural na sociedade brasileira, por meio de uma perspectiva histórica e jurídica, demonstrando que não se trata de coincidência que a maioria das pessoas resgatadas da escravidão contemporânea sejam negras. Uma outra constatação que se visa demonstrar é que a despeito da legislação penal trazer, como causa de aumento de pena, do crime de reduzir alguém à condição análoga ao de escravo(a), o preconceito decorrente de raça, cor, etnia ou origem, não foram localizados julgados que tratassem a respeito. Não se pretende trazer respostas definitivas, mas pontua-se que o Direito precisa ser célere e efetivo para resolução do crime em comento e que a Educação é uma das formas de superar o retrocesso social causado pela escravidão moderna.

Palavras-chave: trabalho escravo; racismo estrutural; processo histórico-jurídico.

Introdução

O estudo inicia-se com a definição no que consiste o crime de trabalho análogo ao escravo, diante da conceituação legal e doutrinária. Após, serão apontados alguns exemplos, mediante análise de julgados, de como pode ocorrer o referido crime, a fim de que não haja a falsa percepção de ser uma discussão abstrata e sem utilidade.

Em um terceiro momento, serão expostas diversas pesquisas estatísticas atuais sobre a relação entre o mencionado trabalho análogo à escravidão e o racismo estrutural, demonstrando que as pessoas negras são a esmagadora maioria das vítimas, dentro de um contexto que ainda leva em consideração, as desigualdades sociais e regionais, com especial atenção às questões enfrentadas pelo Norte e pelo Nordeste.

Na quarta parte, será realizada uma análise de viés histórico, com fundamentação jurídica correspondente, de alguns acontecimentos fundamentais que abrangem o período da Independência do Brasil (1822) até à atualidade (2022), passando por diplomas como a “Lei do Ventre Livre” (1871) e a “Lei do Sexagenário” (1885), além da Abolição formal da Escravatura, em 13 de maio de 1888 e de casos emblemáticos, como o da Fazenda Brasil Verde, que iniciado em 1988, perdura até hoje sem solução efetiva. Por óbvio, seria impossível em um único artigo, descrever todo o ocorrido em 200 anos, por isto, a delimitação para alguns temas específicos que guardam mais estrita correspondência com a temática central proposta.

E por fim, serão pontuadas algumas conclusões acerca de possíveis formas de solução, que a toda evidência, não pretendem ser definitivas e integrais, mas apontamentos sobre o tema a fim de fomentar o debate.

Da conceituação do crime

De acordo com o art. 149 do Código Penal de 1940 (CP/40), com a redação da Lei n.º 10.803/2003, trabalho análogo ao escravo é:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2.º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (BRASIL. Código Penal. 2022. p. 111 – grifo nosso).

Diante das definições legais supra expostas, o trabalho análogo ao escravo pode ser conceituado por meio de 4 conceitos centrais, não excludentes entre si: a) trabalhos forçados, b) jornada exaustiva, c) condições degradantes e d) servidão por dívida (GARCIA; MARANHÃO; MESQUITA, 2019, p. 204-219).

Trabalho forçado é aquele que advém da ameaça de alguma sanção (ou de sanção concreta), em que o(a) trabalhador(a) perde efetivamente a liberdade, tendo sua real vontade anulada e mesmo que haja consciência da fraude perpetrada, pelas nefastas condições socioeconômicas, não se faz possível sair da situação. Já a jornada exaustiva é aquela que não apenas ultrapassa os limites constitucionais e legais permitidos, mas como, também causa (ou pode causar) efetivo prejuízo à saúde física e/ou mental do(a) obreiro(a) por submetê-lo(a) a tantas horas de labor (BARROSO; PESSANHA, 2018, p. 233-252). Há casos, nos canaviais de cana-de-açúcar, onde o labor variou de 16 a 27 horas, havendo pessoas que literalmente morreram de tanto trabalhar, ou seja, faleceram de exaustão física (PLASSAT; SUZUKI, 2020).

Na servidão por dívidas: o(a) trabalhador(a) já chega endividado(a), tendo que pagar as despesas de sua viagem/transporte, alimentação e hospedagem (sendo que estas por si só indicam um rede de apoio e sustentação ao crime por meio de policiais, motoristas e donos de pensões ao longo do caminho), além de adquirir, às custas de seu próprio salário, eventuais equipamentos de trabalho, sendo os preços extorsivos, bem como o são os cobrados por alimentos, fazendo com que sequer recebam o pagamento por seus trabalhos e se endividem (FIGUEIRA, 2020). A conceituação de condições degradantes está, por sua vez, intrinsecamente relacionada à falta de efetividade dos direitos humanos no tocante à existência de um trabalho digno, mas além disto, refere-se à liberdade de labor e à igualdade neste trabalho (GARCIA; MARANHÃO; MESQUITA, 2019, p. 204-219).

Outras expressões para “trabalho análogo ao escravo” seriam “escravidão contemporânea” e “escravidão moderna”, por exemplo (SAKAMOTO, 2020). Nomenclaturas estas que também podem ser utilizadas ao longo deste artigo, sem prejuízo de “trabalho escravo”.

Exemplificação do crime de trabalho análogo ao escravo

O crime em comento é de uma gravidade ímpar, entretanto, nem sempre é assim entendido. Portanto, para que não parem dúvidas acerca do quão abjeta é a conduta delitativa em discussão, procedeu-se a uma ampla pesquisa jurisprudencial sobre o tema e foram encontrados os mais horrendos exemplos, como pode ser depreendido do Recurso Especial n.º 1.952.180/PE, com acórdão publicado em 25 de fevereiro de 2022 (logo, em data recentíssima), em que se narra a situação fática de não fornecimento de água potável e nem sanitários disponíveis nos locais de labor, sendo que os trabalhadores comiam alimentos estragados, enfrentando em decorrência disto, problemas gastrointestinais, com uma jornada que começava entre 03h00 e 05h00 e terminava por volta das 16h30. Insta salientar que no caso supra, a instância de 2.º grau, mesmo diante das provas expostas, havia absolvido os réus, por entender que houve apenas descumprimento de preceitos trabalhistas.

Da mesma forma, no Recurso Extraordinário n.º 1.279.023/BA, com acórdão publicado também em data recente (07 de janeiro de 2021), foi reformado o entendimento de origem.

No julgado acima mencionado foi narrado que a jornada de trabalho era das 07h00 às 18h00, sendo que a maioria dos trabalhadores labutavam sem qualquer equipamento de proteção individual (EPI) e até mesmo descalços, submetidos a temperaturas ou muito baixas ou então, a excesso de insolação. Também não havia disponibilização de água potável. As refeições eram realizadas a céu aberto e a comida ficava

exposta à ação de moscas, insetos e roedores. As necessidades fisiológicas eram realizadas no interior do mato. Sequer havia cama, colchão ou lençóis nos locais em que descansavam os obreiros e muitos deles literalmente dormiam no chão, sendo que estes lugares tinham que ser divididos com animais, como cavalos e galinhas. Nem mesmo havia porta e todos ficavam submetidos às intempéries. Durante o labor, os trabalhadores também tinham que conviver com cobra cascavel e escorpião.

Um outro exemplo, bem gritante, segue, no “*Habeas Corpus*” n.º 27.385/ TO, com publicação em 21 de maio de 2013, em que se pontuou que além das condições degradantes de trabalho (como os barracos não terem paredes laterais, por onde corria a enxurrada, deixando um odor insuportável), os documentos pessoais, incluindo a CTPS, dos(as) trabalhadores(as) foram retidos a fim de segurá-los(as) nos locais de trabalho, além da restrição imposta à liberdade de locomoção em função das dívidas contraídas ao se adquirir produtos no comércio dos acusados. As fontes naturais onde tomavam banho eram as mesmas onde consumiam a água e também eram divididas com animais da fazenda. Não havia repartição entre os barracões de homens e de mulheres, e crianças nas mais tenras idades (3 e 6 anos) lá conviviam, bem como, um menor de idade também foi submetido ao trabalho escravo.

Ainda é importante pontuar que não é necessária a concretização do cerceamento de liberdade com jagunços armados ou mediante uma restrição que se utilize de força física concreta, pois quando o(a) trabalhador(a) está endividado(a), ainda que não haja uma fiscalização ostensiva, ele(a) está preso(a) ao local onde sua exploração acontece e se reproduz (GARCIA; MARANHÃO; MESQUITA, 2019, p. 204-219). Todavia, há casos de pessoas literalmente acorrentadas, conforme ficou evidenciado no acórdão do Recurso Extraordinário n.º 398.041/PA, julgado em 18 de dezembro de 2008.

Análises estatísticas

De acordo com a Organização Não Governamental (ONG) Repórter Brasil, de 1995 até 2015, 49.816 trabalhadores(as) foram resgatados/libertos(as) do trabalho escravo (BARROSO; PESSANHA, 2018, p. 233-252). Considerando o lapso temporal até setembro de 2019, o número ultrapassa a marca de 54.000 pessoas resgatadas em fazendas de gado, plantações tais como: de soja, algodão, café e em carvoarias, canteiros de obras, oficinas de costura (ramo têxtil), bordéis, etc (SAKAMOTO, 2020).

Com base ainda nas estatísticas fornecidas pela mesma ONG, **de 2016 a 2018, 82% dos(as) resgatados(as) do trabalho análogo ao escravo, no país são de pessoas negras, sendo que a cada 5 resgates, 4 são de trabalhadores(as) negros(as)**. Considerando a classificação que ainda abrange pessoas de cor “amarela” e indígenas, os(as) brancos(as) resgatados(as) somam apenas 11%, isto de acordo com a Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério da Economia, portanto, são dados oficiais e logo, indicam que não representam a totalidade de escravizados(as), já que uma grande parte deste grupo tão vulnerável não é sequer resgatado (PENHA, 2019).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), no ano de 2011, publicou o *“Perfil dos Principais Atores Envolvidos no Trabalho Escravo Rural no Brasil”*, constatando que a maioria dos(as) escravizados(as) eram afrodescendentes (PLASSAT; SUZUKI, 2020). Em 2015, 70% da população de negros(as), no Brasil, encontrava-se em situação de grande precariedade socioeconômica, mais concentrados nas faixas de rendas da pobreza, extrema pobreza e de vulnerabilidade. Sendo que nas regiões onde acontece o maior número de aliciamentos, o Norte e o Nordeste, o índice de pobreza é maior do que no restante do país, com 78,8% da população negra nas 3 menores faixas de rendimento na primeira e 81,6% na segunda (ALVES, 2020).

O recorte torna-se ainda mais expressivo, quando se contabiliza que a maioria são de pessoas analfabetas (14%) ou com precária escolarização, sendo que 56% não teve a oportunidade sequer de concluir o Ensino Fundamental, não chegando nem a 10% as que conseguiram acabar o Ensino Médio (PENHA, 2019).

O grupo alvo da escravidão contemporânea também tem uma outra característica: 40% formado por jovens de 15 a 24 anos (estendidas as estatísticas até 34 anos, somam 63%), sendo a maioria esmagadora formada por homens (91%) explorados nas atividades da agropecuária, extrativismo e pesca (62%), seguidas do ramo da indústria (29%) (PENHA, 2019; PLASSAT; SUZUKI, 2020).

A presença maciça de pessoas jovens indica, a um primeiro momento, a necessidade do vigor físico da juventude para a realização de tão precários trabalhos. O problema também se torna preocupante, pois além de ceifar a juventude das pessoas, o trabalho escravo diminui sensivelmente a expectativa de vida daqueles(as) que estão a ele submetidos(as), sendo esta de apenas 45 anos e somente 4% dos(as) escravizados(as) tem 55 anos ou mais, o que corrobora a afirmação supra (PLASSAT; SUZUKI, 2020). Para efeitos de comparação, na média nacional, a mencionada expectativa é de 73,1 anos para homens e 80,1 anos para as mulheres, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no documento “*Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil – 2019*” (IBGE, 2020).

A constatação de que quase 100% dos resgatados são homens, de acordo com as pesquisas oficiais, não pode, de forma alguma, levar à conclusão de que mulheres não são vítimas do referido tipo de crime. Ocorre que, estas são maioria quando se fala em trabalho escravo doméstico, que é ainda mais difícil de ser identificado e de se promover o resgate, diante de suas peculiaridades. Aliás, apenas em 2015, com a Lei Complementar n.º 150, é que seu art. 44 permitiu a realização de inspe-

ção por Auditores(as)-Fiscais do Trabalho em residências e ainda com condicionantes (ALVES, 2020).

Na prática, a fiscalização só pode ser efetuada se entendida e agendada previamente com o(a) empregador(a) doméstico(a) e se for por este(a) acompanhada (art. 11-A, *caput* e §3.º da Lei n.º 10.593/2002, com alteração da LC n.º 150/2015), ou seja, impede que haja o elemento “surpresa” que permite a constatação da escravidão moderna em outros locais, sem nenhum aviso ou restrição de dia e hora (consoante o art. 13 do Decreto n.º 4.552/2002), pois uma vez que é sabido que haverá fiscalização, todas as condições degradantes serão “escondidas” e na frente do “patrão”, é improvável que a empregada doméstica, que labore em condições análogas à escravidão, denuncie algo.

De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em estudo feito em 2019, com base em dados do IBGE, 92% das empregadas domésticas são mulheres e a maioria são negras, somando estas 3,9 milhões (63%) de um total de 6,2 milhões de pessoas, também tendo pouca escolaridade e vindas de famílias de baixa renda (PINHEIRO *et al.* 2019). Sendo assim, considerando que a maioria das empregadas domésticas são negras, é evidente que muito mais mulheres negras são submetidas à escravidão moderna do que mulheres brancas ou, pelo menos, não negras. Ou seja, como sempre, mulheres negras são as integrantes do grupo mais prejudicado, quando se intersecciona machismo e racismo, notoriamente, na realidade brasileira.

Um dos poucos dados em relação às mulheres era de que, em fevereiro de 2009, dos(as) 38.572 beneficiários(as) do Programa Bolsa Família que foram libertados(as) do trabalho escravo, 51,4% eram mulheres, mas não havia a indicação de quantas seriam mulheres negras, todavia, deve ser considerado que do número total, 73,5% dos resgatados(as) eram negros(as) (ALVES, 2020).

Na pesquisa já mencionada sobre a questão das mulheres, constatou-se também que dos(as) quase 39.000 inscritos(as) no Programa Bolsa Família de pessoas resgatadas em condições análogas à escravidão, praticamente o total residiam no Nordeste (91,3%). A constatação de que a maioria são nordestinos(as) não é à toa, já que, no Nordeste, é onde se concentra a maior parte da população negra do país, sendo que em 2015, era composta de 11% de pretos(as) e 62% de pardos(as). Veja-se, por exemplo, que quase $\frac{1}{4}$ dos(as) resgatados(as), entre 1995 e 2016, eram de maranhenses, já os(as) baianos(as) somaram 9,5%. No Maranhão, a composição é de 11,7% de pretos(as) e 68% de pardos(as), enquanto a Bahia apresenta de 20% de pretos(as) e 59,5% de pardos(as) (ALVES, 2020). A cidade de Salvador, por exemplo, é a cidade mais negra fora da África, com 82% da população preta e/ou parda (GOMES, 2022, v. 3).

A correlação entre discriminação regional e racismo é mais do que evidente. O Pará, Estado que bate o recorde quando o assunto é constatação de escravidão moderna, tendo até hoje, em seu território, sido libertas 13.352 pessoas (PLASSAT; SUZUKI, 2020), a despeito de não estar situado no Nordeste e sim no Norte, é formado por uma população majoritariamente negra: 7,5% de pretos(as) e 72,2% de pardos(as) (ALVES, 2020).

No Inquérito n.º 3.564/MG, julgado pelo C. STF, em 19 de agosto de 2014, em vários momentos se fez alusão, na inicial acusatória, sobre os nordestinos terem sido trazidos para Minas Gerais, mas não houve indicação da cor dos escravizados (embora, pelo já estudado, evidente que seriam predominantemente negros) e nem houve pedido da causa de aumento de pena com fundamento, pelo menos, na origem.

Necessário ainda lembrar, que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) preconiza como direito fundamental individual, a proibição de submeter qualquer ser humano a tratamento desumano e/ou degradante (art. 5.º, inc. III), bem como, que a República Federativa do Brasil tem como objetivos fundamentais, a redução das desigualdades sociais e re-

gionais e a eliminação das discriminações de quaisquer naturezas (art. 3.º, incs. III, IV, CF/88). O exposto até o presente momento neste artigo, no entanto, revela que a sociedade brasileira tem falhado miseravelmente em cumprir o determinado na Carta Cidadã.

Desumanização, racismo estrutural e processo histórico-jurídico

Uma extensa pesquisa foi feita de 08 de março a 08 de abril do ano de 2022, buscando pelas palavras-chave existentes no art. 149 do CP/40, sobre o preconceito decorrente de raça, cor, etnia ou origem. Todavia, não foram localizados julgados, quer no E. STF, quer no C. STJ ou ainda nos 5 E. Tribunais Regionais Federais (TRFs) que mencionassem uma condenação com base nesta causa de aumento de pena. O máximo verificado é a menção ao §2.º, II, ao reproduzir-se o dispositivo legal integralmente, mas sem qualquer problematização acerca da questão. O objetivo deste artigo é justamente tentar entender o porquê de uma legislação tão específica quanto a brasileira e vigente desde 2003 é tão pouco utilizada. Diante das estatísticas acima analisadas, a maioria dos casos de escravidão moderna no país é decorrente do racismo estrutural e ainda assim, a causa de aumento de pena que puniria mais severamente por esta condição não é sequer ventilada nas denúncias.

Para Sérgio Luiz de Souza, professor da Universidade Federal de Rondônia e pesquisador de História Afro-brasileira e Africana: “Escravizar um negro, tomar a terra de um indígena ou de um quilombola, matar uma negra, é irrelevante e socialmente aceitável. São seres invisibilizados” (PENHA, 2019). O que é corroborado pela OIT, na publicação “*Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil*”, de 2010, que explicou que para boa parte da sociedade brasileira, é possível que pessoas negras sejam submetidas ao trabalho análogo ao escravo, já que não são entendidas em sua humanidade, constituindo um padrão cultural muito semelhante com o que se tinha no Brasil Colônia, no Bra-

sil Império ou no momento histórico da Proclamação da Independência em 1822 e por isto, a erradicação da incidência do crime do art. 149 do CP/40 terá que enfrentar hierarquias regionais e raciais estabelecidas há séculos no país (ALVES, 2020).

A doutrina não quer estabelecer a “linha de continuidade” entre as práticas verificadas no escravismo legalizado até 1888 e a escravidão contemporânea do século XXI no tocante ao racismo estrutural que permeia esta continuidade, acarretando uma enorme carência de maiores e mais profundos dados acerca da relação entre cor/raça/etnia e trabalho análogo ao escravo, havendo pesquisas sobre os dados de racismo e da escravidão, mas de forma separada, sem vínculo, como se fossem realidades díspares e uma não explicasse a outra (ALVES, 2020).

Bem recentemente, com publicação em 23 de fevereiro de 2022, o E. STF, no “*Habeas Corpus*” n.º 154.248/DF, julgando uma questão sobre a equiparação entre o crime de racismo e injúria racial, expressamente consignou a existência desse racismo estrutural na sociedade brasileira, ao reconhecer a mencionada equiparação.

Insta salientar que a Independência do Brasil, ocorrida em 07 de setembro de 1822, não representou a Abolição, ainda que formal, da escravidão legalizada, que só ocorreria muitas décadas mais tarde, em 1884, no Ceará e no Amazonas, e em 1888 no Brasil como um todo (GOMES, 2022, v. 3).

O fenômeno da Independência, portanto, não pode ser entendido como marco de avanço para os graves problemas advindos do trabalho escravo, até porque o movimento deste evento histórico a despeito de romper com Portugal, não alterou as condições sociais da população em geral e muito menos, dos(as) escravizados(as), que seja para a Colônia, seja para o Império, continuaram em péssimas condições de vida e de trabalho, sendo que em 1822, tinha o país a maior concentração de

escravos(as) da América, chegando a representar mais de 70% em antigas regiões mineradoras e canaveiras (GOMES, 2022, v. 3).

Cita-se a título de exemplos que, o Estado brasileiro imperial, entre outros “serviços” oficiais, oferecia o açoitamento de escravos(as), sem julgamento ou direito à ampla defesa ou ao contraditório, bastando apenas o pedido e pagamento de uma tarifa pelo proprietário para tanto. Em 02/01/1826, de acordo com a Intendência Geral da Polícia da Corte, foram efetuadas 2.900 chibatadas em 16 escravos, sendo 4 mulheres, portanto, cada pessoa recebeu, em média, 181 chibatadas, o que é de uma desumanidade incalculável. Em 1825, o então imperador Dom Pedro I autorizou a Santa Casa de Misericórdia a rifar como prêmio, 1 (um) adolescente negro e 4 (quatro) crianças negras, uma delas de tão apenas 1 (um) ano de idade. Em Recife, até 1882 (portanto, apenas 6 anos antes da Abolição), por falta de um sistema de coleta de esgotos, cabia aos escravos denominados de “tigres” levarem barris cheios de excrementos, urina e amônia, para deles se livrar. O nome “tigre” vinha pelas listras brancas que se formavam em suas peles ao entrar em contato com a amônia que transbordava (GOMES, 2022, v.3).

Tem-se que diferenciar que ser a favor da Independência do país não era necessariamente ser contra a escravidão e ser contra esta, nem sempre significava o ser por motivos humanitários. Nesse sentido, José Bonifácio de Andrade e Silva, conhecido como o “Patriarca da Independência” defendia o fim da escravidão (e de maneira gradual para não prejudicar os proprietários de terras), mas não em favor dos negros e sim para “defender” a sociedade branca, chegando a afirmar: “Os pretos inoculam nos brancos sua imoralidade e seus vícios” (GOMES, 2022, v. 3, p. 83). Foi este político, ministro de Dom Pedro I, que mesmo sendo considerado pela História, como abolicionista, prometeu aos grandes latifundiários protegê-los de rebeliões dos(as) escravos(as), se em troca, houvesse apoio político-econômico à Monarquia (GOMES, 2022, v. 3).

Também havia um grande apreço social pelas ideias de “branqueamento” da nação brasileira e desta forma, poderia haver a defesa do fim do tráfico ou da escravidão, não pelo absurdo que eram, porém para se “livrar” da negritude que representava uma substancial parcela da população brasileira. Apoiava-se em ideias de eugenia, que encontraram pseudo-explicações na ala científica de que pela biologia, os(as) negros(as) eram inferiores e predispostos(as) ao alcoolismo, à preguiça e à marginalidade, enquanto pessoas brancas seriam até 3 (três) vezes mais produtivas, como se o problema não fosse a escravidão imposta pelos brancos, mas sim a cor negra das pessoas escravizadas (GOMES, 2022, v. 3).

E não se tratava apenas de ideias, mas também de um projeto efetivo, e para tanto, era necessário trazer imigrantes europeus e estadunidenses (sendo estes últimos, na maior parte, confederados que lutaram com armas para manter o escravismo legalizado nos EUA, durante a Guerra da Secessão Americana – 1861/865). E entre 1886 e 1900, o Brasil recebeu 1,3 milhões de imigrantes, a maior parte (60%), italianos(as) (GOMES, 2022, v. 3).

Juridicamente, havia uma contradição: A Constituição Imperial de 1824 era inspirada em ideais da Revolução Francesa de 1789, mas permitia a manutenção da escravidão, impedindo a real igualdade entre a população branca e negra, e o próprio governo imperial era ele próprio, senhor de escravos(as), tendo, em 1855, na Real Fazenda de Santa Cruz, 2.235 deles(as) (GOMES, 2022, v. 3).

Não se deixa de mencionar que havia sido criadas leis, ainda no Brasil imperial, que embora, formalmente parecessem caminhar para a extinção da escravatura, não deixavam de ser apenas mecanismos sofisticados de perpetuá-la, sendo os exemplos mais marcantes, a Lei n.º 2.040 de 28/09/1871 (“Lei do Ventre Livre”) e a Lei n.º 3.270 de 28/09/1885 (“Lei do Sexagenário”), pois uma análise mais superficial pode levar à precipitada e errônea conclusão de que desde 1871, os(as) nascidos(as)

negros(as) seriam livres e a partir de 1885, os(as) escravos(as) com 60 anos deixariam de sê-lo (MESQUITA, G.; MESQUITA, R., 2021, p. 327-346).

A História porém, revela que o Direito foi utilizado para apenas parecer humanitário, já que pelos termos da 1.^a legislação supra mencionada, o proprietário da mãe dos(as) nascidos(as) a partir de 28/09/1871, deveria ficar com estes(as) até os 8 anos (com a criança sendo escravizada) e com tal idade caberiam duas opções: ou continuar até completarem 21 anos ou doá-los(as) ao Governo e receber por isto, uma indenização, sendo que o referido Governo, por sua vez, entregava estas crianças a associações, “*casas dos expostos*” ou particulares designados e estes poderiam explorar ou alugar os serviços daquelas até também 21 anos (art. 1.^o, § 1.^o c/c art. 2.^o, §§ 1.^o e 3.^o).

Também é importante pontuar, que em algumas regiões brasileiras, a mortalidade infantil chegava aos exorbitantes 80% diante dos problemas sociais enfrentados. Em Vassouras/RJ, nasceram entre 1871 e 1888, 9.310 filhos(as) de escravos(as), destes(as), 3.074 morreram. Além disto, a Lei era burlada, pois a análise se a pessoa tinha nascido antes ou depois de 28 de setembro de 1871 era feita pela certidão de nascimento e registrar crianças escravizadas não era prática comum e quem o fazia eram os párocos locais, que em comunhão com os latifundiários, forjavam as datas, inserindo dias anteriores 28/09/1871 (GOMES, 2022, v. 3).

Quanto à “Lei do Sexagenário”, esta esbarrou no fato de que poucos(as) eram os(as) escravos(as) que conseguiam chegar nesta idade em face das péssimas condições a que eram submetidos(as). A vida produtiva de um(a) escravizado(a) era de no máximo, de 15 anos e aos 30 anos de idade, já se estava alquebrado(a) e doente demais para o trabalho pesado (GOMES, 2022, v.3). Superado o primeiro obstáculo, a liberdade também não era imediata aos 60 e sim aos 65 anos de idade (art. 3.^o, §§ 10 e 11) e ainda assim, não era integral (art. 3.^o, §§ 13 e 14) (DORIGNY, 2019).

O movimento abolicionista começou a ganhar ainda mais força a partir de 1870, mas inclusive dentro dele, se discutia se as pessoas escravizadas deveriam ou não participar (GOMES, 2022, v. 3), o que se afigura um grande contrassenso, pois isto, tentava tirar dos(as) negros(as) o protagonismo por sua própria luta.

Em 13 de maio de 1888, a “Lei Áurea”, Lei n.º 3.353, em apenas dois artigos extinguiu a escravidão de mais de 3 séculos : “É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brazil. Art. 2º: *Revogam-se as disposições em contrário*” (BRASIL, 1888).

A despeito dos grandes festejos do dia 13/05/1888 e nos seguintes, logo após o êxtase inicial, a maioria dos(as) “libertos(as)” retornaram para os mesmos proprietários de terra que os(as) havia escravizado até semanas/meses antes. Prosseguiriam vivendo nas mesmas senzalas, sob as mesmas condições de trabalho, recebendo um salário de fome, isto porque, em média, recebia-se 1.800 réis diários e um sanduíche, na época, custava 1.500 réis. Sendo assim, um(a) “ex-escravo(a)” laborava uma jornada extenuante (pois, os latifundiários continuam exigindo o labor de 14 a 18 horas por dia) para conseguir comprar, ao fim do dia, um lanche. Uma prática que começou a ocorrer foi destes “antigos senhores” abrirem comércios em suas fazendas, vendendo fiado e a preços exorbitantes, impedindo que se deixasse o local antes de quitado o débito (GOMES, 2022, v. 3), desta forma, sequer salários (ainda que míseros) eram recebidos e tem-se a origem do trabalho escravo por dívidas, persistente até hoje, conforme observado no caso retratado no “*Habeas Corpus*” n.º 27.385/TO, de 2013.

A Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, também em nada alteraria a vida dos(as) “libertos(as)”, pois esta foi proclamada com o apoio dos grandes proprietários de terras, como os fazendeiros paulistas cafeicultores, maiores proprietários de escravos(as) até então e que apoiaram a Monarquia até à Proclamação da “Lei Áurea”. A dominação deste grupo prosseguiria absoluta até 1930 com a denomina-

da “política do café com leite”, no período conhecido como “República Velha” – 1889/1930 (GOMES, 2022, v. 3).

A pergunta a que se propõe este artigo pode ser respondida sob a perspectiva histórico-jurídica, pois a Abolição da Escravatura no Brasil não foi efetiva e nem houve uma preocupação, mínima que fosse, para inserir os(as) até então legalmente escravizados(as), na sociedade em igualdade de direitos com as pessoas de cor branca. Nesse sentido:

Embora, a Lei Áurea tenha eliminado formalmente a possibilidade jurídica de se exercer sobre uma pessoa o direito de propriedade, ela deixou de efetivar reformas sociais, principalmente fundiárias, que viabilizassem a reconstrução do país e assim, a emancipação dos seres humanos (CAVALCANTI, 2020, p. 77).

Até mesmo no contexto mundial, é necessário pontuar que para os abolicionistas europeus, como ingleses e franceses, a extinção da escravidão seria necessária para fins de manutenção das colônias então existentes e não sob o fundamento humanitário de que não pode uma pessoa ser “dona” de outra. A Revolução Industrial, na Europa, com a consolidação do Liberalismo, baseado na Lei da Oferta e da Procura, fez com que para as até então grandes potências escravagistas, fosse melhor que não houvesse mais escravos(as), que por não ganharem uma remuneração, não poderiam se tornar consumidores(as) dos produtos que estavam sendo despejados nas colônias pelas metrópoles em franco processo de industrialização. No caso do Brasil, a tendência mundial foi também seguida e aqui com a agravante de ter sido o último país, na América, a abolir a escravidão (nos moldes impostos desde o século XVI), tendo havido muita relutância em fazê-lo (DORIGNY, 2019).

Por outro lado, havia uma profunda contradição, já que eram, no século XIX, as fazendas de algodão, em Pernambuco e Maranhão, usando trabalho escravo, que forneciam a matéria-prima que alimenta-

va as fábricas britânicas de tecido e permitiram, portanto, o sucesso da Revolução Industrial da época. O que havia era a clássica divisão internacional do trabalho, sustentada pelo trabalho escravo: navios partiam da Inglaterra com os produtos industrializados que eram moedas de troca para a aquisição de escravizados(as), na África, tais pessoas eram transportadas para o Brasil, para aqui, trabalharem como mão de obra cativa nas fazendas de algodão, café e tabaco, sendo que estes produtos, após retornavam para Inglaterra como matéria-prima das indústrias lá existentes (GOMES, 2022, v. 3).

E mesmo com o transcurso de anos e décadas, ainda assim, o trabalho escravo não cessou. Por exemplo, mencionam-se alguns fatos históricos relevantes, como a extração da borracha vegetal na Amazônia, entre o fim do século XIX e o início do século XX, e posteriormente, durante a II Guerra Mundial, em que houve uma grande incidência de trabalho escravo naquela região, em especial, do trabalho escravo por dívida ou assassinatos quando os denominados “soldados da borracha” tentavam fugir (FIGUEIRA, 2020).

E também que, na década de 1960, foi criada a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM). O governo convidou trabalhadores(as), especialmente os(as) atingidos(as) pela seca nordestina, para migrarem à região, ao mesmo tempo, que concedeu incentivos fiscais e empréstimos a juros baixos para grandes empreendimentos do capital nacional e estrangeiro, na área da pecuária, mineração e madeira, resultando essa combinação no epicentro da escravidão contemporânea da época (FIGUEIRA, 2020).

Há ainda o emblemático caso Fazenda Brasil Verde x Brasil, submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Segue um breve resumo do ocorrido, evidenciando a mistura de omissão e racismo estrutural por parte do Estado brasileiro. Cabe adiantar que este caso continua em andamento no país, desde 1988, sem uma resolução completa e efetiva.

Trata-se de uma fazenda no Pará. Em 21/12/1988, perante a Polícia Federal, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e familiares de dois adolescentes, que trabalharam no referido local, relataram o desaparecimento destes, desde agosto/setembro de 1988, após tentarem fugir e serem forçados a retornar. Todavia, apenas em 20/02/1989, meses após, é que a primeira fiscalização foi efetuada, pela Polícia Federal, realizada sem quaisquer formalidades, nem sendo sequer colhida a identificação das pessoas que foram encontradas no lugar, concluindo a Polícia que não existia trabalho escravo, mas apenas infrações trabalhistas. E a despeito dos pedidos da Procuradoria Geral da República (PGR), ao longo de 1992, a Polícia Federal e a Delegacia Regional do Trabalho (DRT) tão apenas, entre junho e julho de 1993, fizeram nova fiscalização, onde novamente, sem qualquer alusão à legalidade, entenderam que não havia escravidão. As irregularidades nas fiscalizações foram constatadas pela PGR, em 1994, apontando que, por exemplo, sequer foi entendido como grave, um dos aliciadores de trabalhadores (o conhecido como “gato”) ter fugido enquanto ocorria a fiscalização em 1989. Entretanto, a PGR também não deu continuidade, pois alegou que seria impossível provar a referida escravidão. E apenas em 29/11/1996, o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho fez nova fiscalização, mas sem caracterizar a escravidão moderna na fazenda (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 32-46).

Em 10/03/1997, dois trabalhadores que conseguiram fugir do local, relataram as condições de submissão ao trabalho análogo à escravidão e que no momento das fiscalizações anteriores, era prática esconder as pessoas e em 23, 28 e 29 de abril do mesmo ano, o Grupo Móvel já referido, fez nova fiscalização e apenas nesta 4.^a visita é que se reconheceu o trabalho escravo em face de 81 trabalhadores, que até doenças de pele tinham, vivendo em situações degradantes, com barracões cobertos de plásticos e que eram ameaçados, inclusive sob arma de fogo, não podendo abandonar a fazenda. Em 30/06/1997, o Ministério Público Federal (MPF) denunciou o proprietário, o gerente da fazenda e o “gato”, contudo, apenas os dois últimos o foram pelo crime do art. 149 do CP/40, com a

redação vigente à época. Apenas para conseguir citar o proprietário foram quase 2 anos (de setembro de 1997 a junho de 1999) e em 13/09/1999, mediante a simples entrega de 6 cestas básicas a uma entidade beneficente de São Paulo, esse teve sua pena suspensa, a pedido do próprio MPF, tendo a ação penal sido extinta em 28/05/2002 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 32-46; 96).

A Justiça Federal declarou sua incompetência absoluta, em 16/03/2001, anos depois da instauração do processo penal, que apenas em 08/08/2001, foi reiniciado pela Justiça Estadual de Xinguará e em 21/11/2003, o Ministério Público Estadual (MPE) pediu a absolvição do gerente da fazenda e do “gato”. E em 08/11/2004, a Justiça Estadual também se declarou incompetente e o C. STJ, em 26/09/2007, decidiria o conflito de competência instalado e posteriormente, em 11/12/2007, o processo foi remetido ao juízo competente (Justiça Federal de Marabá) e em 10/07/2008, o MPF também pediu a extinção penal dos acusados, alegando que a despeito do crime do art. 149 do CP/40 só restar prescrito em abril de 2009, apenas o seria se aplicada a pena máxima, o que não aconteceria, e na mesma data, a sentença judicial declarou a extinção requerida (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 32-46).

Paralelamente a isso, a Procuradoria Regional do Trabalho (PRT) instaurou procedimento administrativo na DRT do Pará, que, em 14/11/1997, apenas declarou que a despeito do que chamou de “falhas” nada fez em relação à Fazenda Brasil Verde, preferindo apenas orientar para correções. Mesmo com a cobrança da PRT, em 1998, a DRT apresentou informações contraditórias, primeiro disse, em 05/03/1998, que não havia ainda realizado nova fiscalização ao local e em 08/07/1998 arguiu que foi realizada uma em outubro de 1997. Entre 1998 e 1999, o Ministério Público do Trabalho (MPT) reiterou as cobranças de novas fiscalizações, que não foram feitas pela DRT sob a alegação de falta de recursos financeiros (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 32-46; 98).

Em março de 2000, uma criança e um adolescente com deficiência (usava prótese), conseguiram fugir da Fazenda, após serem agredidos fisicamente por não poder trabalharem em decorrência de doenças. Com muita dificuldade, chegaram à Polícia de Marabá, em 07/03/2000, todavia, foram informados, por um policial, que teriam que retornar dali a 2 dias, por ser “Carnaval”, ficando os menores de idade na rua. Ao regressarem foram orientados a procurarem pela CPT e apenas esta cuidou dos referidos. E mediante o que estes relataram (o que depois restou confirmado), sabe-se que: Em fevereiro de 2000, trabalhadores de Barras/PI foram aliciados por um novo “gato” com falsas promessas de trabalho na Fazenda Brasil Verde e os problemas já começaram na viagem, onde as pessoas tiveram que dividir o caminhão junto com animais. Ao chegarem ao local, tiveram suas carteiras de trabalho retidas pelo gerente da fazenda. Não havia cama e nem energia elétrica, o teto dos barracões era de lona, molhando os trabalhadores em dias de chuva, o “banheiro” não tinha teto ou parede e estava em péssimas condições, o que obrigava os obreiros a fazerem suas necessidades no chão. A água contaminada era distribuída em garrafas coletivas, a comida era de péssima qualidade e era descontada de seus salários, que na verdade, sequer recebiam. Eram acordados, de forma violenta, às 03h00 da madrugada e laboravam por mais de 12 horas diárias, com cerca de meia-hora de intervalo intrajornada e descanso apenas aos domingos. As doenças de fungos nos pés eram comuns, diante da precariedade da situação, o que impedia que os trabalhadores trabalhassem calçados. Tudo isso sob ostensiva vigilância armada, ameaças constantes, animais selvagens, o isolamento geográfico da fazenda e o relato de desaparecimento anterior de outro escravizado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 32-46).

O então Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) em conjunto com a Polícia Federal realizaram nova fiscalização em 15/03/2000, na Fazenda Brasil Verde, reconhecendo o regime de escravidão de 85 trabalhadores. O MTE apenas obrigou que as rescisões trabalhistas fossem quitadas e as carteiras profissionais devolvidas. Em 30/05/2000, foi ajuizada, pelo MPT, uma Ação Civil Pública (ACP) na Justiça do Trabalho contra

o proprietário da fazenda, que prosseguia sendo o mesmo de outrora. E em 09/06/2000, a então Junta de Conciliação e Julgamento (JCJ) de Conceição do Araguaia fez um acordo entre MPT e o reclamado dizendo que ele não poderia mais submeter trabalhadores à escravidão, seja branco ou negro e em 18/08/2000 houve o arquivamento da mencionada ACP, menos de 3 meses após seu ajuizamento (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 32-46).

Simultaneamente, o MPF, em decorrência da fiscalização de 15/03/2000, apresentou nova denúncia penal perante à 2.^a Vara Federal de Marabá, que declinou a competência para a Justiça Estadual em 11/07/2001 e o traslado dos autos teria acontecido em 03/08/2001, não havendo qualquer movimentação até 02/06/2011, data em que aparece baixa por remissão a outro juízo por incompetência, sem especificar para qual outra vara poderia ter sido o processo redistribuído quase 10 anos depois, não havendo mais andamento processual desde então. Em resumo, desde 2011, o processo nunca mais foi localizado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 32-46; 99).

A CIDH não encontrou justificativas juridicamente sustentáveis para que questões processuais, como conflito de competência, significassem uma tramitação de mais de 10 anos em uma ação penal, levando à prescrição dos crimes, ainda que por estimativa que a pena máxima não seria aplicada, mesmo em face da gravidade da situação e que o Estado não conseguiu reparar as vítimas efetivamente, sequer permitindo que estas participassem da relação processual instaurada (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 91-101).

Reconhecendo que a impunidade até os dias atuais é derivada em grande parte, do instituto da prescrição, para a CIDH, a escravidão e suas formas análogas não podem estar sujeitas ao referido instituto jurídico e ao declarar que o Brasil é responsável internacionalmente pelo trabalho escravo e tráfico de pessoas, especialmente agravado pela presença de menores de idade e também pela infringência ao direito de proteção

judicial, condenou o Estado brasileiro a: 1) reiniciar, desta vez, com as devidas diligências e em tempo razoável, as investigações criminais para apurar e sendo o caso, punir os responsáveis, inclusive, se necessário, restaurando os autos perdidos; 2) tomar medidas necessárias para que a prescrição não seja mais aplicável em casos análogos; 3) indenizar as vítimas resgatadas na fiscalização de 23/04/1997 e na de 15/03/2000, por danos imateriais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 103-123).

Todavia, até mesmo na sentença da CIDH, pode-se notar que não houve o reconhecimento da vinculação entre racismo estrutural e escravidão moderna no caso concreto, já que a despeito de mencionar que a maioria dos trabalhadores(as) escravizados(as), no Brasil de forma geral, ser de afrodescendentes e que mesmo com a abolição, a pobreza e a concentração de terras permitiram a perpetuação do trabalho escravo, não citou a cor da pele dos resgatados na Fazenda Brasil Verde e no tópico de “discriminação estrutural” reconheceu esta pelas condições de pobreza, origem e analfabetismo, mas não pela cor/raça/etnia das vítimas, mesmo tendo alegações explícitas dos representantes sobre o ponto (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 27-28; 59-60; 86-89).

A sentença data de 20/10/2016. Foi constatado que o MPF reabriu o caso em março de 2017 e referentemente à fiscalização de 2000, localizou 72 vítimas, tendo indenizado algumas, também foi criada uma força-tarefa em janeiro de 2018. A defesa dos acusados (proprietário e gerente) impetrou “*Habeas Corpus*”, que teve a ordem denegada (autos de n.º 1023279-03.2018.4.01.0000), em decisão de 12/12/2018. Em 13/09/2019, o MPF apresentou denúncia que foi aceita em 27/01/2020. Não houve mais andamento a partir de 29/01/2020, sendo o último de baixa para a distribuição da denúncia/queixa. O número dos autos é 0001923-54.2019.4.01.3905 (CASOS DOS TRABALHADORES, 2021).

Considerações finais

A análise entre o processo histórico e o jurídico do tema leva à conclusão da profundidade da relação existente no Brasil entre o trabalho análogo ao escravo e o racismo estrutural, tendo em vista que, de acordo com as estatísticas, a maioria das pessoas submetidas ao referido crime são negras, ainda que exista uma grande carência de maiores debates e estudos que façam a correspondente correlação entre as duas temáticas. E isto deriva de dois principais fatores: a) uma Abolição formal da Escravatura em 1888, mas não de uma concreta e efetiva extinção do instituto e b) e uma concepção social atual que legitima a escravidão de pessoas por questões raciais, ainda que à margem da lei e de forma estrutural, tal como, no passado.

Além de o Direito ter que ser mais efetivo e célere em situações que envolvam o trabalho escravo contemporâneo, será necessária a atuação de outros agentes sociais, como a Educação, pois urge uma profunda mudança de mentalidade sobre o assunto e a criação efetiva de políticas públicas que insiram negros(as) na sociedade, permitindo e proporcionando: escolarização (incluindo o Ensino Superior), profissionalização, empregos de qualidade e com garantias de respeito às normas trabalhistas e previdenciárias, moradias dignas, saneamento básico, saúde, acesso à terra e combate ao racismo estrutural.

Também deve ser pontuado que ter um caso como o da Fazenda Brasil Verde nos anos 2000, indica que a escravidão não é algo que permaneceu no passado do século XIX, não tendo acabado com a extinção declarada pela “Lei Áurea”, demandando esforços concretos para sua real superação, tanto na atualidade quanto no futuro, pois o problema não se resolverá a curto prazo. Até porque, conforme visto, há processo tratando do tema de pessoas escravizadas em 2022, quase 134 anos após a extinção oficial da escravidão legalizada.

Nem mesmo, o advento da Constituição Federal de 1988, considerada uma “Constituição Cidadã”, promulgada logo após a redemocratização do país, foi suficiente para solucionar efetivamente a grave questão que se apresenta do racismo estrutural e do trabalho escravo contemporâneo, já que mais de 30 anos após a promulgação do diploma, a escravidão persiste impiedosamente em território nacional.

Portanto, seja no Brasil Colônia, no Brasil Império ou no Brasil República e neste período quer em momentos históricos ditatoriais como o Estado Novo (1937-1945) ou na Ditadura Militar (1964-1985), quer em momentos de democracia (pelo menos, no sentido formal) do pós-1988, se perpetua o escravismo, principalmente em face de pessoas negras. Esta constatação não é agradável à noção geral de progresso que permeia ideologicamente a sociedade, entendendo esta, de forma geral, que mazelas do passado não mais existem no presente e muito menos, aparecerão no futuro.

No entanto, urge a população refletir e conscientizar-se que os problemas da escravidão e do racismo ainda persistem e que do período estudado neste artigo, que totaliza 200 anos (da Independência do Brasil – 1822 até os dias hodiernos - 2022), o trabalho escravo mudou de definição jurídica, mas não deixou de existir causando profundas chagas sociais no Brasil. A dor causada pelo chicote sob um(a) escravizado(a), no pelourinho, em 1822 é a mesma dos menores de idade, na Fazenda Brasil Verde, que apanharam por estar doentes demais para conseguirem trabalhar, naquele março de 2000, em pleno III milênio.

Se este artigo, de alguma forma, trazer considerações que permitam a continuidade do debate sobre esta necessidade de mudanças sociais, pedagógicas, políticas, econômicas e culturais no país para eliminar definitivamente o trabalho escravo moderno e o racismo em todas as suas variáveis, terá cumprido o seu desiderato.

Referências bibliográficas

ALVES, Raíssa R. A Herança do Racismo. *In*: SAKAMOTO, L. (org.). **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 173-188.

BARROSO, Márcia Regina C.; PESSANHA, Elina G. da F. O Trabalho Análogo ao Escravo: Conceitos e Ações Institucionais. **Revista Pós Ciências Sociais – REPOCS**, São Luís, v. 15, n. 29, p. 233-252, jan./jul. 2018. Disponível em: <http://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rpcsoc/article/view/8517/5242>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. **Código Penal**. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 12. ed. Barueri: Manole, 2020. 499 p.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 150, de 01 de junho de 2015**. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%BA%20150%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JUNHO%20DE%202015&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20contrato%20de,%20inciso%20I%20do%20art. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 4.552, de 27 de dezembro de 2002**. Aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho. Brasília: Congresso Nacional, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4552.htm. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 10.593, de 6 de dezembro de 2002**. Dispõe sobre a reestruturação da Carreira Auditoria do Tesouro Nacional, que passa a denominar-se Carreira Auditoria da Receita Federal - ARF, e sobre a organização da Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social e da Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho, e dá outras providências.

Brasília: Congresso Nacional, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10593.htm. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 3.353, de 13 de maio de 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Rio de Janeiro: Palácio da Guanabara, [1888]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.353%2C%20DE%2013,Art. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 3.270, de 28 de setembro de 1885**. Regula a extinção gradual do elemento servil. Rio de Janeiro: Palácio da Guanabara, [1885]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3270.htm. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 2.040, de 28 de setembro de 1871**. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daqueles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos. Rio de Janeiro: Palácio da Guanabara, [1871]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). “**Habeas Corpus**” n.º **27.385/TO**. Recurso em Habeas Corpus. Redução à condição análoga à de escravo, frustração de direito assegurado por lei trabalhista e omissão de trabalhadores em folha de pagamento. Nulidade no julgamento do writ. Não ocorrência. trancamento da ação penal. Justa causa. Existência de indícios de autoria e provas da materialidade. Ausência de identidade de situação entre a recorrente e o sócio-diretor da proprietária do imóvel rural. Profunda análise fático-probatória. Impossibilidade. [...]. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 21 de maio de 2013. Publicação em: 07 de junho de 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/me-diado/?componente=ATC&sequencial=27582480&num_registro=200902467860&data=20130607&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial n.º 1.952.180/PE**. Recurso Especial. Penal. Redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do código penal). Coação física ou moral. Submissão a condições degradantes de trabalho. Adequação

típica. Precedentes. Inexistência de termo de ajustamento de conduta. Irrelevância para a tipificação do delito. Independência das esferas administrativa, trabalhista e criminal. Absolição cassada. Retorno dos autos para análise das demais alegações suscitadas na apelação defensiva. Recurso Especial provido. [...]. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 14 de dezembro de 2021. Publicação em: 25 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=140255869&num_registro=202102413629&data=20220225&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). “*Habeas Corpus*” n.º 154.248/DF. Habeas Corpus. Matéria criminal. Injúria racial (art. 140, § 3º, do Código Penal). Espécie do gênero racismo. Imprescritibilidade. Denegação da ordem. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade [...]. Relator: Ministro Edson Fachin, 28 de outubro de 2021. Publicação em: 23 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349811889&text=pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Inquérito n.º 3.564/MG**. Penal. Processual penal. Denúncia. Crimes de redução a condição análoga à de escravo e de aliciamento de trabalhadores. Desnecessidade de violência física para a ocorrência do delito. Para a caracterização do delito basta a reiterada ofensa aos direitos fundamentais do trabalhador, vulnerando sua dignidade como ser humano [...]. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 19 de agosto de 2014. Publicação em: 17 de outubro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=268999267&text=.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática, posteriormente confirmada pela 2. Turma). **Recurso Extraordinário n.º 1.279.023/BA**. Relator: Ministro Edson Fachin, 18 de dezembro de 2020. Publicação em: 07 de janeiro de 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345332636&text=pdf>. Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n.º 398.041 PA**. Direito penal e processual penal. Art. 149 do Código Penal. Redução à condição análoga à de escravo. Trabalho escravo. Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. [...]. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. [...]. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 30 de novembro de 2006. Publicação em: 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730398/recurso-extraordinario-re-398041-pa>. Acesso em 09 mar. 2022.

CASO DOS TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE VERSUS BRASIL. **Réu Brasil**, janeiro de 2021. Disponível em: <https://reubrasil.jor.br/caso-trabalhado-res-da-fazenda-brasil-verde-versus-brasil/>. Acesso em 02 abr. 2022.

CAVALCANTI, Tiago M. Como o Brasil enfrenta o Trabalho Escravo Contemporâneo. *In*: SAKAMOTO, L. (org.). **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 67-84.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 02 abr. 2022.

DORIGNY, Marcel. **As Abolições da Escravatura no Brasil e no Mundo**. ed. São Paulo: Contexto, 2020.

FIGUEIRA, Ricardo R. O Trabalho Escravo após a Lei Áurea. *In*: SAKAMOTO, L. (org.). **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 53-66.

GOMES, Laurentino. **Escravidão: da independência do Brasil à Lei Áurea**. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2022. v. 3.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil – 2019**. Rio de Janeiro: Ministério da economia, [2020]. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3097/tcmb_2019.pdf. Acesso em: 30 mar. 2022.

MARANHÃO, Ney Stany M.; MESQUITA, Valena Jacob C.; GARCIA, Anna Marcella M. Aplicação do Princípio Jusambiental do Poluidor-Pagador às Situações de Trabalho Análogo ao de Escravo. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas – RDRST**, Brasília, v. 05, n. 01, p. 204-219, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/155/79>. Acesso em: 04 fev. 2022.

MESQUITA, Rodrigo Octavio de G. A.; MESQUITA, Gabriela P. de A. Grilhões Ideológicos e Escravidão Contemporânea. **Revista dos Tribunais – RT**, São Paulo, v. 110, n. 1025, p. 327-346, mar. 2021.

PENHA, Daniela. Negros são 82% dos resgatados do trabalho escravo no Brasil. **Repórter Brasil**, 20 de novembro de 2019. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2019/11/negros-sao-82-dos-resgatados-do-trabalho-escravo-no-brasil/>. Acesso em: 08 mar. 2022.

PINHEIRO, Luana *et al.* **Os Desafios do Passado no Trabalho Doméstico do Século XXI**: Reflexões para o Caso Brasileiro a partir dos Dados da PNAD Contínua. Brasília, DF: IPEA, 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2528.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

SAKAMOTO, Leonardo. **Escravidão Contemporânea**: introdução. ed. São Paulo: Contexto, 2020.

SUZUKI, Natália; PLASSAT, Xavier. O Perfil dos Sobreviventes. *In*: SAKAMOTO, L. (org.). **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 85-107.



A (in)definição trabalhista da relação jurídica dos trabalhadores por aplicativos

Alessandra Alves Conceição

Pós-Graduada em Direito Previdenciário pelo Instituto Legale e Bacharela em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL).

Renata Cerqueira Nabuco Oliveira

Servidora Pública. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Graduada em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS).

Tales Almeida Andrade

Advogado. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Advocacia (em Convênio com a Universidade Cândido Mendes - UCAN), Bacharel em Direito pela União Metropolitana de Educação e Cultura (UNIME/Campus Itabuna-BA) e Mestrando em Economia Regional e Políticas Públicas pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

Vinícius Matias Figueiredo de Lacerda

Advogado. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL) e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado (UNIJORGE).

RESUMO

Este artigo diagnosticou a relação jurídica existente entre os trabalhadores de aplicativo e as plataformas eletrônicas. Buscou-se com-

preender se a incerteza teórica sobre a natureza jurídica se legitima. Assim, detalhou-se os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis que tornam a qualificação da relação jurídica entre os trabalhadores de aplicativos e as plataformas digitais controversa no Brasil, bem como foram identificados mecanismos que o direito laboral dispõe para resolver a indefinição apontada por juristas e decisões judiciais conflitantes. A metodologia adotada baseou-se na pesquisa explicativa, expondo os resultados a partir de uma abordagem qualitativa e de natureza exploratória. Conclui-se que o excesso de automação que as plataformas de trabalho sob demanda são construídas retira dos trabalhadores a autonomia organizacional do seu labor. Embora a doutrina e a jurisprudência tenham sido vacilantes acerca da natureza jurídica dessa relação, à luz da legislação brasileira, não há qualquer indefinição justificável à polêmica sobre o assunto.

Palavras-chave: Motoristas. Entregadores. Trabalho digital. Direito do Trabalho.

Introdução

Este artigo pretendeu examinar a relação jurídica existente entre os trabalhadores por aplicativos e as plataformas eletrônicas, buscando compreender se realmente existe uma indefinição teórica quanto a sua natureza jurídica.

Parte-se da hipótese de que existe uma indefinição tanto no âmbito doutrinário, quanto no âmbito jurisprudencial, especialmente através das decisões da Justiça do Trabalho, especializada nas relações de trabalho, e da Justiça Comum, competente para processar e julgar relações de natureza cível.

Nesse sentido, foram examinados e detalhados os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis que tornam controversa a qualifi-

cação da relação de jurídica entre os entregadores e motoristas de aplicativos e as plataformas digitais no Brasil, bem como foram identificados os mecanismos que o direito do trabalho brasileiro contemporâneo dispõe para resolver a indefinição apontada por juristas e pelas decisões judiciais conflitantes.

O presente artigo não se propõe, e nem poderia, a analisar as reservas mentais dos agentes envolvidos diretamente na relação jurídica em exame, nem dos diversos sujeitos processuais e juristas que se debruçaram sobre a matéria. Assim, excluiu-se do presente exame quaisquer aspectos ideológicos e políticos, por trás das afirmações colhidas no material teórico.

Vale registrar ainda que a elaboração desse artigo foi precedida de debate do tipo competitivo, ocorrido em 17 de fevereiro de 2022, às 19:30h, entre os Autores, adaptando os moldes utilizados pelo Parlamento Britânico (WUDC, 2022), tendo a seguinte moção: “Essa casa defende que há vínculo empregatício entre os trabalhadores por aplicativo e as plataformas digitais”. O resultado proclamado no debate reflete a conclusão desenvolvida no final deste artigo.

Percebeu-se que a controvérsia e os discursos utilizados se alimentaram inicialmente da desregulamentação do serviço de transporte por aplicativo no Brasil, criando a impressão de que o Direito do Trabalho também não seria suficiente para acomodar a relação jurídica entre trabalhadores e aplicativos, tida como inovadora.

Nesse modelo de negócio, num primeiro olhar, não é essencial a intervenção humana no direcionamento das atividades dos trabalhadores. Tais ordens são processadas e direcionadas a partir de um sistema eletrônico automatizado (aplicativo). Por essa razão, surge a dúvida: nesse modelo de produção, os trabalhadores são considerados empregados ou profissionais autônomos?

Para encontrar tal resposta, este artigo examinou e detalhou os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis que atualmente tornam controversa a qualificação da relação jurídica entre entregadores de aplicativos e plataformas digitais; identificando ainda os mecanismos que o direito trabalhista brasileiro dispõe para sanar essa dúvida.

A metodologia aplicada adotou pesquisa explicativa, com a exposição dos resultados partindo de uma abordagem qualitativa, tendo como fonte de pesquisa a revisão bibliográfica dos artigos científicos e livros referenciados, bem como estudo de documentos jurídicos e legislação atualizada.

○ contexto da (in)definição conceitual

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), em 05.02.2020, através da sua 5ª Turma, proferiu a primeira decisão no Brasil sobre a relação jurídica entre um motorista e o aplicativo Uber. Nessa decisão, o TST entendeu por negar o vínculo empregatício, com é possível conferir no processo nº 1000123-89.2017.5.02.0038 (BRASIL, 2020). Algum tempo depois, em 11.04.2022, a 3ª Turma do TST reconheceu a tese do vínculo empregatício em favor do trabalhador com o aplicativo Uber, dessa vez no processo nº 100353-02.2017.5.01.0066 (BRASIL, 2022).

Quando se manifestou sobre o tema, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), em 28.08.2019, entendeu pela existência de relação autônoma, como se vê no julgamento do Conflito de Competência 164.544/MG (BRASIL, 2019).

Internacionalmente, o assunto também é alvo de muita polêmica. Embora a maioria dos entendimentos dos julgadores estrangeiros neguem a existência de vínculo empregatício, já existem relevantes decisões contrárias, em países de economia capitalista, como ocorreu, por exemplo, na Inglaterra, Espanha, França e Estados Unidos, especificamente nos

Estados da Flórida, Nova Iorque e Califórnia, conforme detalha OITAVEN (2018) e GAURIAU (2020), que incendeiam ainda mais a discussão.

No Brasil, a contratação intermediada por aplicativos no setor de transporte, já representa uma força de trabalho de 1,4 milhão trabalhadores, segundo dados publicados em 07.10.2021, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Em 2016, o número de motoristas era de 840 mil; em 2021, o número chegou a 1,1 milhão, correspondendo a uma expansão de 37% em relação ao início da série, em 2016. Em relação à entrega de mercadorias, o número passou de 30 mil trabalhadores em 2016 para 278 mil em 2021, um aumento de 979,8% no período (IPEA, 2021).

Esse modelo de produção surgiu um cenário de difusão da ideia do compartilhamento sustentável de bens de consumo, que rapidamente foi remodelada pelo capital com a disseminação de diversos negócios sustentados no que passou a ser chamado de “economia de compartilhamento” ou “capitalismo de plataforma” (SLEE, 2019).

Vale esclarecer que dentro do gênero “Economia de Compartilhamento”, existem duas principais formas de trabalho: primeiro, o trabalho por multidões (*crowdwork*), em que um “serviço físico” é transmitido pela internet, podendo ser realizado em qualquer lugar do mundo por várias pessoas de forma colaborativa, como, por exemplo, produções textuais, confecção de cálculos etc (STEFANO, 2016); e segundo, o trabalho por demanda via aplicativos (*work-on-demand via apps*), objeto desse artigo, onde uma plataforma eletrônica intermedeia a realização de “serviços físicos” em determinada localidade, como transporte de passageiros e de objetos, atividades domésticas, entre outras (SLEE, 2019).

O trabalho por demanda via aplicativos é desenvolvido a partir de um celular do tipo *smartphone*.

Para o serviço de transporte de passageiros ou de entregas, basta que um usuário previamente cadastrado solicite o que deseja diretamente

no aplicativo. O trabalhador também de posse de seu celular, serve-se de um veículo particular, próprio ou alugado, para cumprir a solicitação do usuário, obtendo, com isso, ganhos sobre o valor da tarifa cobrada pelo aplicativo ao usuário. Todos os custos para a execução do serviço são suportados pelo trabalhador (BABOIN, 2017; LEME, 2019).

Se para o usuário, o acesso aos recursos da plataforma é simples, precisando apenas instalar um software (aplicativo) em seu *smartphone*, solicitar o tipo de serviço e saber automaticamente qual a tarifa que lhe será cobrada; para o trabalhador esse o acesso é um pouco mais complicado. Eles precisam acessar o site da empresa, preencher um formulário e solicitar autorização para ingresso na plataforma. Se seu ingresso for aceito, os trabalhadores, agora “parceiros”, precisam se colocar disponíveis (*online*) para receberem as solicitações dos usuários (BABOIN, 2017; LEME, 2019).

Nessa onda, diversas empresas de aplicativos, como a Uber e o iFood, transformaram os modelos tradicionais de controle do trabalho, numa estrutura organizada, a partir de predefinições computacionais integradas com inteligência artificial (IA), que direciona a atividade do trabalhador, por meio de dados dinâmicos, como, por exemplo, o extraído de sistemas paralelos de geolocalização (GPS).

Os dados extraídos desses tipos de sistemas expõem a oferta e a demanda de serviços em determinada região (BABOIN, 2017, p. 332), possibilitando a realocação de trabalhadores. Isso se dá por meio de mecanismos psicológicos de incentivos, que podem ser: positivos, como aumentar o valor das tarifas dinâmicas em que os serviços são prestados em menor quantidade; ou negativos, como penalizar os trabalhadores que permanecem sem se conectar à plataforma, por exemplo. Além de organizar o trabalho, essas plataformas gerenciam um sistema de pontuação que qualifica os serviços realizados e condicionam a permanência do trabalhador na plataforma (LEME, 2019).

Segundo Gauriau (2020, p. 101) a:

Uber cria e regula uma oferta preexistente de demanda por transporte urbano e controla, ao mesmo tempo em que oferece, a sua organização e o acesso por parte deles que pretendem utilizar esta oferta (motorista e clientes).

Quando a Uber começou a operar no Brasil, enfrentou duras críticas de taxistas e alguns funcionários dos governos locais, mas foram amenizadas ante a aceitação social desse tipo de serviço. Enquanto a base de trabalhadores estava sendo formada, a Empresa subsidiava corridas e premiava os motoristas que cumprissem determinadas metas. Com isso, os trabalhadores viram seus ganhos superarem recebidos em trabalhos tradicionais. Na medida em que a oferta de serviço *online* aumentou, a concorrência interna se intensificou, a lucratividade dos trabalhadores começou a diminuir e a precarização se tornou mais evidente. (LEME, 2019).

Por isso, além do termo “uberização” se referir “[...] a uma nova forma de gestão, organização e controle do trabalho que se afirma como tendência global no mundo do trabalho [...] e de relações de trabalho” (ABILIO, 2021, p. 9) e passou a ser sinônimo de flexibilização trabalhista e da precarização social promovida por esse modelo de negócio (SLEE, 2019).

Por que há autonomia no trabalho por aplicativo?

Considerar alguém um trabalhador autônomo significa questionar se a relação jurídica em exame envolve a existência de subordinação jurídica entre os contratantes. Mas o que vem a ser subordinação jurídica?

Subordinação jurídica é uma situação “derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de

direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”, conforme explica Delgado (2019, p. 349).

Já a autonomia é a situação legal em que os trabalhadores têm direção sobre a prestação dos próprios serviços, ou seja, os trabalhadores controlam e organizam a produção ou circulação de bens e serviços como bem entenderem.

Para configuração da relação de emprego, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê, no art. 3º, a necessidade de preenchimento de cinco requisitos: ser o trabalho desenvolvido por pessoa física, com personalidade, de forma não-eventual, onerosa e, também, com subordinação jurídica. Apesar da necessidade da presença dos cinco elementos, a doutrina e a jurisprudência reputam como pedra angular da relação empregatícia, a presença do elemento da subordinação jurídica (VALE, 2021, p. 213).

A ideia de subordinação nasceu com as primeiras regulamentações das relações de trabalho típicas no período da Revolução Industrial, consequentes das mudanças promovidas na estrutura social pelo capitalismo incipiente. Neste momento, a ausência de regulação ocasionou uma forte concorrência de mercado, que gerou uma forte degradação nas condições de trabalho e um enorme aumento de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho (VALE, 2021, p. 213).

Buscando equilibrar essas relações de trabalho e viabilizar o sistema capitalista emergente, o Direito foi aprimorado, forjando a subordinação como fiel da balança entre proteger o trabalhador com uma rede de garantias sociais mínimas (direitos trabalhistas) ou reconhecer sua liberdade plena para contratar, presumindo iguais os contratantes e aplicando as regras comuns do Direito (direitos civis).

Ocorre que no anseio de equilibrar a relação de trabalho, o Estado acabou impondo custos às empresas, que encarecem os seus produtos

e serviços, reduzem seus lucros e as tornam menos competitivas num cenário global de intensa flexibilização trabalhista. Por isso, é de interesse dos Aplicativos que não seja reconhecido o vínculo empregatício entre eles e os trabalhadores

A Uber, por exemplo, sustenta que a empresa não é proprietária dos veículos utilizados pelos trabalhadores em serviço, mas tão somente:

[...] uma empresa de tecnologia utilizada pelos Motoristas Parceiros para a localização e captação de Usuários visando o seu deslocamento. O Usuário, sabendo da eficiência da tecnologia, usa o mesmo aplicativo para encontrar motoristas. (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017, p. 598).

Tais argumentos foram extraídos da peça de defesa apresentada pela Uber Brasil no processo nº 1000123-89.2017.5.02.0038, em que o TST proferiu a primeira decisão brasileira negando o vínculo empregatício entre o motorista e o aplicativo Uber.

Em sua contestação, a Uber parte da perspectiva de que o trabalhador é autônomo, e o fornecimento dos recursos da plataforma possibilitam que ele aufera renda com o serviço de transporte e/ou logística realizado. A empresa chegou a dizer que “Os verdadeiros clientes da Uber são os Motoristas Parceiro [...]” (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017, p. 599).

Buscando afastar os elementos da relação de emprego, a Uber sustentou que o trabalhador-parceiro é pessoa física, mas inexistente essa obrigatoriedade, já que:

Existem Motoristas Parceiros que são, na realidade, pequenos empresários do ramo de transporte que cadastram seus carros na Plataforma, colocando qualquer um de seus motoristas – desde que previamente cadastrados – para acionar a Plataforma e conduzir o veículo,

aproveitando-se da demanda gerada, sendo este mais um fator que afasta a existência da obrigatoriedade que apenas pessoas físicas se cadastrem na plataforma e possam realizar viagens. (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017, p. 616).

A Uber informa que a necessidade de cadastramento pessoal do trabalhador na plataforma não se confunde com a personalidade necessária para caracterização de vínculo de emprego. Segundo a empresa:

[...] O cadastro individual é obrigatório para todas as empresas de tecnologia, de forma a garantir a segurança e confiabilidade de todos os usuários. Os usuários (passageiros) também são cadastrados de forma individualizada. Dessa forma, nota-se que a necessidade de cadastro não acarreta personalidade apta a configurar vínculo de emprego. (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017, p. 617).

Para ela, é do interesse do motorista saber quem entrará em seu carro, assim como aos usuários também interessa saber no carro de quem eles entrarão.

A Plataforma sustentou, ainda, que não tem como selecionar de forma pessoal quem irá atender à solicitação do usuário: “Essa identificação é feita por códigos do sistema com base na localização física dos usuários (tanto o Motorista Parceiro quanto o usuário – passageiro)” (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017, p. 617). Tal condição faz com que o usuário seja atendido por quaisquer um dos motoristas-parceiros disponíveis no momento na região. Na contestação, a Uber diz ainda que a:

Plataforma permite que mais de uma pessoa se cadastre de forma a compartilhar o mesmo veículo. Portanto, um determinado veículo de propriedade de um Motorista, pode ser utilizado

por diversos Motoristas Parceiros, desde que, tais Motoristas se identifiquem na Plataforma. (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017, p. 617).

Assim, o trabalhador teria total autonomia para estabelecer os dias e horários de acesso ao aplicativo, da forma como melhor lhe coubesse, não havendo, segundo a Empresa, nenhuma imposição há cerca de dias e horários específicos para o acesso ou realização de sua atividade (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017).

Além disso, o trabalhador pode recusar as solicitações para buscar passageiros, organizando o seu tempo e agenda quanto e como bem entender. A empresa afirma que “[...] caso as aceitem e precisem cancelar a corrida por qualquer motivo, não há qualquer punição [para o trabalhador].” (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017, p. 621). Esclarece ainda que o sistema de pontuação serve apenas como parâmetro para aperfeiçoar o serviço de transporte realizado pelo trabalhador.

Segundo a Uber (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017), nunca ocorreu a realização de entrevistas pessoais, reunião com os prepostos contratados, nem a realização de testes psicológicos ou reuniões presenciais para realização de cadastro, que esse é preenchido inteiramente *online*.

Em relação a fixação da tarifa, a Uber diz que faz apenas “[...] uma sugestão de preço levando em conta tempo e distância a ser percorrida.” (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017, p. 623), cabendo ao usuário a decisão final de utilizar, ou não, a rota sugerida.

Assim, as avaliações não comprovam a subordinação, segundo a defesa. Isso porque elas são realizadas pelos usuários e não pela Plataforma. Além do que, o próprio trabalhador realiza as avaliações dos usuários, e isso demonstra que a caracterização da subordinação não decorre do fato de serem atribuídas notas. (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017).

A Uber explicou ainda que “[...] tanto o motorista parceiro quanto o usuário podem atribuir de uma a cinco estrelas para a outra parte.” (SILVA, 2017 *in* BRASIL, 2017, p. 624), bem como que não existe qualquer sugestão ou determinação da empresa quanto ao parâmetro por eles escolhido. Isso ocorre porque:

*A manutenção de uma qualidade mínima por meio das avaliações dos Usuários visa preservar a coletividade dos Motoristas Parceiros, isto é, a se admitir que motoristas mal qualificados prestem serviços aos Usuários, a 1ª Reclamada estaria, na verdade, afastando os Usuários da Plataforma e, portanto, prejudicando os próprios Motoristas Parceiros. O bom padrão de Usuários é característica fundamental no sucesso de uma plataforma eletrônica nas redes sociais, gerando confiabilidade, qualidade e consumo. (SILVA, 2017 *in* BRASIL, 2017, p. 624).*

O pagamento de seguro de acidentes pessoais pela Uber aos usuários, ocorre por obrigação legal. Não estando abrangido por essa obrigação, a contratação de seguros para danos nos veículos dos trabalhadores, que podem fazer o uso da sua autonomia para decidir se querem, ou não, arcar com tal custo ao seu negócio. (SILVA, 2017 *in* BRASIL, 2017).

Explicou que o trabalhador figuraria como contratante de um serviço prestado pelo Aplicativo, consistindo “[...] na utilização de uma plataforma eletrônica para captação de clientes, os Usuários” (SILVA, 2017 *in* BRASIL, 2017, p. 627), por isso, o trabalhador não está inserido na estrutura produtiva da empresa. Para reforçar sua tese a empresa, transcreveu a decisão proferida no processo nº 0011863-62.2016.5.03.0137, em que o juízo trabalhista assim se posicionou:

“[...] Também sob a perspectiva da subordinação estrutural, não vejo como caracterizar a existência

de vínculo de emprego entre o reclamante e a Uber do Brasil.

Com efeito, a subordinação estrutural se caracteriza pela inserção do trabalhador na dinâmica de funcionamento do tomador dos serviços, conformando-se a essa estrutura, ainda que não receba ordens diretas.

De fato, segundo se infere do contrato social da primeira 1ª Reclamada (ID f6bc8f1), o seu objeto não consiste na realização de transporte de passageiros, mas principalmente no fornecimento de serviços de tecnologia.

Além disso, no contrato celebrado entre o motorista e a Uber do Brasil, fica evidenciado que esta fornece serviços de tecnologia, não serviços de transporte, não atuando como empresa de transporte, nem operando como agente para transporte de passageiros (ID 50dfe27).

O depoimento da segunda testemunha ouvida reforça que, de fato, a Uber do Brasil funciona como uma plataforma digital de economia compartilhada, cujo objetivo é interligar os motoristas parceiros aos usuários que necessitam de atendimento de motorista:

[...] que é funcionário da Uber, com CTPS anotada, sendo gerente de operação e logística; que o sistema da Uber consiste em uma plataforma de economia compartilhada, o que significa que é utilizada por clientes que querem pedir uma corrida e também pelos motoristas com cadastros ativos;

que são dois aplicativos separados, um para os motoristas parceiros e um para os usuários; que o usuário pede a corrida de um lado e do outro lado, o motorista recebe a solicitação de corrida, aceitando-a ou não; [...] (ID 41^a19ba, p. 4)

Portanto, não se constituindo as 1^a Reclamadas como empresas de transporte de passageiros, mas como de fornecimento de serviços de tecnologias, não vejo como afirmar que o autor tivesse inserido, como empregado, na estrutura empresarial, sob a ótica da subordinação estrutural. [...] (grifou-se) (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017, p. 627-628).

Ao solicitar o acesso ao aplicativo, o trabalhador “[...] sabe que terá diversos gastos com o seu automóvel e com a prestação de serviços para o Usuário, assumindo tal risco de forma deliberada e consciente [...]” (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017, p. 629). Além disso, é do trabalhador a escolha “[...] por atender um número maior ou menor de passageiros, por estar nesse ou naquele local de demanda, por escolher por trabalhar em dias de sol ou chuva, tudo influencia na sua própria receita.” (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017, p. 628). Sob essa lógica, seria do motorista/entregador, o risco total da atividade por ele exercida.

A Uber afirmou que não remunera o seu parceiro. O valor pago pelo usuário é transferido aos trabalhadores, retendo-se um percentual referente ao pagamento pela utilização da plataforma eletrônica, conforme previsto no contrato por eles assinado.

Segundo a empresa, “o fato da maior parte dos valores das viagens (80 ou 75%) ser repassado aos Motoristas Parceiros e a 1^a Reclamada [Uber] ficar apenas com 20 ou 25% a título de taxa é apto a descaracterizar o vínculo de emprego” (SILVA, 2017 in BRASIL, 2017, p. 630).

Acolhendo tais argumentos, o TST proferiu o primeiro acórdão do TST, tendo como relator, o Ministro Breno Medeiros. Ao abordar a possibilidade de ficar *off-line*, sem delimitação de tempo, a decisão sustentou que:

“Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal autodeterminação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo. [...] Dentre os termos e condições relacionados aos referidos serviços, está a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, conforme consignado pelo e. TRT. O referido percentual revela-se superior ao que está Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego” (BRASIL, 2020, p. 1).

Ainda segundo o Ministro, as avaliações dos trabalhadores pelos usuários, consubstancia uma “ferramenta de feedback para os usuários finais quanto à qualidade da prestação de serviços do condutor, de interesse de todos os envolvidos” (BRASIL, 2020, p. 23).

Ademais, o fato da empresa se utilizar das avaliações, promovendo o descredenciamento do motorista/entregador mal avaliado, “[...] convém não apenas à reclamada para sua permanência no mercado, mas especialmente à coletividade de usuários, a quem melhor aproveita a confiabilidade e qualidade dos serviços prestados.” (BRASIL, 2020, p. 23).

Por todo o exposto e segundo essa perspectiva, no caso do trabalho exercido por aplicativos, há autonomia do trabalhador porque este é livre para organizar suas atividades, razão pela qual são inaplicáveis as disposições legislativas de proteção ao trabalho subordinado, principalmente as encontradas na CLT.

O direito do trabalho está preparado?

Vale apontar que em relação ao modelo de negócio, o Ministro Breno Medeiros, em venerado acordo julgado pela 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST, no Recurso de Revista de nº 1000123-89.2017.5.02.0038), asseverou que:

[...] o intento de proteção ao trabalhador não deve se sobrepor a ponto de inviabilizar as formas de trabalho emergentes, pautadas em critérios menos rígidos e que permitem maior autonomia na sua consecução, mediante livre disposição das partes.

Curioso é que toda essa análise se passa sobre o contexto da Quarta Revolução Industrial (SCHWAB, 2016), quando começam a surgir novas profissões, a extinção ou adaptações de muitas atividades que aos poucos ou abruptamente vem sendo suplantadas pela tecnologia (FREY e OSBORNE, 2013).

Aliado a isso, a sociedade passa a ser estimulada à adaptação de competências pessoais para que consigam dialogar com as novas formas de interação cada dia mais virtualizadas. Antunes (2018, p. 30) destaca que:

[...] ao mesmo tempo que se amplia o contingente de trabalhadores e trabalhadoras em escala global, há uma redução imensa dos empregos; aqueles que se mantêm empregados presenciam

a corrosão dos seus direitos sociais e a erosão de suas conquistas históricas, consequência da lógica destrutiva do capital que, conforme expulsa centenas de milhões de homens e mulheres do mundo produtivo (em sentido amplo), recria, nos mais distantes e longínquos espaços, novas modalidades de trabalho informal, intermitente, precarizado, “flexível”, depauperando ainda mais os níveis de remuneração daqueles que se mantêm trabalhando.

Sob o enfoque do mercado de trabalho brasileiro, as plataformas digitais se apresentam como oportunidades de trabalho, ante a intensificação da crise econômica e da acentuação do desemprego. Em 2018 os aplicativos de serviço como Uber, 99, iFood, Rappi, por exemplo, tornaram-se juntas as maiores “empregadoras” do Brasil (GAVRAS, 2019).

E é exatamente na tentativa de abarcar o trabalho emergente, diga-se, o trabalho digital, que a doutrina protecionista tem desenvolvido novas interpretações ao tradicional conceito de subordinação jurídica (VALE, 2021). Isso se dá, também, à luz do contexto histórico que serviu como base para a criação do Direito do Trabalho e da ideia de subordinação como elemento diferenciador do trabalho autônomo.

Embora, no campo teórico, já tenham surgidos novos conceitos de subordinação que buscam ampliar o fecho de proteção ao trabalho, como ocorre com a subordinação objetiva, estrutural, integrativa e reticular, também há quem defenda que o trabalho por aplicativo deveria ser reclassificado numa nova categoria chamado trabalho parassubordinado (ALVES, 2021; VALE, 2021; CASTRO, 2021).

Segundo Nascimento (2007, p. 470), o trabalho parassubordinado abrange tipos de trabalho que:

[...] não se enquadram exatamente em uma das modalidades tradicionais, entre as quais se situam,

como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação.

No Brasil, há doutrinadores que vislumbram vantagens com a parassubordinação, como Flávia Pessoa, Ruth Siqueira e Cláudio Freitas, relacionadas sobretudo à redução do custo da mão de obra. (VALE, 2021).

Ainda não há regulamentação para o trabalho parassubordinado e a jurisprudência pátria vem reconhecendo as hipóteses que, segundo a teoria, poderiam se enquadrar à parassubordinação, como trabalho de natureza autônoma, apenas regidos pelo Código Civil, o que descartaria a aplicabilidade da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, conforme aponta Vale (2021).

Numa perspectiva sociológica, a sociedade capitalista é a única que automaticamente converte os seres sociais em trabalhadores, cuja utilidade essencial é reconhecer a qualidade do “valor” e cuja necessidade exclusiva é “vender sua força de trabalho” (FONTES, 2017).

Segundo Fontes (2017, p. 48), tal fenômeno deriva de dois processos principais: “[...] a permanência de expropriações, produzindo mais seres necessitados de vender força de trabalho em concorrência com os ‘empregados’, e a introdução de maquinaria e tecnologia, que dispensa força de trabalho.”

Por isso, o ordenamento jurídico prevê a regra de que a relação de emprego é presumida, enquanto o serviço que envolve trabalho autônomo carece de produção de prova, como se extrai da leitura do art. 593, do Código Civil (BRASIL, 2022) e do art. 442-B da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 2022). Embora a equação pareça ser simples, na prática, vemos os aplicadores do Direito, principalmente os juí-

zes, sustentando interpretações que muitas vezes descolam dos princípios fundamentais e sociais do trabalho, previstos na Constituição Federal.

Os juristas que propõem um terceiro caminho entre o trabalho autônomo e a relação empregatícia, não compreendem a completude do ordenamento jurídico, tão defendida por Bobbio (1995). Esse Autor sustenta que o ordenamento jurídico tem condição de regular qualquer ato ou fato jurídico. Isso acontece porque, a própria Constituição previu que o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias apresentadas e deve julgá-las à luz de uma norma pertencente ao sistema (art. 5º, XXXV e art. 93, IX da CF/88) (BRASIL, 2022).

Nessa esteira, a solução para o problema da qualificação da natureza jurídica da relação entre motorista/entregador e plataforma eletrônica já está na lei, precisando apenas ter a interpretação aperfeiçoada no ordenamento jurídico.

Por que há vínculo empregatício?

Para demonstrar que o contrato de trabalho tem natureza autônoma, é necessário retirar um ou todos os elementos da relação de trabalho. Na prática, se vê que a subversão da natureza jurídica do trabalho por aplicativo decorre de mero uso de linguagem mercadológica, de palavras neutralizantes e até de cláusulas contratuais que expressamente induzem uma relação de parceria inexistente (LEME, 2019).

Para avançar no exame, é importante diferenciar o termo “autonomia da vontade” do termo “autonomia privada”. Enquanto a primeira deriva da manifestação livre da vontade, a segunda refere-se ao poder que tem as partes de criarem e de se submeterem às normas criadas (FARIAS e ROSENVALD, 2017).

Assim, muito embora os trabalhadores por aplicativo tenham autonomia da vontade para aceitar os termos disponibilizados pelas Plataformas, o simples fato de os contratos assinados serem de adesão, retira deles a autonomia privada para contratar, já que não é concedido o direito de criar as normas que regulam a relação.

Vale destacar ainda que, quando o contrato de adesão contém cláusulas abusivas, o reconhecimento da nulidade dessas não invalida todo negócio jurídico celebrado, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes (art. 51, §2, do CDC) (BRASIL, 2022).

Isso acontece por causa da função social do contrato e boa-fé objetiva que são elementos integrantes e norteadores dos negócios jurídicos, inclusive do contrato de trabalho, que reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os valores individuais, sem a perda da dignidade da pessoa humana, conforme art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002 (BRASIL, 2022).

A extrapolação dos limites impostos pela função social e pela boa-fé é considerado abuso de direito e, portanto, ato ilícito (art. 187 do CC) (BRASIL, 2022). Com isso se quer dizer que, nenhum contrato no Brasil pode prever cláusulas contratuais que violem a dignidade do trabalhador, nem firam direitos individuais e sociais garantidos pela Constituição Federal (BRASIL, 2022), sob pena de tais cláusulas serem consideradas nulas por ilegalidade ou por abusividade de direito.

Assim, independente da manifestação de vontade praticada pelos trabalhadores e independente dos termos utilizados no contrato celebrado pelas partes, o exame da relação jurídica deve ocorrer à luz da função social e da boa-fé objetiva, consolidadas no princípio da primazia da realidade. Segundo Plá Rodriguez (2015, p. 144): “[...] o princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que

ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.”.

No campo dos fatos, diversos são os estudos acerca do tema que sustentam a ocorrência de subordinação jurídica entre trabalhadores de aplicativo e plataformas digitais (BRASIL, 2020).

Segundo Mattioli (2019), os aplicativos não atuam apenas como empresas de tecnologia, por simplesmente regularem em excesso as atividades desenvolvidas pelos trabalhadores, bastando observar os termos de uso, políticas e normas aplicáveis aos motoristas e entregadores.

Para Oliveira Neto (2020, p. 154):

[...] essas empresas prestam verdadeiro serviço de transporte à população. O usuário não é cliente do motorista, mas da empresa. Não é o motorista quem oferece o serviço, mas a empresa dona do aplicativo. O motorista, portanto, não é cliente da empresa do aplicativo de transporte, mas prestador de serviços desta na qualidade de trabalhador/operário e não de parceiro comercial, sendo certo que a parceria mercantil, regulada pelas normas do direito civil ou comercial, pressupõe total independência entre as partes na condução do negócio com o fim de obtenção de lucro comum.

Entende Gonçalves, Costa e Oliveira (2021, p.130) que:

[...] o trabalhador não é tão independente, percebe-se que a empresa, de algumas maneiras, controla o trabalho realizado pelo trabalhador. Tem-se que reforçada a tese de que essas empresas tendem a tentar camuflar a presença do vínculo empregatício, tentando retirar, de forma forçada,

os elementos que estão presentes gerando esse vínculo que tanto é disfarçado pelas empresas fornecedoras dessas plataformas.

Os autores destacam, ainda, que o fenômeno da “uberização” rebaixaria a classe trabalhadora que adere aos serviços de plataformas digitais, ante a ausência de direitos trabalhistas, subordinação a empresa camuflada pela “[...] ideia de que o trabalhador é autônomo, livre para fazer suas escolhas” (GONÇALVES; DA COSTA; DE OLIVEIRA, 2021, p.128).

Para Baboin (2017), na prática, as atividades do trabalhador se inserem na organização da empresa, porque a Uber determina a forma como motoristas e entregadores devem laborar, além de determinar diversas restrições. Também, não haveria autonomia para o trabalhador fixar a forma de remuneração pelo serviço executado, sem falar na possibilidade de exclusão da plataforma em razão de más avaliações.

Como se vê, a interpretação de Baboin sintetiza o conceito de subordinação objetiva, ao qual possibilita separar, ainda que de forma fictícia, o trabalho do trabalhador.

Segundo Vale (2021), o conceito de subordinação estrutural é o que oferece a melhor resposta ao caso dos trabalhadores por aplicativo, já que a conceituação anterior se mostra numa visão cartesiana e reducionista, como se o trabalho pudesse ser separado do trabalhador.

Nesse raciocínio, seria possível violar o trabalho, sem violar a dignidade do trabalhador, o que não faria sentido, já que ainda hoje, “[...] é difícil admitir que o objeto da prestação de trabalho seja o próprio trabalhador.” (VALE, 2021, p. 225).

Vale esclarecer que a subordinação estrutural “[...] se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica de seus serviços, independente

de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.”, conforme ensina Delgado (2016, p. 14). O Autor informa ainda que:

[...] não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias destes: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviço. (DELGADO, 2016, p. 14).

A importância dos motoristas e entregadores de aplicativo para a Uber é imensa, pois o objetivo central da empresa é gerar lucro com o transporte individual de pessoas ou com as entregas. Apesar disso, nenhum dos trabalhadores são registrados como empregados (BABOIN, 2017).

O trabalhador não possui a autonomia de negociar, influenciar ou determinar o valor de seu trabalho. Assim, os trabalhadores são estimulados a produzir ainda mais, porém, dentro das regras postas a eles (ABILIO, 2021).

A falsa sensação de liberdade disseminada pela Empresa é reforçada por pesquisas tendenciosas que revelam, por exemplo, que 70% dos trabalhadores não querem carteira assinada (SENA, 2020). Entretanto, ao examinar a pergunta realizada na pesquisa, percebe-se que o trabalhador teve que escolher entre as alternativas como se fossem excludentes entre si, e não ter a oportunidade de responder que sua vontade seria a formalização (carteira assinada) e da flexibilização, o que não são incompatíveis pela legislação brasileira, conforme aponta Carelli (2020).

Assim, seria inútil analisar os elementos práticos e jurídicos de uma relação de trabalho no trabalho externo, realizada por meio de

tecnologias remotas, de um ponto de vista laboral ao qual o trabalhador deve estar engajado tendo que se apresentar no mesmo local de trabalho, diariamente e em horários pré-definidos, como costuma ocorrer no comércio ou na industrial, por exemplo (OLIVEIRA NETO, 2020).

O modelo “disciplinar” utilizado nos contratos de trabalho vem sendo, em alguns setores, alterado pelo modelo do “controle”, previstos no parágrafo único do art. 6º da CLT, segundo o que: “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio” (BRASIL, 2022).

Trabalhadores com carros e *smartphones* não são necessariamente trabalhadores por aplicativo. Num contexto em que a empresa é a legítima proprietária do aplicativo/algoritmo e controla a interface motorista-usuário por meio dele, ter a tecnologia já é suficiente para controlar todo o relacionamento (CASTRO, 2021). Afinal, sem a plataforma digital, não haveria contato com os usuários que verdadeiramente movimentam o negócio da empresa.

Para Castro (2021, p. 211), a condição de proprietário do automóvel não afasta a subordinação, sendo necessário uma “análise conjunta, pois o aplicativo/algoritmo é de propriedade da empresa, sendo as propriedades desses meios de produção suficientes para controlar todo o negócio e subordinar os trabalhadores as suas regras/sanções”.

A personalidade está presente pelo fato de os motoristas/entregadores precisarem de autorização para acessarem a plataforma. Além disso, há um controle constante da empresa também com base na avaliação de desempenho do serviço, havendo desconexão da plataforma quando há a manutenção de uma nota mínima de aprovação pelos usuários (BA-BOIN, 2017).

O requisito da onerosidade se manifesta em razão do trabalhador conduzir veículo, realizando o transporte de passageiros ou coisa e, por isso, é remunerado. Ademais, a forma de remuneração, os critérios e o pagamento realizado são feitos pela própria Plataforma (BABOIN, 2017).

A não-eventualidade estaria presente pelo ânimo de continuidade do trabalhador, laborar, por prazo indeterminado, em atividades normais da empresa (BABOIN, 2017).

Os relatórios de viagens e as mensagens enviadas pela Plataforma e registrados no sistema, conseguiriam demonstrar como a atividade dos trabalhadores é previsível, programada e controlada, o que evidenciaria contato do trabalhador com as empresas por meio telemático, conforme art. 6º da CLT. Segundo Oliveira Neto (2020, p. 160):

Ainda que o motorista, um dia ou outro, não possa se logar no aplicativo para receber chamadas, isto, por si só, não descaracteriza a não eventualidade, uma vez que tanto a empresa quanto o próprio trabalhador sabem, havendo previsibilidade, que a atividade se repetirá, sob pena de descredenciamento. O fato do obreiro também ter a faculdade de se logar nos horários de sua conveniência também não caracteriza eventualidade na prestação dos serviços, posto que não se dá no caso a descontinuidade da relação de trabalho, havendo a previsibilidade de conexão sob pena de descredenciamento [...].

Com todos esses elementos, seria inegável a existência do poder de direção realizado pelas empresas sobre os trabalhadores. Embora o trabalhador possa exercer o labor quando quiser, o seu exercício é condicionado a horários determinados, ao cumprimento de metas e sem controle total sobre o serviço que deve realizar.

Ainda que o trabalhador possa negar certas corridas, esse comportamento pode afetar negativamente sua classificação e significar a sua exclusão da plataforma. Além disso, é preciso seguir as orientações e decisões da empresa, pois todas as suas ações são avaliadas e podem resultar em sanções ou exclusão da plataforma, conforme definido no contrato de “parceria” (MATTIOLI, 2019).

Com o cumprimento dos requisitos que definem a relação de emprego, não existiria outra possibilidade que não fosse o reconhecimento de vínculo empregatício entre trabalhadores e aplicativos, sobretudo quando analisada a partir da primazia da realidade (MATTIOLI, 2019).

Por todo o exposto e segundo essa perspectiva, no caso do trabalho exercido por aplicativos, há subordinação do trabalhador à plataforma, porque esse não é livre para organizar suas atividades, razão pela qual são aplicáveis as disposições legislativas de proteção ao trabalho subordinado, principalmente as encontradas na CLT.

Considerações finais

Apesar do modelo de negócio “uberizado” ter um método próprio de organização, tendo na inteligência artificial o principal meio de controle, essencialmente, o trabalho exercido a favor das empresas de aplicativo só existe porque há subordinação. Além disso, é o excesso de automação ao qual as Plataformas de trabalho sob demanda foram construídas, que retira do trabalhador a autonomia de organizar o seu próprio trabalho.

Diferente seria se as Plataformas funcionassem entre usuários e trabalhadores como um catálogo de serviços, sem qualquer ingerência do aplicativo, sem possibilidade de exclusão do trabalhador da plataforma e com cobrança de taxa fixa e não percentual pelo uso dos recursos, como ocorre, por exemplo, em um classificado de emprego, comuns nos jornais.

À luz da primazia da realidade, o trabalhador não adere ao aplicativo para adquirir o direito de uso da plataforma, mas sim para prestar um serviço em favor de uma empresa. Da mesma forma, que o usuário ao solicitar o serviço, não deseja contratar um trabalhador em especial, mas sim contratar a plataforma, independente de qual trabalhador será escolhido por ela.

O cenário que se põe não é diferente do início do desenvolvimento do capitalismo. A diferença é que a prestação do serviço tem ocorrido através de sistemas eletrônicos, que não existiam nos primórdios. Outra diferença importante é que o desemprego passou a ser utilizado como mecanismo de incentivo psicológico para atrair trabalhadores não absorvidos em trabalhos ditos tradicionais.

A própria ideia de trabalho tradicional foi subvertida para sustentar e forjar a desproteção dos trabalhadores. No trabalho digital, em essência, o trabalhador não deixa de receber ordens de um empregador humano, mas sim, tem entre eles um sistema computacional que sistematiza e automatiza as ordens que precisam ser executadas.

Em um contexto de desemprego, a plataforma não precisará direcionar as solicitações dos usuários para um trabalhador específico porque na região haverá diversos trabalhadores desempregados sedentos e dispostos a aceitar qualquer migalha para se sustentar. E ainda que, realmente, em determinada região não tenha nenhum trabalhador *online* naquele momento, basta que, depois de receber diversas recusas, o aplicativo automaticamente multiplique o valor da tarifa aplicada na região, para que se crie o interesse no trabalhador de ir “voluntariamente” para lá.

É por isso que a tecnologia usada, tem conseguido escalar a precariedade do trabalho em nível global, fortalecida pela construção retórica do empreendedorismo, que os tornam vigilantes do próprio trabalho e os culpam pelos próprios fracassos.

Muito embora a Uber afirme que não exerça controle direto na jornada de trabalho, a própria realidade social ao qual os trabalhadores estão inseridos já tratam de realizar esse controle, uma vez que a dependência econômica ao trabalho é permanente.

Pelo que se vê nas decisões judiciais, a grande dificuldade de boa parte dos aplicadores do Direito sobre a percepção da atuação da tecnologia nesses sistemas de trabalho, o que tem resultado em decisões que aparentemente não consideram relevante a aplicação do artigo 6º da CLT.

Não há dúvida que o Direito do Trabalho está preparado para resolver o conflito criado. O sistema jurídico já tem todo o suporte normativo necessário para assegurar a proteção dos trabalhadores sob demanda via aplicativos, entretanto, cabe ao Poder Judiciário fazer sua parte e colmatar as lacunas que surgiram com o desenvolvimento do trabalho digital, especialmente o realizado por aplicativo, sobretudo porque flexibilidade e carteira assinada são possibilidades compatíveis com a legislação brasileira.

Infelizmente a aparente indefinição teórica tem servido para que as plataformas de trabalho sob demanda continuem explorando e lucrando sobre o trabalho de milhões de desempregados, sem nenhuma proteção legal.

E mesmo para os que defendem que é melhor um trabalho precário do que trabalho nenhum, isso também é prejudicial. Embora esse argumento busque a normalização da precarização do trabalho, tal situação impacta nas diversas camadas sociais e repercute diretamente na economia, já que se a grande massa trabalhadora não puder consumir, não faz sentido a própria produção e sem produção e consumo, o Brasil não se desenvolve.

Portanto, o intento de proteger as novas formas de trabalho não deve se sobrepor a ponto de inviabilizar a preservação de direitos sociais mínimos dos trabalhadores.

Referências

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, v. 9, n. 13, p. 7-24, maio 2021. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/188676/2021_abilio_ludmila_uberizacao_empreendedorismo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2022.

ALVES, Eliete Tavelli. **Parassubordinação e uberização do trabalho** – algumas reflexões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da escravidão**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. Trabalhadores sob demanda: o caso Uber. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 1, p. 330-362, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106368/2017_baboin_jose_trabalhadores_demanda.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2022.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhista (CLT)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 31 mar. 2022.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor (CDC)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8078.htm>. Acesso em: 31 mar. 2022.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil (CC)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 164.544/MG**. Relator Ministro Moura Ribeiro; Órgão julgador:

Segunda Seção; Data de julgamento: 28.08.2019; Data de publicação: DJe 04.09.2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038**. Relator Ministro Breno Medeiros; Órgão julgador: Quinta Turma; Data de julgamento 05.02.2020; Data de publicação: DEJT 07.02.2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066**. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado; Órgão julgador: Terceira Turma; Data de publicação: DEJT 11.04.2022.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria de Comunicação. **Biblioteca Délio Maranhão - TST**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/2020-fevereiro>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 198.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

CASTRO, Viviane Vidigal de. Quem lhe dava ordens?: a interpretação do conceito de subordinação jurídica diante das fronteiras porosas da uberização do trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, v. 9, n. 13, p. 208-237, maio 2021. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/188675/2021_castro_viviane_quem_dava_ordens.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2022.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Como mentir com estatística sobre os trabalhadores em plataformas. *In: JOTA Info*. 24.07.2020. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-mentir-com-estatistica-sobre-os-trabalhadores-em-plataformas-24072020>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 314.

FARIAS, Cristiano Chaves de. E ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos**. ed. rev. e atual. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2017, p. 151.

FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael A. **The future of employment: how susceptible are jobs to computer is ation?** Oxford University Engineering Sciences Department. 17.09.2013. Disponível em: <https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

GAVRAS, Douglas. Aplicativos como Uber e iFood são fonte de renda de quase 4 milhões de autônomos. *In: Estadão*, 28 abr. 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,aplicativos-como-uber-e-ifood-sao-fonte-de-renda-de-quase-4-milhoes-de-autonomos,70002807079>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

GAURIAU, Rosane. Uber: entre autonomia e subordinação: estudo comparado franco-brasileiro. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 9, n. 89, p. 100-120, jun. 2020, Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/180030/2020_gauriau_rosane_uber_autonomia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2022.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo.; COSTA, Danilo da; OLIVEIRA, Tiago Porto de. Discutir a perspectiva de vínculo empregatício ou não entre trabalhadores de aplicativos e empresas que fornecem a plataforma, a partir dos pressupostos da CLT. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca - SP, v. 16, n. 1, dez. 2021. Disponível em: <<http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/1211/pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **A Gig economy no Brasil: uma abordagem inicial para o setor de transporte**. Carta de Conjuntura. Número 53, Notas de Conjuntura 5; 4º Trimestre de 2021; divulgado em 07.10.2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/211216_nota_5_gig_economy_brasil.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

SANSEVERINO, Luíza Riva. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1987, p. 48.

MARQUES, Patrícia. **Da (in)existência do vínculo empregatício dos trabalhadores por aplicativos e suas respectivas plataformas digitais**. 2020. 69 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas Sociais). Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Soledade, RS, 2020. Disponível em: <<http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/1840/1/SOL2020PatriciaMarques.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

MARTINS, Murilo; ALMEIDA, Vitor Hugo de. Análise juslaboral da relação de trabalho entre motoristas por aplicativo e a empresa uber: aspectos e consequência sociojurídicos. **Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, 2017, vol. 3, n. 1, p. 55-75. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/1812/pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

MATTIOLI, Alex. “Uberização” e as novas formas de trabalho: fundamentos reconhecedores do vínculo empregatício. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2019. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/221353/001125569.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 31 mar. 2022..

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 470.

NEVES, Isabel Cristina; CARVALHIDO, Aline Carneiro Magalhães. Novas modalidades de trabalho e a caracterização do vínculo empregatício: uma análise da uber. **Revista Científica UNIFAGOC**. 2019, Vol. IV, p. 43-52. Disponível em: <<https://revista.unifagoc.edu.br/index.php/juridico/article/view/501/385>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018, p. 45-50. Disponível em: <https://csb.org.br/wp-content/uploads/2019/01/CONAFRET_WEB-compressed.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de. Elementos fático-jurídicos da relação de emprego no trabalho dos motoristas de aplicativo = Factual-legal elements of the employment

relationship in the work of application drivers. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 86, n. 1, p. 152-167, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/175674/2020_oliveira_neto_raimundo_elementos_fatico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2022.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. Disponível em: <<https://fiquesursis.files.wordpress.com/2012/04/livro-princc3adpios-do-direito-do-trabalho-amc3a9rico-plc3a1.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

SAMUEL, Pedro Alberto Cardoso. Breve análise sobre a uberização da relação de trabalho dos motoristas por aplicativo. **Revista Fórum justiça do trabalho**, Belo Horizonte, ano 36, n. 429, p. 45-59, set. 2019.

Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/182395/2021_samuel_pedro_analise_uberizacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2022.

SCHOR, Juliet. **Debatendo a Economia do Compartilhamento**. In: ZANATTA, Rafael A. F.; DE PAULA, Pedro. C. B.; KIRA, Beatriz. Economias do compartilhamento e o direito. Curitiba: Juruá, p. 21-40, 2017. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Economias_do_compartilhamento_e.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Cleber Venditti da. Contestação de id. c95dcfc: In BRASIL, 38ª Vara do Trabalho de São Paulo - SP. **Processo nº 1000123-89.2017.5.02.0038**. Data do protocolo: 14.08.2017. Folha 597-647 dos autos. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000123-89.2017.5.02.0038/1#2895335>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

SENA, Victor, Ibope aponta que entregadores de apps não querem carteira assinada. In: **Exame**. 23.07.2020. Disponível em: <<https://exame.com/negocios/pesquisa-indica-que-entregadores-nao-querem-carteira-assinada-sera/>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**; tradução João de Peres; notas da edição Tadeu Breda, João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

STEFANO, Valério de. **The rise of the “just-in-time workforce”**: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”. Genebra: ILO, 2016. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

WUDC. **Debating & Judging Manual**. World Universities Debating Council (WUDC). 2022. Disponível em: <<https://www.worlddebating.org/debate-guides#h.v7ts60l31pw4>>. Acesso em: 31 mar. 2022.

3

Conexão entre o Teletrabalho e a psicanálise: reflexões iniciais

Ana Paula da Cunha Albuquerque

Mestranda em Sistemas Adequados de Resolução de Conflitos pela Universidade Lomas de Zomora–Argentina. Pós-Graduada em Civil e Processo Civil pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Conciliadora Judicial pelo Conselho da Justiça Federal-CJF. Psicanalista em formação pela Associação Brasileira de Estudos Psicanalíticos de Pernambuco. Membro da Comissão de Práticas Colaborativas da Seccional OAB/PE. Servidora Pública da Justiça Federal em Pernambuco.

Anita Duarte de Andrade

Pós-Graduada em Processo e Direito do Trabalho. Pós-Graduada em Direito Previdenciário. Advogada. Professora. Presidente da Comissão de Direito Sistêmico OAB/PE. Membro da Comissão de Práticas Colaborativas OAB/PE. Membro do Grupo Trabalhista Sistêmico. Coautora em Obras Jurídicas e colunista em sites jurídicos.

RESUMO

Este trabalho propõe-se a aplicar, sob uma visão multidisciplinar, os conhecimentos trazidos pelo Direito e pela Psicanálise, na reflexão sobre as repercussões do regime de Teletrabalho na subjetividade do trabalhador e como tal influência afeta a sua saúde mental. Os tópicos foram abordados à luz da legislação e de conceitos psicanalíticos. A problemática sugerida também foi contextualizada considerando-se as sociedades contemporâneas complexas de ordem capitalista e neoliberal

e tendo por base as mudanças trazidas pelas forças da Globalização e da Era Digital e da Informação. Discorreu-se sobre a velocidade e crescente modificação nas modalidades de trabalho e no modo de vida dos indivíduos, sobretudo com o quadro de pandemia da Covid-19. A conclusão foi construída no sentido de ser necessário mensurar quanto à normatização vigente e discorrer se a legislação se encontra apta a tutelar a dignificação e a higidez mental do Teletrabalhador. Em toda a explanação, registrou-se a importância de se olhar para o tema sob uma perspectiva sistêmica.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Psicanálise. Teletrabalho. Tecnologia.

Introdução

Devido aos avanços tecnológicos e, sobretudo, em razão dos reflexos da pandemia do coronavírus (Covid-19), trabalhar em casa – *Home Office* – tornou-se uma prática inserida no cotidiano de muitas atividades laborativas. Evitar o trânsito, minimizar o contágio, reduzir os gastos e controlar o estresse, dentre outros, podem ser elencados como pontos positivos desta modalidade de trabalho. E possíveis prejuízos ao trabalhador podem ser mitigados com iniciativas e regulação preventivas. É imprescindível, nesse sentido, que o Teletrabalho seja adotado sem causar exclusões, passíveis de serem ocasionadas diante da transferência para o empregado de certos encargos logísticos e tecnológicos.

Ademais, devem ser priorizadas cautelas para a sua adaptação como forma de trabalho padrão, em razão das repercussões na saúde mental do trabalhador. Deve ser considerado que o trabalho reverbera em todas as dimensões do sujeito, em nível de subjetividade e sociabilidade. Portanto, o Teletrabalho exige uma compreensão sistêmica acerca da complexidade da pessoa, não apenas vislumbrando o sujeito de direitos, mas a figura do trabalhador enquanto ser no mundo.

Na perspectiva psicanalítica, o trabalho fortalece os laços comunitários no enfrentamento das forças implacáveis da natureza, simbolizando um local seguro de pertencimento à comunidade humana (Freud, 1996). Mas, na contemporaneidade, a forma de organização social vem sendo estruturada no automatismo, que leva o sujeito a enxergar a vida como se cada pessoa fosse uma empresa, ou seja, uma vida cuja base é o modo de trabalho. Ao invés de trazer segurança como espaço de expressão ao sujeito, o trabalho, no cenário moderno, afeta o poder criativo do trabalhador, que não mais se reconhece naquilo que produz.

Esta problemática contemporânea, associada à explosão do Teletrabalho no contexto de isolamento social obrigatório, acarretou a alteração no controle do tempo e do espaço pelo trabalhador de modo que houve a ruptura do relacionamento do sujeito com o seu fazer e com a organização empresarial. Instalou-se, assim, um estado de luto, bem como trouxe alteração à dinâmica da relação familiar do Teletrabalhador. Ou seja, infringiu pontos cruciais de construção e de manifestação da identidade do sujeito, em suas dimensões de objetividade e subjetividade.

Nessa dialética entre o sujeito e o seu fazer, a Psicanálise e o Direito contribuem para a discussão sobre a saúde mental do trabalhador, diante das exigências internas e das exigências do mundo do trabalho contemporâneo.

Na perspectiva do Direito, o trabalho executado fora do local físico da empresa é capaz de gerar direitos trabalhistas e previdenciários (artigo 6º, CLT), desde que presentes os requisitos da relação de emprego - pessoalidade, subordinação, onerosidade e não-eventualidade (artigos 2º e 3º, CLT).

Observa-se, portanto, que a Reforma Trabalhista não foi a primeira a tratar a respeito do Teletrabalho, visto que o artigo 6º da CLT já o mencionava. A Reforma, então, tratou de detalhar, em capítulo próprio, a prestação de serviços em regime de Teletrabalho. Inspirou, assim, uma

conotação de flexibilidade e trivialidade à prática da modalidade de trabalho à distância.

Apesar desse tratamento mais detalhado promovido pela Reforma Trabalhista, a regulamentação do Teletrabalho se apresentou insuficiente para reger a nova realidade da dinâmica empresarial que se instalou com a Pandemia. Isto porque as formas de trabalho à distância, que deveriam ser temporárias, passaram a ser adotadas como padrão pela maioria das organizações empresariais, mesmo após finalizado o período de isolamento. Tal acontecimento não respeitou o processo de adaptação que seria necessário ao trabalhador diante das inovações tecnológicas. Como consequência, foi editada a Medida Provisória nº 1.108, de 25 de março de 2022, que trouxe modificações consideráveis ao regramento da Reforma Trabalhista e que, se não convertida em lei, valerá até 25 de julho de 2022.

Assim, torna-se claro que o tema Teletrabalho e Psicanálise merece destaque, pois o encontro do sujeito com o seu trabalho, sobretudo no atual momento de instabilidade social perante a Pandemia, faz afluir indagações sobre o adoecimento psíquico e a proteção legal do trabalhador. Desse modo, o objetivo do trabalho em questão é ponderar até que ponto a legislação vigente caminha para a tutela do Teletrabalhador em um contexto sistêmico, apresentando-se como suficiente para suprir a demanda de garantia de sua saúde mental.

Breve contextualização

A pertinência do tema proposto deve ser compreendida sob uma perspectiva jurídica *lato sensu*, situando a sua relevância, subsequentemente, no âmbito do Direito do Trabalho. Assim, é importante entender a sua contribuição para os contornos jurídicos.

O Direito do Trabalho prima por garantir a dignidade da pessoa humana diante do conflito *capital x trabalho*, enaltecido durante a Revolução Industrial, pelo modelo capitalista. Portanto, por se tratar de um ramo interligado à economia, deve acompanhar os avanços da organização das forças produtivas.

O processo de segmentação de cada etapa de produção, iniciado por Frederick Taylor e aperfeiçoado por Henry Ford, é um dos maiores impactos iniciais da Revolução Industrial no mercado de trabalho. Em seguida, surgiu o Toyotismo, que se trata de um modelo associado à descentralização das etapas de produção e foca em atender as demandas do mercado.

É importante destacar, porém, que não houve uma substituição linear de um regime para outro e sim a coexistência de métodos de produtividade com abordagens diferentes, mas ambos visando a redução de custos e o aumento do lucro sem se preocupar com o bem estar do trabalhador. Foi nesse contexto de um ambiente econômico com empresas centradas na produção em massa que teve origem o Direito do Trabalho.

Posteriormente à Revolução Industrial, a Globalização se torna aliada da Revolução Tecnológica, de modo que há uma intensificação do processo atualmente conhecido como Terceirização que permite a distribuição das etapas de produção em escala global. Ganham espaço, nesse contexto, as empresas em rede, que, em nome do lucro, expandem e difundem o trabalho para locais com baixo valor de custo da mão de obra.

Na contemporaneidade, assim, no curso da difusão predatória do sistema capitalista sob o viés neoliberal, que prioriza o material em detrimento da subjetividade do trabalhador, o Direito do Trabalho se consolidou na busca de preservar a dignificação humana por meio da fixação de patamares mínimos civilizatórios. Os contornos humanistas do Direito do Trabalho, porém, são traçados com ritmo evolutivo pendular,

conforme a interação entre o Estado, os cidadãos e o capital (Richard Falk, 1999).

Torna-se, portanto, cada vez mais evidente que as vertentes iniciais do Direito do Trabalho não são mais suficientes para salvaguardar as relações laborais. As novas formas de trabalho, como o Teletrabalho, exigem um arcabouço jurídico condizente com suas peculiaridades. Afinal, é imperativo ponderar quanto aos reflexos dessa modalidade de trabalho à distância na saúde mental do trabalhador, à luz da legislação e sob a perspectiva da subjetividade humana.

Interface entre o Direito e a Psicanálise

Na atualidade, instalou-se um estado de *alta complexidade social*, formando-se redes de interdependência relacional cada vez mais amplas. Para a ruptura da exploração da força de trabalho, essa rede de articulação social passou a exigir a compreensão da sociedade sob o enfoque da transdisciplinaridade, a partir da qual os conhecimentos não são aplicados de modo compartimentado. Seguindo o contexto, o Edgar Morin (1992,p.155) entende que “*a baixa complexidade social opera a disjunção entre especializações, policompetência e competências gerais. A alta complexidade reclama a conjunção de tudo isso*”.

Assim, o pensamento cartesiano, de cunho linear e pautado no binômio causa e efeito, que dominou os séculos XVII e XVIII, abre espaço ao pensamento sistêmico nas sociedades complexas. Essa análise sistêmica envolve a reportada compreensão transdisciplinar e multifocal do trabalho e do trabalhador, com análise do contexto histórico, da dinâmica social, da construção cultural e da estruturação psicológica do indivíduo que cria e é modelado pela vida em sociedade. Nesse sentido, Morin (1992, p.114) leciona que “*não há conhecimento pertinente sobre objetos fechados, separados uns dos outros, mas a necessidade de contextua-*

lizar o conhecimento particular e, se possível, de introduzi-lo no conjunto ou no sistema global de que ele é um momento ou parte”.

Contextualizando, assim, a compreensão da dinâmica social capitalista e neoliberal, percebe-se que a sua base ideológica se firma na concepção de homem livre, produtivo e empreendedor, mas a sua força e retroalimentação está edificada na construção de espaços de exploração e de dominação pela concentração dos meios de produção nas mãos dos senhores do mundo que controlam a riqueza mundial (Peter Phillips, 2019). Esse paradoxo da modernidade capitalista neoliberal é contemplado, de modo transdisciplinar, pelo Direito e pela Psicanálise.

O Direito normativa as relações humanas, em busca da justiça e do bem comum, visando a paz social. O Direito do Trabalho, por sua vez, é um ramo composto por regras e princípios, sistematicamente dispostos, que ordenam a relação de emprego, no âmbito individual e coletivo. É fruto da consciência e atuação solidária dos trabalhadores, refletindo o ideal de Justiça Social. Tem como fundamento a proteção do trabalhador, frente à dinâmica expropriativa das relações sociais e econômicas, de natureza capitalista, que comanda a sociedade de mercado e de consumo.

Como instrumento de regulação das relações humanas, diante do desequilíbrio econômico e social advindo do modelo capitalista a partir da Revolução Industrial, o Direito do Trabalho, então, assume cunho intervencionista, com a função de preservar a dignidade da pessoa humana, de proteger o empregado contra abusos do poder econômico, de intervir nos interesses entre capital e trabalho e influir nos graves problemas de desestabilização macroeconômica (inflação, contas externas, finanças públicas, renda, investimento e emprego).

O Direito do Trabalho, portanto, irradia-se junto a todos os espaços de manifestação da vida do trabalhador. Isto porque se propõe a combater os abusos contra os trabalhadores provocados pelo modelo de produção capitalista com base ideológica neoliberalista. As políticas

neoliberais, sobretudo as implementadas nas últimas décadas, usurparam a identidade do trabalhador, promovendo o que Max Weber se refere como o desencantamento do mundo e a racionalização da postura cotidiana de vida (Pierucci, 2003).

Nesse contexto em que o trabalho perde seu caráter emancipatório pela impossibilidade de autorrealização do trabalhador, o Direito do Trabalho assume a pretensão de reforçar a condição humana do trabalho, como foi defendido por Arent (1993).

Essa relação de inquietude contemporânea com a identidade é também confrontada pela Psicanálise. Assim, o campo de investigação psicanalítico analisa o impacto do processo de aprendizagem e de integração social na construção da subjetividade do indivíduo. Considera a formação filogenética do sujeito, a internalização das normas sociais, assim como o processo de representação e de simbolização que lhe é imanente.

A nível político, a abordagem freudiana traz conceitos disruptivos - o Inconsciente como instância psíquica e a Teoria da Pulsão, que libertam o sujeito de uma condição biológica ou divina determinista e limitante, afastando a uniformidade e a imutabilidade da natureza e do comportamento humanos. (FREUD,1996)

Na medida em que questiona o lugar do desejo e da subjetividade em toda dimensão de manifestação do indivíduo, em sua constituição interior e em suas vivências de mundo, a Psicanálise abre seu olhar ao fenômeno do trabalho humano enquanto expressão da força criativa e transformadora do ser em suas relações com o meio e com o outro.

Na ordem social contemporânea, como dito, a sensibilidade do ser humano está sob o controle do sistema capitalista de exploração produtiva, gerando nos indivíduos necessidades não orgânicas, mas atreladas ao consumo e a comodidades, deturpando todas as dimensões do trabalho e do lazer sob a tensão da produção e do capital.

É sob essa visão de potência revolucionária do trabalho humano trazida por Freud (1996), como meio de criação, livre e consciente, da realidade, conforme defende Karl Marx (1958), que a Psicanálise acolhe o indivíduo que sofre com a pressão e a repressão social imposta pelo modelo produtivo de civilização hegemônica.

Portanto, sob o viés sistêmico, as intervenções do Direito, em especial o Direito do Trabalho, e da Psicanálise importam em uma abordagem de cariz acadêmica e ativista, preocupada com o sofrimento humano e arraigada ao fortalecimento da reafirmação da influência do sujeito na composição dos conflitos e das tensões sociais.

Para adentrar especificamente na temática do Teletrabalho, dentro do atual cenário de agravamento do mal-estar coletivo e individual, que resulta do reforço de medidas de ajustamento social em favor do mercado, é imprescindível trazer as novas formas e espaços de comunicação advindos com a Globalização e na Era Digital e da Era da Informação, enfocando a diferença entre cibercultura e ciberespaço.

Cibercultura/ciberespaço

O filósofo Pierre Lévy é um dos principais pensadores sobre a repercussão das tecnologias digitais e do mundo virtual na sociedade. Segundo Lévy, “*o virtual não se opõe ao real*”, sendo, na verdade, uma nova forma de existir das coisas, fora do mundo físico e do tempo presente. O virtual cria novos espaços de comunicação – o ciberespaço, em que se desenvolve uma nova cultura – a cibercultura.

Assim, o virtual criou um espaço transnacional, que permite o ser humano explorar todos os lugares físicos e também compartilhar ideias com pessoas em todo o planeta.

*A aventura dos computadores e do ciberespaço
acompanha a banalização das viagens e do*

turismo, o desenvolvimento do transporte aéreo, a extensão das rodovias e das linhas de trem de grande velocidade. O telefone celular, o computador portátil, a conexão sem fio com a internet, em breve generalizados, mostram que o crescimento da mobilidade física é indissociável do aperfeiçoamento das comunicações. (LÉVY, 1991, p.207)

Compartilhar ideias no ciberespaço é o mesmo que espalhar o que se pensa para o mundo ouvir. Lévy associa este fato ao que chama de *Hipercótex Global*, que é responsável por guardar toda produção e memória humana. Para o autor, os vários cérebros interligados formam um *cérebro universal*:

A cada minuto que passa, novas pessoas assinam a Internet, novos computadores se interconectam, novas informações são injetadas na rede. Quanto mais o ciberespaço se estende, mais universal se torna, menos totalizável o mundo informacional se torna. O universal da cibercultura está tão desprovido de centro como de linha diretriz. Está vazio, sem conteúdo. Ou melhor, aceita todos, pois contenta-se com pôr em contato um ponto qualquer com qualquer outro, qualquer que seja a carga semântica das entidades postas em relação. Eu não quero dizer com isso que a universalidade do ciberespaço seja neutra ou sem consequências, pois o fato-mor do processo de interconexão geral já tem e terá ainda mais, no futuro, imensas repercussões na vida econômica, política e cultural. Esse evento está efetivamente transformando as condições da vida em sociedade. Trata-se, no entanto, de um universo indeterminado e que tende até a manter sua indeterminação, pois cada novo nó da rede de redes em constante extensão pode tornar-se produtor ou emissor de informações novas,

imprevisíveis, e reorganizar por conta própria parte da conectividade global. (Lévy,1991,p.200)

Segundo Lévy (1991), o ciberespaço, também chamado por ele de *noosfera e hiperdocumento planetário*, promove uma nova dimensão social, que geram novas formas de organização e de interação interpessoal, presentes apenas no modo virtual. A cibercultura, portanto, é definida como o modo de se organizar e agir no ciberespaço. É uma nova dinâmica de vida em sociedade que tem consequências nas decisões sobre a vida no mundo físico. Assim, a cibercultura tende a desenvolver uma nova consciência política, que Lévy chama de ciberdemocracia, quanto às questões relacionais que surgirem no mundo virtual:

O ciberespaço é uma espécie de objetivação ou de simulação da consciência humana global que afeta realmente essa consciência exatamente como fizeram o fogo, a linguagem, a técnica, a religião, a arte e a escrita, cada etapa integrando as precedentes e levando-as mais longe ao longo de uma progressão de dimensão exponencial. (Lévy,1991,p.223)

Nesta nova dimensão cibernética, a conectividade irrestrita – no tempo e no espaço, desponta como fator fundamental do processo de socialização. Ademais, o sentimento de pertencimento do ser humano é deslocado para um espaço semântico, que corresponde ao território virtual. E todas essas novas perspectivas provocam a ressignificação das funções do Estado e da Lei.

É nesse contexto de mudanças paradigmáticas quanto à concepção e proteção do trabalho desempenhado no modo virtual, que será realizada a abordagem sobre o Teletrabalho.

Conceito e Peculiaridades do Teletrabalho

A lei igualou os conceitos de Teletrabalho e trabalho remoto.

Considera-se Teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo (BRASIL,online).

Assim, o comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas, que exijam a presença do empregado no estabelecimento, não descaracteriza o regime de Teletrabalho ou trabalho remoto.

Ademais, a lei trouxe importante distinção, ao estabelecer que o Teletrabalho não se constitui como trabalho externo, que, necessariamente, ocorre fora das dependências da empresa, bem como não se equipara à ocupação de operador de telemarketing ou de teleatendimento.

A lei também disciplinou que fica permitida a adoção do regime de Teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes.

No que tange à jornada de trabalho, na modalidade do Teletrabalho, a Reforma Trabalhista excluiu o Teletrabalhador que presta serviços por produção ou tarefa das disposições de duração do trabalho (artigo 62,III,CLT). Esse regramento implica que o empregado não terá direito às horas extras e adicional noturno.

Entretanto, a CLT já disciplina, no artigo 6º, que não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. E seu parágrafo único discorre que os meios telemáticos e informatizados de

comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Logo, a jornada do Teletrabalhador que presta serviços por produção ou tarefa pode ser controlada, sendo este encargo de responsabilidade do empregador. Os meios telemáticos e informatizados de comando também poderão ser utilizados como parâmetros de controle do tempo dispendido pelo trabalhador. Sendo assim, por medida de prevenção, segurança e higidez, o trabalho desempenhado para ser realizado nessa modalidade de Teletrabalho precisa ser compatível com as peculiaridades de desempenho do trabalhador e de seus recursos de infraestrutura. Deve ser ponderado se o tempo de jornada padrão é razoável diante das metas diárias, semanais ou mensais que lhe foram atribuídas, de modo a não suscitar a exploração da força produtiva do trabalhador.

A lei formal não pode subverter a tutela em favor do empregador, com presunções que ofendem os direitos dos trabalhadores, porque assim se contrapõe à função finalística do Direito do Trabalho.

No mesmo sentido:

HORAS EXTRAS. TELETRABALHO. Como corolário do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, constata-se a evolução nos modos de prestação do trabalho e, num misto de vantagens e desvantagens sob a ótica jus trabalhista, surgiu o teletrabalho. Assim, havendo a menor possibilidade de aferição da jornada trabalhada por esse empregado, ainda que de forma mista (em ambiente institucional e home office), as horas prestadas em sobrejornada devem ser devidamente remuneradas, na forma do art. 7º, XVI, da Constituição da República. (TRT-3 - RO: 00101320520165030178 0010132-05.2016.5.03.0178, Segunda Turma).

Ademais, a lei estabeleceu que o tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o Teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A Medida Provisória nº 1.1108/2022 estabelece que o acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais.

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.

Outrossim, a Reforma Trabalhista dispõe que poderá ser realizada a alteração entre regime PRESENCIAL e de TELETRABALHO desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. A Reforma Trabalhista também traz que 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 (BRASIL,online).

Nesse tema, os tribunais assim se posicionaram:

TELETRABALHO. RETORNO AO REGIME PRESENCIAL. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. A determinação de retorno ao regime de trabalho presencial encontra-se inserida no poder diretivo do empregador, sem qualquer necessidade de consentimento do empregado, nos termos do artigo 75-C, parágrafo 2º, da CLT, incluído pela Reforma Trabalhista. E, nem se alegue violação ao artigo 468, da CLT, eis que o artigo 75-C, da CLT trata-se de norma específica ao teletrabalho. (TRT-2

10001000720195020384 SP, Relator: IVETE BERNARDES VIEIRA DE SOUZA, 17ª Turma - Cadeira 4, Data de Publicação: 06/03/2020)

RECURSO ORDINÁRIO - REGIME DE TELETRABALHO. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO. A interpretação do § 1º do art. 75-C da CLT, que trata da necessidade de mútuo acordo entre as partes para a adoção do regime de teletrabalho, deve ocorrer de forma associada aos demais preceitos contidos no ordenamento jurídico pátrio, notadamente aquele consagrado no art. 187 do Código Civil, que coíbe o chamado abuso de direito. No caso dos autos, não há óbice para que a reclamante exerça as funções de seu cargo à distância. Além disso, a manutenção do trabalho presencial impõe dificuldades excessivas para o convívio familiar da autora. Segundo o art. 226 da Constituição Federal, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Assim, afigura-se plenamente possível e razoável o deferimento, pela sentença, da adoção do regime de teletrabalho. Recurso conhecido e improvido. (TRT-7 - RO: 00008211520185070014, Relator: CLAUDIO SOARES PIRES, Data de Julgamento: 04/09/2020, 2ª Turma, Data de Publicação: 04/09/2020)

Frise-se que deve constar expressamente no contrato as atividades a serem desenvolvidas pelo empregado. Os §1º e §2º do artigo 75-C da CLT estabelecem a necessidade de aditivo contratual, o que denota a exigência de contrato escrito. Merece destaque a peculiaridade de que do regime presencial para Teletrabalho exige-se mútuo acordo e do Teletrabalho para presencial exige-se prazo mínimo de quinze dias.

Sobre a responsabilidade acerca da manutenção do maquinário e do local de trabalho, em uma primeira leitura do artigo 75-D da CLT, entende-se que por diversas vezes o Teletrabalhador terá que arcar com os custos da manutenção do seu local de trabalho em qualquer situação e que o artigo transfere para o obreiro a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho.

Entretanto, o artigo de lei disciplinou também que o reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito. Assim, como as utilidades mencionadas no *caput* do artigo 75-D da CLT não integram a remuneração do empregado, o reembolso deverá ocorrer segundo o previsto no contrato (como estipulação de prazo, forma de reembolso etc) (BRASIL,online).

Portanto, apesar de ser possível que o empregado precise arcar com os custos, o contrato estipulará a forma de reembolso. Significa que o obreiro será ressarcido dos custos, não arcando com os riscos do negócio.

Vale salientar que há pelo menos uma hipótese na qual o empregado, ao fim e ao cabo, custeará parte dos equipamentos e infraestrutura, qual seja, quando aquelas despesas já forem despesas ordinárias do cotidiano do empregado. A existência de qualquer gasto extraordinário com equipamentos tecnológicos, infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto e com despesas arcadas pelo empregado que ultrapasse o limite da despesa ordinária, deverá ser reembolsada. Mas, uma vez inexistentes prejuízos com gastos extraordinários, não há falar em indenização, tampouco em transferência dos riscos do empreendimento ao empregado. Pensar de modo diferente é o mesmo que ferir o princípio da alteridade (artigo 2º, CLT) (BRASIL,online).

Nos casos em que o trabalhador em Teletrabalho ou trabalho remoto optar por trabalhar em local diferente de onde o contrato tiver sido celebrado, o empregador não será responsável pelas despesas resultantes

do retorno ao trabalho presencial, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes. Ou seja, se um trabalhador for admitido no Brasil e quiser, ele poderá trabalhar no exterior com a aplicação da lei brasileira, salvo estipulação em contrário pelo empregado e empregador, sendo que se a empresa demandar o retorno à atividade presencial, caberá a ela o custeio das despesas necessárias a este retorno (BRASIL,online).

No que se refere à negociação coletiva, os empregados em regime de Teletrabalho aplicam-se as disposições previstas na legislação local e nas convenções e acordos coletivos de trabalho relativas à base territorial do estabelecimento de lotação do empregado.

Assim, pouco importa o local onde a empresa tenha sua sede (matriz), pois, para efeitos da Medida Provisória nº 1.1108/2022, a lotação do empregado se dará juntamente no estabelecimento empresarial ao qual estiver vinculado contratualmente (BRASIL,online).

Outra peculiaridade importante a ser mencionada é a questão dos acidentes e doenças do trabalho na modalidade do Teletrabalho. O artigo 75-E, *caput* e parágrafo único, da CLT considera que o acidente de trabalho é aquele que ocorre pelo exercício do trabalho, não importa o local onde ele é realizado/ executado, bem como disciplina que 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. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Na realidade o artigo 75-E reforça o artigo 157, da CLT, segundo o qual cabe às empresas instruir os empregados para evitar os acidentes de trabalho, e o artigo 158, CLT, que preleciona que empregado deve assinar termo de responsabilidade para seguir instruções fornecidas pelo empregador (BRASIL,online). Vale destacar, ainda, que a recusa injustificada do empregado no cumprimento das instruções e normas sobre saúde e segurança de trabalho é hipótese de dispensa por justa causa, nos

termos da Consolidação das Leis Trabalhistas. Caso evidenciada a conduta culposa ou dolosa da empresa, ela não se exime da responsabilidade. A ausência do termo demonstra que a empresa não se preocupava com as medidas de segurança e higiene do trabalho.

Insta frisar que a questão da fiscalização sobre o cumprimento das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, na modalidade do Teletrabalho e afins, é complexa, tendo em vista a inviolabilidade do domicílio, uma vez que normalmente a casa termina sendo a extensão do trabalho. Desta feita, é aconselhável que se utilize o artigo 44 da Lei Complementar nº 150 de forma analógica. Assim, a negativa injustificada da fiscalização no domicílio pode ser capaz de isentar o empregador das tais responsabilidades.

Também é importante que o empregador se preocupe e crie programas para cuidar da saúde mental dos Teletrabalhadores, por meio de cursos, palestras, cartilhas.

Frise-se empregador é obrigado a indenizar os danos pessoais causados ao Teletrabalhador, em todos os casos, quando derivarem da conduta dolosa ou culposa de seus empregados ou prepostos, nos termos dos artigos 927, *caput*, 932, III, e 933 do Código Civil brasileiro (BRASIL,online).

No mesmo sentido da CLT, a Convenção nº 177 e a Recomendação nº 184 da OIT tentam promover a igualdade de tratamento entre Teletrabalhadores e outros trabalhadores assalariados, com o objetivo não declarado de possibilitar a transformação do trabalho em domicílio, com o fim de tutelar o trabalho digno.

Segundo dados apontados pelo relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT), intitulado *El trabajo en domicilio de la invisibilidad al trabajo decente*, existe a necessidade de proteção da saúde física e mental dos trabalhadores que laboram na modalidade do Teletrabalho.

Por fim, nos termos da Medida provisória nº 1.108/2022 (BRASIL,online), os empregadores deverão conferir prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados e empregadas com filhos ou criança sob guarda judicial até quatro anos de idade, na alocação em vagas para atividades efetuadas por meio do Teletrabalho ou trabalho remoto.

Após estas pontuações sob a ótica da legislação, é válido demonstrar que de acordo com os dados do IPEA (online), em setembro de 2020, cerca de oito milhões de pessoas seguiam trabalhando em regime de Teletrabalho, o que representa 10,7% dos 82,9 milhões de pessoas ocupadas e não afastadas. Profissionais trabalhando nesta modalidade foram remunerados em R\$ 35,5 bilhões no mês, ou seja, 20% dos R\$ 176,7 bilhões que correspondem à massa total de rendimentos efetivamente recebidos por todas as pessoas ocupadas no país, demonstrando o labor expressivo nessa modalidade.

Assim, ainda que no início do isolamento social a impressão fosse de que o trabalho em domicílio estaria favorecendo o empregado, é patente o fato de que o empregador tem seus benefícios ampliados com essa significativa migração do trabalho presencial para o trabalho remoto. Implica o Teletrabalho em uma forma de organização que também se insere na ótica capitalista e neoliberal de redução de custos e aumento dos lucros. Ademais, também trouxe consequências prejudiciais ao estilo de vida e à saúde dos trabalhadores, carecendo, portanto, de diversos ajustes para se consolidar como modalidade de prestação de serviços que cumpre os fins de proteção do Direito do Trabalho.

O destaque que esta modalidade de trabalho assumiu na atualidade acarretou modificações na legislação vigente. Neste sentido, é fundamental que, em paralelo, sejam adotadas também políticas públicas e utilização de competências transversais. Nos termos relatório elaborado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e intitulado “*How Covid-19 is Changing the World: A Statistical Perspective*” (online), emitido

pelo Comitê Coordenador de Atividades Estatísticas (CCSA), para enfrentar tal crise os governos de vários países devem adotar políticas públicas para proteger empresas, empregados e demais populações vulneráveis.

Apresenta-se evidente que, em razão dos avanços tecnológicos, o percentual de pessoas trabalhando na modalidade do Teletrabalho, home office ou trabalho remoto tende a prosperar ainda mais, conforme demonstrado no relatório da OIT por último mencionado.

Em geral, portanto, é visível que há um ritmo de mudança acelerado quanto à concepção do modo de viver em sociedade, exacerbado pelas inovações quanto às formas de relacionamento interpessoal surgidas com o mundo virtual. E todas essas novas perspectivas afetaram a noção de subjetividade do indivíduo. Diante desse contexto já detalhado nos tópicos anteriores e das disposições legais ora analisadas, o próximo tópico discorrerá, com base em uma visão psicanalítica, quanto às repercussões na saúde mental do trabalhador acarretadas pela normatização vigente dada ao Teletrabalho.

Conexão entre o teletrabalho e a psicanálise

Para a Psicanálise, a subjetividade se encontra fragmentada em razão do modelo proposto de interação intrapessoal e interpessoal construído a nível civilizatório. Modelo este que enrijece o indivíduo, que não consegue se satisfazer, porque não alcança identificar o que faz parte de sua estruturação psíquica como desejo, o que compõe a sua bagagem de desenvolvimento filogenético e ontogenético como necessidade, bem como o que lhe foi acrescido por imposição familiar e sociocultural como interesse.

A sociedade busca controlar e racionalizar essa interação intra e interpessoal, criando padrões generalizados de comportamento e de relacionamento, estipulando uma medida única de como se deve ser,

viver e conviver. Desconsidera, entretanto, o que há de peculiar na natureza humana, que faz a espécie expoente na escala animal – o seu poder criativo individual e coletivo, que, se por um lado o leva a tornar a vida social mais complexa, normatizada e uniforme pela construção do ideal civilizatório, também o inspira a percepções e inovações subjetivas e singulares incomensuráveis que não se coadunam com padronizações condicionantes.

Freud (1996) propõe, assim, uma compreensão integral do ser humano, como resultado de uma evolução fisiológica ancestral; de um desenvolvimento a nível de aprendizagem, a partir de vivências e transformações embrionárias e pós-embrionárias do indivíduo; e do contexto cultural e civilizatório em que o indivíduo está inserido. Mas, sobretudo, para além de determinações universais - organicistas e culturais, Freud enaltece a construção de uma subjetividade própria do ser humano, que se constitui de forma singular e contingencial e inconsciente em cada um de nós.

Portanto, a estrutura social a que chegou à humanidade, pautada em normas sociais de uniformização pragmáticas, entra em confronto, com as peculiaridades que se revestem os relacionamentos entre os membros da coletividade, em razão da natureza singular das idiossincrasias construídas subjetivamente em cada indivíduo que constitui a sociedade e constitui-se nessa interação social.

Assim é que, no mundo dito civilizado, o ser humano impõe a dominação do próprio instinto e o controle racional do comportamento individual por meio da uniformização normativa do proceder em sociedade, bem como fomenta interesses dissimulados como necessidades, como forma de controle, tendo por instrumento a exortação do prazer e a proscricção do não-prazer (sofrer).

Essa manipulação homogeneizada do corpo social se apresenta possível, porque o ser humano, de um estágio animal de práticas instin-

tuais, evoluiu para vivências sociais que transmutaram o alcance de suas experiências de satisfação de necessidades para além do fisiológico. O ser humano em interação com o outro ser humano movimenta, a partir da visão trazida por Freud, com apoio no instinto, a pulsão, que se manifesta como desejo a nível de estrutura inconsciente.

Para Freud (1996), a pulsão e o instinto têm por objetivo a satisfação. Entretanto, a teoria da pulsão rompe paradigma trazendo a compreensão contingencial do objeto pulsional, ou seja, como resultado das construções e vivências muito singulares e específicas, de cada indivíduo e em cada relação experienciada. É possível, portanto, extrair uma consequência política do conceito de pulsão, na medida em que, para Freud, não há um comportamento específico, pré-determinado a nível instintual, a governar universalmente os seres humanos em interação social. O que se apresenta como sendo o natural, portanto, serve, em verdade, a um comando de controle social ideológico.

Doutrinadores psicanalíticos trouxeram em suas leituras acerca da obra freudiana essa importância das consequências políticas da teoria pulsional. Enfatizam que a Psicanálise desarticula a crença intitulada *Metafísica Ontoteológica da Soberania*, por meio da qual a natureza humana tem um selo natural ou divino, que a coloca fora do contingente histórico, implicando em teorias de soberania, como a heteronormatividade, a divisão de castas e a natureza produtiva do trabalho.

A partir do conceito de pulsão, a subjetividade é definida como uma rede contingencial de desejos, sempre passível de novas associações e ampliação dessas redescrições, não havendo uma prevalência da noção de instinto a delimitar uma essência comportamental e interacional entre os membros sociais.

A Psicanálise, portanto, institui uma relação de poder, caracterizando-se como dispositivo epistemológico com consequências políticas, ao reescrever, para além do instinto, o ser humano em sua subjetividade.

Na contemporaneidade, há uma relação de inquietude com a relação à identidade e à subjetividade do sujeito. Para Foucault (2004), a subjetividade é o resultado das relações de forças, que instituem modos discursivos (verdades), dos quais se constituem subjetividades e sujeitos. O sujeito resulta dessa movimentação contínua e não linear, desse choque de forças sociais, que estabelecem verdades e que tornam os sujeitos subjetivados. Mas Foucault(2008) também compreende que o sujeito pode fincar resistências às forças que o subjetivam, produzindo novos discursos, produzindo novos saberes, novas verdades.

Nesse contexto, a subjetividade, nos cenários moderno e contemporâneo, resulta de um movimento de colonização e de industrialização, detentora de uma conotação disciplinar que transformou os sujeitos em corpos dóceis e úteis para o mercado. O Poder Disciplinador permanece expressivo, mas hoje há um Poder Biopolítico que busca não apenas o controle dos corpos individuais, mas o controle de toda dinâmica social, com implementação de estratégias políticas de controle da população – seu corpo, sua saúde, suas ideias, sua subjetividade, sua vida, no trato de questões envolvendo a higiene, a alimentação, a sexualidade, a natalidade, a longevidade, o trabalho.

O sujeito, portanto, atua em duas dimensões: na identidade, em que o sujeito é produto, e na subjetividade, em que o sujeito é processo. A pessoa se identifica no exercício de seus papéis sociais como parentalidade, o estado civil, a profissão, as associações desportivas e de lazer. Assim, o sujeito cria uma narrativa de si mesmo e se apresenta como um produto organizado dentro da estrutura e de uma expectativa social.

O que pode causar resistência à submissão do sujeito é a subjetividade, que se constitui como um processo, em determinado momento e em determinado lugar.

Não é só a história que exerce influência no processo de subjetivação, mas também a geografia, ou seja, o espaço onde o sujeito se ex-

pressa e se relaciona. E a produção da subjetividade encontra uma série de dispositivos, no dizer de Foucault (2004), ou uma série de agenciamentos, no dizer de Deleuze, que incluem a família, a escola, a sua inserção no trabalho, as novas tecnologias. Em momento atual, também assume influência na produção da subjetividade o impacto do isolamento social e angústia de morte presente no período de pandemia.

Cabe agora questionar qual o papel da Psicanálise em relação às formas de expressão do sujeito na sociedade, em especial em seu fazer (o trabalho), considerando os condicionamentos sociais aos quais se submete.

É que a Psicanálise, no final do século XIX e início do século XX, cria um dispositivo que permite ao sujeito desconstruir a narrativa que o limitava e o reduzia, para criar uma nova narrativa, um novo saber de si, que o liberta do *status quo*. A Psicanálise intervém politicamente na cultura, atingindo a base subjetiva do regime capitalista.

De algumas décadas para cá, nos anos 70, período que coincide com a implementação de políticas neoliberais no mundo, a proposta de subjetivação das forças atuantes promove a discurso de que o sujeito deve se compreender como uma empresa, como uma unidade de produção, supervalorizando as expectativas de desempenho, *performance* e produtividade.

Mais recentemente, em meados da década de 90, iniciou-se uma tendência de flexibilização das relações centrais de relação de emprego, recriando condições ainda mais precárias de trabalho, como resultado das necessidades desse novo modelo de capitalismo, com base no capital financeiro internacional.

Com a situação da pandemia da Covid-19, que provocou a adoção de medidas de distanciamento social, a esfera domiciliar do sujeito foi invadida, impactando a saúde mental do trabalhador. O período de

instabilidade social e financeira agravou ainda mais a carga mental a ser suportada, em razão da vulnerabilidade quanto à manutenção do vínculo de emprego, já abalada com as medidas de flexibilização.

Findo o período de isolamento, o Teletrabalho vem assumindo protagonismo, inclusive a nível legislativo, mas é questionável até que ponto a saúde mental do trabalhador está resguardada da força opressiva do modelo capitalista, considerando essa nova forma de espoliação adotada, que consiste no que Marcuse chama de Princípio do Desempenho.

O regime de Teletrabalho trouxe sobrecarga do volume de atividades e confusão quanto aos papéis sociais do sujeito, com o compartilhamento do espaço corporativo com o espaço familiar. A comodidade do Teletrabalho, proporcionada pelo uso das tecnologias de comunicação e informação, em princípio enaltecidas, deram lugar a um acúmulo de responsabilidade mental, sobretudo para as mulheres que, no sistema de patriarcado, estão submetidas às cumprimentos das tarefas domésticas de modo majoritário.

Essa sobrecarga de atividades, sem a separação adequada de tempo e de espaço bem definidos, aliada à angústia e à ansiedade decorrentes do quadro de pandemia vigente, concorreu para o esgotamento mental do trabalhador, pelo excesso de responsabilidade a que foi obrigado a assumir.

Ademais, o Teletrabalho concorre para isolamento natural, com a perda de conectividade quanto à ação coletiva, a noção de categoria, que aflige o sentido de pertencimento do teletrabalhador em razão da dissolução da vida pública.

A reunião dos cenários de trabalho e doméstico pode voltar a acarretar até a inclusão da família no processo produtivo, afetando o processo de subjetivação para além do trabalhador.

Nesse sentido, o Teletrabalhador precisa se resguardar quanto ao cumprimento de jornada excessiva, quanto ao seu direito à desconexão, quanto à preservação de sua intimidade familiar. A sua saúde mental precisa ser defendida, não só pela proteção contra doenças e acidentes de trabalho, mas também sobre as condições de bem-estar do trabalhador, sendo fundamental a intervenção legislativa e judicial como forma de oferecer segurança à sua integridade.

Diante da responsabilidade do empregador quanto à organização do trabalho e quanto às medidas de necessárias à garantia da saúde do trabalhador, além do suporte de infraestrutura, devem ser implementadas políticas corporativas de ensino quanto à gestão de tempo e logística, bem como suporte voltado à adaptabilidade ao novo cenário de atuação do trabalhador. É primazia, sobretudo, o apoio psicológico permanente, que ajude o trabalhador a superar todos os desafios cotidianos que podem redundar na disfuncionalidade da prestação de trabalho e na afetação prejudicial da subjetividade do sujeito.

Com base nos conceitos psicanalíticos, é possível pensar o Teletrabalho como fator emancipatório, desde que seja permitido ao trabalhador resgatar o tempo de lazer, a dedicação à vida familiar, o estado de autonomia e de liberdade criativa para ampliar o significado de seu trabalho. É nesse compasso que se almeja uma legislação de efetiva força a garantir a dignidade e a saúde do Teletrabalhador.

Considerações finais

A importância de se refletir, à luz do Direito e da Psicanálise, sobre o tema Teletrabalho recai na necessidade de se analisar até que ponto a legislação vem cumprindo seu intento de proteger a saúde mental do trabalhador.

Levando em consideração os objetivos traçados na introdução, compreendeu-se que a complexidade do indivíduo exige uma perspectiva de abordagem sistêmica, vislumbrando-se o sujeito de direitos e a figura da pessoa do trabalhador enquanto ser no mundo. Ademais, a legislação somente consegue cumprir com o seu papel de pacificação social, a medida em que atua efetivamente como mecanismo de tutela da dignidade humana. No caso, desde que a legislação seja dirigida à proteção do Teletrabalhador quanto aos abusos e desdobramentos resultantes da fusão do cenário corporativo com o cenário familiar.

Na sequência do texto, passou-se a tratar de uma breve contextualização, com o fim de perpassar pelo histórico do Direito do Trabalho. Destacou-se que as fases iniciais do Direito do Trabalho não são mais suficientes para salvaguardar as relações laborais. As novas modalidades de trabalho, como o Teletrabalho, precisam estar adequadas com as necessidades atuais. Analisou-se a interface entre o Direito, com destaque ao Direito do Trabalho, e a Psicanálise. Para isto, restou evidente que ambas estão centradas na singularidade, autorresponsabilidade e possibilidade de gerir a paz social.

Discorreu-se sobre os conceitos de cibercultura e ciberespaço trazidos por Lévy, com o fim de contextualizar o Teletrabalho e as inovações tecnológicas e digitais, demonstrando que fazem parte de um momento de ressignificação do processo de sociabilidade e das funções institucionais, mas que permanecem integradas à concepção de trabalho e emprego.

Diante do contexto de um ritmo acelerado de mudanças do modo de viver em sociedade, exacerbado pelas inovações trazidas pela nova forma de comunicação digital e virtual, analisou-se que a noção de subjetividade foi afetada de modo significativo. E a repercussão no modo de constituição subjetiva do indivíduo foi ainda mais expressiva com o isolamento social exigido pela pandemia, que tornou inevitável e imprescindível a modalidade de Teletrabalho.

A junção das esferas pública e privada promovida pelo Teletrabalho veio desprovida de uma adaptabilidade adequada e aconteceu na ausência de uma compreensão sobre gestão operacional e organizacional. Como resultado, houve um impacto desgastante na saúde mental do Teletrabalhador, reforçado pelas políticas capitalistas de subjetivação baseadas na produtividade. A perda de identidade e o abalo na subjetividade provocaram o adoecimento do sujeito e da família.

Foi visto que a Psicanálise não serve ao poder político hegemônico, ao contrário, estabelece uma ética do desejo que se contrapõe à moral tradicional que serve a um poder. As sociedades contemporâneas estão alicerçadas no modelo capitalista de produção e na ideologia neoliberal, que difundem o que Lacan chama de discurso do mestre – *continue trabalhando e não cuide do seu desejo*. A importância da Psicanálise vem dessa intervenção contra esse discurso político determinista e reducionista da subjetividade do sujeito, que é orientado à produção de bens para sustentar o poder capitalista.

Portanto, a Psicanálise enaltece a força emancipatória do trabalho, demonstrando a falácia dos mecanismos de unificação de corpos e de comportamentos em torno de um ideal fantasioso de felicidade coletiva.

Nesse sentido, os conceitos psicanalíticos legitimam a resistência do trabalhador, que precisa de uma legislação que permita a proteção também de suas peculiaridades. Em especial, uma legislação voltada ao Teletrabalhador quanto à tutela de sua integridade mental, diante da invasão que sofre em sua vivência familiar, do abalo que afeta o seu sentimento de pertencimento coletivo, dos desgastes que passou a suportar para manter uma gestão saudável entre os cenários públicos e privado. Há também uma angústia existencial permanente, que o torna ainda mais vulnerável, quanto à importância de seu trabalho e de sua pessoa para o desempenho da organização.

Diante de todo o exposto, convida-se para uma reflexão quanto a todas essas forças e discursos que vêm afetando a noção de subjetividade do indivíduo no decorrer processo civilizatório, sendo fundamental enfatizar o agravamento das repercussões deletérias à saúde mental do sujeito do nosso tempo, diante desse processo espoliativo a que vem sendo subjugado. E se apresenta crucial trazer à memória que ali – do outro lado da tela - existe um ser que sente, que pensa, que é livre, e que necessita da efetiva tutela da legislação para exercer as suas potências criativas e a sua condição humana.

Referências bibliográficas

AURÉLIO, dicionário (online). Disponível em: < <http://www.dicio.com.br/terceirizacao/> >. Acesso em 22.jun.2022.

ARENT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BRASIL,online,Consolidação das Leis Trabalhistas.Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > Acesso em:15 jun.2022.

BRASIL, online, Lei Complementar 150/2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm > Acesso em: 15.jun.2022.

BRASIL, online, Medida Provisória 1108/2022.Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm > Acesso em 25.jun.2022.

BRASIL,online, Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm > Acesso em 13.jun.2022.

Convenção 177,OIT.Disponível em < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242947/lang-pt/index.htm > Aceso em: 25.jun.2022.

DELEUZE, G.; GUATTARI, F. Mil platôs - Capitalismo e Esquizofrenia. V.1. Rio de Janeiro: Ed.34, 1995.

FALK, Richard. Globalização Predatória: uma crítica. Trad. de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2004.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREUD, S. (1996). O mal-Estar na civilização (Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Vol. 21). Rio de Janeiro: Imago.

IPEA, online. Disponível em: < https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=37086&catid=3&Itemid=3 > Acesso em 22.jun.2022.

Levy, Pierre. O que é Virtual. São Paulo: 34, 1997.

MARCUSE, Herbert. Eros e civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. Trad. Álvaro Cabral. 6 Ed. Zahar Editores. Rio de Janeiro, 1975.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. Die deutsche ideologie MEW. Edição alemã. Berlin: Dietz, v.3,1958.

MORIN, Edgar. O problema epistemológico da complexidade. Lisboa: Europa-América, 1992.

PIERUCCI, A. F. O Desencantamento do mundo: Todos os passos do conceito em Max Weber. São Paulo: 34, 2003.

PHILLIPS, Peter. Gigantes: Os Senhores do Mundo. Desassossego, 2019.

Recomendação 184,OIT.Disponível em < https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242958/lang-pt/index.htm > Acesso em 25.jun.2022.

Relatório OIT (How Covid-19 is Changing the World: A Statistical Perspective), online. Disponível em: < https://hdr.undp.org/content/how-covid-19-changing-worldstatisticalperspective?utm_source=EN&utm_medium=GSR&utm_content=US_UNDP_PaidSearch_Brand_English&utm_campaign=CENTRAL&c_src=CENTRAL&c_src2=GSR&gclid=CjwKCAjw-8qVBhANEiwAfjXLRj1PlisSBbBNlcutJnVbIWOHboQdL3K_nYFJ1ZVNRS4qAsg0hfgbkFBoCaR0QAvD_BwE > Acesso em 20.jun.2022.

Relatório OIT (El trabajo a domicilio De la invisibilidad al trabajo decente), online. Disponível em <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_765898.pdf> Acesso em 22.jun.2022.

4

Hiperconectividade e Hipoaproveitamento: uso excessivo das tecnologias e impactos na saúde mental*

Andréa Keust Bandeira de Melo

Formada em Direito pela UFPE em 1990, especialização em Processo Civil pela UNIPÊ em 1994, Pós Graduada em Direito à Saúde e Direito Médico pela UNIVASF em 2016, Pós Graduada em Psicologia Jurídica pela Faculdade IDE em 2020. Juíza do Trabalho do TRT 6a Região, atualmente titular da 8ª Vara do Trabalho do Recife, escritora e docente.

Laura Pedrosa Caldas

Doutora e Mestre em Psicologia Clínica nas Instituições (ênfase na Clínica do Trabalho). Psicóloga de Saúde e Segurança do Trabalho (ELETROBRAS/CHESF). Perita (TRT 6a Região) e Assistente Técnica em Direito do Trabalho e Família. Docente de Graduações e Pós Graduações (diversas IES).

RESUMO

Objetivo geral: demonstrar como a hiperconexão por meio do uso de ferramentas eletrônicas e das mídias sociais causa impacto na gestão do tempo das pessoas. E específicos: demonstrar a hiperconexão e repercussões do excesso de informações no desempenho pessoal e profissional; delinear as repercussões na cognição e nos transtornos psíquicos relacionados ao excesso de informações; e justificar a necessidade da desconexão na promoção da saúde. É realizada uma revisão de literatura, embora escassa, para embasar este artigo. Os resultados apontam que as demandas de conhecimento e informações, principalmente no período

* *Termos usados no masculino referem-se à Norma Culta da Língua Portuguesa e inclui mulheres e homens.*

de isolamento social em razão da Pandemia da Covid-19, sobrecarregam o uso da tecnologia da informação e da comunicação, da Internet e das redes sociais, prejudicando as habilidades sociais, gerando transtornos psíquicos e dificultando a gestão do tempo por excesso de informações.

Palavras-chave: Hiperconexão; Transtornos Mentais e Comportamentais; Desconexão.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, é praticamente impossível vivermos sem a utilização de dispositivos eletrônicos e recursos virtuais. Até os relógios despertadores ficaram ultrapassados, pois os *smarthphones* são programados para provocar o despertar e até mesmo a promover a “soneca”. Com eles somos capazes de verificar os sinais vitais, desempenho das atividades físicas e como foi o desempenho do sono.

Muitos são os momentos em que adormecemos lendo mensagens ou *zapeando* notícias. Os livros físicos, revistas e jornais que nos provocavam os sentidos com seus aromas peculiares, agradavam ao tato ao manuseá-los e ajudavam nossa compreensão e nosso senso crítico, com realces, ao sublinhar e comentar parágrafos e textos. Esses foram substituídos pelos *Ebooks* ou por artigos eletrônicos. Com essas mudanças, são limitadas nossas visitas prazerosas às livrarias.

Situações corriqueiras como ir às compras, conversar com os vendedores ou mesmo provar uma roupa ou degustar alimento, estão sendo substituídos por compras virtuais, onde muitos dos *sites* oferecem preços mais atrativos. Com isso, muitos postos de trabalho estão sendo diminuídos e até extintos e muitas lojas físicas estão cerrando as portas.

O ensinar e o aprender passaram e passarão por significativas mudanças. A sala de aula são nossas casas, favorecendo a desatenção do

conteúdo ministrado em razão das câmeras desligadas. Podemos notar uma grande mudança comportamental. Jovens andam de moletom cobrindo as cabeças mesmo em locais de temperaturas altas. Outros mudam sua aparência física, para ficarem semelhantes a personagens de estórias em quadrinhos. Embora as “tribos” façam parte da busca de identidade na adolescência, estudos apontam o aumento de transtornos de ansiedade e de depressão no contexto escolar, além das violências que chegam a culminar em suicídio e até homicídios em escolas.

Para nós, que nascemos antes da Era digital, muitas transformações foram sentidas. Uma das mais significativas repousa sobre nossas habilidades sociais. Refere à necessidade de sinergia, de olharmos nos olhos das pessoas para nos sentir conectadas. Nós, que assistimos filmes que pareciam trazer realidade “futurista” como *Blade Runner – O Caçador de Androides* ou *Gattaca – A Experiência Genética*; que nos divertíamos com as aventuras dos *Jetsons*, jamais poderíamos imaginar que nossa visão de mundo e nossa forma de estabelecer relações, inclusive afetiva, estariam, literalmente, nas palmas das mãos, segurando equipamentos eletrônicos.

No mundo do trabalho, estamos perdendo o referencial do “espaço de trabalho” e muitas vezes, o trabalho está sendo realizado dentro de casa ou em espaços públicos como *cyber cafés* ou escritórios comunitários, onde é disponibilizado acesso a rede *Wi-Fi*.

Como demonstramos nessa reflexão introdutória, nem tudo nesse novo mundo é maravilhoso. Estamos tendo acesso a um volume excessivo de informações diuturnamente e precisamos pensar que o nosso cérebro não atua na velocidade 5G e não trabalha na linha exponencial de armazenamento de informações. Por isso, é cada dia mais frequente a sensação de que estamos hiperconectados e, ao mesmo tempo, com hipoaproveitamento, ou seja, um comprometimento do nível atencional de aproveitamento dessas informações, do armazenamento em nossa memória, de nosso raciocínio e do aprendizado efetivo.

A ERA DIGITAL E A HIPERCONEXÃO

A *Era da Informação* ou *Era digital* são termos frequentemente utilizados para designar os avanços tecnológicos advindos da Terceira Revolução Industrial e que reverberam na difusão de um *ciberespaço*, um meio de comunicação instrumentalizado pela informática e pela internet. Essas expressões também são formas de observar os avanços das técnicas de transformação da sociedade em comparação a outras anteriores¹.

O avanço tecnológico é tão significativo que até a década de 1970 anos, os únicos meios de comunicação eram o telégrafo e o telefone. Antes, os centros acadêmicos de pesquisas científicas e governamentais no primeiro mundo, ainda na década de 1960, iniciavam o uso de computadores (grandes máquinas) para armazenar dados e realizar cálculos de maior complexidade.

A denominada “guerra fria”, entre os Estados Unidos e a União Soviética, em 1957, desencadeia um avanço tecnológico entre as duas nações. Os americanos, justificando proteger suas informações em caso de um ataque nuclear soviético, aumentam seus investimentos em tecnologia, alavancando o uso democrático de tecnologias e da internet.

Sem nos deter na história do mundo digital, destacamos que no ano de 1972, Ray Tomlinson criou o software básico do e-mail², o aplicativo mais importante da década, mudando a comunicação e colaboração entre as pessoas.

A internet vem mudando radicalmente desde a sua origem. Já não se trata mais de um espaço onde e-mails são trocados e informações

1 Disponível em <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/era-informacao.htm#:~:text=A%20Era%20da%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20ou,pela%20inform%C3%A1tica%20e%20pela%20internet>. Acesso em 31.05.2022.

2 Disponível em <https://www.tecmundo.com.br/web/2763-a-historia-do-email.htm>. Acesso em 30.06.2022.

são armazenadas. Atualmente, tem um valor agregado a objetos e lugares, a exemplo do surgimento da Internet das Coisas³. E outros avanços sobrevieram como a criação do *Google*, das redes sociais, com a mudança das versões da internet e na velocidade de transmissão de dados.

Lembremos que a invenção da internet desencadeou a denominada Quarta Revolução Industrial, levando o mundo a se estabelecer na Era da Informação. Ademais, a Internet 2.0 já está sendo tratada como uma nova etapa que permite aos usuários deixarem de serem apenas espectadores e passem a interagir entre si como criadores de conteúdo, gerando uma tendência baseada em desenhar sites centrados no usuário e que facilitem o compartilhamento e a troca de informações.

Esses importantes fatos históricos delineiam a pós-modernidade da era digital, com a ampliação da capacidade de armazenamento e memorização de dados e de informações. Por meio da tecnologia, adquirir conhecimento exige novas habilidades.

Não se pode perder de vista a vulnerabilidade que a conexão impõe a cada pessoa. Não é a toa que hoje temos que usar mais recursos de segurança para salvaguardar nossos dados e nossa intimidade ou corremos os riscos de ficarmos expostos. Por isso, surgem mecanismos e legislação ainda mais sofisticados com a finalidade de proteger dados de pessoa física e jurídica.

Quando se avalia as novas formas de relacionamento amoroso ou afetivo, construído por meio de aplicativos, verificamos quão rasas são essas interações, modificando também a possibilidade de estabelecer um vínculo afetivo maduro e duradouro. No mundo do trabalho, essa realidade também é presente, onde não são firmados vínculos de pertencimento ou de satisfação.

3 Disponível em <https://rockcontent.com/br/blog/historia-da-internet/>. Acesso em 31.05.2022

É justamente em face dos avanços da comunicação que passamos mudanças que perpassam fatores sociais, econômicos e éticos. Algumas crenças e premissas vêm sendo desconstruídas, destacando que “deter informações e conhecimentos é uma forma de poder”. Pelo contrário, maior poder detém quem é capaz de compartilhar, em rede, conhecimentos e informações. Uma lógica que precisa ainda ser absolvida pelas gerações de 1950 a 1980.

As transformações são exponencialmente rápidas e já falamos em uma nova realidade que é o *Metaverso*⁴ ou um tipo de mundo virtual no qual se tenta replicar a realidade através de dispositivos digitais. É um espaço coletivo e virtual compartilhado, constituído pela soma de “realidades virtuais”, “realidade aumentada” e “Internet”.

O uso da tecnologia é transversal, inclusive com transformações da humanidade e de seu estilo de vida. Essas mudanças, no entanto, não promovem qualidade de seus hábitos, tendo em vista que muitas delas acabam por prejudicar a saúde, principalmente física e psicossocial, das pessoas.

O termo hiperconexão não foi oficialmente definido. Contudo, especialistas da Psicologia e Psiquiatria utilizam-no para definir a necessidade (ou compulsão) de estarmos conectados em tempo integral e para abordar os problemas quando não conseguirmos nos desconectar. Já não conseguimos ficar longe dos aparelhos celulares, computadores ou *tablets* e esses equipamentos parecem ser uma extensão do indivíduo. Não é raro encontrar pessoas juntas em um mesmo ambiente físico e isoladas em razão da hiperconexão.

4 Metaverso: o lugar onde a realidade física e a virtual se associam – Disponível em <https://www.iberdrola.com/inovacao/metaverso#:~:text=Metaverso%3A%20o%20lugar%20onde%20a%20realidade%20f%C3%ADsica%20e%20a%20virtual%20se%20associam&text=Em%20um%20mundo%20cada%20vez,o%20metaverso%20se%20tornar%20realidade>. Acesso em 30.06.2022.

Denota uma síndrome da urgência. Nada pode ser dito, feito, respondido ou transferido para amanhã. Importante destacar que ela não envolve apenas as redes sociais, aplicativos de mensagens ou e-mails.

Essa pseudointeração provoca, de fato, o isolamento e a exclusão social, em diversos contextos, principalmente familiar, escolar e de trabalho. Se por um lado o uso da *internet* pode unir amigos e familiares que residem distante, em outro vértice, torna os relacionamentos mais superficiais. As consequências dessa dicotomia entre o mundo físico e o mundo virtual são percebidas na saúde e na qualidade de vida das pessoas, desde a tenra idade.

TRANSTORNOS PSÍQUICOS: REPERCUSSÕES DA HIPERCONEXÃO

Embora a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10, 2003)⁵ e o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – 5ª Edição (DSM-V, 2014)⁶ não traga o protocolo de adoecimento psíquico por hiperconexão, é possível à Psicologia e à Psiquiatria levantar uma hipótese diagnóstica de um transtorno mental e comportamental (TMC) em razão desse tipo de compulsão.

Os TMC nem sempre se enquadram nos limites de uma patologia, pois alguns sintomas sinalizam vulnerabilidade a um conjunto de doenças. O DSM-V define TMC como:

uma síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na cognição, na regulação emocional ou no comportamento de um

5 Organização Mundial de Saúde. CID-10 – 10ª Edição Revisada. São Paulo: Editora da USP, 2003.

6 American Psychiatric Association (APA). Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – 5ª Edição (DSM-V), Porto Alegre: Artmed. 2014

indivíduo que reflete uma disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento subjacentes ao funcionamento mental. (...) associados ao sofrimento ou à incapacidade significativa que afeta atividades sociais, profissionais ou outras atividades importantes. (...) Desvios sociais de comportamento (...) e conflitos (...) referentes ao indivíduo e à sociedade não são TMC a menos que (...) sejam o resultado de uma disfunção no indivíduo. (2014, p. 20).

Segundo Caldas (2021), o diagnóstico de TMC não é simples. É preciso considerar fatores que extrapolam o próprio indivíduo, incluindo aspectos culturais, socioeconômicos, familiares e da própria herança genética. Para configurar um comprometimento psicológico, é preciso atentar para problemas emocionais de ordem simbólica, cognitiva e comportamental evidenciados nas interações sociais. O diagnóstico depende das reações da sociedade frente às alterações emocionais e às condutas disfuncionais do indivíduo.

A depressão, considerada a doença do século, é classificada como transtorno de humor/afeto, com ou sem ansiedade. Dentre os sintomas, destacam-se: rebaixamento do humor e da energia; redução da atividade e da capacidade de atenção; e perda de interesse associada à fadiga excessiva. É comum alterações no sono, no apetite e na libido.

O transtorno ansioso se caracteriza pela presença de manifestações ansiosas desencadeadas por exposição a um determinado evento. Pode ser acompanhada de sintoma depressivo, obsessivo e manifestações fóbicas. Inclui o afetivo bipolar, a ansiedade generalizada e o misto ansioso-depressivo. É no conjunto sintomas obsessivo-compulsivos, que se pode configurar a hipótese diagnóstica em razão da hiperconexão.

Não é raro encontrar bebês com seus *tablets* (ou babás eletrônicas) em restaurantes, enquanto seus pais ocupam-se com seus equipa-

mentos ou se alimentam. Cada vez é menos frequente encontrar crianças em parques, a família reunida em um evento social privado, a exemplo de um *pic nic*, um cinema, um jogo, refeição ou qualquer outra forma de interação, em sua intimidade.

Se antes era frequente o uso da tecnologia como ferramenta no processo ensino-aprendizagem, com o isolamento social em razão da pandemia de COVID-19, esse foi o único meio de educação formal. As consequências ainda estão emergindo, principalmente nas crianças que nasceram em meio à pandemia.

No contexto de trabalho, repercussões dos avanços da tecnologia da informação e da comunicação são inúmeras, principalmente no modo de gestão e nas relações socioprofissionais. Caldas(2021) destaca o teleassédio moral, uma tipologia que modifica inclusive o protocolo que define esse fenômeno de violência. Cada vez mais isoladas em seus postos de trabalho virtuais, mais vulneráveis estão os trabalhadores; seja pelo isolamento nas relações socioprofissionais, seja pela dificuldade em atender metas e conciliar ou estabelecer limites entre a dinâmica familiar e as atividades laborais.

Já não existe uma delimitação de tempo e espaço entre essas duas instituições e o trabalho passa a exigir do trabalhador uma jornada integralmente útil, sem qualquer limite de horário de comunicação, de cobranças ou de exigências por metas, por exemplo. É cada vez mais tênue a distinção entre o poder diretivo dos gestores de cobrar e a invasão de privacidade de seus subordinados.

Esse assunto é considerado um *mal da Pós-modernidade* e desperta demandas por pesquisas multidisciplinares, pois a hiperconexão causa efeitos distintos em cada indivíduo e nas interações coletivas que ocorrem, nos mais diversos contextos.

A hiperconexão autoimposta, ou seja, quando a pessoa não consegue perceber ou controlar o uso problemático das tecnologias, é comum repercussões em sua saúde psíquica, similar a outras compulsões, tais como: álcool e outras drogas, compras, jogos (virtuais ou não), sexo, dentre outras, desencadeando TMC, principalmente ansiedade, fobia social, obsessivo-compulsivo e outros transtornos de humor (afetivo). E igualmente são os efeitos no organismo quando padece dos sintomas da síndrome de abstinência, comum em adictos de drogas, identificados por fenômenos comportamentais, cognitivos e fisiológicos desencadeados após a interrupção abrupta da substância psicoativa.

Com a hiperconexão, são comuns alterações comportamentais quando passam a estar *off-line*. É frequente o comprometimento da autoestima, da autoconfiança e autocrítica; sinais de agressividade, irritabilidade, impulsividade e labilidade emocional; e elevada introversão, dificuldade de comunicar-se, de interação, de trabalhar em equipe, de lidar com figuras de autoridade e com frustrações. É frequente a elevação no nível de conflitos internos, a percepção de inadequação e preocupações com sentimentos de rejeição e de desamparo. A lista de impactos na saúde mental e comportamental é imensa e não se encerra nesta lista exemplificativa.

CONTINUAMOS SENDO HUMANOS VIVENDO SOB A LUZ ARTIFICIAL

É certo que o uso das tecnologias afetou a rotinas dos seres humanos. Contudo, A fisiologia humana e as sinapses neuronais não sofreram modificações Em sua capacidade de armazenamento de informações no cérebro, as alterações fisiológicas mais comuns são as alterações do ciclo vigília-sono e outros transtornos do sono e de alimentação.

Os seres vivos, dos unicelulares até os mamíferos, sofrem influências de estímulos externos que produzem padrões cíclicos, denomi-

nados ritmos ou ciclos biológicos, cujos sistemas de temporização interno, conhecidos como ciclo circadiano ou relógio circadiano, permitem antecipar as recorrentes mudanças diárias de seu ambiente (BOLLINGER, 2014). É nosso relógio biológico e permite que nossos organismos se adaptem as melhores condições ou antecipem respostas aos estímulos externos da rotina diária.

Esse sistema complexo, com estímulos internos e externos, regula nosso uso do tempo com relativa plasticidade, permitindo, por exemplo, alterarmos nossa rotina ou adaptarmo-nos a mudanças de fuso horário. No entanto, há limites para essa flexibilidade temporal, que impedem, por exemplo, a adaptação completa de nossos ritmos biológicos ao trabalho noturno (MORENO, 2002).

As variações em nosso relógio biológico geram, com frequência, impactos em nossos hábitos alimentares, principalmente com a omissão em refeições, ingestão de alimentos de alto teor calórico, compulsões alimentares ou elevada abstinência.

Trata-se de um processo de retroalimentação prejudicial ao indivíduo, quando a hiperconexão prejudica seu relógio biológico, sua alimentação, seu sono. Estimula o sedentarismo, o isolamento social e algumas comorbidades, como a diabetes, a obesidade mórbida e alterações nas dislipidemias. Incompetente na gestão do tempo, o sujeito, em situações de elevada conexão, torna-se vulnerável ao adoecimento, como dito.

Embora o sistema de temporização tenha sua sincronização a partir de sinais internos ou do meio ambiente (luz solar), compatível com o ciclo solar de 24 horas, alterações abruptas ou perenes do ciclo circadiano provocam prejuízos em vários sistemas fisiológicos: digestivo, ocular, respiratório, osteomuscular, cardiológico, além do controle da temperatura corporal, síntese de corticosteroides, níveis de flutuações hormonais e a renovação celular.

O envelhecimento normal causa uma perda geral no relógio circadiano, ocasionando, entre outras consequências, a diminuição do tempo de sono. Após os 50 anos de idade, a tendência natural é que a pessoa durma uma média de 27 minutos a menos por dia a cada década, tornando o sono irregular. Com o avançar da idade, a pessoa tende também a despertar mais vezes durante a noite, com dificuldade de atingir a fase REM do ciclo do sono (*rapid eye movement* ou “movimento rápido dos olhos”). Trata-se da fase mais difícil do sono, pois é o estágio mais profundo e quando o corpo consegue realmente relaxar.

Independente de idade, a hiperconexão está relacionada diretamente com o prejuízo nos ciclos do sono – essencial à manutenção de uma vida saudável, para a recuperação física e para o descanso, pois contribui para o metabolismo, para a renovação das células, para fixação da memória, para consolidar o aprendizado e absorção de informações, contribuindo diretamente para nossa saúde física e mental.

A sincronização interna ocorre quando o ritmo circadiano da temperatura central acompanha o ritmo sono-vigília. A dessincronização interna resulta em prejuízos para a saúde do indivíduo. Segundo BANDEIRA DE MELO, CHAVES, PINTO, (2022), são múltiplos os fatores que resultam dessa dessincronização: insuficiência qualitativa e quantitativa de estímulos; diminuição da acuidade dos órgãos dos sentidos e dificuldade de ajustar os ritmos do ciclo circadiano de acordo com os estímulos sociais -

É nesse contexto que precisamos ressaltar que a divisão das atividades em horários faz com que nosso corpo crie uma rotina. Contudo, a perda da noção de tempo e de espaço, tanto na família e principalmente no trabalho, o uso contínuo da luz artificial, o uso dos *leds*, sobretudo de coloração azul, impactam sobremaneira nos ritmos biológicos. Continuamos humanos, mas trabalhamos como máquinas. E assim como equipamentos, precisamos de manutenção e de recuperação

para um funcionamento pleno e minimamente adequado ou corremos o risco de perder o contato com a realidade.

O TEMPO CONECTADO

Conforme levantamento do Comitê Gestor da Internet do Brasil, 49% dos internautas usam o celular apenas para acessar a rede, colocando o país em segundo lugar no *ranking* dos países que mais permanecem conectados, com 09 horas e 14 minutos diários, atrás apenas da Tailândia e das Filipinas⁷.

Portanto, o tempo de conexão é maior do que às 08 horas de sono diários, recomendadas para o equilíbrio físico e mental. O uso excessivo das tecnologias trazem prejuízos que não admite um prognóstico preciso. Assim como não era possível, ao se criar a Internet, prevê esse contexto atual. É igualmente inimagináveis os avanços, as possibilidades e os retrocessos ao ser humano, nos próximos 50 anos.

É importante, no entanto, destacar o crescimento pessoal e profissional que vêm sendo oportunizado pelo uso da tecnologia, da internet e das redes sociais. Contudo, no mundo colorido e sorridente exposto nas mídias sociais, a “grama” do vizinho parece ser mais verde do que a da nossa casa. As pessoas aparentam sempre ser bem sucedidas, felizes e com uma vida de plenitude. Na vida real (ou no mundo em preto e branco), as dores e os sofrimentos raramente são objeto de *post*, reforçando a ideia de que a tristeza não trás *seguidores* e não rende *likes*.

7 Disponível em <https://www.afinese.com.br/habitos/hiperconexao-e-os-impactos-na-saude/#:~:text=Podemos%20dizer%20que%20a%20hiperconex%C3%A3o,da%20sa%C3%BAdede%20na%20Austr%C3%A1lia%2C%20Reino.> Acesso em 31.05.2022

APRENDIZADO E TRABALHO NOS MEIOS ELETRÔNICOS E O HIPOAPROVEITAMENTO

Até 2019, era pequeno o volume de tele aulas e de eventos no formato de *lives*. Eram poucos os sites como *Youtube*, *Instagram* e *Facebook* utilizados como aplicativos de educação, formação continuada, encontros ou reuniões de negócios. Contudo, nos anos de 2020 e 2021, em razão do *lockdown* para evitar a propagação do contágio pelo Sars Cov-2⁸, essas ferramentas permitiram minimizar o isolamento social e seus efeitos, numa nova roupagem do “mito da caverna” de Platão⁹.

Assim como o filósofo diferencia o mundo sensível e inteligível, a hiperconexão e o excesso de informações disponíveis ao senso comum e apreendidas pelos sentidos diferenciam o processo de apreensão de informações e do conhecimento.

Sabemos que o abalo no âmbito da mente consubstancia-se em várias formas de adoecimento, em regra, silenciosas. E é justamente por isso que passamos a vivenciar o hipoaproveitamento de tantas atividades exercidas, ou seja, com a mente em estado de exaustão, continuamos a dar seguimento a tudo que pensamos ser inadiável, ou que de fato, precisamos gerir em nossas vidas.

Além disso, fico claro que o uso da tecnologia acaba destruindo as barreiras entre estudos, trabalho e vida pessoal, o que torna o indivíduo constantemente conectado à necessidade de produzir.

8 Disponível em <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/qual-a-diferenca-entre-sars-cov-2-e-covid-19-prevalencia-e- incidencia-sao-a-mesma-coisa-e-mortalidade-e-letalidade>. Acesso em 30.06.2022

9 Significado no Mito da Caverna – Disponível em <https://www.significados.com.br/mito-da-caverna/#:~:text=O%20que%20%C3%A9%20e%20o,impedem%20o%20conhecimento%20da%20verdade>. Acesso em 30.06.2022

As demandas para o trabalho à distância estão em setores nos quais antes havia o trabalho presencial. Basta olharmos para o grande volume de aulas em EAD sendo desenvolvidas através da teledocência, de informações das mais variadas áreas do conhecimento passadas por meio de aplicativos, a exemplo de debates orais entre pessoas que se dedicam a transmitir virtualmente as mais variadas informações e até mesmo formas de lazer.

Com tanto ruído de informação fica dificultoso refletir, elaborar pensamentos e desenvolver ideias. A ansiedade só aumenta. Conforme, BANDEIRA DE MELO, CHAVES, PINTO (2022), o excesso de informações e a exigência — sem limite — de atividades virtuais afetam a saúde das pessoas. Soma-se o fato de que vivemos em uma verdadeira tirania virtual, na qual não estando conectados deixamos passar parte significativa de nossa existência diária.

DESCONEXÃO – A CHAVE ENTRE O MUNDO REAL E O SIMBÓLICO

Desconexão não é sinônimo de abstinência do uso das tecnologias, da internet, aplicativos e das redes sociais. É um chamado para a conexão compatível com nossa realidade e com foco em demandas.

Afinal, com a tecnologia, perdemos dois paradigmas – o tempo e o espaço. E esses dois sentidos, nos moldes vividos, não retornam. Exigem ainda mais habilidade na gestão do tempo de conexão, diferenciando conteúdos disponíveis e as prioridades de informações. Na sociedade contemporânea, o direito à desconexão e ao não trabalho é um importante instrumento de promoção de saúde e de qualidade de vida.

Mudanças de postura do ser humano se fazem necessárias para salvaguardar o direito à desconexão, com a adoção de medidas eficazes e preventivas, sobretudo com a devida divisão das atividades ao longo do

dia, garantindo momentos de pausas para refeição e descanso, para higienização não só do corpo, mas, sobretudo da mente, por meio de atividades prazerosas e que não impliquem no uso de ferramentas eletrônicas. A criação de legislação específica para a garantia da desconexão, sobretudo em relação ao trabalho é uma necessidade.

Atividades como leitura, execução de atividades manuais, um hobby, a prática de esportes, cozinhar, atividades culturais, dentre outras, reduzem o *stress* e permitem o resgate de uma paz interior e do *Eu Simbólico*.

Desconstituídos da necessidade de cronometrar o tempo, mas no intuito de vivenciá-lo em sua plenitude, permitimo-nos desacelerar. Assim, estaremos “virando a chave”, trazendo para o momento atual a vivência de todos os sentidos, permitindo o hiperaproveitamento do vivido e a separação do que desenvolvemos no trabalho, na escola e em benefício próprio. O aprendizado formal ou para a vida pessoal pode tornar-se o ponto de equilíbrio individual.

Necessário perceber quando o corpo e a mente dão sinais de comprometimento de seus órgãos, de sofrimento ou mesmo adoecimento psíquico. Tais sinais são alertas e sugerem o suporte da Psicologia e, se instalado algum transtorno psíquico, é relevante buscar o auxílio da Psiquiatria, visando ao tratamento medicamentoso. Contudo, o reequilíbrio depende prioritariamente de atitudes e do protagonismo frente à hiperconectividade.

CONSIDERAÇÕES REFLEXIVAS

A compreensão da hiperconectividade tornou-se ainda mais relevante com o isolamento social que foi imposto pela pandemia em razão da COVID-19. E embora o convívio social tenha sido restabelecido, muitas são e serão as repercussões na saúde mental, nas interações sociais e

nos vínculos com o trabalho e com o processo de aprendizado formal. O hipoaproveitamento do tempo, e a sensação de que estamos sempre em busca de algo mais e cuja velocidade para realização de algo nos deixa sempre com a sensação de que estamos *fora do time*.

O objetivo geral deste artigo foi demonstrar como a hiperconexão por meio do uso de ferramentas eletrônicas e das mídias sociais causa impacto na gestão do tempo das pessoas.

Enquanto aprendemos, estamos utilizando ferramentas de tecnologia da informação da comunicação cada vez mais sofisticadas; lidamos com novas regras de etiqueta digital; e precisamos flexibilizar o tempo de uso desses instrumentos de modo a garantir nossa saúde física e psicossocial,

Os impactos da hiperconexão e repercussões do excesso de informações no desempenho pessoal e profissional é o primeiro objetivo específico de nosso artigo. As respostas a esse objetivo remetem a profundas mudanças sociais, econômicas e éticas e, por outro lado, outras crenças e premissas vêm sendo desconstruídas. Provocam também transformações da humanidade e de seu estilo de vida. Contudo, os riscos da hiperconectividade são percebidos na qualidade de vida e nos hábitos que podem prejudicar a saúde do indivíduo.

O segundo objetivo específico foi delinear repercussões na cognição e nos transtornos psíquicos relacionados ao excesso de informações. A Psicologia e Psiquiatria utilizam o termo hiperconexão para definir a compulsão pela conexão em tempo integral.

São muitas as repercussões que emergem de alguns estudos, destacando os impactos na cognição: rebaixamento nos níveis atencionais e na memória de curso prazo. Quanto aos impactos na saúde mental, destaca-se uma síndrome da urgência. Nada pode ser dito, feito, respondido ou transferido para amanhã. As alterações comportamentais da hi-

perconectividade são compatíveis com transtornos de ansiedade, com sintomas, principalmente, de: agressividade, irritabilidade impulsividade, labilidade emocional; elevada introversão, dificuldade de comunicar-se, de interação, trabalhar em equipe e de lidar com figuras de autoridade e com frustrações.

As repercussões da hiperconexão são similares a outras compulsões, tais como: álcool e outras drogas, desencadeando transtornos mentais e comportamentais. E igualmente são os efeitos no organismo quando padece dos sintomas da síndrome de abstinência, comum em adictos de drogas, É frequente o comprometimento da autoestima, da autoconfiança e autocrítica, além de outros prejuízos. É frequente a elevação no nível de conflitos internos, a percepção de inadequação e preocupações com sentimentos de rejeição e de desamparo, dentre outros sintomas.

O terceiro e último objetivo de nosso artigo é justificar a necessidade da desconexão na promoção da saúde. Além das repercussões na saúde mental, faz-se necessária a desconexão para que não percamos nossa essência de ser social. Há um prejuízo nas novas gerações em suas habilidades sociais e essas limitações estão atingindo as gerações de 1950 em diante. Estão num processo crítico de desconstrução de suas relações afetivas, sexuais e amorosas, haja vista a dificuldade em lidar com a solidão imposta.

Este artigo contribuiu na identificação dos sinais, pessoais ou não, que provocam uma hiperconexão. Possibilitou reflexões sobre a gestão de nosso tempo e de nossa qualidade de vida.

Além disso, apontou estratégia simples, porém eficazes para lidar com o tempo integralmente útil “*on-line*”, a exemplo de hábitos observados em gerações a partir de 1950, como atividades na dinâmica familiar em conjunto, a leitura de um livro, atividades físicas e manuais, dentre outras de interesse pessoal.

Constatamos algumas limitações na construção deste artigo, destacando a escassez de pesquisas sobre a temática, principalmente sobre os impactos do isolamento imposto pela COVID-19 e a hiperconectividade. Além disso, os trabalhos realizados em teletrabalho e essa temática demandam mais estudos.

Assim, sugerimos como tema para novas pesquisas os impactos da hiperconexão em profissionais por categoria, destacando os profissionais de saúde, docentes e em adolescentes em atividade escolar remota.

Concluimos que lidar com as mudanças em razão do uso da tecnologia da informação e da comunicação, da internet e das redes sociais são desafiantes. Porém, as repercussões, por serem visíveis, requerem avanços científicos e tecnológicos mais humanizados, sob o risco de colocar em risco a subjetividade do indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELO, Andrea Keust, CHAVES, Guilherme Monteiro, PINTO, Jailda Eulída da Silva. **A Porosidade do Tempo e Direito à Desconexão**; disponível em Revista da Ejud6 1º volume - = páginas 105/139 – Disponível em https://issuu.com/escolajudicialtrt6/docs/revista_ej_n_1_2021-v4. Acesso em 31.05.2022

BOLLINGER T, Schibler U. Circadian rhythms – from genes to physiology and disease. *Swiss Med Wkly*. 2014;144:w13984.

CALDAS, Laura Pedrosa. **A Perícia Psicológica em Trabalhadores: práticas emergentes e limites éticos no cenário da pandemia por COVID-19** in *A pandemia no mundo do trabalho: desafios e perspectivas sob a ótica do direito individual, coletivo e meio ambiente laboral*. Belo Horizonte: RTM. 2021.

HOUAISS: relativo à duração de um dia ou de cerca de 24 horas <período c.> / 2 fisl diz-se do processo rítmico que ocorre no organismo todos os dias mais ou menos à(s) mesma(s) hora(s), independentemente de fatores sincrônicos externos. *Etimologia*: de *circa*- (derivado de(o)

lat. *circum* no sentido de ‘em torno de’ – ver *circum-*) + rad. do lat. *dies,ei* no sentido de ‘dia’ + -an; ver dia-. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v5-4/html/index.php#2. Acesso em 07.09. 2021.

MORENO, C. R. C., Fischer, F. M., & Rotenberg, L. (2002). Tolerancia al trabajo en turnos y noturnos: una cuestión multidimensional. In D. Golombek (Org.), *Cronobiología humana: Ritmos y relojes biológicos en la salud y en la enfermedad*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes Ediciones

5

Uma análise sobre Burnout - sob a nova perspectiva da CID-11

Andréa Keust Bandeira de Melo

Formada em Direito pela UFPE em 1990, especialização em Processo Civil pela UNIPÊ em 1994, Pós Graduada em Direito à Saúde e Direito Médico pela UNIVASF em 2016, Pós Graduada em Psicologia Jurídica pela Faculdade IDE em 2020. Juíza do Trabalho do TRT 6ª Região, atualmente titular da 8ª Vara do Trabalho do Recife, escritora e docente.

Letícia Maria Akel Mameri-Trés

Psiquiatra, Médica do Trabalho, Pós-graduada em Perícia, Doutoranda em Bioética pela Universidade do Porto. Vice-coordenadora da Comissão de Psiquiatria do Trabalho ABP. Médica do Trabalho do Banco do Brasil e do Ministério da Saúde. Professora dos Cursos de Pós-graduação em Psiquiatria e em Engenharia de Segurança da Universidade de Vila Velha (UVV).

RESUMO

Esse artigo visa traçar alguns esclarecimentos sobre a Síndrome de Burnout e a perspectiva de adoecimento decorrente do trabalho. O objetivo geral pauta-se na realização de análise sobre as principais discussões acerca da etiologia do Burnout. Partiremos da definição mais atualização sobre a saúde por causa de limitações funcionais relacionadas ao estado da pessoa que é presumido como saudável. Avaliamos algumas repercussões em segmentos da vida, como o sono, questões alimentares, dor e estresse e como podem estar relacionadas ou correlacionadas com o ambiente de trabalho. Analisare-

mos as inovações trazidas pela Classificação Estatística Internacional de Doenças – CID-11 incluindo-a como doença de cunho profissional. Como objetivo específico, traçaremos uma análise das peculiaridades da Síndrome de Burnout, fazendo um paralelo com o que já havia sido traçado pelo CID-10. Traremos enfoques sobre as novas discussões sobre as peculiaridades dessa síndrome, as questões de necessária análise do ambiente laboral e também a questão do nexo causal.

Palavras-chave: Síndrome de Burnout, Trabalho, adoecimento mental.

Introdução

A Organização Mundial da Saúde classifica a saúde como: “*um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades*”. A saúde mental relacionada ao trabalho pode ser definida como equilíbrio emocional entre as questões internas individuais e as exigências ou vivências externas de cada pessoa. É certo que a pessoa é indivisível e por isso não podemos afastar as situações do cotidiano, os abalos da vida privada e o que acontece no ambiente laboral.

Os adoecimentos de ordem psíquica vêm se agravando e atingindo significativo grande percentual da população mundial. Em recente publicação da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) foi destacado o efeito devastador da pandemia de COVID-19 sobre a saúde mental e o bem-estar das populações das Américas em 2021.¹ Havemos de dar enfoque especial para os profissionais de saúde e para aqueles que, de forma direta ou indireta, estiveram no enfrentamento da situação pandêmica,

1 Disponível em <https://www.paho.org/pt/noticias/24-11-2021-opas-destaca-crise-saude-mental-pouco-reconhecida-causada-pela-covid-19-nas>. Acesso em 05.07.2022

em especial aos que trabalham em hospitais, em cemitérios e crematórios, atendimento psicológico para as famílias de vítimas.

Para entendermos melhor, é preciso mencionar que o processo de adoecimento mental no trabalho se inicia de situações nas quais há uma quebra desse equilíbrio e, muitas das vezes, deixa o sujeito privado de suas próprias ações, ou incapacitado para exercer outras atividades no mundo do trabalho. Para YATES (2020), a saúde mental no trabalho pode ser compreendida como um equilíbrio emocional entre o patrimônio interno (indivíduo) e as exigências ou vivências externas (ambiente). Esse equilíbrio pode ser modulado ou influenciado por fatores agravantes e fatores de proteção (estratégias de prevenção), tanto relacionados às condições individuais como relacionados às condições organizacionais.

É certo que o trabalho pode funcionar tanto como determinante de saúde e fonte de crescimento pessoal, como fonte de prazer e satisfação pessoal como pode ser o causador ou a fonte principal de adoecimento mental, e, como consequência, implicar a desestruturação do indivíduo e o seu afastamento do convívio social. Frisamos ainda que é uma forma silenciosa de adoecimento e que muitas vezes, o indivíduo não se dá conta de que está com abalo na saúde mental.

Evitar o adoecimento do trabalhador no ambiente laboral passa pela necessária tomada de medidas preventivas ao adoecimento através da análise prévia da aptidão da pessoa para as atividades a serem desempenhadas, inclusive no que diz respeito ao perfil psicológico/psicotécnico, voltadas para a atividade que vai praticar. É que a capacidade técnica do profissional, por si só, não bastará para a consecução da felicidade do empregado, da produtividade esperada e da segurança da sociedade.

A inadequação ao trabalho, em face ao perfil psicológico do trabalhador, tem demonstrado a ocorrência de deflagração de adoecimentos psíquicos que poderiam ser evitados se constatados anteriormente à sua contratação. Por exemplo, lançamos alguns exemplos dessas dificuldades:

pessoa que tenha dificuldade de se submeter à sobre pressão sendo designada para trabalho com porte de arma; pessoa com síndrome de pânico, claustrofobia sendo designada para trabalhar em ambientes confinados.

Nos exames admissionais, quando observadas características da personalidade do indivíduo e a relação com as atividades a serem praticadas, evitam o adoecimento psíquico do trabalhador, bem como os danosos efeitos sociais e pessoais. Nesse sentir, é urgente uma mudança de paradigma entre o custo e a saúde e, nos momentos da admissão, deveria haver uma priorização da realização de exames psicotécnicos voltados para o trabalho a ser exercido e as conjunturas físicas do local, bem como o *modus operandi* do trabalho.

Com a vigência de Resolução nº 02 de 21 de janeiro de 2022,² a avaliação psicossocial é definida como um processo de investigação e análise de características psicológicas, do trabalho e do ambiente organizacional que influenciam ou interfiram negativamente na saúde psicológica, na integridade do trabalhador e na sua capacidade de realização da atividade laboral. Essa avaliação deve ser realizada, em:

§ 2º A avaliação psicossocial, em atendimento às normas regulamentadoras emitidas pela Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia ou órgão correlato, será realizada em exames admissionais, periódicos, de retorno ao trabalho, de mudança de função e demissionais, em consonância com as normas do Conselho Federal de Psicologia e demais normas técnicas nacionais e internacionais que abordam o assunto.

Importante frisar o que deve ser analisado nesse processo de avaliação:

Art. 2º O processo de avaliação psicossocial,

² Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2-de-21-de-janeiro-de-2022-376060460>. Acesso em 05.07.2022

em atendimento às normas regulamentadoras emitidas pela Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia ou órgão correlato, deve considerar a investigação dos seguintes aspectos:

I - as características pessoais, psicológicas, ocupacionais e sociais do trabalhador;

II - as características da atividade de trabalho, as do ambiente de trabalho e as das condições necessárias à sua realização, inclusive para atividades remotas, que devem ter como referência os documentos nacionais e internacionais que dispõem sobre funcionalidade e doenças;

III - as características da gestão do trabalho e dos controles preventivos em saúde e segurança do trabalhador.

Assim, por mais que seja bem efetuada a avaliação psicossocial dos candidatos a uma vaga, é certo que em algumas profissões, não há como fugir do estresse.

Mas temos algumas profissões que ocupam o topo da lista das mais estressantes como: policiais, bombeiros, profissionais de saúde, magistrados, motoristas e pilotos, atendentes de telemarketing, ainda assim é possível criar estratégias que visem impedir a ocorrência de uma sobrecarga de atividades e responsabilidades em cima de profissional, para evitar o esgotamento emocional do indivíduo e, o desenvolvimento da *Síndrome de Burnout*.

Não podemos esquecer que os humanos são seres complexos, com marcas na estrutura mental e em face às experiências de vida. Marcas essas que podem também refletir no ambiente laboral, que pode influenciar na deflagração de adoecimentos em face às sintomáticas pré-

-existentes - concausa ou ainda ter origem em face ao trabalho por si só. Certo é que as imperfeições do homem, o que o torna melhor, as imperfeições das relações do trabalho necessitam ser compatibilizadas pela ciência, elaboração da criatura.

A Síndrome de Burnout:

Um dos questionamentos mais frequentes é se o Burnout é uma doença, se é uma via de adoecimento ou qual a melhor classificação?

Sobre essa classificação, podemos ressaltar alguns aspectos.

No exemplo de recente publicação de MENDANHA (2022) do ponto de vista legal, a Síndrome de Burnout pode ser considerada uma doença ocupacional, pois, no Anexo II do Decreto 3.048, a Síndrome de Burnout ou Síndrome do Esgotamento Profissional já é considerada como uma possível doença ocupacional desde 1999, ou seja, há mais de 20 anos. Nesse viés, o INSS pode reconhecer o Burnout como doença ocupacional, obedecendo a legislação retro citada, sendo necessário que o “perito do INSS” (perito médico federal) deve consentir, tanto com o diagnóstico, como com a incapacidade laboral provocada pelo Burnout, o que depende exclusivamente da análise que este profissional fará.

Em outro vértice, muitos entendem que o *Burnout* não é caracterizado pela Medicina como doença, mas como uma **síndrome**, ou seja, um conjunto de sinais e sintomas que podem estar presentes em várias doenças. Não é uma síndrome clínica, mas sim um diagnóstico referente à situação de trabalho.

A OMS (Organização Mundial de Saúde) utiliza o CID (Código Internacional da doença) para uniformizar os diagnósticos médicos ao redor do mundo, o CID 10 data de 1992, e nele não existia a palavra *Burnout* - mas existia a CID Z73 que trata do esgotamento da vida e, era

justamente nesse capítulo de Problemas relacionados com a organização de seu modo de vida que o categoriza.

Porém com o advento do CID 11³ que passou a vigorar no dia 01.01.2022, a Síndrome de *Burnout* passou a compor o grupo de fenômenos relacionados ao trabalho e para tal é imprescindível que seja feita a correlação com o trabalho, logo, o nexu ocupacional. E diferentemente da legislação brasileira, para a CID-11 a Síndrome de *Burnout* *não é considerada uma doença, mas sim um fator que influencia o estado de saúde de um indivíduo*, como também é, por exemplo, a baixa renda, a habitação inadequada e o desemprego. Nessa nova classificação (a CID-11), o *Burnout* foi colocado num subcapítulo especificamente relacionado ao trabalho. Além disso, ela descreveu a Síndrome de *Burnout* como ligada diretamente ao contexto ocupacional, ou seja, sem nenhuma relação com experiências em outras áreas da vida do indivíduo. Isso pode acarretar o aumento da possibilidade da responsabilização dos empregadores em casos de que o empregado seja considerado em *Burnout*.

Destacamos que, nos estudos iniciais sobre a Síndrome de *Burnout* estava ligada às profissões onde havia a prestação de cuidados e assistência às pessoas, como médicos, enfermeiros e assistentes sociais. Depois foram estendidos para outras profissões que envolvem alto investimento afetivo e elevados níveis de estresse, tais como bancários, policiais, bombeiros, magistrados, promotores, agentes penitenciários, professores e jornalistas.

A definição mais aceita sobre a síndrome de *Burnout* fundamenta-se na perspectiva social-psicológica de Maslach & Jackson (1981). Essa considera *Burnout* como uma reação à tensão emocional crônica por lidar excessivamente com pessoas. É um construto formado por três dimensões relacionadas, mas independentes:

(a) **exaustão emocional:** *caracterizada por*

3 Disponível em <https://www.who.int/classifications/classification-of-diseases>. Acesso em 16.02.2022.

falta de energia e entusiasmo, por sensação de esgotamento de recursos ao qual pode somar-se o sentimento de frustração e tensão nos trabalhadores, por perceberem que já não têm condições de despende mais energia para o atendimento de seu cliente ou demais pessoas, como faziam antes;

*(b) **despersonalização:** caracterizada pelo desenvolvimento de uma insensibilidade emocional, que faz com que o profissional trate os clientes, colegas e a organização de maneira desumanizada;*

*(c) **diminuição da realização pessoal no trabalho:** caracterizada por uma tendência do trabalhador a auto avaliar-se de forma negativa, tornando-se infeliz e insatisfeito com seu desenvolvimento profissional, com conseqüente declínio no seu sentimento de competência e êxito, bem como de sua capacidade de interagir com os demais.*

Importante atentar para o fato de que a tensão emocional relacionada ao trabalho faz parte de um processo crônico que pode se perpetuar por anos, em que o estresse chega às últimas conseqüências e leva o organismo ao esgotamento por exaustão. O indivíduo, clinicamente, torna-se improdutivo, irresponsável, indiferente, desatencioso, frio emocionalmente, e empobrecido em seus vínculos afetivos e laborais.

Existem fatores que repercutem no bem estar pessoal e no trabalho, sendo considerados fatores agravantes, a saber:

Fatores agravantes relacionados à organização do trabalho

1. Sobrecarga e excessos de atividades;
2. Ausência de autonomia sobre o trabalho e conflito de valores;

3. Falta de condições para cumprir as tarefas;
4. Falta de suporte social no trabalho, da família e amigos;
5. Trabalhos em turnos e noturnos.

Fatores agravantes relacionados ao indivíduo

1. Menor resiliência (recurso adaptativo);
2. Pouca ou ausência de espiritualidade;
3. Padrões inflexíveis de comportamento;
4. Atividades de lazer e amizades são secundários;
5. Menor senso de responsabilidade em zelar pela própria saúde.

No que se refere aos fatores agravantes relacionados ao indivíduo, é importante saber que há padrões de comportamentos e atitudes que contribuem para o desenvolvimento da Síndrome de *Burnout*.

De acordo com a Teoria dos Tipos de personalidade de Friedman e Rosenman (2020), é possível reconhecer dois tipos de padrões de personalidade, a do Tipo A e Tipo B. A personalidade tipo **A** é um padrão caracterizado por traços rígidos de inflexibilidade, já o padrão tipo **B** é caracterizado por maior flexibilidade, com atitudes adaptativas, prevalecendo o bem-estar.

De bom alvitre ressaltar que nem todo adoecimento mental desencadeado pelo trabalho pode ser descrito por esgotamento, assim como nem todo esgotamento é exclusivamente relacionado ao trabalho. O adoecimento psíquico é multicausal e com complexidade ímpar, diferente das demais áreas da medicina não existe exame diagnóstico. Com a modificação ocorrida nos critérios do CID, em sua 11ª edição, para a identificação do esgotamento “exclusivamente” relacionado ao trabalho, de acordo com o parecer do CFM número 2.297, de 05 de agosto de 2021, se faz obrigatório à análise do ambiente laboral antes da categorização por parte do médico. Portanto, a categorização sintomática do paciente

em Síndrome de *Burnout* ou Síndrome do esgotamento profissional tem caráter de realização de nexos ocupacionais.

O adoecimento mental relacionado ao trabalho assume lugar de destaque e é relevante pontuar que é crescente a compreensão de estudos na temática da Psiquiatria do Trabalho, uma ramificação da Psiquiatria que tem como objetivo proporcionar uma maior harmonia entre o ambiente laboral e a saúde mental do trabalhador, além de auxiliar na construção de estratégias para o adequado domínio do ambiente. Entende-se domínio do ambiente como a capacidade de o indivíduo fazer escolhas congruentes às necessidades pessoais, implicando dessa forma autonomia nas próprias escolhas e o bem-estar no ambiente laboral.

No ano de 2020, a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho registrou o maior número de pessoas que requisitaram auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez em razão de transtornos mentais.⁴

Em novembro de 2021, foi realizada uma pesquisa intitulada “Estresse e Síndrome de *Burnout* nas empresas” pela empresa brasileira **Runrun.it**, um software de gestão de projetos e tarefas, após mais de um ano de período pandêmico e a adoção do trabalho em sistema home office, onde foi investigada a relação de trabalho e saúde mental dos brasileiros. O estudo contou com a colaboração de mais de 1.500 pessoas de todo Brasil e reuniu dados alarmantes sobre o bem-estar de colaboradores e gestores. Sessenta e um por cento dos entrevistados afirmaram que se sentem esgotados física e mentalmente no fim do expediente e de 29% a 55% têm estresse alto e moderado, respectivamente.

Quando voltamos aos dados da pesquisa sobre *Burnout*, observamos que é justamente a massa de trabalhadores em nível médio e in-

⁴ Disponível em <https://exame.com/bussola/empresas-tem-que-olhar-para-saude-mental-o-ano-todo-nao-so-em-setembro/>. Acesso em 14.12.2021. Acesso em 13.02.2022.

ferior, que se sentem esgotados e sobrecarregados no trabalho, conforme observado pelo estudo:

- 45% dos colaboradores afirmaram estarem sofrendo por sobrecarga de trabalho, 37% dos gestores estão com a mesma reclamação;
- menos de 60% dos colaboradores ouvidos têm visto propósito no trabalho, já para os gestores 80% está motivado;

Em outra pesquisa realizada pela Pebmed,⁵ publicada em novembro de 2020, apontou que 78% dos profissionais de saúde apresentaram sinais da Síndrome de *Burnout* no período da pandemia,⁶ sem falar que vivenciamos em 2022, uma nova onda de infecções pela variante Ômicron, elevando consideravelmente o número de internações. Contudo, o Ministério da Saúde acredita que ainda não atingiu o pico da onda causada pela variante.⁷

Além disso, as estatísticas demonstram que as mulheres têm sido mais afetadas pelo estresse e o esgotamento profissional em comparação aos homens.⁸ De acordo com a análise feita pela consultoria *McKinsey & Company* e pela Organização *LeanIN*, ao entrevistarem mais de 65 mil pessoas de 423 empresas nos Estados Unidos e Canadá, concluiu-se

5 Disponível em <https://pebmed.com.br/>. Acesso em 13.02.2022.

6 Disponível em <https://portalthospitaisbrasil.com.br/sindrome-de-burnout-afeta-78-dos-profissionais-da-saude/>. Acesso em 13.02.2022.

7 Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/02/4983009-ministerio-da-saude-acredita-que-o-pior-da-omicron-ainda-esta-por-vir.html>. Acesso em 13.02.2022.

8 Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-58869558>. Acesso em 05.07.2022.

que 42% das mulheres sofrem com os sintomas da Síndrome de *Burnout*, enquanto entre os homens esta taxa foi de 35%.⁹

Noutro estudo realizado pela *International Stress Management Association* (ISMA-BR) concluiu que o Brasil é o segundo país do mundo com o maior número de pessoas acometidas pela Síndrome de *Burnout*, em decorrência do alto nível de estresse.¹⁰

Contudo, do ponto de vista técnico, para a realização da qualificação da Síndrome de *Burnout* é majoritariamente feita, através do uso de um questionário que o próprio trabalhador responde, o chamado MBI (*Maslach Burnout Inventory*). Esse questionário é aplicado em mais de 90% das pesquisas sobre *Burnout* no mundo e, usando-o conforme seus manuais explicativos oficiais, todos os trabalhadores que o responderem terão *Burnout*. Esse questionário não tem critério de exclusão, ou seja, para ele 100% dos trabalhadores, não importando se estão bem ou mal, tristes ou felizes, todos têm *Burnout*, ainda que de forma leve.¹¹

Podemos concluir que nos últimos anos, com o ritmo cada vez mais acelerado de trabalho, e as modificações do mundo e da organização do trabalho, como também a adoção de trabalho remoto, têm-se aumentado tanto as cobranças internas como as externas. Pressão por tempo, pelo cumprimento de metas, pressão por maior produtividade, dentro e fora de casa, vem tornando as pessoas menos tolerantes e capazes de manter o autocontrole. Em paralelo, por trás desse trabalhador existe um ser humano com expectativas, às vezes até altruístas, que vivencia as suas

9 Disponível em <https://veja.abril.com.br/saude/sobrecarregadas-mulheres-sao-principais-vitimas-da-sindrome-de-burnout/>. Acesso em 13.02.2022.

10 Disponível em <https://www.folhavoria.com.br/saude/noticia/08/2020/brasil-e-o-2-pais-com-o-maior-numero-de-pessoas-com-sindrome-de-burnout>. Acesso em 13.02.2022.

11 Disponível em <https://www.saudeocupacional.org/2022/04/26150.html> . Acesso em 05.07.2022

emoções e sentimentos, sobretudo o luto que está sendo bastante comum em período pandêmico.

Portanto, conclui-se ser essencial um equilíbrio entre a vida pessoal e a do trabalho, alcançado através de investimentos individuais em resiliência, espiritualidade, lazer e estilo de vida saudável, além do respeito às necessárias pausas diárias e ao direito à desconexão.

Abalos na saúde que podem dar um alerta sobre o desenvolvimento da Síndrome de *Burnout*:

Muitos podem ser os abalos que podem acender o sinal de alerta sobre o desenvolvimento de problemas na saúde e dentre eles, destacam-se:

Abalos na rotina alimentar:

- hiperfagia
- anorexia
- bulimia Nervosa (agudização)
- obesidade
- desnutrição
- compulsão alimentar sazonal

Abalos sobre o ciclo vigília/sono:

- insônia
- sono irregular
- aumento do tempo de sono
- ausência de sensação de repouso
- perturbação da vivência dos sonhos
- pesadelos

Dor:

- *cefaleias*
- *mialgias*
- *fibromialgia*
- *piora de condições dolorosas primárias, como reumatológicos*

Estresse e Ansiedade:

- *sensação desagradável antecipatória*
- *transtorno de ansiedade generalizada*
- *dissociação*
- *despersonalização*
- *transtorno de adaptação*
- *síndrome do pânico*
- *dificuldade para sair de casa*
- *fobias*
- *vulnerabilidade/uso de substâncias psicoativas.*

Transtornos de Humor

- *irritabilidade extrema*
- *oscilação de humor*
- *dificuldade de relacionamento*
- *problemas familiares*
- *distanciamento mental das atividades corriqueiras*
- *atitude cínica ou negativa em relação ao trabalho.*

Doenças e tratamento e fatores impactantes como:

- *uso de medicamentos que prejudicam o desempenho*

- *preconceito e medo de que a doença seja motivo de chacota entre colegas*
- *temor de afastamento e de substituição*
- *constrangimento de revelar o adoecimento ao RH ou médico do trabalho*
- *falta de cultura corporativa de reabilitação do funcionário adoecido.*

CID 11 – E os impactos da inclusão da Síndrome de *Burnout* como doença do trabalho

A Organização Mundial da Saúde (OMS) considera que o *Burnout* é um “fenômeno ligado ao trabalho” e não uma doença.¹² Esta nova classificação foi aprovada durante a 72ª Assembleia Mundial da Organização Mundial da Saúde — OMS, e teve vigência a partir do dia 1º de janeiro de 2022.¹³ Com a mudança que afeta a 11ª Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-11), a síndrome passou a ter o código QD85 (era o Z73 - até final de 2021). A classificação indica que cuida-se de uma síndrome resultante do estresse crônico no local de trabalho e enfatiza que o *Burnout* se refere especificamente a fenômeno no contexto ocupacional. Ou seja, nesse contexto, o *Burnout* deve ter o **nexo de causalidade com o trabalho**.

Na prática, essa alteração permite que o trabalhador com Síndrome de *Burnout* com diagnóstico confirmado, tenha direito a licença médica remunerada por um período de até 15 dias de afastamento. Após esse prazo, o benefício será pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que prevê a estabilidade provisória, ou seja, após a alta pelo INSS

12 Disponível em <https://exame.com/carreira/burnout-vira-doenca-do-trabalho-em-2022-o-que-muda-agora/>. Acesso em 13.02.2022.

13 Disponível em <https://exame.com/carreira/oms-relaciona-a-sindrome-de-burnout-como-fenomeno-ligado-ao-trabalho/>. Acesso em 13.02.2022.

o colaborador não poderá ser dispensado sem justa causa no período de 12 meses após o fim do auxílio-doença.¹⁴

Entretanto, necessário ponderar que pela Resolução 2.297/2021 do Conselho Federal de Medicina- CFM¹⁵ determina que o médico assistente, ou seja, o que trata seus pacientes está proibido de estabelecer o nexos causal entre algum transtorno de saúde e o trabalho, a não ser que ele detenha **um profundo conhecimento do ambiente laboral**. Mas na prática essa situação ocorreria se um médico assistente especializado em psiquiatria quisesse atestar que o seu paciente está com *Burnout*, **podrá** fazê-lo, desde que antes de fechar o diagnóstico, siga alguns passos, a saber:

1 – cria o Burnout como entidade clínica, uma vez que produzirá um documento médico;

2 - deverá descartar as doenças mentais que possam justificar o que o paciente está apresentado, de acordo como que estabelece a própria CID-11;

3 – realize estudo do local e organização do trabalho e conheça todos os riscos existentes no ambiente laboral;

4 - estude os casos semelhantes e demais dados epidemiológicos da empresa ou da organização da qual o paciente faz parte.

Frisamos que, nos casos de não terem sido cumpridas todas as etapas, a qualificação do *Burnout* **não** estará de acordo com a nova classificação trazida pela CID-11. O diagnóstico sem o cumprimento de todas

¹⁴ Disponível em <https://jrs.digital/2022/02/10/mais-da-metade-dos-trabalhadores-brasileiros-tiveram-sintomas-de-burnout-em-2021/>, Acesso em 13.02.2022.

¹⁵ Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.297-de-5-de-agosto-de-2021-338989320>. Acesso em 16.02.2022

as etapas poderá configurar a prática de infração ética do médico nos termos da Resolução 2.297/21 do CFM.¹⁶

Contudo, algumas importantes indagações surgem, como por exemplo, estudantes podem desenvolver a Síndrome de *Burnout*? E os que estão em busca de uma recolocação no mercado de trabalho? E os que abusam do uso de jogos ou meios de diversão/diversão como celulares; uso de álcool?

Necessária também uma importante reflexão sobre os avanços tecnológicos, pois vivenciamos a realidade de trabalho num ambiente totalmente virtual chamado de *metaverso*¹⁷ no qual, é necessário estar conectado a equipamentos para a iteração virtual, onde serão utilizadas as determinações designadas pelo detentor da tecnologia. Assim podemos concluir que a hiperconexão e a falta do contato humano nessas relações possam levar ao aparecimento da Síndrome de Burnout ou mesmo de outros transtornos ou adoecimentos.

As alegações de adoecimento psíquico nas demandas trabalhistas

Em face do adoecimento durante o contrato do trabalho ou até depois, busca o trabalhador em ações judiciais ressarcimento financeiro em face do dano decorrente, (inclusive psíquico), apontando para o trabalho ou o seu ambiente a origem do sofrimento. Em grande parte das ações, existe apenas o pedido de reparação financeira. Raramente são in-

16 Disponível em <https://www.facebook.com/100000428215053/videos/2906693712953868>, acesso em 16.02.2022.

17 *Metaverso é a terminologia utilizada para indicar um tipo de mundo virtual que tenta replicar a realidade através de dispositivos digitais. É um espaço coletivo e virtual compartilhado, constituído pela soma de “realidade virtual”, “realidade aumentada” e “Internet”. – Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Metaverso>. Acesso em 22.02.2022.*

cluídos pedidos para tratamentos psicológicos ou psiquiátricos, custeio de medicamentos, etc. Assim, faz-se necessária uma mudança de paradigma dos pedidos em ações judiciais, pois em nada adianta obter a parte financeira, se essa não vai ser utilizada para o efetivo reparo do adoecimento mental e devolução da plena capacidade laboral.

Considerando-se os limites técnicos do magistrado nas áreas da Medicina e da Psicologia, impulsionado pela obrigação de ofício de decidir sobre a caracterização donexo causal ou não do adoecimento psicológico do empregado, necessária a utilização e do recurso técnico, ou seja, a realização de perícia por *expert* com o objetivo de trazer a lume assuntos que estão relacionados com o adoecimento alegado. Os estudos a serem realizados por profissionais das áreas de Psiquiatria e Psicologia estão incluídas nessas necessidades, sendo bastante difícil a disponibilidade de peritos com essas expertises nos quadros de peritos cadastrados junto aos tribunais regionais. Embora a avaliação pericial tenha se destacado na Lei 13.103/2015, essa dificuldade de encontrar peritos médicos ficou ainda mais presente. Tendo em vista as questões de disponibilidade orçamentária para pagamento dos honorários em face do elevado número de concessão de benefícios da gratuidade da justiça. Outro fato é o baixo valor dos honorários periciais fixados nas demandas, e com isso, muitos profissionais gabaritados e especializados, optam por não se cadastrarem como peritos, pois além da remuneração não ser atrativa, o tempo gasto na realização das perícias e resposta de um número ilimitado de quesitos, e em alguns casos, problemas com advogados e com assistentes técnicos não médicos que querem participar do ato pericial médico, tem esvaziado cada vez mais os quadros de peritos habilitados. Frisamos que, no artigo 156, prevê que o juiz **será** assistido (note-se o comando afirmativo “será” e não “poderá”) por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, contudo, não havendo peritos que aceitem o encargo, os processos ficam parados, impactando nos prazos e metas da unidade judicial.

Ressaltamos ser necessária a soma e análise das várias provas, pois a perícia, nem sempre tem caráter conclusivo quanto à origem do adoecimento, vez que a Psicologia e a Medicina não são ciências exatas. Ademais, não há como divisar o “ser humano profissional” e o “ser humano pessoal”. Somos unos e indivisíveis e o adoecimento, atinge a mente, o corpo e os sentimentos como um todo.

A distância entre os motivos do adoecimento psíquico e o momento entre a realização de perícia é bastante relevante e muitas vezes consistem num obstáculo para as conclusões periciais. Muitas vezes é constatado o sofrimento, mas não há como se precisar sua origem ou momento de deflagração.

Outro fato interessante a frisar é que, muitas pessoas com problemas de ordem mental, não sabem identificar os sintomas e não procuram a ajuda profissional ao longo da duração de um contrato e, assim sendo, não há um histórico do adoecimento, o que não quer dizer que ele não tivesse se instalado há tempos.

Considerações reflexivas

Salientamos que além do que tudo que foi mencionado, outros fatores contribuem para o surgimento da Síndrome de *Burnout* no ambiente de trabalho, tais como: (1) cultura organizacional nociva; (2) falta de suporte dos gestores às equipes; (3) dificuldades de comunicação; e (4) desvalorização das atividades e cobranças excessivas.

Para os empregadores, a inclusão da Síndrome de *Burnout* na CID-11 deverá trazer uma reflexão acerca dos modelos de gestão de pessoas aplicados no negócio e o abandono de algumas rotinas tóxicas. Portanto, tornou-se mais importante dar atenção ao *employee experience*, que é a experiência do empregado/colaborador durante o período de relacionamento com a organização e até mesmo deverá se cercar de cuidados

para uma efetiva garantia do tempo de descanso, trazendo normas rígidas de conduta com o fito de garantir o direito à desconexão, o respeito às momentos de repouso. Também deverão adotar uma rígida rotina de avaliação de saúde, incluindo nas mesmas, os necessários exames e aplicação de testes para avaliar como anda a saúde mental dos empregados, sobretudo dos que ocupam funções de gestores.

As questões da ética nas relações humanas impõe uma nova ordem sobre a prevenção do adoecimento se impõe, através de técnicas possíveis, buscando colocar o trabalhador no lugar que se adeque à sua estrutura de personalidade.

Contudo, em meio a uma crise econômica com inflação e insegurança nos mercados nacional e internacional, além de elevadíssimo nível de desemprego, vemos as pessoas aceitarem contratações para a mera sobrevivência, sem analisarem o nível de estresse do ambiente ao qual estarão submetidas, sem avaliarem a satisfação pessoal e a dignidade que esse trabalho poderá trazer a sua vida. Agarram-se a oportunidade que aparece, pois, é melhor estar “empregado” e garantir o sustento, do que manter-se nas longas filas de procura por uma atividade remunerada.

Entretanto, o investimento na qualidade de vida dos trabalhadores perpassa por muitos vieses, sendo importantíssimo que o trabalhador seja visto como participante ativo do processo de manutenção da sua própria saúde mental, apresentando melhor regulação emocional, satisfação pessoal no desempenho das tarefas, e por fim um sentimento de propósito de vida a seguir.

Referências Bibliográficas:

MACHADO, Leonardo; Matsumoto, Lina Sue. Psicologia positiva e psiquiatria positiva: a ciência da felicidade na prática clínica. 1.ed. – Barueri(SP): Manole,2020;16:187-197

MASLACH C, Jackson SE. The measurement of experienced burnout. *Journal of Occupational Behavior* 1981; 2:99-113.

MENDANHA, Marcos Henrique, especialista em Medicina Legal e Perícias Médicas, advogado especialista em Direito e Processo do Trabalho, artigo publicado em 27.04.22 – disponível em <https://www.saudeocupacional.org/2022/04/26150.html>. Acesso em 05.07.2022.

ROSENMAN RH, Friedman M, Strauss R. Coronary heart disease in the western collaborative group study. A follow-up experience of 4,5 years. *J Chronic Dis.* 1970; 23(3):173-90

SANTOS, Vitor Maia. Síndrome de Burnout e os fatores associados à saúde mental trabalho: Uma revisão da literatura, 2013. Fls 67-V livro 5. Trabalho de Conclusão de Curso – Centro Universitário de Anápolis, Anápolis, 2013

SAULTZ J. Burnout. *Fam Med.* 2020; 52(1):5-7. doi:10.22454 e doi:10.22454/FamMed.2020.598170

YATES SW. Physician Stress and Burnout. *Am J Med.* 2020;133(2):160-164. doi:10.1016/j.amjmed.2019.08.034 .

6

A discriminação baseada no *status* familiar e a proteção do trabalhador

Carolina Ferreira Trevizani

Juíza do Trabalho do TRT da 1ª Região. Especialização em Direito Administrativo pela Faculdade Cândido Mendes - UCAM.

RESUMO

O presente estudo pretende demonstrar que, muito embora exista distinguida legislação nacional proibindo a prática de condutas discriminatórias nas relações de trabalho tendo como fundamento, além de outros quesitos, a situação familiar do trabalhador, persiste ruidosa parcela da sociedade com encargos familiares sofrendo os impactos da rigidez nas relações de trabalho e promovendo, cada vez mais, demandas perante o Poder Judiciário pela busca de maior maleabilidade. O estudo busca, ainda, aprofundar a pesquisa a respeito dos meios de coerção da discriminação fundamentada nas obrigações familiares do trabalhador e encontrar soluções viáveis para enfrentamento do tema e a proteção do trabalhador.

Palavras-chave: Discriminação; Trabalhador; Encargos familiares; Minorias.

Introdução

A discriminação relacionada ao *status* familiar ou às obrigações familiares dos trabalhadores está presente em inúmeras decisões no âmbito das relações de trabalho. As contratações, as promoções, os retornos de licenças maternidade, as deliberações a respeito do trabalho em *home office*, entre outras resoluções, são muitas vezes tomadas com base na situação familiar, ou melhor, na disponibilidade de cada trabalhador em decorrência de seus encargos familiares. O número de casos de discriminação vinculada ao *status* familiar do trabalhador vem crescendo gradualmente ao longo dos anos como impacto do aumento da força de trabalho, tendo considerável agravamento com a pandemia de Covid-19, quando os encargos familiares passaram a assumir inegável papel de destaque, demandando a necessidade de ajustes com maior flexibilidade nos ambientes de trabalho.

A discriminação baseada nos encargos familiares dos trabalhadores ocorre quando um empregado sofre uma ação adversa advinda do seu empregador com base em um preconceito sobre como trabalhadores com obrigações familiares – seja em relação a crianças, parentes idosos ou doentes - agem ou deveriam agir sem a realização de uma investigação a respeito do seu efetivo desempenho profissional ou preferências.

Também há discriminação, em sua vertente indireta, quando o trabalhador é tratado de forma igualitária ou aparentemente neutra, ao passo que, em verdade, deveria ter sua realidade analisada de forma específica em virtude de sua situação familiar particular, gerando impactos desproporcionais em sua esfera jurídica.

As práticas discriminatórias em consequência do *status* familiar operam de maneira perversa ao atingir violentamente parte da sociedade que mais necessita de rede de apoio, composta preponderantemente por minorias como cuidadores de pessoas com deficiência física, famílias negras ou LGBTQIA+, pais ou mães solos. A ausência de flexibilidade e

compreensão no ambiente de trabalho com relação aos encargos destes trabalhadores pode conduzir famílias inteiras à derradeira vulnerabilidade financeira e social.

Sem prejuízo deste enfoque, é certo que os papéis que desempenhamos como membros de uma família representam uma influência crucial no bem-estar e na qualidade de vida. Estudos do bem-estar subjetivo em diferentes países salientam a influência da estrutura familiar e da participação no contexto familiar na percepção do bem-estar global da população em geral.

Muito embora haja considerável diversidade e multiplicidade de contextos familiares nas sociedades contemporâneas, as famílias ainda desempenham um papel fundamental no desenvolvimento humano. É no contexto familiar que ocorrem as primeiras experiências, os primeiros vínculos emocionais e as primeiras relações sociais, originando um sistema social responsável pela transmissão de valores, crenças, ideias e significados que estão presentes na sociedade.

O pressuposto deste breve artigo, portanto, é demonstrar que a discriminação baseada nos encargos familiares dos trabalhadores não apenas conduz as suas famílias à situação de extrema vulnerabilidade social e financeira, mas também atinge transversalmente as gerações futuras de uma sociedade no seu aspecto externo de socialização, acomodação e transmissão de uma cultura interiorizada por valores.

A segunda parte deste estudo é sobre a forma de reprimir e reparar a discriminação baseada nos encargos familiares empregando a adaptação razoável, um conceito introduzido em nosso ordenamento jurídico pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e que há vem sendo aplicado pela jurisprudência trabalhista.

Por fim, o trabalho se assenta também na pretensão de estimular o debate sobre um tema pouco apreciado pela doutrina jurídica nacional,

o que deixa a regulamentação legislativa e a prática jurisdicional sem balizas constitucionais determinadas para fomentar a mudança de paradigmas e a erradicação desta espécie de discriminação, que na imensa maioria das vezes opera de forma velada.

Aumento significativo de casos de discriminação baseada no *status* familiar

A quantidade de relatos de casos de discriminação ligada à situação familiar dos trabalhadores vem crescendo progressivamente ao longo dos anos por inúmeros fatores, e vem encontrando terreno fértil especialmente com a crise da pandemia de Covid-19. A necessidade de cuidado com a família, que antes costumava ser ocultada ou menosprezada, passou por uma dramática reviravolta, passando a figurar em papel de destaque no mundo do trabalho com a ampliação da utilização do *home office*.

Estima-se, ainda, segundo estudo publicado pela revista *The Lancet*¹ em 31 de julho de 2021, que a pandemia de Covid-19 tenha deixado cerca de 1,5 milhão de crianças órfãs em todo o mundo. No Brasil, são mais de 130 mil crianças de até 17 anos que perderam algum parente responsável pela sua criação.

A situação denominada pela Organização Mundial da Saúde como “pandemia oculta” agrava notadamente o cenário familiar, gerando maiores obrigações e responsabilidades aos cuidadores destas crianças.

É premissa básica contemporânea de que aproximadamente todas as pessoas integradas mundo do trabalho, em algum ponto de suas carreiras, se tornarão cuidadoras, seja em relação a encargos relativos ao cuidado de crianças ou de parentes idosos ou doentes.

1 [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(21\)01253-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)01253-8/fulltext)

Para algumas famílias a questão principal não envolve apenas os deveres familiares de cuidar em si, mas também as dificuldades enfrentadas em virtude das barreiras contínuas à inclusão na comunidade, por exemplo, das pessoas com deficiência, das mães ou pais solo, famílias negras ou LGBTQIA+, entre outras minorias, assim notadas por diferentes aspectos (racial, de gênero, sexual). Estudos revelam que estes trabalhadores são mais propensos a recusar o trabalho em horas extraordinárias, reduzir suas horas de trabalho e recusar promoções.

As mulheres, por sua vez, continuam a fornecer a maior parte dos cuidados em nossa sociedade. As mulheres dedicam mais tempo às atividades de cuidado e são mais propensas a ter responsabilidade primária pelos encargos familiares, e a falta de um ambiente receptivo e flexível às demandas familiares é um obstáculo significativo ao alcance do seu pleno potencial².

Segundo o marco teórico denominado paradigma do reconhecimento, uma sociedade com concretas pretensões emancipatórias deve ser apta a incorporar na maior medida possível as reivindicações de grupos historicamente excluídos da esfera pública, permitindo a sua maior participação e senso de real pertencimento ao empreendimento coletivo.

De acordo com esta interpretação democrática do princípio da igualdade, a efetiva superação da injustiça demanda o desmantelamento de obstáculos institucionalizados que impedem algumas pessoas de participarem em pé de igualdade com outras como parceiros plenos na interação social (Fraser, 2007).

2 O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) divulgou, no final de 2019, que, dos mais de 6 milhões de brasileiros que se dedicam ao trabalho doméstico, 92% são mulheres, em sua maioria negras (63% do total), de baixa escolaridade e oriundas de famílias de baixa renda. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2528.pdf. Acesso em: 07 de julho de 2022.

Neste diapasão, a negação do reconhecimento provoca nos indivíduos e grupos pertencentes às minorias não apenas danos internos, com base na perspectiva de identidade e na autocompreensão a que as pessoas têm de si mesmas, mas também danos externos, pois impedem a sociedade de evoluir com a participação destes grupos como membros plenos da comunidade, cada qual buscando seus projetos de evolução.

Nesta mesma perspectiva, as minorias tendem a internalizar as identidades impostas e degradantes que o discurso hegemônico atribui a eles, transformando a autodepreciação em um poderoso instrumento de opressão. O reconhecimento errôneo, portanto, não atinge somente o aspecto da ausência do devido respeito, mas também aprisiona suas vítimas em um atrofiante ódio por si mesmas (Taylor, 2000).

A opressão e a dominação, em um círculo vicioso, acabam por gerar a exclusão social e a inviabilização de grupos e demandas, cuja exclusão normalmente está vinculada à atribuição de estigmas, afastando ou minimizando a sua condição humana no aspecto de negação de direitos. Tal negação, por sua vez, é refletida pela ausência de reação moral ou política por parte dos mais privilegiados e dos agentes públicos quando há sofrimento humano destes segmentos da sociedade.

No contexto de busca pela criação de um projeto democrático de sociedade, é insofismável que a visão e a expectativa dos empregadores e da sociedade em geral a respeito dos trabalhadores e seus encargos familiares carece de imperiosa modernização, o que justifica uma postura ativa do Estado no reconhecimento das particularidades dos grupos historicamente oprimidos, bem como na aplicação adequada de dispositivos jurídicos já existentes e na adoção de ações afirmativas que contribuam para afastar a subordinação e opressão a que estão sujeitos.

A proteção legalmente prevista

No Brasil, a igualdade de tratamento em sua concepção material ou substancial é direito fundamental previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, e preceitua que, na trajetória para alcançar a efetividade deste princípio, é imprescindível desapegar da concepção formalística de igualdade e passar a considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade, cuidando de maneira dessemelhante as situações desiguais. A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por sua vez, prescreve que o princípio em comento não se limita somente ao raio de ação das relações políticas, entre governantes e governados, mas incide também em outras esferas e relações entre particulares, obrigando a todos.

A respeito do tema apresentado, a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, prevê expressamente a proibição de qualquer prática discriminatória para acesso ou ascensão na relação de trabalho, apontando nomeadamente a situação familiar do trabalhador como motivo ensejador da conduta ilícita, e estabelecendo sanções civis e criminais. A referida lei fixa que, nos casos de rompimento da relação por ato discriminatório, o empregado poderá optar pela reintegração com ressarcimento integral do período de afastamento ou a percepção em dobro da remuneração correspondente ao afastamento.

Nos casos em que os compromissos familiares envolvem o cuidado com pessoa com deficiência, o **Estatuto da Pessoa com Deficiência**, a Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, garante o direito às adaptações razoáveis, com a realização de ajustes necessários e adequados concretizados a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer todos os direitos e liberdades fundamentais, o que muitas vezes só se pode concluir com a presença efetiva do seu cuidador, tornando possível adotar as referidas adaptações também aos seus contratos de trabalho. Neste mesmo sentido, a **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)**, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006 e chancelada pelo Congresso

Nacional com *status* de emenda constitucional pelo Decreto Legislativo nº 186/2008.

No âmbito da Administração Pública Direta, a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais foi alterada em 2016 para prever a possibilidade de servidores com cônjuge, filho ou dependente com deficiência física tenham horário especial, independentemente da necessidade de compensação.

Conquanto o assentamento dos sobreditos marcos legais e constitucionais, além de outros que abordam a questão ainda que indiretamente, seja de relevância indiscutível, a legislação nacional ainda carece de balizas que efetivamente incentivem a mudança de paradigmas e a erradicação desta espécie de discriminação no mundo do trabalho.

A discriminação no Direito Internacional e no Direito Comparado

No campo do Direito do Trabalho nacional são escassos os estudos envolvendo a problemática da discriminação dos trabalhadores fundamentada no *status* familiar.

A Convenção 156 da Organização Internacional do Trabalho, conquanto não ratificada pelo Brasil, versa sobre igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores homens e mulheres com encargos familiares, fazendo expressa alusão, para o atingimento de efetiva igualdade, à necessidade do estabelecimento de políticas nacionais que proporcionem condições às pessoas com encargos de família alcançarem o mercado de trabalho sem sofrer qualquer espécie de discriminação direta ou indireta. Sabendo-se que a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação foi alçada a princípio fundamental pela OIT na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho,

ainda que não haja ratificação da sobredita convenção, os Estados-Membros têm o compromisso de respeitá-la, promovê-la e torná-la realidade (item 2, alínea “d”).

No Canadá, por sua vez, a Comissão de Direitos de Humanos de Ontario elaborou um relatório aprovado desde 29 de novembro de 2006 e denominado “*The cost of caring: Report on the consultation on discrimination on the basis of Family status*”, que concluiu com a recomendação de uma alteração legislativa para propiciar a inclusão de uma gama maior de relacionamentos familiares que reflita melhor a família atual e as responsabilidades pelos cuidados demandados, além de uma ampliação de projetos sociais com o fito de conscientizar a população em geral, assim como empregadores, prestadores e tomadores de serviços³.

Nos EUA, a *family responsibilities discrimination* (FRD) não está prevista explicitamente em nenhuma lei federal, no entanto, consta indiretamente de inúmeras proteções federais, como, por exemplo, o Título VII do *Civil Right Act*, que expressamente suprime qualquer espécie de discriminação relacionada ao gênero, raça, cor, religião e nacionalidade, sendo precursora no que se refere à igualdade de oportunidades e não discriminação no emprego, influenciando diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

No maior caso de ação coletiva envolvendo discriminação pelos encargos familiares dos trabalhadores, o caso *Velez v. Norvatis Pharmaceuticals Co.*, (S.D.N.Y. 2010), as partes firmaram acordo de 175 milhões de dólares de indenização punitiva, pelas práticas de discriminação envolvendo pagamentos, promoções e gravidez, permanecendo a empresa responsável pelo implemento de práticas que promovam a igualdade de oportunidades no emprego, com alterações nas políticas de promoção e manutenção do emprego, além de maior acompanhamento das investigações de denúncias, entre outras condutas. O precedente teve ampla re-

3 A previsão da discriminação baseada na situação familiar foi incluída no Código de Direitos Humanos de Ontário em 1982.

percussão, passando a ser adotado como referência por diversas agências norte-americanas, tendo significativa atuação sobre o tema.

Mais recentemente, o *Families First Coronavirus Response Act* (FFCRA) foi promulgado para atender às necessidades dos pais que trabalham durante a pandemia, fornecendo até 12 (doze) semanas de licença parcialmente remunerada para os casos em que a escola ou o cuidador da criança não estejam disponíveis em razão do coronavírus. A lei também permite que os trabalhadores tirem 2 (duas) semanas de licença para cuidar de outra pessoa que foi aconselhada a realizar quarentena, impulsionando enorme evolução a respeito da previsão de hipóteses de afastamento remunerado no país.

O direito à adaptação razoável

A adaptação razoável corresponde a todas as modificações, ajustes, amoldamentos e flexibilizações que podem ser efetuadas no ambiente material e normativo no qual é pleiteada, mediante o emprego das mais diversas técnicas, como o emprego de tecnologias, revisão de procedimentos, horário e local de trabalho, forma de realização de tarefas, entre outros. Acontece normalmente para excepcionar ou flexibilizar um ato normativo geral, ou regras gerais entre particulares, que concebem desigualdades a determinado grupo de pessoas, na medida da singularidade dos obstáculos que enfrentam.

Como já explanado anteriormente, o direito à acomodação razoável surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)**, que é parte formal da Constituição brasileira, no entanto, os seus titulares não são apenas as pessoas com deficiência, havendo considerável assentimento a respeito da inclusão também de seus cuidadores primários e de outros grupos historicamente marginalizados.

No que concerne à interpretação da palavra razoável, viu-se que a concepção mais ampla, a adotada pela Corte canadense, com conotação de todos os esforços possíveis para adaptar até o limite do ônus indevido, é a que melhor se amolda à questão.

Por sua vez, o ônus indevido é a defesa que permite que o sujeito passivo deixe de acomodar quando submetido a incumbências injustas, o que será definido caso a caso, observada a premissa de que ônus sempre existirão, eles apenas não podem ser indevidos. Para tal arbitramento, Letícia Martel (2011) propõe ser necessária a análise de dois fatores relevantes, sendo o primeiro deles a finalidade da medida geral que se pretende excepcionar por meio da adaptação. Se o objetivo da medida geral foi frustrado de forma contundente, o ônus será indevido. O segundo fator é a comparação minuciosa entre custos e benefícios, observadas as atenuações e contrapartidas garantidas a quem acomoda, que podem vir por meio de incentivos e imunidades estatais ou até por *marketing* de responsabilidade social.

Por fim, são sujeitos passivos o Estado em todas as suas ramificações e os particulares, como impacto da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e podem comportar concessões mútuas entre as partes.

Jurisprudência recente enfrentando o tema

Paulatinamente o judiciário vem sendo acionado para responder a demandas envolvendo as obrigações familiares de trabalhadores e a necessidade de flexibilização de seus contratos de trabalho, revelando um necessário estabelecimento de regras e incentivos para a resolução da questão.

De modo recente, a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho deferiu a possibilidade de adaptação razoável da jornada de uma fonoau-

dióloga da Universidade de São Paulo, mãe de uma menina que necessita de cuidados especiais com Síndrome de Down e disfunção na bexiga⁴. A Corte concluiu que a necessidade de acomodação por meio de ajustes necessários ao contrato de trabalho, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer plenamente os direitos e liberdades fundamentais, também alcança os cuidadores.

Nesta mesma esteira, e com o fito de promover o ajuste de ambientes de trabalho às situações das famílias e de reconhecer que o acompanhamento da família é indispensável ao desenvolvimento pleno da criança, a 8ª Turma do Tribunal Regional da 3ª Região determinou a reintegração de uma trabalhadora dispensada sob a alegação de desídia, considerando justificadas as suas faltas decorrentes da necessidade de cuidar de seu filho diagnosticado com TEA – Transtorno do Espectro Autista. Na ocasião, o acordão concedeu, ainda, a redução da carga horária em 25% (vinte e cinco por cento) sem o prejuízo da remuneração mensal pelo prazo de 1 (um) ano, fundamentado nas disposições contidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência⁵.

Em igual sentido, 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho acolheu a tese de que as faltas cometidas por uma auxiliar de produção da Kromberg e Schubert do Brasil Ltda. foram justificadas pela ausência de local adequado para a amamentação de sua filha de 6 (seis) meses, revertendo, assim, a justa causa que lhe foi aplicada pelo empregador⁶.

A Justiça do Trabalho, por meio de decisão prolatada pelo juiz titular da 2ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul, garantiu à mãe de uma

4 TST, RR 10409-87.2018.5.15.0090, 3ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, j. 02.06.2021, publicação: 07.06.2021.

5 TRT da 3ª Região, RO 0010180-58.2019.5.03.0145, 8ª Turma, Rel. Des. Ana Maria Amorim Rebouças, publicação: 16.10.2020.

6 TST, AIRR 1180-78.2019.5.12.0017, 2ª Turma, Rel. Min. Delaíde Alves Miranda Arantes, j. 10.03.2021, publicação: 12.03.2021.

criança autista, funcionária dos Correios, o trabalho em regime de *home office* até que as aulas presenciais da educação infantil de sua cidade, interrompidas em virtude da pandemia de Covid-19, fossem retomadas⁷.

Foi ponderando as barreiras à efetividade da proteção a estes grupos e minorias, que, como já apontado, é composto em sua maioria por mulheres, que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 128, de 15 de fevereiro de 2022, em que sugere a adoção do **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**⁸, instituído pela Portaria 27/2021, em que orienta a magistratura a compreender a perspectiva de gênero com o fito de superar estereótipos e preconceitos em seus julgamentos.

Fundamentado neste documento, a juíza Andrea Cristina de Souza Haus Waldrigues da 3ª Vara do Trabalho de Lages (SC) concedeu a segurança para garantir a adaptação razoável e a redução da carga horária de uma trabalhadora para poder acompanhar o tratamento do seu filho de 9 (nove) anos, portador de deficiência⁹.

Não obstante a jurisprudência venha reconhecendo o dever de cooperação entre os partícipes na situação de discriminação baseada nos encargos familiares, além de aglutinar esforços para reduzir os impactos das desigualdades históricas por meio do julgamento com perspectiva de gênero, é certo que ainda há espaço para evolução de todo o processo de análise das questões que surgirão, especialmente com a adoção de posturas que propiciem a maior interação entre as partes envolvidas, com concessões mútuas, e distanciando-se de um modelo centrado na atividade judicante.

7 <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/328151>

8 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>

9 TRT da 12ª Região, MS 0001165-09.2021.5.12.0060, Juíza Andrea Cristina de Souza Haus Waldrigues, publicação em 21.02.2022.

Conclusão

A discriminação baseada nas responsabilidades familiares engendra desafios e barreiras superiores aos sofridos pelos demais trabalhadores, gerando impacto particularmente prejudicial aos mais vulneráveis, permeando a pobreza e a exclusão econômica e social ao longo de anos. A busca por uma sociedade plural deve se orientar pela trajetória do reconhecimento e da promoção das minorias para superação da opressão e dominação a que estão historicamente submetidas.

É responsabilidade de toda a sociedade assegurar o pleno exercício de direitos também a estes grupos de trabalhadores, aperfeiçoando o direito à igualdade de tratamento por meio de políticas públicas de alcance abrangente que promovam um ambiente de trabalho mais flexível de modo a abrigar as diversidades e, em última medida, por intermédio de uma maior pacificação social com a prolação de sentenças que promovam adequadamente a acomodação às suas necessidades.

A adaptação razoável surge, portanto, como um importante mecanismo de resistência à prática de discriminação no ambiente de trabalho e de proteção aos trabalhadores com encargos familiares, que pode ser exigida de imediato, independentemente da atuação legislativa, embora esta seja desejável, em face do Poder Público e de particulares.

Por fim, conquanto se anseie por um modelo de resolução de conflitos dissociado do caráter juriscêntrico, em que o juiz é visto como principal agente de aplicação da lei, é certo que a jurisprudência trabalhista vem demonstrando significativa evolução no desenvolvimento do tema, adotando o direito à adaptação razoável e o julgamento com perspectiva de gênero em inúmeros exemplos apresentados.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BISOM-RAPP, Susan; SARGEANT, Malcom. *Lifetime disadvantage, discrimination and the gendered workforce*. New York: Cambridge University Press, 2016.

CALVERT, Cynthia Thomas. *Caregivers in the Workplace: Family Responsibilities Discrimination Litigation Update 2016*. San Francisco, CA: Center for WorkLife Law, 2016. Disponível em: <https://worklifelaw.org/publications/Caregivers-in-the-Workplace-FRD-update-2016.pdf>. Acesso em: 06.09.2021.

CALVERT, Cynthia Thomas. *Protecting Parents During Covid-19: State and Local FRD Laws Prohibit Discrimination at Work*. San Francisco, CA: Center for WorkLife Law, 2020. Disponível em: <https://worklifelaw.org/wp-content/uploads/2020/11/Protecting-Parents-During-Covid-19-State-and-Local-FRD-Laws.pdf>. Acesso em: 06.09.2021.

CORBO, Wallace. *O Direito à Adaptação Razoável e a Teoria da Discriminação Indireta: uma proposta metodológica*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ – Rio de Janeiro, n. 34, Dez. 2018.

FERRITO, Bárbara. *Direito e desigualdade: uma análise da discriminação das mulheres no mercado de trabalho a partir dos usos dos tempos*. São Paulo: Ltr, 2021.

FRASER, Nancy. *A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação*. Centro de Estudos Sociais, 2002. Disponível em: <https://docente.ifrn.edu.br>. Acesso em 12.07.2022.

LOPES, Otávio Brito. Minorias, discriminação no trabalho e ação afirmativa judicial, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 76, n. 4, out./dez. 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/18841>. Acesso em: 30.10.2020.

MARTEL, L. D. C. V. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 8, n. 14, jun. 2011.

OIT BRASÍLIA. *Relatório Mundial sobre Proteção Social 2020-22: A proteção social numa encruzilhada – em busca de um futuro melhor*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_818361/lang-pt/index.htm. Acesso em: 06.09.2021.

ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION. *The cost of caring: Report on the consultation of discrimination on the basis of family status*. Disponível em: <http://www.ohrc.on.ca/en/cost-caring-report-consultation-discrimination-basis-family-status>. Acesso em 06.09.2021.

SULLIVAN, Charles A.; ZIMMER, Michael J. *Cases and materials on Employment Discrimination*. 8 ed. New York: Wolters Kluwer, 2013.

SUNSTEIN, Cass. *The second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. 1. ed. New York: Basic Books, 2006.

TAYLOR, Charles. *A política do reconhecimento*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

ZANDONAI, Camila Dozza. Discriminação indireta e o estudo da teoria do impacto desproporcional nas relações de trabalho. *Revista da Escola Judicial do TRT4*, v. 1, n. 2, p. 91-117, jul./dez. 2019.

7

A prova testemunhal no Processo do Trabalho na era da prova digital

Clarissa Souza Polizeli

Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 1ª Região. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRJ. Mestre em Direito da Cidade pela UERJ. Especialista em Direito Processual Civil e Processual do Trabalho.

RESUMO

A utilização da prova testemunhal no Processo do Trabalho, hoje ainda regra nas lides trabalhistas, tende a cair em desuso diante dos novos meios de prova acessíveis às partes, que podem vir a revelar a verdade real, em detrimento da meramente formal, como medida de justiça. A falibilidade da prova testemunhal deve estimular o Judiciário a buscar a verdade real através das provas digitais, conforme preconiza o art. 765 da CLT, utilizando-se para tanto da ampla tecnologia hoje disponível, a fim de que o Processo do Trabalho não seja instrumento de enriquecimento sem causa de qualquer das partes. A complexidade das causas demanda provas idôneas, objetivas e seguras, sem prejuízo da produção de prova oral quando realmente necessária.

Palavras-chave: prova testemunhal, provas digitais, verdade real.

Atualmente, com a maior aproximação entre o Processo Civil e o Processo do Trabalho, este passa a ter uma vertente mais documental, sendo cada vez menos utilizada a oralidade e a concentração dos atos em audiência, princípios antes informadores do Processo do Trabalho, que cada vez mais deixa de lado sua simplicidade e informalidade.

O processo judicial eletrônico impulsiona esse distanciamento das origens do Processo do Trabalho, pela dificuldade de acesso do trabalhador ao processo, que na prática se vê impossibilitado de utilizar o *jus postulandi* ainda previsto na CLT, não mais subsistindo a ideia original de o trabalhador ir reclamar seus direitos diretamente na Secretaria da Vara.

Os processos trabalhistas atualmente são em grande parte extremamente complexos, constituindo muitos deles causas com valores milionários, patrocinados por grandes escritórios de advocacia, especializados em lides trabalhistas.

Não obstante sua complexidade, hoje ainda há inúmeros processos na Justiça do Trabalho decididos exclusivamente com base em prova testemunhal, a qual, embora inspire pouca confiança, sempre teve grande relevância nos processos trabalhistas, já que era comum que não houvesse qualquer documentação dos fatos ocorridos, diante da realidade vivenciada pelos trabalhadores hipossuficientes.

Mesmo em tempos modernos, grande parte dos processos são definidos pelas afirmações de testemunhas sobre o que viram e viveram nas práticas laborais. Com base na primazia da realidade sobre a forma, não raramente são descartados controles de ponto e recibos de pagamento apontados como inidôneos pelas testemunhas, pedidos de demissão sob alegação de coação, etc, resultando muitas vezes em condenações injustas em valores exorbitantes, fruto da falsidade em depoimentos de testemunhas que deveriam estar comprometidas com a verdade.

Essa realidade tende a mudar, já que a modernidade tem proporcionado outros meios de prova, antes não cogitados, e que hoje são acessíveis a todos, até mesmo ao trabalhador hipossuficiente, enfraquecendo assim a resolução da lide exclusivamente com base em prova testemunhal.

Assim, atualmente é possível que conversas de WhatsApp, áudios, vídeos, fotos, extratos bancários, conversas em redes sociais, extratos de utilização de Vale-Transporte eletrônico, relatório de utilização de serviços de taxi e *uber*, relatórios de geolocalização, etc. definam o rumo do processo, tornando prescindível prova testemunhal para comprovar os fatos alegados, devendo a prova documental – se reconhecida sua idoneidade – prevalecer sobre a testemunhal para demonstrar as circunstâncias fáticas daquele contrato de trabalho havido entre as partes.

Não é demais lembrar que o CPC, em seu artigo 443, estabelece a possibilidade de indeferimento da inquirição de testemunhas sobre fatos já provados por documento ou confissão da parte ou que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

Nos dias atuais é de se estranhar, por exemplo, um pedido de vínculo empregatício de vários anos em que o trabalhador não traz qualquer documentação na inicial acerca da prestação de serviços, alegando que recebia em espécie, e que, diante da negativa da Ré da prestação de serviços, traga o Autor uma única testemunha com vistas a comprovar tal vínculo, quando poderia ter juntado aos autos outros meios de provas.

A prova testemunhal, dada a pouca confiabilidade que inspira, tende a cair em desuso cada vez mais, em razão da utilização pelos Juízes de outros meios de prova. A partir do momento em que o Direito do Trabalho se torna denso, complexo, não mais se limitando aos direitos previstos no art. 7º da Constituição Federal de 1988, mas trazendo um feixe de direitos previstos em inúmeras fontes, é de se exigir que haja a comprovação dos fatos de forma justa, isonômica, com observância ao contraditório e com precisão que reflita a realidade.

Embora não haja no ordenamento jurídico pátrio hierarquia entre os diversos meios de prova, a prova testemunhal sempre foi tida como a “prostituta” das provas, em comparação à confissão real, considerada a “rainha das provas”, já que não raras vezes as testemunhas compromissadas não demonstram credibilidade ou faltam com a verdade em Juízo, muitas vezes em conluio com a parte.

É certo que não subsiste no sistema do livre convencimento motivado a máxima do *testis unus testis nullus*, pela qual o testemunho de uma única pessoa seria ineficaz como prova do fato. Hoje o julgador leva em conta a credibilidade, e não o número de testemunhas. Porém, essa credibilidade deve estar lastreada por elementos que demonstrem a fidedignidade do depoimento.

O Judiciário não deve dar guarida a dúvidas quanto à veracidade dos fatos em casos em que se denota claramente a possibilidade de produção de outros meios de prova. A busca incessante da verdade real, princípio este positivado no art. 765 da CLT, deve ser uma preocupação constante do Juiz do Trabalho, que não deve se satisfazer com uma verdade meramente formal, que nada mais é do que aquilo que foi comprovado no processo, mas que de fato pode não corresponder ao que verdadeiramente ocorreu.

Como esclarece Carlos Henrique Bezerra Leite¹,

O sistema processual brasileiro, tanto no processo comum quanto no Processo do Trabalho, vem chancelando a harmonização entre a dispositividade e a inquisitorialidade, com uma tendência entre nós a se privilegiar este último modelo, com a reserva ao Juiz do Trabalho de uma atuação mais marcante, a fim de aplicar com maior eficiência o princípio da verdade real, com

1 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Novo CPC. Repercussões no Processo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48/49.

lastro no art. 765/CLT.

O Processo do Trabalho não pode ser instrumento de enriquecimento sem causa de qualquer das partes. Seja para o trabalhador, que não pode pretender aquilo que não lhe é devido, utilizando-se da gratuidade de justiça prevista em lei, em evidente abuso de direito. Seja para o empregador, que não pode se valer do processo para se furtar a quitar dívida contraída com o trabalhador pelos serviços prestados.

Ainda, o falso testemunho, além da injustiça, gera um descrédito para a Justiça do Trabalho, devendo ser combatido não apenas com a punição criminal prevista no art. 342 do Código Penal, mas com a multa por litigância de má-fé prevista no artigo 793-D da CLT.

Conforme bem narra Márcio Túlio Viana²,

A prova oral, em particular, pode servir de palco para pequenas batalhas paralelas e silenciosas, envolvendo partes, advogados, testemunhas e juiz. Uma das mais comuns é a que se trava entre o advogado que “trabalhou” a testemunha e o juiz que procura neutralizar aquele “trabalho”. Assim, se o depoente, tranquilizado pelo advogado, parece mentir calmamente, o juiz tenta intranquilizá-lo de novo, lembrando que “pode ser preso”.

(...)

No caso do processo do trabalho, existem ainda dois tipos de questões em jogo: o conflito de classes, que faz com que os interesses individuais afetem os coletivos; e a subordinação do trabalhador, que deixa marcas e mágoas para além da relação de emprego. As próprias

2 VIANA, Márcio Túlio. **Aspectos curiosos da prova testemunhal: sobre verdades, mentiras e enganos.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 123-156, jul./dez. 2008.

testemunhas, em certa medida, reproduzem o conflito imediato entre as partes e mediato entre o capital e o trabalho. Elas são as armas dos litigantes, substituindo as antigas lanças e espadas; mas às vezes também lutam, como se substituíssem os protagonistas do drama.

Guglielmo Gulotta, citado por Márcio Túlio Viana³, com base em vasta literatura, afirma que uma pessoa descobre a verdade ou falsidade de um depoimento apenas em 50% dos casos - o que equivale ao percentual de uma adivinhação, pura e simples.

Assim, no cumprimento do seu dever de buscar a verdade real, pode o Juiz, através da verificação de gestos, atitudes, olhares e outros indícios, concluir pela falta com a verdade da testemunha compromissada. No entanto, há uma grande possibilidade de erro no julgamento, até porque o Juiz, enquanto ser humano, não obstante o dever de imparcialidade, não é neutro, trazendo valores e ideias próprios, e sua análise do depoimento prestado pode, sem perceber, ser afetada por falsas impressões, preconceitos ou simpatias.

Conforme ensina Rodolfo Pamplona Filho⁴,

O que há, portanto, no campo do processo, são seres humanos que, com seus medos e frustrações, delegam a decisão acerca de suas incompatibilidades a outro ser humano ou, a um colégio de homens, que, também com seus medos e frustrações, possuem sobre si a difícil missão de produzir, sob a luz do ordenamento jurídico e

3 IDEM.

4 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Reflexões Filosóficas sobre a Neutralidade e Imparcialidade no Ato de Julgar e o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia: ano V, n. 7, mar. de 2016.

dos valores presentes na sociedade, uma solução marcada pelas influências internas que atuam sobre a própria falibilidade humana.

A falibilidade da prova testemunhal é objeto de inúmeros estudos, os quais atribuem a infidelidade a diversas causas, como erro de percepção dos fatos, defeito de retenção (inexatidão dos relatos por falta de memória) ou vício de parcialidade (depoimento intencionalmente falso)⁵.

Assim, desvendar mentiras e falácias acaba sendo rotina do Juiz do Trabalho, tarefa que demanda tempo, esforço e muitas vezes se torna de difícil execução diante das metas e volume de trabalho do Judiciário Trabalhista, além de gerar grande atraso no julgamento dos processos, diante da significativa quantidade de processos submetidos à audiência de instrução, para a colheita de prova oral.

Hoje há funcionalidades no processo eletrônico que facilitam a identificação de contradições nos depoimentos, como a busca por depoimentos das partes e testemunhas em outros processos, e é comum a utilização de prova digital para evidenciar eventual suspeição da testemunha, tais como conversas em redes sociais, fotos, etc. Todavia, ainda assim a celeridade e a efetividade em muito são afetadas nessa incessante busca da verdade dos fatos.

A partir do momento em que há outros meios de prova disponíveis, que podem vir a substituir por inteiro a prova testemunhal, a inserção destes na rotina do Judiciário deve trazer uma nova visão do processo, tornando-o cada vez mais objetivo, célere e eficaz, atraindo para o Judiciário causas reais e dificultando defesas sem fundamento.

5 GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. **Aspectos da prova testemunhal no processo do trabalho.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 28, p. 91-116, jan./jun. 2006.

O Judiciário não deve apresentar resistência às novas tecnologias. No mundo pós-pandemia, não só o processo deve ser inteiramente digital, incluindo as audiências, mas também as provas devem refletir os novos tempos.

A prova testemunhal não há de ser descartada, e tampouco seu valor deve ser reduzido, mas, havendo outros meios de prova disponíveis – provas estas sobre as quais não persistam dúvidas quanto à idoneidade, segurança e veracidade – deve ser estimulada sua utilização.

Conforme dizem Taruffo e Micheli, “no processo a verdade não constitui um fim em si mesma, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado⁶”.

O Estado não deve, assim, dar guarida a lides temerárias, devendo punir aquele que age de má-fé, e um dos modos de fazê-lo é atribuir maior espaço às provas digitais em detrimento da utilização apenas da tradicional prova testemunhal, que hoje não mais se faz tão necessária, pela ampla acessibilidade das partes a outros meios de prova. Nos dizeres de Carnelutti, prestigiar a realidade é prestar um tributo à verdade⁷.

Referências

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. **Aspectos da prova testemunhal no processo do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 28, p. 91-116, jan./jun. 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Novo CPC. Repercussões no Processo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48/49.

6 MARINONI, L.G. ARENHART, S. C. **Curso de Processo Civil**, v. 2., 9ª ed. Ver. E atual., RT, 2011 fls. 253.

7 SCHIAVI, Mauro. **Manual de Processo do Trabalho**. 6ª ed., LTr, p. 607.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Reflexões Filosóficas sobre a Neutralidade e Imparcialidade no Ato de Julgar e o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia: ano V, n. 7, mar. de 2016.

VIANA, Márcio Túlio. Aspectos curiosos da prova testemunhal: sobre verdades, mentiras e enganos. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 123-156, jul./dez. 2008.

8

A falsa neutralidade das normas processuais

Élbia Lídice Spenser Dowsley

Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Ex-servidora da Justiça Federal de Pernambuco. Pós-graduada com o título de especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco.

RESUMO

Por meio da atividade legislativa, o Estado organiza o ordenamento jurídico, preceituando normas que irão definir os direitos do cidadão. O objetivo do estudo é analisar se as normas processuais são meramente técnicas ou também apresentam um conteúdo ideológico. A pesquisa é do tipo bibliográfica, com fins descritivos. Conclui-se que a atividade legislativa representa uma opção política, eis que compreende o permanente exercício de incorporar escolhas formuladas entre interesses conflitantes. Entendendo a técnica processual como instrumento a serviço da atividade jurisdicional, não se pode aceitar a pretensa neutralidade do processo em face do perfil ideológico do Estado.

Palavras-chave: direito; política; ideologia; adequação; neutralidade

Introdução

O direito desempenha uma função legitimadora do poder político, na medida em que a lei se transverte em linguagem transformadora desse mesmo poder. Direito e poder estão intimamente interligados, de modo que o discurso jurídico passa a ocupar um privilegiado espaço na relação, no exercício e na reprodução do poder.

Assim, as normas que modificam as relações entre os indivíduos, limitando e definindo seu espaço de atuação, não podem ser entendidas como mera verbalização retórica de uma situação abstrata.

Destarte, entender o processo como simples instrumento de efetivação do direito material traz em si uma concepção ideologicamente conservadora, asséptica, baseada no preceito da igualdade meramente formal, estéril, despida de criticidade. Esta visão distorcida serve para escamotear os verdadeiros objetivos das normas processuais.

O objetivo deste trabalho é analisar se, a despeito da indispensável adaptabilidade dos procedimentos previstos na legislação processual, a adequação das normas processuais é uma opção política, se a técnica processual adotada é resultado de uma escolha ideológica do Estado, ou, ao revés, se prevalece a neutralidade lógico-conceitual.

A pesquisa tratou das relações entre o direito e o poder e suas implicações na adoção de técnicas processuais que traduzam desigualdades, trazendo como exemplo o § 4º, do art. 791-A, da Consolidação das Leis do Trabalho. Por fim, analisou até que ponto a adequação da técnica processual traduz ou não neutralidade.

O Direito e o Poder

O direito é um instrumento estatal que atua para garantir a segurança da possibilidade de coexistência dos indivíduos das diversas estruturas sociais que compõem o tecido social. Os interesses predominantes na sociedade se organizam por meio da política, a qual tem sido um instrumento em favor do interesse de classes sociais economicamente mais favorecidas: as classes dominantes (SANTOS, 2007).

Não se pode dissociar o direito, visto como fenômeno histórico intrinsecamente vinculado aos modelos culturais de um povo, de seu relativismo axiológico.

A lei, além da função de codificar as sanções estatais previstas na hipótese de não cumprimento do preceito normativo, transforma-se em linguagem transformadora do poder político. O Estado, através da lei, possibilita a atuação dos cidadãos-sujeitos de direito, para assentar-se em representante de sua unidade-homogeneidade como nação-povo. Assim, o direito constrói a imagem do Estado representativo universal, corporificando o interesse geral, a racionalidade superior e a defesa imparcial de uma ordem jurídica justa, contribuindo, por conseguinte, para o processo de manutenção da aparente legitimidade do Estado (WOLKMER, 2000).

Destarte, o direito desempenha, incontestemente, uma função legitimadora do poder político, na medida em que consegue parecer justo.

O Estado moderno monopoliza a produção do direito, maneja os instrumentos normativos para manter a dominação, gerando, por vezes, uma alienação cognoscitiva, uma vez que os conflitos são mascarados pela força retórica das normas (WOLKMER, 2000).

A tendência da ordem jurídico-liberal é ampliar as abstrações generalizantes e indeterminadas de suas normas, buscando, através de

textos legais qualificados por uma aparente objetividade, imparcialidade e coerência, manter sob controle as relações contraditórias.

Outrossim, diz-se que o poder político é demonstrado na capacidade que tem o Estado de decidir e impor suas decisões imperativamente. “O Estado, ao estabelecer as leis, não se limita a dirigir por meio delas mandatos que afetem o comportamento alheio (...), senão que se compromete a atuar empregando a força, para fazê-las valer” (CALAMANDREI, 1999).

Entretanto, é indubitoso afirmar que sem o exercício do poder, sem as estruturas procedimentais que permitem a participação dos interessados na realização da justiça e ao mesmo tempo os subordinam às leis, haveria uma atuação indiscriminada e, portanto, ilegítima, desse poder.

Sem dúvida, a lei é a maior das manifestações dos poderes, e, manifestação primordialmente política. O direito soberano é aquele que reconhece o direito positivo, ao mesmo tempo em que este conta com o poder soberano do Estado para sua manutenção e garantia de observância (REALE, 1994).

Antonio Carlos Wolkmer esclarece que Direito e Poder estão gradual e intimamente interligados sob formas de controle menos violentas, muito mais sutis e disciplinares, de modo que o discurso jurídico passa a ocupar um privilegiado espaço na relação, no exercício e na reprodução do poder (WOLKMER, 2000).

Assim como o poder pode abranger formas legítimas e ilegítimas, não se pode afirmar que toda legislação seja Direito autêntico, legítimo e indiscutível; daí ser imprescindível examinar a legislação criticamente. As leis positivas, outorgadas pelo Estado, nem sempre são Direito. É como afirma Dalmo de Abreu Dallari: “O Direito usado para dominação e injustiça é ilegítimo, falso” (DALLARI, 1984).

O espaço da legalidade não coincide, necessariamente, com o da legitimidade, eis que se o direito for reduzido à pura legalidade, já representa a dominação ilegítima. Se direito e justiça caminham enlaçados, lei e Direito é que se afastam com frequência (DALLARI, 1984).

A legalidade está diretamente ligada ao respeito a uma estrutura normativa posta, vigente e positivada. Em outras palavras, a sua essência repousa na estrita consonância do procedimento da autoridade com o direito estabelecido, de modo que o poder esteja em consonância com os princípios jurídicos, que servem de esboço à ordem estatal.

A legitimidade, por seu turno, dá-se no âmbito da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, enfim, dos princípios ideológicos, embutidos no arcabouço valorativo da sociedade. Reside a legitimidade no consenso captado a partir da realidade apreendida como justificadora do preceito normativo.

Destarte, não é possível adotar acriticamente a crença alienada de que a obediência a preceitos jurídicos positivos, ordenados de acordo com os procedimentos formais pré-estabelecidos, é forma de legitimidade.

Numa perspectiva axiológica, carecem de legitimidade as leis que, conquanto cobertas pelo manto da legalidade, revelam-se injustas, antiéticas, antissociais. Afinal, a legitimidade da lei está na razão direta de sua transcendência aos valores da justiça, aos quais está a lei submetida.

A esse respeito, importa trazer à colação as precisas palavras de J. J. Calmon de Passos: “Toda ordem jurídica é tão mais legítima quanto mais amplamente possibilita a explicitação das necessidades pelos indivíduos e grupos que sob seu império se colocam, a par de viabilizar-lhes a organização para tê-las atendidas” (PASSOS, 2000). Mais adiante, ele arremata: “(...) é mais justo o ordenamento que menos necessidades deixa insatisfeitas e mais injusto o que maior número de necessidades deixa

desatendidas. E tanto mais injusto quanto mais desigual, privilegiando, com o que agrava o número dos excluídos e dos insatisfeitos” (PASSOS, 2000).

Por sua vez, o procedimento legitima o poder, quando disciplina o modo de seu exercício de acordo com as garantias constitucionais, viabilizando a efetiva participação dos diretamente interessados no resultado do processo. Aliás, sem essa participação, o poder seria arbitrário, ilegítimo, pois.

Desse modo, cumpre compreender o processo como instrumento de que dispõe o Estado para a consecução dos objetivos políticos embutidos na lei. Daí ser necessário discutir o processo como instrumento de ação política. No exercício da função jurisdicional, o Estado exerce o seu poder, e o faz mediante a utilização do sistema processual, corporificado por meio de regras impostas pela própria ordem jurídica.

Sendo tecnicamente o processo um conjunto de atos, ele está indissociavelmente ligado à ideia de procedimento. Contudo, o processo não se reduz a simples encadeamento de atos coordenados, por isso se diz que ele não vale tanto pelo que é, mas essencialmente pelos resultados que produz, pois sua eficácia é mensurada em função da sua utilidade. É necessário que haja o procedimento como um sistema de atos interdependentes e sucessivos, interligados de modo a preparar o ato final de aperfeiçoamento do Poder, que é a decisão judicial que põe termo à lide.

O processo é um instrumento de pacificação, de acordo com critérios de justiça e para a estabilidade das instituições, razão pela qual suas regras técnicas devem ser aptas a servir ao fim a que se destina. Isso explica, em parte, as preocupações com a conformidade entre o adequado exercício da jurisdição e o interesse público a ser preservado.

O procedimento legitima o resultado do exercício do poder. Todavia, não se pretende dizer que a estrita legalidade dos atos processuais

seja suficiente para que se chegue a resultados adequados. Até porque o processualismo exagerado acaba por criar enormes dificuldades para o próprio escopo do processo.

Ora, não se pode olvidar o aspecto ético do processo. Como reflexo do regime democrático, ele deve estar a serviço da ordem constitucional, reproduzindo e protegendo os valores individuais e coletivos por ela cultuados. Dessa vinculação à Constituição decorre que o processo precisa estar apto a acompanhar os fluxos renovatórios e as mutações da ordem constitucional.

As normas processuais apresentam um caráter essencialmente técnico, decorrente de sua própria função instrumental face ao direito material. Entretanto, sendo um instrumento utilizado para resolver os conflitos à luz do direito positivado pelo Estado, vincula-se, por conseguinte, intimamente aos valores fundamentais que absorvem os princípios basilares éticos e políticos que norteiam o ordenamento jurídico.

Já a técnica jurídica deve ser considerada como instrumento dirigido à elaboração e à aplicação adequada do direito. A visão genuína instrumental da técnica jurídica não permite que, em seu nome, substitua-se a realidade factual pela retórica conceitual, abstraindo-se do pensamento ideológico embutido nas normas, escamoteando os verdadeiros interesses de determinadas classes ou grupos sociais em detrimento do bem-comum.

A propósito, Antonio Carlos Wolkmer alerta sobre a necessidade de se romper com o pensamento que identifica, necessariamente, a legitimação do poder estatal com o processo de legalidade tecno-formal do seu exercício (WOLKMER, 2000).

As desigualdades e a técnica processual

Na Constituição da República, repousa implicitamente a garantia de que as normas constituem uma forma de limitar o poder estatal, eis que a lei, concebida como regra geral, forma um escudo contra a ação arbitrária da parcela desse poder, encarregada de criar o direito. Afinal, as normas não podem ser apenas verbalização retórica de uma situação abstrata; ao contrário, seu campo de incidência na vida social deve ser concreto, e, sob esse prisma, o princípio da igualdade não existe como máxima vazia, mas para realizar o princípio maior, que é o da justiça.

Assim, ao estabelecer normas que modifiquem as relações entre os indivíduos, limitando e definindo a liberdade de cada um, deve o legislador atentar que, na hipótese de eventual inobservância desse postulado, incorrerá na elaboração de uma regra eivada de inconstitucionalidade.

A razão de ser do princípio da igualdade repousa, como salienta Sérgio Ferraz (FERRAZ, 1980), na busca do equilíbrio filosófico, o qual permite a admissibilidade de fatores discriminatórios, desde que lógicos e coerentes com a realização dos fins colimados pelas normas jurídicas.

O problema reside, então, em se saber até que ponto a desigualdade é tolerável, o que só se dará pelos princípios constitucionais e pelos critérios de valoração a serem adotados pelo legislador.

É inegável que o próprio ordenamento constitucional absorve valores sociais considerados, em certo momento, relevantes. Ocorre, porém, que o reconhecimento da relação de congruência lógica, necessária à compatibilização daquilo que Celso Antonio Bandeira de Mello denomina “fator de discrimen” (MELLO, 1996) com o correspondente regramento normativo, também está ligado a fatores culturais. É que fica difícil pensar num critério legitimador apenas formal, quando, na verdade, estão envolvidos valores e concepções consagradas pela sociedade, o que, na realidade, sempre se sujeita a critérios políticos.

Ora, os objetivos almejados pela atividade jurisdicional são, primordialmente, sociais. Afinal, pretende-se garantir que o direito material seja cumprido, preservando a autoridade do ordenamento jurídico, de modo a que a paz e a ordem na sociedade sejam alcançadas pela imposição da vontade do Estado (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO).

Na verdade, porém, o objetivo da atividade jurisdicional não se restringe apenas à paz social, como aquela a ser alcançada em nome dos valores jurídicos legitimados pela sociedade, pois os objetivos sociais e políticos estão compreendidos no escopo jurídico da atuação concreta da lei.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira ensina que, de acordo com a ideia predominante na primeira metade do século XX, o processo, visto como simples instrumento de realização do direito material, seria neutro e absolutamente imparcial (OLIVEIRA, s/d). Na verdade, segundo ele, tal concepção já trazia embutida uma ideologia conservadora, fulcrada no preceito da igualdade perante a lei, de inspiração liberal, e, voltada para os seus aspectos estritamente formais (OLIVEIRA, s/d).

Outrossim, como bem esclarece Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “no direito processual, o leito natural onde vão desaguar os valores e princípios dominantes em determinada sociedade é o procedimento, traçado de modo mais ou menos sinuoso, conforma as técnicas escolhidas para conformá-lo” (OLIVEIRA, 1997). Em outras palavras, inobstante, aparentemente, as regras processuais apenas regulem o modo de ser do procedimento, é inegável o seu comprometimento com o poder que busca, através de sua força coercitiva, legitimar os valores dominantes.

É assente o entendimento de que a legislação processual se compõe de regras que revelam considerável conteúdo técnico. Todavia, a par da construção de institutos processuais cientificamente modernos, verifica-se que, por outro lado, alguns instrumentos processuais passaram a ser utilizados, outros criados, pelas classes dominantes, de modo que,

ao invés de possibilitar a instrumentalização de um processo com vistas à efetivação da justiça, possam elas tirar proveito da estrutura judiciária vigente. Ocorre, então, o que afirma Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, uma “dupla desigualdade: desigualdade de procedimento e desigualdade no procedimento” (OLIVEIRA, s/d).

Assim, na medida em que finda por desigualar os homens, outorgando a alguns certos privilégios, em detrimento dos demais, a ordem jurídica institucionalizada pelo poder gera ainda maiores desigualdades.

Contextualizando, no processo trabalhista, antes do advento da Lei nº 13.467/2017, havia apenas a condenação ao pagamento de honorários contratuais e assistenciais, só se falando em condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais na hipótese de ação rescisória e em ações decorrentes de lides que não derivavam de relação de emprego.

A chamada reforma trabalhista, trazida à lume pela novel legislação, promoveu verdadeira revolução em tal cenário, conforme se verifica no § 4º, do art. 791-A¹, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ao criar a possibilidade de o vencido, mesmo que parcialmente, e, ainda que beneficiário da justiça gratuita, vir a pagar honorários sucumbenciais.

1 Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 415% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo sobre o valor atualizado da causa.

(...)

§4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Interpretando o dispositivo legal em comento, Gustavo Filipe Barbosa Garcia esclarece:

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficam sob condição suspensiva de exigibilidade e somente podem ser executadas se, nos 2 (dois) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário (Garcia, Gustavo Filipe Barbosa, 2017)

A esse respeito, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado afirmam:

É que o conjunto normativo constante do art. 791-A, caput e §§ 1º até 5º, da CLT – se lido em sua literalidade –, pode inviabilizar o direito e a garantia constitucionais fundamentais da justiça gratuita (art. 5º, XXXV, CF) e o direito, garantia e princípio constitucionais fundamentais do amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) relativamente à grande maioria das pessoas físicas dos trabalhadores do País (DELGADO e DELGADO, 2018).

Exsurge visível que especificamente o § 4º, do art. 791-A, da CLT tende a derrubar os efeitos da justiça gratuita no que tange à condenação ao pagamento de honorários advocatícios daqueles beneficiários da justiça gratuita.

Nas palavras de Homero Batista:

(...) para frisar o quanto os honorários sucumbenciais representam em termos de novidade e de impactos para a essência do processo do trabalho (SILVA, 2017).

Afastou-se um degrau a mais do princípio da gratuidade e da facilitação do acesso à justiça, mas temos de encarar a realidade de uma época em que o exercício da capacidade postulatória se tornou algo muito raro. Decisão justa para uns, injusta para outros – o fato é que o processo do trabalho não foi estruturado dessa forma (SILVA, 2021).

Analisando o dispositivo legal em comento, é de se verificar que a nova regra criada pela reforma trabalhista não há de ser interpretada como meramente técnica, pois patente o contexto ideológico e conjuntural, que deram substrato para sua elaboração, em conformidade com as forças do poder político, social e econômico então vigente.

São questões que cabem ser pensadas: que grupos econômico-sociais estavam sendo representados pelo legislador, quando da elaboração da Lei nº 13.467/2017; a quem interessa o desestímulo ao acesso à justiça; quais resultados são pretendidos com a novel legislação, neste particular.

Se por um lado, a inovação legal promoveu um maior cuidado por parte dos advogados no ajuizamento, causando uma redução do número de novas ações ajuizadas no primeiro ano de vigência do referido dispositivo, em combate ao fenômeno da alta litigiosidade; por outro, essa mesma redução de demandas trabalhistas gerou impactos negativos, sobretudo por inibir o empregado de acionar o Judiciário, por receio

de ter que arcar com despesas processuais (NASCIMENTO; FONSECA; SARTORIO e SALTER, 2021).

Pode-se mesmo afirmar que o §4º, do art. 791-A, da CLT, ora em análise, forjado pela atuação das forças políticas e econômicas dominantes, findou por se revelar como afronta à ordem constitucional, na medida em que buscou limitar o exercício do direito constitucionalmente garantido do acesso à justiça.

Ademais, ao, formalmente igualar as partes, as quais por si sós são diferentes, o novo dispositivo ignorou a condição de superioridade material de uma delas, incorrendo assim num tratamento diferenciado entre sujeitos que econômica e socialmente ocupam lugares distintos. Em suma, ao não prever um tratamento diferenciado para os beneficiários da justiça gratuita, sem conceder-lhes um tratamento específico em atenção a circunstâncias peculiares, o legislador não obrou em adequar racionalmente o *discrímen* e o regime a partir de então dispensado àqueles inseridos numa categoria diferenciada.

Nessa toada, um olhar crítico impõe que, a despeito da legalidade formal, busque-se perquirir quanto à legitimidade, pertinência e constitucionalidade. É que o espaço da legalidade não coincide, necessariamente, com o da legitimidade. A legitimidade assenta-se não apenas na lei, mas na transcendência dos valores da justiça, aos quais deve estar a lei submetida.

Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5766, por maioria, declarou, no último dia 20/10/2021 a inconstitucionalidade de parte do § 4.º, do artigo 791-A, da Consolidação das Leis do Trabalho:

Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. REGRAS SOBRE GRATUIDADE DE JUSTIÇA.

RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE SOCIAL E DIREITO SOCIAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. MARGEM DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CRITÉRIOS DE RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação na capacidade econômica do beneficiário. 2. A ausência injustificada à audiência de julgamento frustra o exercício da jurisdição e acarreta prejuízos materiais para o órgão judiciário e para a parte reclamada, o que não se coaduna com deveres mínimos de boa-fé, cooperação e lealdade processual, mostrando-se proporcional a restrição do benefício de gratuidade de justiça nessa hipótese. 3. Ação Direta julgada parcialmente procedente. (ADI 5766, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 02-05-2022 PUBLIC 03-05-2022)

A partir da decisão do Pretório Excelso, não há mais se cogitar em condenação ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência pelo detentor dos benefícios da justiça gratuita, pelo simples fato de possuir crédito, ainda que em outro processo.

Tem-se aí um exemplo claro das interferências das forças que compõem o poder institucionalizado na elaboração de regras, aparentemente só técnicas, mas que trazem em seu bojo evidente carga ideológica.

Restou evidente que o objetivo dessa norma, aparentemente técnica, era dificultar o acesso à justiça, em consonância com a atuação dos interesses políticos e econômicos daqueles que detém o poder de legislar.

Importa esclarecer que, em relação às normas diferenciadoras, há, no inconsciente coletivo, a percepção de sua juridicidade, desde que compreensível a adequação entre a distinção estabelecida e a desigualdade contemplada. Do mesmo modo, nega-se a validade a tais regras quando assentadas em fatores que não guardam relação lógica com o tratamento jurídico diferenciador então outorgado.

Destarte, é o nexó lógico presente os elementos distintivos e o disciplinamento normativo a eles dispensado que permitirá o reconhecimento de validade de uma lei perante o princípio da igualdade.

Inadmissível será, portanto, a violação arbitrária do princípio da igualdade, porque em desconformidade com critérios materialmente objetivos, que implicam vedação de tratamentos abusivos e pouco razoáveis.

A esse respeito, há que se verificar que o formalismo processual finda por garantir o controle da atuação de uma parte em face da outra, na medida em que busca assegurar ao menos a chamada igualdade formal no curso do procedimento adotado, conferindo ao direito à segurança e previsibilidade necessárias (PASSOS, 2000).

É necessário, pois, que se assuma uma postura mais crítica e menos asséptica acerca do fenômeno processual, uma vez que, não sendo simples técnica, reflete inexoravelmente o ideário ético, ideológico e político, característico da sociedade.

A partir da conscientização de que, malgrado a elaboração da legislação processual pátria tenha muitas vezes se apartado das aspirações e necessidades da maior parte da população, criando regras que criam mais desigualdades entre as pessoas, privilegiando grupos detentores do poder político-econômico, o momento atual está a exigir que se repense esse estado de coisas.

Não basta simplesmente advogar a revogação dos diplomas legais, sob o argumento de sua ilegitimidade, pois urge perquirir até que ponto as discriminações criadas pelas regras processuais atendem um interesse público maior. Se, em razão das peculiaridades de determinadas situações, e, em função do princípio da adequação, alguns benefícios processuais não podem ainda ser extintos, deve-se, contudo, cogitar uma possível mudança na legislação processual, de modo a restabelecer o equilíbrio e a igualdade entre as partes.

Destarte, ante a constatação da impossibilidade de haver convivência humana apartada das relações de poder, assim como da inevitável desigualdade havida por força das relações dialéticas existentes entre os que dominam e os que são dominados, não há que se cogitar em eliminação do poder, mas, como leciona J.J. Calmon de Passos, deve-se buscar “funcionalizá-lo do modo mais adequado possível, minimizando o negativo da pura dominação e fazendo excelente a sua dimensão de integração e solidariedade (PASSOS, 2000).

Adequação da técnica processual

Consoante as lições de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o formalismo processual encerra não apenas a forma ou as formalidades, mas está afeto, sobretudo, à delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenando a atividade destes e ordenando o procedimento, dando, enfim, contornos de organização ao processo, de modo a que suas finalidades sejam atingidas. (OLIVEIRA, 1997)

Em outras palavras, através do formalismo processual é que se confere ao processo um mínimo de previsibilidade, impedindo que o desenrolar da lide se transforme numa disputa sem regras, à mercê do arbítrio e da parcialidade do órgão julgador, ou mesmo de ardis dos contendores (OLIVEIRA, 1997). Na verdade, como já visto, o processo há de ser utilizado como instrumento de equilíbrio entre o poder do Estado e a liberdade dos cidadãos.

A exata medida em que o Estado, enquanto poder institucionalizado, observa os limites entre sua atuação e a liberdade dos cidadãos, revela que as regras processuais não devem ser elaboradas como simples técnica, manipulável conforme os interesses dos detentores do poder, sob pena de consubstanciarem um instrumento ilegítimo de dominação.

Aliás, ampliando esse entendimento, Adolfo Gelsi Bidart afirma: “La tutela procesal, lo reiteramos tento puede ir dirigida al mantenimiento del *statu quo ante*, como a su transformación, tanto com relación al proceso y em vista de um acto procesal ulterior, como para disciplinar la situación substantiva objeto del processo” (BIDART, 1986).

Expressam pensamento semelhante as palavras de Donaldo Armelin: “A vinculação do tipo de prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta: a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tónus de efetividade” (ARMELIN, s/d)

Ora, verifica-se ser, pois, imprescindível adequarem as normas processuais, como instrumento de uma efetiva prestação jurisdicional, aos fins da tutela pretendida.

Pensando a respeito de tal necessidade, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira fala sobre o que ele chama de princípio da adequação, o qual, segundo ele, tem como principal fundamento a atual exigência de se conferir uma maior efetividade ao direito processual como veículo capaz de fazer realizar o direito material (OLIVEIRA, 1997).

A adequação de que trata tal princípio apresenta-se sob diversos aspectos, interligados entre si.

Do ponto de vista objetivo, consoante o entendimento do referido autor, o legislador deverá levar em conta, ao elaborar as regras processuais, a natureza do bem jurídico material objeto do processo.

Sobre isso, interessante também trazer à colação o pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque: “Outro ponto a revelar a necessidade de adequação do processo ao direito material é exatamente a existência de regras especiais para determinados procedimentos, em função da relação jurídica substancial a ser submetida à apreciação do órgão jurisdicional” (BEDAQUE, 2001).

Segundo Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, a adequação *teleológica* implica não só a adequação do procedimento às diversas funções da jurisdição, como também, na adaptação dos ritos a cada um dos processos existentes (OLIVEIRA, 1997).

Dito de outra forma, o princípio da adequação aplicado às regras processuais atua como conseqüência lógica do devido processo legal, ao permitir que as normas procedimentais sejam flexibilizadas com vistas à prestação jurisdicional mais eficiente.

Relativamente ao aspecto *subjetivo*, a adequação se verifica em função das partes litigantes, decorrendo daí, por exemplo, no processo trabalhista, o arquivamento da reclamatória como consequência da ausência do obreiro/reclamante à audiência inaugural, enquanto, na mesma situação, se a ausência for do empregador/reclamado, implicará sua revelia e confissão. Ora, no caso, o mitigamento das normas teve como objetivo equilibrar a diferença entre as partes litigantes. Eis uma hipótese em que a norma processual se adequou, para que o processo atingisse seu escopo jurídico: ser instrumento de efetivação do direito substancial.

Em suma, mostra-se mesmo indispensável a adaptabilidade não só dos institutos processuais, mas também dos procedimentos previstos pela legislação processual, à prestação jurisdicional pretendida. O que não se pode, pois, é olvidar, em quaisquer dos aspectos nos quais se manifesta a adequação das normas processuais, que a adoção de uma tutela jurisdicional diferenciada implica, necessariamente, uma opção política.

A falsa neutralidade da técnica processual

Embora de modo eventualmente camuflado, a ideologia integrante do modelo político-econômico vigente influencia sobremaneira tanto a elaboração como a aplicação das normas jurídicas.

Ao ser elaborado ou aplicado, o direito importa necessariamente juízos de valor, significando opções entre várias escolhas possíveis ao direcionamento da conduta intersubjetiva.

Ao concebermos o processo como meio de atuação do Direito, exsurge visível ser também ele um instrumento de dominação. As regras processuais servem para instrumentalizar o direito material, o qual será aplicado para dirimir os conflitos, sendo estes originados, em grande parte, pelo mesmo poder a quem serve (RORIZ, 2012).

Ao contrário da concepção puramente jurídica da jurisdição, a visão teleológica do sistema processual conduz ao entendimento de que a técnica processual serve aos fins da jurisdição, não estando atrelada apenas à realização da tutela de direitos. Cabe à lei determinar soluções adequadas ao alcance dos diversos escopos da jurisdição. Daí, a necessidade de ser erigida consoante o entendimento dos escopos a serem alcançados.

Todo modelo processual traz em si uma concepção política, uma vez que o modelo de Estado está permeado nas regras que regem um determinado procedimento (COSTA, 2020). São ínsitas ao processo as opções ideológicas, escamoteadas, muitas vezes, sub-repticiamente. Na lei, mesmo a de cunho especificamente processual, nada é em vão. Cada palavra traz em seu bojo uma intenção do legislador.

Destarte, não é possível adotar acriticamente a crença alienada de que a obediência a preceitos jurídicos positivos, ordenados de acordo com os procedimentos formais pré-estabelecidos, é forma de legitimidade. Afinal, isso, por si só, já caracterizaria uma opção ideológica de negação dos influxos dos grupos políticos dominantes, em determinada época e em dada circunstância.

Assim como a ciência processual, o processo, como técnica processual, não é neutro, tampouco insensível às escolhas ideológicas do Estado. Ao contrário, a concepção estritamente técnica não há que prevalecer diante da visão axiológica do processo, como instrumento de garantia de direitos e veículo para a desejada paz social. É que os valores éticos da liberdade e da justiça devem se sobrepor ao tecnicismo estéril.

A propósito, interessantes são as palavras de J.J. Calmon de Passos: Nenhum instituto, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. “Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem o processo, um instrumento aparentemente neutro, dito estritamente técnico, foge desse comprometimento. Ele também, e principalmente ele, está carregado de

intenções políticas e tem múltiplas implicações econômicas e mil disfarces ideológicos” (PASSOS, 2000).

Ademais, resta evidenciado não ser mais possível aceitar a indiferença e a neutralidade quanto aos objetivos do processo. Cândido Rangel Dinamarco fala a respeito: “Essa neutralidade ideológica é, na realidade, sobrecapa de posturas ou intuits conservadores”. Para ele, é preconceituosa a atitude de “considerar o processo como mero instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado” (PASSOS, 2000). Ou seja, essa postura de negação da ideologia nada mais é que um mecanismo de disfarce, de ocultação.

Conclui-se, portanto, que a análise e a compreensão do Direito envolvem uma questão eminentemente ideológica. Por essa razão, o intérprete assume um papel não mais de simples descritor da realidade, mas de alguém que vai acrescentar o grau de relevância que avalia acertado para os valores que estejam consagrados naquele determinado ordenamento, encontrando, a partir de então, a resposta adequada à situação concreta que deve incidir.

Numa perspectiva exclusivamente formalista do direito, e, em especial, do direito processual, as relações jurídicas são reduzidas a meros objetos. Desaparece assim o liame entre a ideia e a realidade, reduzindo esta a conceitos puramente teóricos. Desse modo, a ciência jurídica transitória fechada em seus próprios dados – “dados jurídicos puros” (AZEVEDO, 2000).

Contudo, é inconcebível construir o mundo jurídico apartado da realidade histórico-social, tampouco aceitar ingenuamente a neutralidade científica baseada no virtuosismo lógico-conceitual. Afinal, o trabalho do aplicador do direito não se resume ao exercício de análise de proposições lógico-formais; ao contrário, sua tarefa consiste em discernir entre as ordens positivadas na lei, entre os rumos emanados de diferentes formas de poder.

Ademais, outro importante fator para conferir legitimidade ao sistema processual é a compatibilidade existente entre a necessidade do exercício do poder jurisdicional, como instrumento estatal dirigido à consecução dos objetivos comuns, e a realidade axiológica da sociedade.

Conclusões

Por meio da atividade legislativa, o Estado organiza o ordenamento jurídico, preceituando normas que irão definir os direitos do cidadão. Tal atividade representa uma opção política, no sentido de que compreende o exercício permanente de incorporar escolhas formuladas entre interesses conflitantes, permitindo que os valores que a sociedade entende como justos possam ser materializados.

O poder do Estado não é exclusivamente político. O Estado pretende regulamentar a força assentada em ordem coercitiva, tipificando seus comandos pela incidência jurídica. Atua assim o processo como instrumento de que se serve o Estado para alcançar seus objetivos políticos, por meio de regras jurídicas, cuja legalidade formal serve, muitas vezes, para camuflar sua ilegitimidade em cotejo com a consecução da verdadeira justiça.

Exsurge, então, o profundo comprometimento do sistema processual com a política, eis que por meio da jurisdição a soberania estatal é afirmada. Afinal, a essência da jurisdição e de todo sistema processual está centrada no poder. Não obstante, a tendência da ordem jurídico-liberal é ampliar as abstrações generalizantes e indeterminadas das normas jurídicas, buscando, por meio de textos legais qualificados por uma aparente objetividade, imparcialidade e coerência, manter sob controle as relações contraditórias.

Como instrumento dirigido à elaboração e à aplicação do direito, a técnica jurídica, e, particularmente, a processual, deve ser entendida

como instrumento a serviço da atividade jurisdicional. Todavia, necessário se faz entender o direito não somente sob a ótica estritamente jurídica, pois, ao contrário, é um espaço onde se busca legitimar e tornar aceitável o jogo político. Em suma, o direito posto equilibra a tensão dinâmica entre o jurídico e político.

Desse modo, não se pode aceitar a pretensa neutralidade do processo, a despeito das regras de elevado conteúdo técnico que o permeiam. É que as regras que regulam o modo de ser de um dado procedimento refletem a conveniência do poder, de modo a garantir os interesses dominantes, em determinada conjuntura social e política.

Manter uma visão asséptica acerca das normas processuais já é, por si só, uma opção política de reafirmação dessa falsa neutralidade.

Referências

ARMELIN, Donald. Tutela Jurisdicional Diferenciada. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 65, p.45.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Aplicação do direito e contexto social. 2.ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

BIDART, Adolfo Gelsi. Tutela procesal ‘diferenciada’. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1986, nº 44, p. 104.

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 nº 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. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 04.jul.2022.

CALAMANDREI, Piero. Direito Processual Civil. Vol. I. trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 106.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 13 ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 131.

COSTA, Eduardo José da Fonseca Costa. Processo e Política. 2020. Empório do direito.com.br. Disponível em: < <https://emporiiododireito.com.br/leitura/processo-e-politica>>. Acesso em 10.jul.2022, 18:30.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O que são Direitos das Pessoas. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1984, p. 74.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil, 2.ed. rev., atual. ampli. São Paulo: LTR, 2018, p. 363.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 9. ed., ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 35.

FERRAZ, Sergio. Privilégios Processuais da Fazenda Pública e Princípio da Isonomia. Revista de Direito Público, São Paulo, 1980, nº 53, p. 43.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma Trabalhista. 2.ed. rev., amp. e atual. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017, p. 314.

LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1985, p. 12.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Princípio da Isonomia: Desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, 1996, p. 81.

NASCIMENTO, Bianca de B.; FONSECA, Elson Lac da; SARTORIO, Gabriel Ferreira e SALTER, Jaqueline Coutinho. O impacto da reforma trabalhista no instituto da gratuidade de justiça e honorários sucumbenciais e consequente mitigação do acesso à justiça. 2021. v. 3, nº 4, ISSN 2675-0600. Revista Acadêmica Novo Milênio, p. 6.

Disponível em <https://novomilenio.br/wp-content/uploads/2021/06/08-O-impacto-da-reforma-trabalhista-no-instituto-da-gratuidade-de-justica-e-honorarios-sucumbenciais-e-consequente-mitigacao-do-acesso-a-justica.pdf>. Acesso em 11.jul.2022, 14:06:00.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6-7, 108 e 116.

_____. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro. *Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, s.d., n° 81, p. 79 e 81.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, poder, justiça e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 49, 53 e 65.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 21. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 189.

RORIZ, Rodrigo Matos. **Poder e sociedade: uma perspectiva do processo judicial**. 2012. Jus.com.br. Disponível em: < us.com.br/artigos/23286/poder-e-sociedade-uma-perspectiva-do-processo-judicial>. Acesso em 10.jul.2022, 17:55:00.

SANTOS, Adriana Maria Silva. **Direito e política: uma relação na sociedade**. 2007. Âmbito Jurídico. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-42/direito-e-politica-uma-relacao-na-sociedade/>>. Acesso em: 10 jul. 2022, 17:45:30.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 140.

_____. **CLT comentada**. 4.ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 618.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 75 e 92.

9

Dispensa em massa e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 999.435: parâmetros para a intervenção sindical prévia à luz da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas

Igor Oliveira Costa

Analista Judiciário do TRT da 2ª Região - Assessor de Desembargador

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a investigação científica acerca dos parâmetros para intervenção sindical prévia à dispensa em massa, em um estudo à luz da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. Embora a controvérsia sobre a necessidade de intervenção sindical tenha sido aparentemente superada com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 999.435, é imprescindível definir o alcance e traçar as balizas da atuação sindical. Ao final, serão apresentadas sugestões de pautas de negociação.

Palavras-chave: Dispensa em massa; Intervenção sindical; Recurso Extraordinário nº 999.435; Teoria discursiva do direito; Jürgen Habermas.

Introdução

O projeto brasileiro de redemocratização pós ditadura militar (Justiça de Transição), representado pela Constituição da República de 1988, elegeu alguns valores como pilares da ordem social e econômica, a exemplo da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano e da função social da propriedade (art. 170, caput e inciso III, da CRFB).

Esses valores devem servir de bússola para a solução de todas as controvérsias instauradas no âmbito de relações comerciais e trabalhistas, tais quais as dispensas em massa. A reestruturação de empresas, ou até mesmo o encerramento das suas atividades, têm potencial de provocar sensível desequilíbrio social e econômico na região em que estão instaladas, especialmente quando a situação envolver cidades pequenas, cujas economias são dependentes do funcionamento das respectivas empresas. A cessação coletiva de contratos de trabalho tem o poder de desestruturar toda uma comunidade, gerando um inarredável ciclo de miséria e pobreza, situação que está em desconformidade com o objetivo da República de erradicar a pobreza e a marginalização (art. 3º, III, da CF), bem como está desalinhada do postulado da justiça social (art. 193, da CF).

Portanto, malgrado a previsão constante do art. 477-A, da CLT, o processo de rescisão coletiva de contratos de trabalho não pode ser analisado à luz das regras afetas às relações trabalhistas individuais, porquanto se tratam de situações ontologicamente diversas. Daí exsurge a necessidade de intervenção sindical prévia à dispensa em massa, com escopo de que seja instaurado um processo dialógico e democrático de busca por soluções para mitigar os efeitos irremediavelmente nefastos do encerramento concomitante de múltiplos contratos de emprego. A imperatividade desse procedimento prévio foi reconhecida pelo E. STF por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 999.435, no qual restou fixada a seguinte tese:

“A intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo”

Uma vez pacificada a necessidade de intervenção sindical, surgem novas controvérsias, a exemplo da definição dos parâmetros para caracterização da dispensa em massa, bem como acerca do alcance e da delimitação das balizas da atuação sindical. É essencial estabelecer os contornos dos poderes e funções do sindicato na negociação, para que esse procedimento prévio não se torne simples regra formal estéril.

O presente estudo se propõe a debruçar-se sobre essas tormentosas lacunas com o propósito de contribuir academicamente para o avanço na construção de soluções para pacificação social, valendo-se da oportuna teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas.

Dispensa em massa

Em razão da denúncia da convenção 158 da OIT, bem como em virtude da interpretação dada pelo E. STF ao art 7, I, CF - no sentido de que se trata de norma de eficácia limitada -, vigora no direito brasileiro a possibilidade de denúncia vazia do contrato de trabalho. Em outras palavras, é possível a rescisão contratual, em regra, sem necessidade de exposição de motivos.

A prerrogativa patronal de dispensa imotivada, que decorre também do exercício do direito de propriedade (art. 5, XXII, da CF), sofre mitigação na hipótese em que a situação envolver rescisões em massa.

A dispensa em massa é compreendida como a rescisão contratual, ao mesmo tempo ou em um curto período de tempo, de uma multiplicidade de contratos, que represente situação não usual em comparação

com o histórico do “turn over” da empresa (média de admissões e demissões). Essas resilições não estão conectadas com circunstâncias subjetivamente ligadas aos trabalhadores dispensados, mas sim estão atreladas a fatos objetivos, normalmente relacionados com questões financeiras, técnicas ou de reestruturação empresarial. Esse ponto é o que difere a dispensa em massa da dispensa plúrima, na medida em que esta última tem como nota característica um fator subjetivo atribuível aos trabalhadores dispensados, a exemplo de uma falta grave cometida simultaneamente por 20 trabalhadores.

No Brasil, ainda não há legislação específica traçando parâmetros objetivos para classificação da dispensa como coletiva. No direito comparado, no entanto, a matéria já possui considerável regulamentação. Os doutrinadores Lorena Vasconcelos Porto e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho exemplificam a regulamentação estrangeira sobre o tema, em estudo intitulado “A dispensa em massa e a pandemia do COVID-19”¹:

*“(...) a Diretiva n. 59, de 1998, da União Europeia, em seu artigo 1º, considera como dispensa coletiva quando forem desligados “[...] **num período de 90 dias, no mínimo 20 trabalhadores**, qualquer que seja o número de trabalhadores habitualmente empregados nos estabelecimentos em questão.” (art. 1º)*

Na Itália, a Lei n. 223, de 1991, prevê que a dispensa coletiva se configura quando o empregador que possua mais de quinze empregados, em consequência de uma redução ou transformação da atividade ou do trabalho, efetue, no mínimo, cinco dispensas, no lapso de 120 dias, em cada unidade produtiva, ou em

1 PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. A dispensa em massa e a pandemia do COVID-19. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 477-507, jul. 2020.

mais unidades produtivas, desde que situadas no âmbito territorial de uma mesma província (art. 24).

Na França, há dispensa coletiva quando são desligados ao menos 10 empregados no período de 30 dias (art. L1233-46 do Código do Trabalho).

Na Espanha, há dispensa coletiva quando são desligados ao menos 30 empregados nas empresas que ocupam 300 ou mais trabalhadores (art. 51).

Em Portugal, há dispensa coletiva quando o empregador, simultânea ou sucessivamente, no período de três meses, proceda ao desligamento de, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro (art. 359 do Código do Trabalho).

Na Dinamarca, há dispensa coletiva quando são desligados ao menos 30 trabalhadores em empresas que normalmente empregam no mínimo 300 empregados (Lei sobre as Dispensas Coletivas, que repete os critérios previstos na Diretiva n. 59, de 1998, da União Europeia).”

Da análise da legislação internacional, depreende-se que a caracterização da dispensa em massa, nos países acima referidos, leva em consideração ora a quantidade de trabalhadores dispensados em comparação com a quantidade de trabalhadores que a empresa possui, ora o volume de dispensas em um determinado espaço de tempo.

Verifica-se, portanto, que nenhuma dessas legislações considera como parâmetro para caracterização da dispensa em massa a “média usual de dispensas e admissões em um determinado período”, ou seja, o “turn over” da empresa. No entanto, considerando que a essência do malefício social da dispensa em massa decorre da sua consequência econômica negativa para a sociedade, a variável da redução do quantitativo dos postos de trabalho é imprescindível para a caracterização do instituto, especialmente no Brasil, onde a volatilidade dos contratos de emprego é elevada.

Dessa forma, com espeque nas normas estrangeiras e à luz da realidade brasileira que impõe a necessária consideração do “turn over” da empresa, a classificação da dispensa em massa é casuística e necessita da análise do caso concreto, especialmente a partir da averiguação da existência de redução dos postos de trabalho. Por conseguinte, uma vez identificada a resilição múltipla de contratos de trabalho ligadas a questões financeiras, técnicas ou de reestruturação empresarial, em volume que esteja em descompasso com a média de demissões e admissões da empresa, está caracterizada a dispensa em massa, o que torna imprescindível a intervenção sindical prévia (art. 8º, VI, da CF).

Teoria Discursiva do Direito - Jürgen Habermas

Tradicionalmente, a origem das normas jurídicas é atribuída ao Direito natural ou ao Direito Positivo. Ou seja, os enunciados normativos decorrem de uma fonte divina pressuposta, anterior a qualquer existência humana, ou são produtos da atividade legislativa imperativa estatal, imposta coercitivamente ainda que sem a anuência dos seus destinatários. Essa dicotomia foi alvo de contundentes críticas por várias correntes jurídico-filosóficas, dentre elas a “teoria discursiva do direito” propugnada por Jürgen Habermas e também por Robert Alexy.

Essa corrente filosófica propõe a alteração do processo de normatização, flexibilizando o monopólio divino e/ou estatal, característicos do direito natural e positivo. Assim, o processo de elaboração de normas jurídicas recebe influxos do “discurso racional”, que tem como pressuposto a construção de soluções a partir de diretrizes dialéticas e democráticas, com participação de todos os atores envolvidos, tendo como mote a ideia de “mais diálogo e menos discursos retóricos e impositivos”.

Em artigo intitulado “A construção coletiva do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público Brasileiro”, o doutrinador Bruno Gomes Borges da Fonseca detalha as linhas mestras da proposta de Jürgen Habermas²:

“A ideia de Habermas, portanto, é institucionalizar, pelo Direito, procedimentos comunicativos de criação e aplicação de normas jurídicas. Discursos morais, éticos políticos, pragmáticos e jurídicos, formulados por argumentos, seriam tematizados e abertos ao debate. Haveria atendimento ao regime democrático e à soberania popular; em sua dimensão procedimental, por admitir sejam os cidadãos, concomitantemente, coautores e destinatários de normas jurídicas, com adoção de processo inclusivo em uma relação de complementariedade entre autonomias pública e privada.

A discursividade oxigenaria esse modelo procedimental. Segundo a teoria discursiva “[...] São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de

2 FONSECA, Bruno Gomes Borges. *A construção coletiva do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público Brasileiro. Estudos aprofundados do MPT / coordenadores Henrique Correia e Élisson Miessa – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.*

discursos racionais”. A teorização do Direito, estribada no discurso, enxerga o paradigma do Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos de comunicação imprescindíveis na formação da opinião e da vontade. Este exercício dá-se pela autonomia. Seu resultado é a possibilidade de ordem jurídica legítima. O princípio do discurso assume, pela via da institucionalização jurídica, a figura de um princípio da democracia.

O discurso racional é toda tentativa sobre pretensões de validade problemáticas, realizada sob condições de comunicação, permissivas de movimento livre de temas, contribuições, informações e argumentos ilocucionários no interior de um espaço público. Atingidos são todos aqueles cujos interesses serão afetados pela regulamentação”.

Depreende-se, portanto, que o “discurso racional” se propõe a construir soluções através do consenso efetivo e material, e não apenas formal. A busca por alternativas de forma dialógica e democrática, embora demande mais esforço e tempo do que soluções impostas, tem por consequência maior grau de pacificação social, gerando um sentimento coletivo de Justiça e acarretando no cumprimento espontâneo da norma jurídica criada.

Alcance da intervenção sindical

É possível e salutar, portanto, incorporar a teoria discursiva do direito, e seu ponto nevrálgico que é o “discurso racional”, para o processo de intervenção sindical prévia à dispensa coletiva. A atuação do ente sindical é essencial para que o processo de construção de solução

acomode os interesses dos trabalhadores e, por via de consequência, de toda a sociedade. Os sindicatos são “corpos intermediários” vocacionados ao diálogo, que muito podem contribuir na elaboração de alternativas para minimizar os nefastos efeitos da rescisão coletiva de contratos de trabalho.

Dessa forma, a efetividade do “discurso racional” pressupõe uma intervenção sindical consistente e decisiva, com o propósito de que esse procedimento prévio não se torne simples regra formal estéril. Todas as rodadas de negociações devem contar com ampla carga democrática, com ausculta efetiva dos envolvidos. Propõe-se, assim, a formação de um “conselho decisório”, com composição paritária entre representantes do sindicato e da empresa/sindicato patronal, sendo que as propostas de soluções somente podem ser consideradas aprovadas se contarem com a anuência da maioria absoluta dos representantes do conselho.

A instituição desse conselho não desrespeita a parte final da tese fixada pelo E. STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 999.435, segundo a qual a necessidade de intervenção sindical prévia “*não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo*”. Isso porque não se trata de condicionar a demissão à autorização do sindicato ou celebração de norma coletiva, mas sim de incluir os representantes sindicais ativamente no processo de construção de solução para o “problema estrutural” da demissão em massa.

Essa proposta de formação de conselho decisório, com a participação decisiva do sindicato no processo de elaboração de soluções, está alinhada, *mutatis mutandis*, com as previsões constantes dos arts. 513, alínea “d” e 514, “a”, da CLT:

“Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos :

(...)

d) colaborar com o Estado, como órgãos técnicos e consultivos, no estudo e solução dos problemas que se relacionam com a respectiva categoria ou profissão liberal

Art. 514. São deveres dos sindicatos :

a) colaborar com os poderes públicos no desenvolvimento da solidariedade social”

O propósito desse conselho deve ser o de elaborar estratégias dialogadas para atenuar as consequências da dispensa em massa. Como sugestão para as pautas de negociação, propõe-se, a título ilustrativo, o debate acerca das seguintes medidas:

(i) - no caso de encerramento das atividades em alguma unidade empresarial específica, instauração de diálogo para fins de aproveitamento dos trabalhadores em outras filiais da empresa ou do grupo econômico; na impossibilidade absoluta dessa iniciativa, encaminhamento de cartas de recomendação para outras empresas do mesmo segmento ou de segmento similar;

(ii) – na hipótese de reestruturação da empresa em razão da automação de determinados processos, aproveitamento dos trabalhadores em outras funções para as quais possuam aptidão; na impossibilidade dessa iniciativa, assunção do compromisso de custear curso de formação para os trabalhadores dispensados em relação ao manuseio dos novos maquinários, com o compromisso de assegurar-lhes preferência no caso de novas contratações para as funções;

(iii) – na hipótese da reestruturação da empresa por questões estratégicas ou congêneres, manter os benefícios sociais eventualmente conferidos para os trabalhadores em atividade (cesta básica, auxílio-alimentação, plano de saúde, etc.) durante o prazo de 1 ano ou outro termo convencionado; no caso de inexistência de concessão desses bene-

fícios, assunção do compromisso de pagar um auxílio financeiro em valor equiparado durante o mesmo prazo acima referido;

(iv) – na hipótese de redução do corpo de empregados em virtude de problemas financeiros, dar preferência para a dispensa aos trabalhadores mais jovens (até 29 anos) em detrimento dos mais antigos, na medida em que estes possuem muito mais dificuldades para se realocarem no mercado de trabalho; ainda na hipótese de dispensa em massa por questões financeiras, dar preferência aos trabalhadores sem encargos familiares ou aos que possuam outras fontes de renda;

(v) – na hipótese de redução do corpo de empregados por quaisquer motivos, estabelecer um calendário escalonado de dispensas, classificando grupos de acordo com os critérios sugeridos no item “iv” acima, bem como fixando que a primeira rodada de dispensas ocorra em um lapso temporal razoável de pelo menos 3 meses, permitindo que os trabalhadores se programem para a inevitável redução de ganhos;

(vi) – na hipótese de encerramento das atividades em virtude de trespasse do estabelecimento, negociar com o adquirente para que os contratos de emprego não sofram solução de continuidade, inclusive abatendo eventual passivo trabalhista do “valuation” da empresa alienada.

Conclusão

Com supedâneo na compreensão de que a busca por alternativas para atenuar as consequências do “problema estrutural” das dispensas em massa pressupõe uma construção dialógica e democrática à luz da teoria discursiva do direito, ainda que isto demande mais esforço e tempo do que soluções impostas, a intervenção sindical prévia definida pelo E. STF por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 999.435 não pode se resumir a uma atuação burocrática, sob pena de a regra se tornar um procedimento formal estéril.

Assim, propõe-se a formação de um “conselho decisório”, com composição paritária entre representantes do sindicato profissional e da empresa/sindicato patronal, sendo que as propostas de soluções somente podem ser consideradas aprovadas se contarem com a anuência da maioria absoluta dos seus integrantes. O resultado dessa construção dialogada tem por consequência maior grau de pacificação social, gerando um sentimento coletivo de Justiça e acarretando no cumprimento espontâneo da solução jurídica criada.

REFERÊNCIAS

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista** / Vólia Bomfim Cassar. - 16. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

FONSECA, Bruno Gomes Borges. A construção coletiva do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público Brasileiro. **Estudos aprofundados do MPT** / coordenadores Henrique Correia e Élisson Miessa – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. rev. atual. e amp.- São Paulo : LTr; 2018.

PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. A dispensa em massa e a pandemia do COVID-19. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 477-507, jul. 2020.

RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho** / Edson Beas Rodrigues Jr., organizador. - 4. ed. ampl. - São Paulo : LTr; 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

10 A prevalência do negociado sobre o legislado e o modelo de normas autônomas trabalhistas proposto na Carta Constitucional*

Matheus de Almeida Calado Gonçalves

Graduando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Estagiário do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região.

RESUMO

Muitas indagações surgiram a respeito da implantação da Reforma Trabalhista na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, que se deu a partir do estabelecimento da Lei nº 13.467/17, devido às diversas mudanças que ela trouxe consigo. Uma das questões resultantes desta alteração nas normas trabalhistas da CLT foi justamente em relação à prevalência do negociado sobre o legislado, que passou a ter uma dimensão muito maior do que havia antes, pautado nas normas dos artigos 611-A e 611-B do estatuto trabalhista. Utilizando-se do método dedutivo, realizou-se no presente estudo uma análise da controvérsia entre as novidades trazidas pela reforma e o modelo das normas autônomas coletivas de trabalho que

* Artigo realizado a partir do plano de trabalho intitulado “AS IMPLICAÇÕES DA PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E O MODELO DE NORMAS AUTÔNOMAS TRABALHISTAS PROPOSTO NA CARTA CONSTITUCIONAL”, apresentado ao Programa Institucional de Iniciação Científica para Voluntário da Universidade Católica de Pernambuco, sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso.

a Constituição Federal prevê em seu texto, verificando-se a flexibilização, supressão e afastamento de direitos trabalhistas, a partir dessa prevalência da negociação coletiva sobre o legislado, e seus efeitos negativos à luz dos princípios e normas constitucionais norteadores do Direito do Trabalho.

Palavras-chave: Negociação coletiva; Reforma trabalhista; Flexibilização do Direito do Trabalho.

Introdução

Com a tramitação do projeto de lei nº 6.787 de 2016, houve posteriormente em 2017 o sancionamento, pelo ex-presidente da República Michel Temer, da então Lei Ordinária nº 13.467, que ficou popularmente conhecida como Reforma Trabalhista. T tamanha reformulação das normas trabalhistas ocorreu de forma abrupta e justamente em meio a uma crise econômica e política que assolava o país, não havendo assim a devida discussão acerca do tema de tamanha relevância social, como seria esperado.

Após a aprovação da Reforma Trabalhista, abriu-se a necessidade de um questionamento aprofundado em torno das mudanças trazidas pela Lei, sendo a prevalência do negociado sobre o legislado um dos pontos mais preocupantes em que houve inovação pela reforma.

Dessa forma, a interrogação maior sobre o tema mencionado, o qual o presente trabalho se propõe a estudar, está na constitucionalidade das modificações ocasionadas pela reforma nas leis trabalhistas, visto que até então havia um limite maior imposto pela Carta Magna na matéria que poderia ser transacionada em uma negociação coletiva, limite este

que a reforma cuidou em relativizar, aumentando as possibilidades de flexibilização dos direitos trabalhistas.

Para a realização do trabalho, escolhemos o método dedutivo, começando com um estudo aprofundado do texto constitucional e examinando seus princípios, com a finalidade de verificar se o texto da Reforma Trabalhista, no que tange ao assunto da prevalência do negociado sobre o legislado, está de fato compatível com a nossa Constituição, fazendo também o uso de livros e artigos científicos sobre a temática para ampliar a compreensão feita no trabalho proposto.

A prevalência do negociado sobre o legislado após a reforma trabalhista

Pode-se dizer, inicialmente, que a Reforma Trabalhista trouxe mudanças substanciais no Decreto Lei de nº 5.452/43, também conhecido como CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Estas alterações no texto do Decreto Lei entraram em vigência quase imediatamente após a rápida aprovação do projeto de lei pelo Congresso Nacional, que acabou sendo transformado em Lei Ordinária. Dentre as tantas mudanças trazidas, há um destaque no âmbito da prevalência do negociado sobre o legislado, que podemos encontrar expresso na redação adicionada à CLT pelos artigos 611-A e 611-B.

Destarte, convém proceder com a conceituação e distinção de acordo coletivo e convenção, uma vez que ambos são institutos que compõem o que chamamos de “negociado”¹.

1 O negociado trata-se, na verdade, da negociação coletiva realizada entre os empregadores e os trabalhadores, por meio da autonomia da vontade das partes, sendo dividido em Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) e Convenção Coletiva de Trabalho (CCT).

Convenção coletiva de trabalho (CCT), como versa o caput do artigo 611 da CLT, é “o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”. Logo, seguindo o pensamento de Carlos Henrique Bezerra Leite,

Trata-se, pois, de uma contratação coletiva intersindical, cuja principal consequência é vincular juridicamente todos os representados pelas entidades sindicais signatárias, independentemente de serem seus sócios. Basta, pois, pertencer à categoria econômica ou profissional representada pelos sindicatos que firmaram a CCT para ser alcançado pelos efeitos ultra partem de suas cláusulas normativas (LEITE, 2021, p.407).

De outro lado, temos a definição de acordo coletivo de trabalho (ACT) pelo § 1º também do art. 611 da CLT, o qual preceitua “É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho”.

Assim sendo, torna-se perceptível que a principal diferença entre CCT e ACT está na figura de quem participa da negociação coletiva, bem como consequentemente a abrangência em que se dá os seus efeitos. Sob esse viés, Carlos Henrique Bezerra Leite também assinala:

Na verdade, a distinção básica entre ACT e CCT reside nos seus sujeitos e na sua abrangência. No acordo coletivo de trabalho são sujeitos, de um lado, sindicato representante dos trabalhadores e, de outro, uma ou mais empresas, atuando diretamente, isto é, sem representação do

correspondente sindicato patronal. No ACT, portanto, não participa a representação sindical dos empregadores. A abrangência dos efeitos normativos do ACT é inferior à da CCT, pois naquele os efeitos jurídicos ficam limitados aos contratos de trabalho dos empregados da empresa signatária da avença, enquanto nesta os efeitos são estendidos aos empregados de todas as empresas pertencentes à categoria econômica representada pelo sindicato patronal signatário da avença (LEITE, 2021, p.409).

Podemos dizer, também, que a negociação coletiva se dá através de uma forma básica de solução de conflitos, a autocomposição. Desse modo, ela está pautada principalmente na autonomia de vontade privada das partes, para que se possa haver a criação de acordo mútuo que passa a servir tal qual como uma norma jurídica. Para Ricardo Resende,

São o ACT e a CCT fontes formais autônomas do Direito do Trabalho. Fontes formais porque criam regras jurídicas, assim considerados os preceitos gerais, abstratos e impessoais, dirigidos a normatizar situações futuras. São autônomas porque emanadas dos próprios atores sociais, sem a interferência de terceiro (o Estado, por exemplo, como ocorre com as leis) (RESENDE, 2020, p. 1149).

Vale pontuar, entretanto, que com o advento da Reforma Trabalhista, o negociado acabou por alcançar uma dimensão maior do que a que possuía anteriormente, tornando-se então prevalente em relação ao legislado em ainda mais situações. Isso significa dizer que agora existem mais possibilidades em que as negociações coletivas compreenderão mais relevância que a Lei, desde que nestas negociações sejam observadas as regras mínimas assinaladas pela nossa Constituição.

Flexibilização de normas trabalhistas

Apesar da grande mudança trazida pela Reforma Trabalhista na legislação, a negociação coletiva não é uma novidade, uma vez que tal hipótese já é prevista desde 1988 pela nossa Carta Magna, como se pode observar no inciso XXVI do seu artigo 7º².

Todavia, houve de fato uma grande inovação no que diz respeito ao que pode ser transacionado, ou seja, a matéria da negociação coletiva, a qual engloba os direitos que podem ser flexibilizados. Em síntese, podemos conferir as novas possibilidades de negociação elencadas pelo então novo art. 611-A da CLT:

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

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

2 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVI: reconhecimento das convenções e acordos coletivos do trabalho” (BRASIL, 1988, Art. 7, XXVI).

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa

Faz-se necessário, ainda, observar que há uma limitação imposta pela legislação trabalhista no que tange aos direitos que não podem ser negociados, a qual podemos encontrar no então Art. 611-B da CLT.

Todavia, fica inequívoco que ao trazer um maior número de hipóteses em que se pode haver flexibilidade na matéria negociada por meio de acordo ou convenção coletiva, a reforma acaba impactando mais diretamente na esfera social do trabalhador, o qual é reconhecido pelo Direito do Trabalho como parte hipossuficiente na relação de trabalho. Vale lembrar, ademais, que as possibilidades elencadas por este artigo supracitado são apenas exemplos, não sendo taxativos, uma vez que há em sua redação a expressão “entre outros”. Assim, há a ampliação para uma infinidade de hipóteses de incidência da negociação coletiva, bastando apenas que a matéria negociada não esteja presente nos incisos do Art. 611-B, que são os limitadores máximos do ACT e CCT contidos na reforma.

Salienta-se que apesar da negociação coletiva ser realizada pelo ente sindical da categoria do trabalhador, o que possivelmente possibilitaria uma maior igualdade na relação, ainda restam dúvidas se tais entidades sindicais têm a possibilidade de sempre assegurar de fato o real interesse dos trabalhadores. Por conseguinte, há uma indagação se esse maior poder de flexibilização traz uma melhoria para o trabalhador na relação de emprego, ou se na verdade o prejudica e apenas relativiza os seus direitos conquistados.

As normas autônomas coletivas na Constituição Federal

Como observado anteriormente, a autonomia privada coletiva está expressamente prevista como direito fundamental pelo Art. 7, XXVI, da Constituição Federal. Porém, além da inovação trazida pelo Art. 611-A da CLT, também se pode notar hipóteses no âmbito da negociação coletiva já expressas no texto constitucional, como verificamos em seu artigo 7º, a partir dos incisos VI, XIII e XIV:

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

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

As hipóteses mencionadas pela CF, como observamos nos incisos acima, estão relacionadas às questões de redução temporária de salários, da compensação de jornadas e dos turnos ininterruptos de revezamento nas jornadas acima de seis horas. Por outro lado, o restante dos direitos fundamentais trabalhistas expressos no Art. 7º são inegociáveis, o que não permite que sejam flexibilizados por acordo ou convenção coletiva. Assim, resta claro a intenção do constituinte em preservar os direitos mínimos já adquiridos e que são tidos como indisponíveis.

Há uma diferença, porém, entre a matéria presente na Constituição e no Art. 611-A, uma vez que para que os direitos então mencionados possam ser transacionados, a CF exige que haja no acordo uma contraprestação da outra parte, o que não ocorre com as hipóteses previstas pela Reforma Trabalhista, pois no §2º do Art. 611-A há a seguinte assertiva: «A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico». Consequentemente, ainda que algum direito do trabalhador seja suprimido e não haja contraprestação pela empresa ou ente sindical de empresas, o acordo coletivo ou convenção continuará válido, o que mostra o desfavorecimento ao trabalhador trazido pela reforma, de modo que tal conjuntura culminaria numa afronta aos fundamentos constitucionais.

Conforme o pensamento de Fábio Barroso (2010), a interpretação do Direito como sistema deve

[...]ser utilizada para atingir o espírito, a finalidade da norma conforme a Constituição, que é a melhoria da condição social do trabalhador como direito fundamental, reconhecida a convenção e o acordo coletivo como seus instrumentos, ao estabelecerem condições de trabalho mais vantajosas qualitativamente que as mínimas estabelecidas isonomicamente na legislação do trabalho. É a utilização póspositivista e neoconstitucionalista do Direito em favor da

justiça social e da proteção ao trabalhador
(BARROSO, 2010, p. 225).

Sob esse viés, o ACT e a CCT deveriam funcionar como instrumentos para se alcançar uma melhoria na condição social do trabalhador, ficando dubitável que haja de fato essa melhoria nas situações em que não há sequer uma contraprestação pelo empregador, o que configuraria uma ofensa ao nosso texto constitucional.

(In)constitucionalidade da Reforma Trabalhista

Diante dos pontos expostos até o momento, é possível de antemão já perceber um embate entre o texto da Lei nº 13.467/17 e a nossa Lei Maior.

Em uma primeira análise, como afirma Bramante (2017), poderia se verificar inconstitucionalidade no trecho “entre outros” já no caput do Art. 611-A, uma vez que tal dispositivo deveria se preocupar com a limitação das condições que podem ser transacionadas nas negociações coletivas, permitindo somente as que impliquem real melhoria da condição social do trabalhador, consoante o que a Constituição delibera acerca deste assunto.

Todavia, não é o que o Supremo Tribunal Federal entendeu quando realizou o julgamento do tema 1.046 de repercussão geral, após dar provimento ao Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1121633, no qual foi fixado a tese de que

São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os

direitos absolutamente indisponíveis (STF - ARE: 1121633 GO 0000967-13.2014.5.18.0201, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 02/06/2022, Pleno do Tribunal, Data de Publicação: DJe 14/06/2022).

O que nos mostra, então, que para o STF não há inconstitucionalidade quando não estiverem presentes vantagens compensatórias nos acordos e convenções, sendo aceito a limitação e afastamento de direitos trabalhistas sem qualquer contraprestação explícita, desde que não se tratem dos direitos absolutamente indisponíveis.

Cabe pontuar, porém, que mesmo com a constitucionalidade aferida pelo STF, não há dúvidas de que o afastamento de direitos por negociação coletiva nesses termos trata-se de verdadeiro retrocesso social, pois antes da reforma tal prática era vedada. Assim sendo, fica claro a violação de certos princípios trabalhistas, tal qual o próprio princípio do não retrocesso social.

Sobre este princípio, postula Daniela Reis:

O princípio da vedação do retrocesso social enuncia serem insusceptíveis de rebaixamento os níveis sociais já alcançados e protegidos pela ordem jurídica, seja por meio de norma supervenientes, seja por intermédio de interpretação restritiva (REIS, 2012, p.35).

De tal modo que, com o afastamento de direitos já conquistados ao longo da evolução do Direito do Trabalho, há realmente a violação deste princípio tão importante para o trabalhador. Logo, com a desvalorização das garantias sociais que foram alcançadas aos poucos e durante décadas, o estado social do empregado volta a um patamar primitivo, tendo então um impacto negativo em sua condição de trabalho.

Outrossim, podemos citar também a restrição que ocorre ao princípio da proteção ao trabalhador. Sobre este princípio, Cassar (2017) expõe que

O princípio da proteção ao trabalhador está caracterizado pela intensa intervenção estatal brasileira nas relações entre empregado e empregador, o que limita, em muito, a autonomia da vontade das partes. Desta forma, o Estado legisla e impõe regras mínimas que devem ser observadas pelos agentes sociais. Estas formarão a estrutura basilar de todo contrato de emprego (CASSAR, 2017, p.169).

Destarte, com a negociação coletiva podendo tratar de qualquer situação de trabalho, excetuadas as mencionadas no Art. 611-B da CLT, o princípio da proteção ao trabalhador acaba então sendo suprimido pela autonomia privada das partes, pois não há uma intervenção estatal e a negociação passa a compreender mais força que a própria Lei, o que na prática pode beneficiar muito mais o empregador do que de fato o empregado.

Além disso, cabe mencionar, também, que os tribunais vêm reconhecendo a inconstitucionalidade contida nos artigos da reforma que tratam de negociação coletiva. A exemplo disso, foi declarada, em acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, a inconstitucionalidade do inciso XIII do Art. 611-A, bem como do parágrafo único do Art. 611-B da CLT, como podemos verificar a seguir:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 611-A, INCISO XIII E 611-B, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DA CLT. PROCEDÊNCIA. Diante da inegável nocividade à saúde do trabalhador, ao laborar em sobrejornada em ambiente insalubre, são inconstitucionais os arts. 611-A, inciso XIII e 611-B, parágrafo único, ambos da CLT, com redação dada pela

Lei n. 13.467/2017, no tocante à autorização de prorrogação da jornada de trabalho em ambiente insalubre, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT, em flagrante afronta ao comando constitucional, que prevê a necessidade da redução dos riscos inerentes ao trabalho, como se depreende dos parâmetros expressos nos artigos 6º, 7º, inciso XXII e 196 da Constituição Federal. (Arguição de Inconstitucionalidade, Processo nº 0000228-28.2021.5.14.0000, Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, Relator: Carlos Augusto Gomes Lôbo, Julgado em 28/10/2021). (Grifos nossos).

No entendimento do referido Tribunal, tais dispositivos afrontam a saúde e a segurança dos trabalhadores, que se tratam na verdade de direitos fundamentais presentes na Carta Magna, o que torna inconstitucional parte do texto dos artigos mencionados. Concordamos com o referido Tribunal, pois a disponibilidade para negociar estes direitos pode acarretar grande prejuízo ao trabalhador, que sempre deve ser protegido, no que for possível, dos riscos inerentes ao seu trabalho, conforme os preceitos constitucionais.

Em face de tantas controvérsias acerca da polêmica reformulação promovida pela reforma nos artigos da CLT, é possível identificar também uma dicotomia entre a epistemologia do Direito do Trabalho, que tem como um dos principais propósitos promover um melhor estado social para o trabalhador, e essa inovação imposta pela Lei nº 13.467/17. Para Cassar (2017),

O conteúdo da nova Lei, ao contrário do que afirmado pela imprensa, desconstrói o direito do trabalho como conhecemos, inverte seus princípios, suprime regras favoráveis ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável

ao empregado, valoriza a livre-autonomia da vontade, prevê a prevalência do negociado sobre o legislado (para reduzir e suprimir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho, a liberdade de ajuste e exclui regras protetoras de direito civil e de processo civil ao direito e processo do trabalho (CASSAR, 2017).

Diante do exposto, é de grande notoriedade, portanto, a inconstitucionalidade presente na Reforma Trabalhista, a qual trouxe consigo em evidência uma problemática em relação ao embate presente entre a prevalência do negociado sobre o legislado nos moldes da recente alteração promovida na CLT e o modelo de normas autônomas trabalhistas proposto na nossa Constituição. Por conseguinte, vemos continuamente sua constitucionalidade sendo contestada, e por vezes o reconhecimento dessa inconstitucionalidade, situação essa que deve ainda continuar perdurando.

Considerações finais

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar a oposição presente entre a Reforma Trabalhista e o modelo de normas autônomas coletivas trabalhistas previsto pela Constituição Federal.

Verificou-se durante o estudo uma promoção da flexibilização de direitos trabalhistas causada pela inovação da reforma e, por consequência disso, um embate com os preceitos constitucionais. Em vista disso, identificamos normas, bem como princípios, que entram em um conflito direto com o novo texto proveniente da Lei 13.467/17.

Desse modo, a análise nos permitiu compreender a incidência da supressão e o afastamento de direitos que o advento das novas regras está provocando, sendo, em sua maioria das vezes, inconstitucional, o

que confirma a hipótese levantada de que há incoerência acerca dos dispositivos da reforma e os paradigmas existentes na nossa Carta Magna.

Por certo, a Reforma Trabalhista trouxe profundas mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho, em especial na matéria que amplia a relevância e poder da negociação coletiva sobre o legislado. Tais alterações vêm e devem continuar gerando debate entre a doutrina, os tribunais e os juristas em geral, o que indubitavelmente é fundamental para se assegurar que os ditames constitucionais possam ser realmente seguidos, e que se garanta de igual forma o desenvolvimento contínuo e pleno do Direito do Trabalho.

Referências

ALBUQUERQUE, D. N e BARROSO, F. T. Legislado X negociado: uma reflexão necessária no Direito Laboral. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ** – Belo Horizonte, ano 15, n.22, p. 205-218, jul. /dez. 2017.

BARROSO, Fábio Túlio. **Direito Flexível do Trabalho** – Abordagens Críticas. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.

BARROSO, Fábio Túlio. **Manual de Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

BRAMANTE, Ivani Contini. Reforma trabalhista: prevalência do negociado sobre o legislado. In: MARTINS, Juliane Caravieri (Org.); BARBOSA, Magno Luiz (Org.); MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Org.). **Reforma trabalhista em debate: direito individual coletivo e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 15/11/2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a consolidação das leis do trabalho**. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20/01/2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Agravo, 1121633/GO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 02/06/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427>. Acesso em 14/06/2022.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (Pleno)**. Arguição de Inconstitucionalidade. Processo nº 0000228-28.2021.5.14.0000, Relator: Carlos Augusto Gomes Lôbo, Data do Julgado: 28/10/2021. Disponível através de consulta processual em: <https://consulta.trt14.jus.br/>. Acesso em 06/06/2022.

CALCINI, Ricardo Souza. Prevalência do negociado em norma coletiva sobre o legislado. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Santa Catarina, v. 9, n. 16, p. 69-78, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2017.

DE MOURA, Juliana Cristina Ferraz; TEIXEIRA, Sérgio Torres. A prevalência do negociado sobre o legislado na Reforma Trabalhista. **Ciências Humanas e Sociais**, Recife, v. 4, n.2, p. 81-98, Julho 2019.

FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Aspectos da prevalência do negociado sobre o legislado e sua afronta aos direitos fundamentais conforme a teoria de Robert Alexy. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 64, n. 97, p. 127-165, jan./jun. 2018.

JODAR, Cláudio Henrique Urbanavícius; OLIVAS, Marcos Antônio; PEREIRA, Érica Luzia. O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO:

Um retrocesso social consubstanciado em escravidão velada⁹. **Revista Científic@ Universitas**, Itajubá v.6, n.3, p. 103 – 12, Nov-Mai. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

REIS, Daniela Muradas. Influxos legais, jurisprudenciais e o princípio da vedação do retrocesso social. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; FATTINI, Fernanda Carolina; BENEVIDES, Sara Costa. (Org.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2012, v. 1, p. 25-42.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 8. Ed. – São Paulo: Grupo GEN, 2020.

11

Programas de Integridade e Poder Judiciário

Paula Christina Silva e Lima

Analista Judiciário do TRT da 3a. Região. Especialização em Direito Internacional. Especialização em Direito Constitucional e Governança Pública - PUC MINAS

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar como a implementação de programas de integridade pelos órgãos do Poder Judiciário pode contribuir para que o meio ambiente do trabalho nos tribunais seja mais saudável e mais socialmente harmônico. Partindo de pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, discorreremos primeiramente sobre governança pública e compliance, bem como a aplicabilidade deste no meio ambiente do trabalho. Essa abordagem inicial é necessária para melhor compreensão da gênese dos programas de compliance, mais comumente denominados na esfera pública de programas de integridade. Por fim, discorreremos sobre as etapas a serem percorridas para elaboração e manutenção do código de conduta (ou código de ética e integridade), um dos instrumentos mais importantes dos programas de integridade. Sua relevância no presente trabalho se deve ao fato de que é o seu conteúdo que afetará mais diretamente o meio ambiente do trabalho.

Palavras-chave: compliance ambiental; meio ambiente do trabalho; programas de integridade; Poder Judiciário, códigos de conduta.

Introdução

As mudanças sociais e econômicas ocorridas nas últimas décadas (final do século XX e início do século XXI), em sua maioria decorrentes da globalização, exigiram dos órgãos públicos a adaptação a modelos mais modernos de gestão e atuação perante a sociedade. Governança pública e *compliance* podem ser apontados como alguns dos caminhos a serem seguidos para que os interesses coletivos sejam alcançados de forma efetiva e mais eficiente.

Os temas governança e *compliance*, apesar de serem relativamente novos no âmbito do Direito, já se sedimentaram em diversos dos seus campos de atuação. A crescente disseminação dos seus princípios e mecanismos no meio corporativo alcançou os órgãos da Administração Pública. Também no âmbito do Poder Judiciário podemos observar um movimento, cada vez mais crescente, no sentido de se aplicar as ideias de governança pública e do *compliance*.

Considerando-se que o *compliance* é uma das ferramentas mais importantes da boa governança, começaremos este artigo discorrendo sobre governança pública e como seus pilares passaram a ser adotados pelos órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário. Posteriormente, seguiremos analisando o *compliance*, com ênfase ao *compliance* ambiental voltado ao meio ambiente do trabalho.

Prosseguiremos adentrando na análise da integridade como vetor para toda atuação do Poder Público e como os programas de integridade tem ganhado relevância no âmbito do Poder Judiciário. E, partindo-se do pressuposto de que os códigos de conduta são parte fundamental do processo de materialização da integridade nas instituições, discorreremos sobre as etapas de sua implementação levando-se em conta as particularidades dos órgãos do Judiciário.

Finalizaremos o presente artigo na expectativa de compreender como a implementação dos códigos de conduta podem contribuir para melhorar o meio ambiente do trabalho nos órgãos do Poder Judiciário e as relações sociais nele experimentadas, bem como se eventuais resultados positivos poderão ser sentidos numa perspectiva externa de observação.

GOVERNANÇA PÚBLICA

Diferenciando os conceitos: governança e gestão

Inicialmente, é de suma importância diferenciar os conceitos de gestão e de governança. Enquanto a gestão pressupõe, como regra, a adoção de medidas de impacto mais imediato (gestão de pessoas e gestão de processos), a governança se revela na adoção de princípios e diretrizes institucionais a serem observados ao longo dos anos pela administração e pela presidência de um determinado órgão, independentemente de quem esteja no comando. A governança busca aplicar direcionamentos e estratégias que se mantenham incólumes às mudanças na administração. Daí se depreende duas importantes características da governança: impessoalidade e perenidade.

O Referencial Básico de Governança aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública sintetiza da seguinte forma:

Enquanto a gestão é inerente e integrada aos processos organizacionais, sendo responsável pelo planejamento, execução, controle, ação, enfim, pelo manejo dos recursos e poderes colocados à disposição de órgãos e entidades para a consecução de seus objetivos, a governança provê direcionamento, monitora, supervisiona e avalia a atuação da gestão [...].

Governança também se preocupa com a qualidade do processo decisório e sua efetividade [...].

A gestão, por sua vez, parte da premissa de que já existe um direcionamento superior e que aos agentes públicos cabe garantir que ele seja executado da melhor maneira possível em termos de eficiência. (TCU, 2014, p. 32)

Logo, podemos concluir que a governança precede a gestão, uma vez que partem daquela as diretrizes a serem observadas por esta. A governança é, portanto, superior e mais ampla que a gestão.

Da governança corporativa para a governança pública

As ideias de governança foram primeiramente abordadas e aplicadas no meio corporativo, nos Estados Unidos, como forma de separar a propriedade das companhias de sua gestão/controle. A governança corporativa envolve a adoção de regras organizacionais tendentes a limitar o comportamento dos administradores. Refere-se a um gerenciamento mais eficiente, apontando os resultados alcançados de forma transparente. (MARTINS, 2020, p. 8-9)

Em 1992, a partir do documento *Governance and Development*, produzido pelo Banco Mundial, o termo governança foi mencionado pela primeira vez no setor público. (MARTINS, 2020, p. 10, citando Cordeiro da Silva, 2010). Contudo, ainda que sem utilizar esse termo, no ordenamento jurídico brasileiro podemos notar uma semente de governança datada de 1967. O art. 7º. do Decreto-lei 600/67 dispõe que:

A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteando-se segundo planos e programas [...] e compreenderá a elaboração e atualização dos

seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo [...] (grifo nosso)

A evolução do modelo de Administração Pública, de uma atuação mais burocrática e centralizadora, para um modelo gerencial (descentralizador, democrático e transparente) - e aqui ressaltamos as mudanças trazidas pela Reforma Administrativa (Emenda Constitucional no. 19/1998) - favoreceram para que os princípios de governança fossem absorvidos pelas instituições públicas. A governança permitiu “a interação entre a capacidade de comando e a capacidade de direção do Estado, tanto interna quanto externamente, de forma a garantir a coerência e a consistência das políticas governamentais”. (MARTINS, 2020, p. 11-12)

Marques (2007), citando o ANAO – *Australian National Audit Office* e Barret (2003), expõe seis princípios a serem seguidos pelas entidades públicas para alcançarem uma boa governança, quais sejam: liderança, integridade, compromisso (qualidades/posturas dos sujeitos envolvidos); responsabilidade, integração e transparência (base das estratégias e políticas da organização).

Podemos observar que alguns desses princípios são mencionados no Decreto 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Em seu art. 2º, inciso I, a governança pública é conceituada como um “conjunto de mecanismos de **liderança**, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”. Já em seu art. 3º, são elencados os princípios da governança pública, quais sejam: “I - capacidade de resposta; II - **integridade**; III - confiabilidade; IV - melhoria regulatória; V - prestação de contas e **responsabilidade**; VI – **transparência**”. (grifo nosso)

Em se tratando de mecanismos de governança a serem aplicados no âmbito dos Poderes Públicos, além dos princípios dispostos no

Decreto 9.203/2017, não podemos ignorar a imprescindibilidade de se observar, como prioridade, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da CF), que regem toda a atividade administrativa do Estado.

Além do conceito de governança pública descrito no Decreto 9.203/2017, pela sua completude e abrangência subjetiva, consideramos pertinente mencionar também o conceito de governança constante do Plano Estratégico do Tribunal de Contas da União de 2011, segundo o qual

A governança pode ser descrita como um sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sociedade, alta administração, servidores ou colaboradores e órgãos de controle. [...] Em essência, a boa governança institucional tem como principais propósitos conquistar e preservar a confiança da sociedade, por meio de conjunto eficiente de mecanismos de incentivo e monitoramento dos decisores envolvidos, a fim de assegurar que as ações da instituição estejam sempre alinhadas ao interesse público. (TCU, 2011, p. 67)

A partir desse conceito, podemos concluir que a implementação de mecanismos de boa governança ao setor público tem como principal objetivo qualificar o modo de prestação de serviços públicos, de uma ponta à outra, isto é, desde a definição das políticas e estratégicas a serem adotadas até a efetiva entrega aos destinatários.

Governança pública e Poder Judiciário

No âmbito do Poder Judiciário, as ideias de governança passaram a ser materializadas, de forma mais abrangente, com a elaboração, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do planejamento estratégico para o Poder Judiciário, periodicamente revisado. Segundo Kim e Silva (2020, p. 209),

A Resolução CNJ nº 70, de 18 de março de 2009, que instituiu o planejamento e a gestão estratégica no âmbito do Poder Judiciário, representou um passo importante em disseminar a cultura de administração gerencial, voltada para resultados, e a importância do planejamento estratégico como ferramenta de gestão pelos órgãos da justiça brasileira.

Além disso, em 2013, foi instituída a Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário pela Portaria CNJ 138/2013, posteriormente substituída pela Portaria CNJ 59/2019. Tal iniciativa tornou a construção do planejamento estratégico mais democrática e participativa e “[...] permitiu identificar as peculiaridades de cada segmento de Justiça, conferindo a todos os órgãos do Judiciário maior participação na construção da Estratégia Nacional e viabilizando melhor condução do seu monitoramento”. (KIM; SILVA, 2020, p. 211).

No que tange à governança pública voltada para a gestão de pessoas, vale mencionar a Resolução CNJ 240/2016, que instituiu a Política Nacional de Gestão de Pessoas no âmbito do Poder Judiciário. Em um de seus considerandos, a Resolução menciona “a necessidade de adequar o modelo de gestão de pessoas do Poder Judiciário às exigências da sociedade atual, às transformações das relações de trabalho e aos avanços da tecnologia da informação e da comunicação”.

No âmbito do Judiciário trabalhista, podemos citar como exemplo desse movimento para a governança o Ato 387/2020 da Presidência do TST, pelo qual foi criado o Sistema de Governança Institucional do Tribunal Superior do Trabalho. O art. 5º. do referido Ato assinala que

O Sistema de Governança Institucional do Tribunal, que compreende as instâncias externa e interna, tem por objetivo estabelecer os valores, a estratégia e as políticas do TST, bem como monitorar a conformidade e o desempenho da instituição, visando atender ao interesse público.

Por fim, merece ser mencionada também a Resolução 410/2021 do CNJ, que dispõe sobre normas gerais e diretrizes para a instituição de sistemas de integridade no âmbito do Poder Judiciário. Em um de seus considerandos é mencionada a

[...] necessidade de se implementar um novo modelo de gestão e de governança no Poder Judiciário, seguindo a legislação brasileira em vigor, as diretrizes dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU e as Recomendações do Conselho da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de modo a disseminar a cultura de integridade e a aprimorar os mecanismos de prevenção, detecção e correção de condutas ilícitas e antiéticas. (grifo nosso)

Como podemos observar pelos atos normativos acima mencionados, os princípios de governança pública, e com ela, a valoração da integridade como vetor das ações do Poder Judiciário, é uma tendência que vem se fortalecendo e se espalhando entre os seus órgãos.

COMPLIANCE

Compliance ou integridade?

Assim como a governança, o instituto do *compliance* também foi concebido nos Estados Unidos. Um marco que internacionalizou o *compliance* foi o advento da *Foreign Corrupt Practice Act*, aprovada pelo Congresso Americano em 1977, com o objetivo de reprimir atos de corrupção transnacional. (MARTINS, 2020, p. 42)

A interiorização legislativa das ideias de *compliance* no Brasil se deu a partir da promulgação da Lei 12.846, de 1º. de agosto de 2013, alcinhada de “Lei Anticorrupção”. O legislador optou por utilizar o termo “integridade” para tratar do *compliance*, conforme se verifica no seu art. 7º, VIII: “Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - a existência de mecanismos e **procedimentos internos de integridade**, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. (grifo nosso)

Entendemos que a opção legislativa não prejudica o instituto e sua aplicação. As noções dos dois termos, ainda que não sejam exatamente iguais, dialogam entre si. Conforme conceitua Flávio Carvalho Monteiro de Andrade,

A ideia de compliance se relaciona com a noção de conformidade. Possuir compliance significa estar em conformidade com a legislação do Estado e com as demais normas de conduta que possam ser aplicáveis às pessoas de determinada organização, até mesmo as de caráter moral ou comportamental. (ANDRADE in OLIVEIRA, 2017, p. 142)

Integridade, por sua vez, significa honestidade, inteireza moral. Logo, podemos inferir que os termos se complementam e se entrelaçam. Oliveira (2017, p. 25), ressalta que

[...] quando se fala compliance, muitas vezes pretende-se dizer integridade [...]. No Brasil, a expressão compliance é utilizada especialmente pelas empresas e estudiosos que lidam com a legislação e literatura estrangeira. A expressão integridade passou a ser mais utilizada, especialmente por influência da Lei Anticorrupção.

Por outro lado, o termo *compliance* foi mencionado pelo legislador na Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. A lei possibilita que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em casos de suspeita de envolvimento do diretor-presidente em irregularidades.

No âmbito da Administração Pública e também do Poder Judiciário, o termo “integridade” acabou por ser o mais adotado, como se verá adiante.

Num contexto de boa governança, a materialização da integridade se dá por meio dos programas de *compliance* (ou programas de integridade). O objetivo principal é promover a conformidade daqueles que integram uma instituição com as normas e os regulamentos internos.

Breves considerações sobre meio ambiente

Antes de prosseguirmos, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre meio ambiente. O senso comum remete o meio ambiente à ideia de natureza, espaços físicos criados de processos espontâneos. No

entanto, o conceito jurídico de meio ambiente consagrado na doutrina e na jurisprudência é bem mais amplo.

Sarlet e Fensterseifer (2021) apresentam uma classificação do meio ambiente a partir da existência ou não de intervenção humana, distinguindo-os em meio ambiente natural e meio ambiente humano. O meio ambiente natural abarca todos os elementos “que se encontram **originalmente na Natureza**, ou seja, **independentemente de qualquer intervenção humana**”. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021, p. 166)

O meio ambiente humano (ou social), por sua vez, subdivide-se em três dimensões: urbano, cultural e do trabalho. O meio ambiente urbano (ou construído) corresponde aos prédios, ruas, pontes, etc., elementos artificiais caracterizadores da paisagem urbana, frutos da construção humana. O meio ambiente cultural é composto pelo patrimônio histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; elementos que remetem à cultura.

Já o meio ambiente do trabalho – conceito mais relevante para o presente artigo – compreende “as condições ambientais dos locais de trabalho, especialmente em vista de assegurar aos trabalhadores condições de qualidade, salubridade e segurança ambiental”. Remete-nos à ideia de proteção da saúde do trabalhador. A Constituição Federal de 1988 assim reconheceu em seu art. 200, VIII, em que dispôs, dentre as atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS), a de “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021, p. 167-169)

Essa preliminar faz-se necessária para compreensão do extenso campo em que pode ser aplicado o *compliance* ambiental, cujo foco principal é a aplicação de mecanismos para garantir o cumprimento de legislação ambiental dentro de uma organização, reduzindo-se os riscos ambientes inerentes às suas atividades, conforme se infere da justificação do Projeto de Lei no. 5442/2019.

Compliance e meio ambiente do trabalho

Numa perspectiva ampla de proteção à saúde do trabalhador, entendemos que o meio ambiente do trabalho compreende não apenas as boas condições físicas do local onde o serviço é prestado e dos recursos disponibilizados, mas também as condições sociais em que está inserido o trabalhador. Nesse sentido a Convenção no. 155 da OIT sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores dispõe em seu art. 3, alínea e, que “o termo ‘saúde’, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os **elementos físicos e mentais que afetam a saúde** e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho”. (OIT, 2020, p. 31, grifo nosso)

A Convenção no. 190 da OIT sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho, aprovada em 2019, mas ainda sem ratificação pelo Estado brasileiro, vem no sentido de contribuir para uma proteção mais larga e efetiva das relações sociais no meio ambiente do trabalho, especialmente em relação às mulheres e grupos vulneráveis. Ao aprová-la, a Organização Internacional do Trabalho reafirma que “a violência e o assédio constituem uma grande ameaça para a segurança e saúde dos/as trabalhadores/as e de outras pessoas no mundo do trabalho, e que podem constituir uma violação ou abuso dos direitos humanos, incompatível com um trabalho seguro e digno.” (OIT, 2020, p. 6)

Ainda em relação à Convenção no. 190 da OIT, merece destacar-se um de seus dispositivos que nos remete à ideia de programas de integridade, ao estabelecer que os Estados-membros deverão adotar leis e regulamentos que exijam a adoção de medidas para prevenir a violência e o assédio no mundo do trabalho. Em seu art. 9º. dispõe que as entidades empregadoras devem:

a. adotar e implementar, após consulta dos trabalhadores e dos seus representantes, uma política de trabalho em matéria de violência e assédio;

b. ter em conta a violência e o assédio e os riscos psicossociais na gestão da segurança e da saúde no trabalho;

c. identificar os perigos e avaliar os riscos de violência e de assédio, com a participação dos trabalhadores e dos seus representantes, e tomar medidas para os prevenir e controlar; e

d. proporcionar aos trabalhadores e outras pessoas interessadas informações e formação adequada, num formato acessível, sobre os perigos e os riscos de violência e assédio identificados e medidas de prevenção e proteção, incluindo sobre os direitos e as responsabilidades dos trabalhadores e de outras pessoas em causa, em relação à política referida na alínea (a) do presente artigo. (OIT, 2020, p. 56)

A partir desse conceito ampliado do meio ambiente do trabalho, incluindo-se os seus aspectos sociais, entendemos que o *compliance*, e especialmente os códigos internos de conduta, podem contribuir para a formação e manutenção de ambientes de trabalho mais saudáveis. Segundo Flávio Carvalho Monteiro de Andrade,

[...] o que se busca com o compliance é a criação de institutos e regras que possam informar as pessoas de determinação instituição sobre as normas que devem ser observadas em suas ações e condutas, e sobre como observá-las na prática, de forma a treinar os integrantes para detectar eventuais inconformidades, reportando-as aos órgãos competentes, para que os descumprimentos sejam prevenidos ou remediados de maneira ágil e eficiente. (ANDRADE in OLIVEIRA, 2017, p. 142)

A partir do momento em que todos os integrantes de uma organização, independentemente do grau hierárquico, têm conhecimento das condutas éticas a serem seguidas, e principalmente, das possíveis respostas que podem ser aplicadas, a incidência de situações de inconformidade tende a diminuir. Isso nos leva a concluir que condutas configuradoras de assédio moral e outras práticas abusivas de tratamento podem ser reduzidas no meio ambiente do trabalho a partir dos mecanismos de *compliance*.

PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

Integridade pública

O incentivo para que os órgãos públicos passassem a implementar programas de integridade foi marcado pela promulgação do Decreto 9.203/2017, que em seu art. 19 dispôs que:

Os órgãos e as entidades da administração direta, autárquica e fundacional instituirão programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção, estruturado nos seguintes eixos:

I - comprometimento e apoio da alta administração;

II - existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade;

III - análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e

IV - monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade.

Contudo, tem-se utilizado como referência o conceito de programa de integridade apresentado pelo Decreto 8.420/2015, que regulamentou a Lei 12.846/2013. O seu art. 41 dispõe que:

Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

O art. 42 do Decreto 8.420/2015 estabelece, ainda, alguns parâmetros para avaliação dos programas de integridade, quanto a sua existência e aplicação, dos quais destacamos os seguintes:

- I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;**
- II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;**
- III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;**
- IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;**
- V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;**

[...]

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

[...]

*XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento [...].
(grifo nosso)*

Além dos decretos acima mencionados, não se pode deixar de mencionar a Recomendação sobre Integridade Pública do Conselho da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹, publicada em 2017. Tal documento foi um dos principais influenciadores

¹ Tradução para o português da *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), organização internacional que trabalha na construção de melhores políticas públicas para solução de problemas nos setores econômico, financeiro e social, buscando uma padronização internacional. Para mais informações, acessar: <https://www.oecd.org/>

das iniciativas para a construção de uma cultura de integridade no setor público. Conforme explicitado por Breno Barbosa Cerqueira Alves:

De acordo com a Recomendação da OCDE, a integridade pública se refere ao alinhamento consistente e à adesão de valores, princípios e normas éticas comuns que garantam primazia do interesse público sobre os interesses privados, no setor público. A Recomendação [...] reconhece a integridade como um fato vital para a governança pública, em proteção ao interesse público e reforço de valores fundamentais, como o compromisso com uma democracia pluralista no estado de direito e no respeito aos direitos humanos. (ALVES in OLIVEIRA, 2019, p. 242).

Nessa toada, alguns órgãos públicos passaram a criar seus próprios programas de integridade, como também publicaram documentos com o intuito de esclarecer sobre integridade pública e/ou orientar sobre a forma de implementar programas de integridade no âmbito da Administração Pública. Dentre esses documentos, destacamos o Guia de Integridade Pública, da Controladoria-Geral da União (2015), o Manual para Implementação de Programas de Integridade, do Ministério da Transparência e da Controladoria-Geral da União (2017) e o Guia da Política de Governança Pública, da Casa Civil da Presidência da República (2018).

A integridade pública tem como um dos seus principais escopos o combate à corrupção dentro da Administração Pública e nas suas relações com o setor privado, mas não se limita a essa temática. Implica em reconhecer a integridade como vetor axiológico das condutas de todos os agentes públicos. Considerando o objeto e o objetivo do presente trabalho, seguiremos dando maior enfoque aos programas de integridade no Poder Judiciário e aos códigos internos de conduta.

Programas de integridade no Poder Judiciário

Podemos apontar como ponto de partida para a criação de programas de integridade no Judiciário brasileiro a formação, pelo CNJ, de um Grupo de Trabalho com o escopo de realizar estudos para o desenvolvimento de programas de integridade e *compliance* no Poder Judiciário, instituído pela Portaria CNJ no. 273, de 09 de dezembro de 2020.

Posteriormente, como resultado dos trabalhos desse Grupo, em 03 de agosto de 2021, foi aprovada pelo Plenário do CNJ a Resolução no. 410/2021, que dispõe sobre normas gerais e diretrizes para a instituição de sistemas de integridade no âmbito do Poder Judiciário. A partir daí, os tribunais que optarem pela elaboração de um programa de integridade deverão observar os elementos fundamentais norteadores dos sistemas de integridade, dispostos no art. 4º. da referida Resolução, quais sejam:

I – governança pública; II – transparência; III – compliance; IV – profissionalismo e meritocracia; V – inovação; VI – sustentabilidade e responsabilidade social; VII – prestação de contas e responsabilização; VIII – tempestividade e capacidade de resposta; IX – aprimoramento e simplificação regulatória; X – decoro profissional e reputação; XI – estímulo à renovação dos cargos de chefia e assessoramento da alta administração; e XII – vedação ao nepotismo.

Percebe-se a relevância dessa postura baseada na integridade a partir das palavras do Relator da Resolução no. 410/2021, o Conselheiro Luiz Fernando Tomasi Keppen, que, fazendo referência às Recomendações sobre Integridade Pública da OCDE, esclarece que:

[...] para efeito de suas recomendações, a OCDE inseriu na conceituação de “setor público”, dentre outros, todos os órgãos legislativos, executivos, administrativos e judiciais, bem como seus

agentes públicos nomeados ou eleitos, pagos ou não remunerados, em uma posição permanente ou temporária nos níveis central e subnacional de governo. Isso significa que o Poder Judiciário, em suas respectivas administrações, é também destinatário dos estudos e das recomendações emanadas da OCDE, os quais já são utilizados e aplicados em vários países do mundo.

Por esta razão, o Poder Judiciário brasileiro, que sempre figurou como referência para a administração pública, deve acompanhar essa evolução e oferecer seu o exemplo de correção ética e sensibilidade social. (CNJ, 2021, grifo nosso)

O voto do Relator deixa claro, ainda, que a implementação de sistemas de integridade pelos órgãos do Poder Judiciário tem caráter sugestivo e que a Resolução tem propósito de uniformização, reconhecendo, porém, as particularidades de cada tribunal.

Destinatários da Resolução são os órgãos do Poder Judiciário como um todo, mas, com especial ênfase, os membros da alta administração que optem por edificar em seus respectivos Tribunais um sistema de integridade, como alguns, aliás, já fizeram. As normas [...], de cunho mais geral, desejam uniformizar os eixos sobre os quais devem ser construídos esses sistemas, sem, contudo, ferir a autonomia de cada Tribunal na construção das melhores soluções. Em todo caso, é decisivo para o êxito do sistema que a alta administração dos Tribunais esteja engajada visceralmente na implementação da cultura da integridade. O exemplo da alta administração e os esforços conjuntos de todos os servidores do Poder Judiciário são peças fundamentais para

a consecução dos objetivos aqui lançados (art. 2º, caput).

[...]

Sistemas de integridade são organismos vivos, que devem ser permanentemente revistos e adaptados. Também por essa razão as normas possuem natureza mais geral: cada órgão do Poder Judiciário conhece uma realidade prática diferente, e um sistema eficiente deve estar atento a essas particularidades. (CNJ, 2021)

Outro ponto importante da Resolução no. 410/2021 diz respeito à criação do Comitê de Integridade do Poder Judiciário (CINT), que, além de assessorar a Presidência do CNJ na implementação do sistema de integridade e realizar seu monitoramento e aperfeiçoamento, também poderá ser chamado a auxiliar os tribunais na implementação e aprimoramento dos seus sistemas, conforme disposto em seu art. 6º, caput e parágrafo único.

Não obstante a iniciativa do CNJ, o pioneirismo na implementação de um programa de integridade no âmbito do Poder Judiciário brasileiro é atribuída ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Sua elaboração e publicação são anteriores à Resolução do CNJ. Conforme se pode verificar em seu portal eletrônico², o programa de integridade do TJMG tem a qualidade de ser completo, pois é composto de todos os mecanismos necessários para consecução de seus objetivos, quais sejam: “I - Comprometimento da Alta Direção; II- Código de Conduta; III- Canal de Comunicação - Fale com TJMG; IV- Gestão Periódica de Riscos; V - Treinamentos Periódicos; VI – Comunicação; VII- Monitoramento Contínuo”. Os documentos que compõem o programa de integridade do TJMG dão uma ideia da sua extensão e completude: Manual do Processo

2 <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/programa-de-integridade.htm>

Administrativo de Responsabilização, Código de Conduta, Cartilha de Integridade para Licitantes e Contratados, Manual de Gestão de Riscos e Manual de Fiscalização de Contratos Administrativos.

Implementação do código de conduta

Providências preliminares: criação de um comitê de integridade ou grupo de trabalho e plano de trabalho

Inicialmente, antes de adentrarmos nas etapas de implementação do código de conduta (ou código de ética e integridade), faz-se necessário discorrer sobre uma providência preliminar, qual seja, a criação de um grupo de trabalho específico para essa finalidade. No nosso entendimento, esse grupo pode ou não coincidir com o comitê de integridade, cujas funções primordiais serão monitorar, de forma contínua, se as normas contidas no código de conduta estão sendo cumpridas, bem como trabalhar no aprimoramento de seu texto.

A fim de garantir maior legitimidade e eficácia ao código de conduta, defendemos aqui uma participação baseada na pluralidade. Sugere-se que a composição do comitê de elaboração do programa de integridade e de recebimento de denúncias conte com a participação de representantes de diferentes setores da instituição e de todos os níveis hierárquicos, além da participação de membros do sindicato que representa os servidores e da associação representa os magistrados. Importante também que se considere a paridade de gênero e de raça na formação do comitê.

Outra opção também democratizadora do processo, mais ágil, porém menos instigante, seria viabilizar a todos os envolvidos, por meio de consulta pública, a manifestação sobre a minuta do código de conduta antes de ser encaminhado para aprovação final pelo comitê ou gru-

po de trabalho. A aprovação ficaria dependente da análise das opiniões formuladas.

Os interessados em participar do grupo de trabalho ou comitê poderão se candidatar escolhendo previamente a vaga que pretendem ocupar, observando-se a pluralidade na composição. A formação de um ambiente plural e democrático, com a contribuição de diferentes pontos de vista, viabilizará discussões mais produtivas e, conseqüentemente, com resultados mais assertivos.

A primeira iniciativa do grupo de trabalho será a realização de um planejamento de suas atividades e respectivo cronograma, com o objetivo de otimizar os trabalhos e estabelecer um prazo final para a implementação efetiva do código de conduta. “O Plano de Trabalho deve envolver etapas, objetivos, produtos, resultados esperados, responsáveis e prazos para elaboração [...]. Tal Plano também pode elencar outras informações, como a metodologia a ser adotada, previsão de reportes periódicos à alta direção etc.” (CGU, 2017, p. 20)

Etapas de implementação do código de conduta

A partir daqui, focaremos nossa atenção na análise das etapas de implementação do código de conduta. Esse recorte se faz necessário tendo em vista que, dentre todos os mecanismos e documentos que podem compor um programa de integridade, é o código de conduta que afetará mais diretamente o meio ambiente de trabalho e as relações nele vivenciadas (entre agentes públicos e entre estes e os usuários da justiça).

Após a formação do comitê de integridade, seguem-se para as etapas de implementação do código de conduta, quais sejam:

- a) Avaliação do contexto institucional e avaliação de riscos:

Formado o comitê e concluído o plano de trabalho, faz-se necessário que seja realizada uma avaliação do contexto institucional. Isso significa compreender o funcionamento do órgão em todas as suas instâncias e setores seus pontos positivos e negativos (aspecto objetivo). Além disso, deve mapear o perfil dos integrantes da instituição (aspecto subjetivo). A partir daí, será possível ter uma compreensão mais clara das circunstâncias que afetam o meio ambiente do trabalho.

A importância dessa etapa está bem delineada pela observação feita pelo Ministério da Transparência e pela Controladoria-Geral da União (2017, p. 22).

O programa de integridade deve ser concebido e implementado de acordo com o perfil específico de cada órgão ou entidade. Para tanto, o GT [grupo de trabalho] deve buscar conhecer profundamente seu órgão, suas competências, processos, servidores, usuários e grupos de interesse afetados por suas decisões, assim como o contexto econômico, social e político em que está inserido, além do grau de interação entre a organização e o setor privado.

A avaliação de riscos, por sua vez, busca compreender as “vulnerabilidades organizacionais que podem favorecer ou facilitar situações de quebra de integridade” (CGU, 2017, p. 13). Os riscos representam os fatores (externos, organizacionais e individuais) que propiciam a ocorrência de comportamentos ilícitos, ímprobos e antiéticos, incompatíveis com os objetivos da instituição e a sua missão. (CGU, 2017)

Um dos pontos delicados a serem considerados nessa avaliação de riscos é a questão da hierarquia e como é exercida pelos detentores dos cargos de chefia. Sabe-se que em ambientes hierarquizados, como são os órgãos do Poder Judiciário, têm um risco maior de ocorrências de condutas configuradoras de assédio moral, por exemplo.

O código de condutas em elaboração precisará criar mecanismos para coibir e punir o exercício da autoridade de modo abusivo.

b) Elaboração do código de conduta:

Inicialmente, um código de conduta precisa explicitar os motivos de sua elaboração e os objetivos a serem alcançados com a sua implementação. Na sua estruturação é importante constar capítulos com seus princípios e conceitos. Os princípios, como regra, podem ser extraídos da missão da instituição e de atos normativos que serviram de referência na sua elaboração.

Os conceitos, por sua vez, podem ser construídos especificamente para o código ou podem ser adotados conceitos oriundos de outros atos normativos. O conceito de violência e assédio, por exemplo, pode ser extraído da Convenção no. 190 da OIT (“[...]conjunto de comportamentos inaceitáveis, práticas ou ameaças originadas por uma ocorrência única ou de forma recorrente, que visam, resultam ou são suscetíveis de causar danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos”) ou pode ser criado um conceito de acordo com o entendimento do comitê.

Depois dos princípios e conceitos, outro capítulo deve descrever as condutas éticas a serem observadas e as condutas consideradas atentatórias da integridade. Um último capítulo deve ser dedicado a descrever quais normas serão aplicadas na hipótese de violação, bem como informações sobre o canal de denúncias e acolhimento.

Quanto às condutas, é importante ressaltar que, para que o código seja completo, é necessário contemplar não apenas as relações internas, mas também a forma de tratamento para com os usuários da justiça. É de conhecimento notório que o atendimento prestado pelos órgãos públicos é causa de descontentamento da população. Em nosso ver, isso decorre, ao menos em parte, da carência de orientação do “como proceder” e de um treinamento adequado.

Por fim, um ponto importante diz respeito à linguagem a ser adotada no código de conduta. Convém utilizar uma linguagem simples e objetiva. Ainda que se trate de ambiente no qual os termos jurídicos são rotina, uma linguagem excessivamente rebuscada pode impedir a compreensão dos servidores que não são bacharéis em direito, bem como dos estagiários e colaboradores terceirizados.

Essa clareza de sentido é de suma importância especialmente quanto às condutas que violam a integridade. Estas precisam ser descritas de forma detalhada, evitando-se expressões polissêmicas ou obscuras. Consideramos que o conhecimento de todos sobre o que se entende por assédio moral, assédio sexual, *bullying*, etc., será determinante para o efetivo cumprimento do código de conduta.

c) Aprovação e comunicação:

Depois de elaborado, o código de conduta deve ser levado para aprovação da alta direção do tribunal, preferencialmente em sessão específica para essa finalidade, com a presença dos membros do comitê e de todos os interessados.

Posteriormente, é necessário que a comunicação da aprovação do código de conduta e seu inteiro teor sejam levados ao conhecimento de todos os integrantes do tribunal, por diferentes meios de comunicação (*intranet*, *e-mail*, mídias sociais, etc.), e não apenas por meio de publicação no Diário de Justiça. A ideia é garantir que, de fato, a informação sobre a existência do código e a importância de se conhecer o seu conteúdo, alcance a todos.

d) Treinamento e reforço constante:

Tanto o treinamento quanto o reforço constante têm como objetivo o fortalecimento da cultura de integridade. Conforme ressalta Paulo Teixeira Fernandes,

A educação e treinamento sempre foram reconhecidos como elementos essenciais de um programa de compliance efetivo, pois contribuem para o fortalecimento da cultura de compliance. [...] o processo de educação é um processo mais amplo, voltado para conscientização de colaboradores e terceiros quanto a relevância do atendimento da legislação e das normas internas da organização”. (FERNANDES in OLIVEIRA, 2017, p. 71).

O treinamento sobre o código de conduta, inclusive na modalidade à distância (EAD), tem por finalidade promover uma compreensão melhor sobre as condutas em conformidade e as condutas violadoras ao plano de integridade, oportunizando o esclarecimento de eventuais dúvidas. Além disso, a partir do treinamento, poderão ser apresentados os canais de denúncia e acolhimento. Quanto mais técnicas eficazes de absorção de conteúdo forem aplicadas, melhores serão para a sua efetiva aplicação na rotina dos tribunais.

Para maior efetividade dos treinamentos recomenda-se que seu conteúdo seja exposto de modo a realizar referências com a rotina [...], incluindo exemplos com situações práticas e estudos de caso com orientações para solução de eventuais impasses. Por isso, a fim de melhorar o engajamento [...], as empresas vêm buscando recursos com mecanismos dinâmicos e lúdicos como jogos e teatros para transmitir o conteúdo de seu Programa de Integridade. (CARVALHO; ABREU; TAKAKI in CARVALHO, 2021, p. 105)

O reforço constante envolve uma divulgação periódica do código de conduta, a fim de evitar que suas normas caiam no esquecimento e que eventuais alterações em seu conteúdo sejam conhecidas por to-

dos. Nesse sentido, é importante considerar a oferta regular de cursos de atualização.

e) Canal de denúncias e acolhimento:

A existência de um canal de denúncias sempre ativo é medida imprescindível dos programas de integridade. A denúncia é o ato inicial do processo de controle e aplicação de resposta. Faz parte de um bom programa de integridade a disponibilização de diferentes meios para o recebimento de denúncias, de modo sigiloso, com a preservação da integridade do denunciante e o acompanhamento do processamento da denúncia, se assim desejar.

Considerando-se que um dos objetivos do código de condutas é prevenir e reprimir o assédio moral no meio ambiente do trabalho, entendemos que, além do canal de denúncias, é importante que exista uma equipe de acolhimento da pessoa vítima de assédio, *bullying* ou de qualquer outra postura inadequada. A adesão da vítima ao programa de acolhimento deve ser facultativa. A equipe de acolhimento deve ser formada por profissionais da área de saúde e psicossocial.

f) Monitoramento contínuo:

No âmbito dos programas de integridade, é imprescindível que seja adotada uma política de monitoramento contínuo. A finalidade é viabilizar que o código de condutas seja aprimorado, atualizado e ajustado “[...] conforme novas necessidades, riscos e processos da instituição no decorrer do tempo.” (CGU, 2017, p. 14)

O monitoramento contínuo também implica em identificar, sempre que necessário, novos riscos, áreas ou processos em que possam ocorrer quebras de integridade, bem como redefinir a priorização dos riscos já identificados para, conforme o caso, implementar novas medidas

mitigadoras. (CGU, 2017, p. 14)

Essa avaliação periódica do código de condutas se faz necessária por conta de eventuais mudanças de contexto porque pode passar um tribunal. As demandas trazidas com a pandemia da COVID-19 são exemplo de como a realidade fática pode ser alterada e novas disposições – ainda que com vigência temporária – podem ser necessárias.

A eficiência no monitoramento é um pressuposto para a continuidade de um real Programa de Integridade, na medida em que as deficiências e inadequações das normas de condutas internas e dos procedimentos devem ser periodicamente identificadas e corrigidas, para que se mantenham atuais e adequadas.

É natural que sejam encontrados pontos de melhoria, afinal, o Programa de Integridade é um produto fluido e mutável de acordo com os novos cenários que se apresentam, como edição de novas leis e regulamentos [...]. (CARVALHO; ABREU; TAKAKI in CARVALHO, 2021, p. 110, grifo nosso)

Conforme ressalta Paulo Teixeira Fernandes: “Por meio do plano de monitoramento e auditoria, a organização tem como medir a **eficiência, a eficácia e a consistência dos controles colocados em prática...**” (FERNANDES in OLIVEIRA, 2017, p. 73, grifo nosso). A necessidade de verificar se os resultados práticos do Código de Conduta estão conforme o esperado representa a principal razão de ser do monitoramento contínuo.

g) Aplicação de disciplina:

Em caso de recebimento de denúncia, o comitê de integridade ou instância responsável pela apuração das condutas, deverá realizar uma

avaliação preliminar, a fim de verificar a relação entre o conteúdo da denúncia e o código de conduta. Verificada a potencial violação, instaura-se um procedimento administrativo para apuração e aplicação de punição disciplinar. “As atividades disciplinares promovidas pelos órgãos e entidades públicas envolvem basicamente a instauração e o acompanhamento de investigações preliminares, sindicâncias e processos administrativos disciplinares.” (CGU, 2017, p. 50)

Além disso, os resultados percebidos nas denúncias e apurações disciplinares podem contribuir para melhoramento do sistema de integridade como um todo. A partir dessas conclusões podem surgir ideias para novas ações preventivas. (CGU, 2017, p. 50)

Considerações finais

A partir de todo referencial bibliográfico e normativo objeto de estudo, compreendemos essa crescente disseminação e aplicação dos princípios de governança e *compliance* como um marco civilizatório nas organizações empresariais e na Administração Pública, em todos os Poderes.

Desde os tempos do Império, o povo brasileiro tem sido refém de uma administração pública ineficiente. O patrimonialismo por muito tempo vigente nas relações dos Poderes Públicos afetou gravemente o desenvolvimento do país em diversas áreas. Duas das principais consequências desse patrimonialismo foram a corrupção e o nepotismo. Tais vícios têm sido enfrentados ao longo dos anos com diversas medidas legislativas, executivas e judiciais. Contudo, ainda estamos no caminho. E a governança e o *compliance*, este último especialmente no que tange à aplicação dos programas de integridade, podem contribuir para acelerar esse “processo civilizatório”.

Importante frisar que os programas de integridade não têm o condão de substituir – tampouco poderiam – a legislação em vigor e aplicável aos membros e servidores públicos do Poder Judiciário. Ao contrário, se prestam a reforçar a observância dessas normas. A sua finalidade primordial é a concepção de um código interno de condutas a serem observadas por todos os integrantes de um tribunal, considerando-se as especificidades regionais, além de servirem de meio para a construção de uma cultura de integridade.

No âmbito do Poder Judiciário, entendemos a aplicação de programas de integridade e, em especial, dos códigos de conduta, como uma mudança de paradigma nas relações internas e externas dos tribunais. Na perspectiva interna, a conformidade permite que atos configurados como assédio moral, assédio sexual e *bullying*, bem como atos discriminatórios de qualquer espécie, sejam efetivamente controlados e punidos, garantindo a todos um ambiente de trabalho mais saudável, com relações sociais respeitadas. Além disso, contribuirá, ainda, para que as normas internas já vigentes sejam efetivamente cumpridas, visto que serão mais eficientemente internalizadas por todos, a partir do treinamento e reforço.

Na perspectiva externa, a conformidade poderá tornar as relações com os jurisdicionados mais assertivas. Uma vez estabelecidos os parâmetros de atendimento e do tratamento em audiências e outras diligências, padroniza-se, na medida do possível, o comportamento dos atores responsáveis. Essa integridade de postura certamente será positiva para a reputação do Judiciário e o aumento da confiabilidade perante a sociedade, bem como poderá contribuir para que o acesso à justiça se dê forma mais eficiente.

Tudo isso representará, por fim, não apenas a mera observância de normas e códigos de conduta, mas principalmente a reafirmação de direitos fundamentais de todos os envolvidos (magistrados, servidores, auxiliares da justiça e jurisdicionados), o respeito aos princípios constitucionais relativos à Administração Pública e a escolha por um caminho

que contribua, ainda que em parte, para se alcançar um Estado de Direito que seja efetivamente democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Bruna de Sá. **O *compliance* como ferramenta para a criação de um meio ambiente de trabalho socialmente saudável.** Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 9, n. 91, p. 31-37, ago. 2020. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/180090>> Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Guia da política de governança pública.** Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018. Disponível em <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/guia-da-politica-de-governanca-publica>> Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Informativo de jurisprudência do CNJ.** Número 19, Brasília, 6 de agosto de 2021. Disponível em <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://atos.cnj.jus.br/files/original14362920210818611d1aed111ce.pdf>> Acesso em: 26 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução no. 351, de 28 de outubro de 2020.** DJe/CNJ nº 349/2020, de 29/10/2020, p. 15-21. Institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, do Assédio Sexual e da Discriminação. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3557>> Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria no. 273, de 9 de dezembro de 2020.** DJe/CNJ nº 389/2020, de 9/12/2020, p. 4-6. Institui Grupo de Trabalho destinado à elaboração de estudos visando ao desenvolvimento de programas de integridade e *compliance* no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3614>> Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução no. 410, de 23 de agosto de 2021**. DJe/CNJ nº 217, de 25 de agosto de 2021, p. 2-4. Dispõe sobre normas gerais e diretrizes para a instituição de sistemas de integridade no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4073>> Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Resolução n. 237/CSJT, de 23 de abril de 2019**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2714, p. 3-5, 3 maio 2019. Institui a Política de Prevenção e Combate ao Assédio Moral na Justiça do Trabalho de 1º e 2º graus. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/154690>> Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm> Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm> Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm> Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm> Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm> Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm> Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de 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: 14 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm> Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm> Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Manual para Implementação de Programas de Integridade.** Brasília: CGU, 2017. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/manual_implementacao_programa_integridade.pdf> Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Manual para Implementação de Programas de Integridade. Orientações para o setor público.** Brasília: CGU, 2017. Disponível em <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://>

www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual_profip.pdf> Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Plano estratégico do Tribunal de Contas da União – 2011/2015**. Brasília: TCU, 2011. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://portal.tcu.gov.br/data/files/B6/87/EE/07/06DEF610F5680BF6F18818A8/Plano_estrategico_TCU_2015-2021.pdf> Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. Versão 2. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://portal.tcu.gov.br/data/files/FA/B6/EA/85/1CD4671023455957E18818A8/Referencial_basico_governanca_2_edicao.PDF> Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ato n. 387/TST.GP, de 16 de outubro de 2020**. Boletim Interno [do] Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 42, p. 2-8, 23 out. 2020. Disponível em <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/178570>> Acesso em: 23 abr. 2022.

CARVALHO, André Castro *et al.* (coord.); **Manual de compliance**. 3. ed, rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. ISBN 9786559640898. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640898/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

KIM, Richard Pae; SILVA, Fabiana Andrade Gomes e. A gestão estratégica no Poder Judiciário e seus avanços nos 15 anos do Conselho Nacional de Justiça. Revista Eletrônica do CNJ, Brasília, v. 4, n. 1, p. 203-214, jan/jul 2020. Disponível em <<https://doi.org/10.54829/revistacnj.v4i1.121>> Acesso em: 21 abr. 2022.

MARQUES, Maria Conceição da Costa. **Aplicação dos princípios da governança corporativa ao sector público**. Revista de Administração Contemporânea, Rio de Janeiro, v.11, n.2, p. 11-26, abr. 2007.

MARTINS, Camila Saldanha. **Governança e compliance**. Curitiba: Editora Contentus, 2020. Disponível em: <<https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/185841/pdf/0>> Acesso em: 15 abr. 2022.

OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de (Org.), **Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de (Org.), **Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos**. Vol. 2. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Ambientes de trabalho seguros e saudáveis livres de violência e de assédio. Genebra, 2020. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_783092.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do Conselho da OCDE sobre integridade pública**. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2022.

REDE GOVERNANÇA BRASIL. **Código de boas práticas em governança pública**. Salvador, BA; Brasília, DF: Editora Mente Aberta, 2021. [E-book]. Disponível em: <https://www.rgb.org.br/cartilhas-e-codigos>. Acesso em: 21 abr. 2022.

RODRIGUES, Elvis da Silva. PEREIRA, Suelen Correa. **Compliance na administração pública: boas práticas de governança e políticas de integridade na gestão pública**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 05, Vol. 12, pp. 26-42. Maio de 2021. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/boas-praticas> DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/administracao/boas-praticas Acesso em: 14 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. 2a. ed., rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021 [recurso online] ISBN 9786559641161.

THOMAZINHO COMAR, R. A instituição da política de *compliance* como forma de prevenção ao assédio moral no ambiente de trabalho. Revista Percurso, [s. l.], v. 2, n. 29, p. 52–71, 2019. DOI 10.6084/m9.figshare.8345612. Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3488/371371917>> Acesso em: 14 abr. 2022.

12

Honorários advocatícios em face do beneficiário da justiça gratuita no âmbito do Judiciário Trabalhista: Existência e eficácia após o julgamento da ADI 5766 pelo Supremo Tribunal Federal

Pedro Henrique Almeida Valença

Assistente de juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhuera-Uniderp e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Damásio.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo esclarecer o conteúdo e as consequências da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5766, à luz de definições de ramos diversos da Ciência Jurídica, sem abrir mão da especificidade do Direito Processual do Trabalho. No âmbito de uma pesquisa bibliográfica, com supedâneo em mais abalizada doutrina e pela contraposição de jurisprudência variada, pretendeu-se identificar qual solução mais adequada, do ponto de vista teórico e pragmático, à divergência jurisprudencial que se seguiu após o julgamento pela Corte Suprema, ressaltando-se não se tratar de uma divergência passível de menosprezo. A pesquisa resultou na elaboração de um direcionamento a ser adotado, que pretende a manutenção da possibilidade de condenação do beneficiário da justiça gratuita no pagamento

de honorários advocatícios de sucumbência, não obstante se imponha, nesse caso, a suspensão da exigibilidade da obrigação.

Palavras-chave: Honorários advocatícios. Justiça gratuita. Exigibilidade. ADI 5766.

Introdução

No dia 20/10/2021, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF. Como de costume, até mesmo para propiciar a aplicação imediata do julgado, houve divulgação do que a Suprema Corte define por “decisão de julgamento” (dir-se-ia, talvez mais propriamente, “certidão de julgamento”), contendo o seguinte teor:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

No primeiro contato com a certidão, viram-se diversas posições sobre a interpretação da certidão de julgamento. Isso porque a literalidade do excerto denota a declaração de inconstitucionalidade integral do §4º do art. 791-A da CLT, o que não condiz com o que ficou estabelecido no

juízo da Corte Suprema. Ora, se houve procedência, ainda que parcial, do pedido formulado pelo Procurador-Geral da República atuante à época, não haveria razão para que o §4º sucumbisse em sua integralidade.

Para que fique claro, este foi o conteúdo dos pedidos formulados na petição inicial da referida ação direta:

Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar inconstitucionalidade das seguintes normas, todas introduzidas pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017:

a) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, do caput, e do § 4o do art. 790-B da CLT;

b) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,” do § 4o do art. 791-A da CLT;

c) da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita,” do § 2o do art. 844 da CLT.

Em âmbito jurisprudencial, todavia, despontaram decisões que vedavam por absoluto a condenação do beneficiário da justiça gratuita em honorários advocatícios de sucumbência. Notável, nessa linha, a decisão proferida pela 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do recurso de revista interposto no processo de nº 1000850-60.2018.5.02.0443, em 23/02/2022, com relatoria do célebre Ministro Mauricio Godinho Delgado. Vejamos trecho da ementa do referido julgado:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DAS LEIS 13.015/2014 E 13.467/2017. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS - BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA - ART. 791-A, § 4º, DA CLT

INCLUÍDO PELA LEI 13.467/2017. (...) Dessa forma, em consonância com os fundamentos anteriormente expostos, este Relator sempre entendeu pela flagrante inconstitucionalidade do § 4º do art. 791-A da CLT, por afronta direta ao art. 5º, XXXV, LXXIV, da CF/88. Em virtude disso, este Relator havia suscitado o incidente de inconstitucionalidade de referido dispositivo no âmbito desta 3ª Turma. Ocorre que com o advento da recentíssima decisão proferida pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 5766, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucional o artigo 791-A, § 4º, da CLT, a matéria perdeu objeto no âmbito desta Corte Trabalhista. Assim, na presente hipótese, reconhecida pela Instância Ordinária a qualidade de hipossuficiente econômico do Reclamante, com a concessão do benefício da justiça gratuita, a condenação do Reclamante ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais implica ofensa direta ao artigo 5º, XXXV e LXXIV, da CF. Recurso de revista conhecido e provido.

No Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a título de exemplo, também é possível identificar diversos acórdãos que vedam a imposição de honorários advocatícios de sucumbência à parte beneficiária da Justiça Gratuita, como é o caso daquele proferido nos autos do processo de nº 0010345-61.2021.5.03.0040. Lado outro, há acórdãos, também provenientes do mesmo Regional, que especificam a mera suspensão de exigibilidade, como é o caso daquele proferido nos autos do processo de nº 0010012-18.2022.5.03.0059. Vejamos a contraposição das respectivas ementas:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADI 5766. JUSTIÇA GRATUITA. No julgamento da ADI nº 5766, finalizado em 20/10/2021, o Excelso STF

declarou a inconstitucionalidade do art. 791-A, § 4º, da CLT. Logo, não é mais possível a imposição de honorários advocatícios de sucumbência à parte beneficiária da Justiça Gratuita. (Proc. nº 0010345-61.2021.5.03.0040 – ROT).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. ADI 5766. Sendo o autor beneficiário da justiça gratuita, fica suspensa a exigibilidade dos honorários advocatícios, nos termos do art. 791-A, § 4º, da CLT e do julgamento pelo E. STF da ADI 5766. (Proc. nº 0010012-18.2022.5.03.0059 – ROT).

Para que fique evidente não se tratar de questão meramente terminológica, pode-se aprofundar a presente investigação jurisprudencial na leitura dos votos dos MM. relatores nos processos acima referidos.

No caso do acórdão proveniente do TST, o eminente Ministro relator defende, em caráter *obiter dictum*, que a União deveria assumir a responsabilidade no pagamento dos honorários advocatícios, com aplicação analógica da Súmula 457 do TST, isentando por completo o trabalhador da despesa processual.

Em paralelo, nos autos do processo de nº 0010345-61.2021.5.03.0040, a sentença de mérito havia condenado a parte reclamante em honorários advocatícios, com suspensão de exigibilidade da obrigação, o que foi objeto de reforma para total exclusão da condenação. Já nos autos do processo de nº 0010012-18.2022.5.03.0059, houve específica atenção à mera suspensão de exigibilidade, com manutenção da existência e validade da obrigação deferida em primeira instância.

Ainda no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, vale destacar, dada sua importância, o acórdão firmado em

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de nº 0010354-46.2021.5.03.0000. Na tese respectiva, em seu item 3, fixou-se que, no âmbito dos embargos de terceiro, os “beneficiários da justiça gratuita não devem arcar com os honorários advocatícios de sucumbência, em decorrência da declaração de inconstitucionalidade do art. 791-A, § 4º da CLT, proferida pelo STF nos autos da ADI n. 5766”.

A dicotomia não foi superada com a disponibilização do acórdão proferido pelo STF no julgamento da ADI 5766, no dia 03/05/2022, na medida em que se manteve o direcionamento informado na certidão de julgamento disponibilizada no dia 20/10/2021. A leitura da ementa também não foi suficiente para permitir a interpretação do conteúdo do dispositivo. Ao revés, seu teor permitia a defesa de ambos os posicionamentos, insistindo em uma ambiguidade imprópria a decisões de controle concentrado de constitucionalidade. Vejamos:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. REGRAS SOBRE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM HIPÓTESES ESPECÍFICAS. (...)

1. É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação na capacidade econômica do beneficiário.

(...)

3. Ação Direta julgada parcialmente procedente.

Muito diligentemente, com objetivo de sanar a contradição entre o teor da decisão e o dispositivo, além de afastar qualquer possibilidade de julgamento *extra* ou *ultra petita*, houve oposição de embargos de declaração pela Advocacia-Geral da União, no dia 10/05/2022. Não obstante, os embargos de declaração foram rejeitados no dia 21/06/2022. O acórdão foi publicado no dia 29/06/2022, com a seguinte ementa (trecho):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. REGRAS SOBRE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. CONGRUÊNCIA ENTRE A CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO E OS PEDIDOS DA PETIÇÃO INICIAL. MODULAÇÃO DE EFEITOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. REJEIÇÃO.

(...)

2. O acórdão embargado enfrentou e decidiu, de maneira integral e com fundamentação suficiente, toda a controvérsia veiculada na inicial, ausentes os vícios apontados pelo Embargante.

(...)

5. Embargos de Declaração rejeitados.

Em virtude do conteúdo do acórdão, portanto, percebe-se que não houve resolução definitiva e satisfatória da divergência jurisprudencial apresentada. Instado a resolver o problema, com o devido respeito, o STF perdeu uma oportunidade de evitar o prolongamento da discussão em âmbito judicial, o que pode gerar insegurança jurídica.

Tal dicotomia, aliás, não pode ser menosprezada. Não se trata de uma mera diferença terminológica, com efeitos jurídicos semelhantes.

A escolha de uma dessas consequências não se limita ao efeito prático, sendo capaz de gerar ou evitar discussões importantes na fase executiva.

Pretende-se, através do presente trabalho, traçar um direcionamento a ser adotado, com base no precedente vinculante em discussão. Ao mesmo tempo, objetiva-se destacar as consequências jurídicas provenientes da adoção do posicionamento, para assim evitar qualquer insegurança jurídica aos jurisdicionados.

A congruência em ações de controle concentrado de constitucionalidade

O princípio da congruência serve como importante vetor democrático limitativo da atuação jurisdicional, assim como é o papel do princípio dispositivo, que impõe a inércia da jurisdição. Afinal, se a jurisdição tem capacidade de restringir a atuação dos demais segmentos do Estado (Executivo e Legislativo) não deve ser ela própria ilimitada: ao revés, só pode se manifestar quando acionada e, ainda assim, nos limites do acionamento.

Não por acaso, há quem defina tais princípios como verdadeiras regras (DIDIER, 2018, p. 178), evitando assim a discussão sobre eventual possibilidade de ponderação em conflito com outros princípios. Sobre a matéria, destaco importante lição a seguir (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2019, p. 450/452):

Em que pese deitar suas raízes no Direito Romano, foi a partir do chamado Estado liberal que essa regra ganhou maior ênfase, em função da valorização do chamado princípio dispositivo [...], do qual é corolário. [...]

Pode-se dizer, pois, que esses dispositivos legais estabelecem verdadeira limitação ao exercício da jurisdição, na medida em que impõem à decisão

do magistrado limites subjetivos e objetivos, abrangendo estes últimos os fundamentos de fato da demanda e da defesa e o(s) pedido(s) formulado(s).

[...]

O julgamento ultra petita ofende os princípios do contraditório e do devido processo legal, haja vista que leva em conta fatos ou pedidos não discutidos no processo, ou ainda porque estende seus efeitos a sujeito que não pôde participar em contraditório da causa.

[...]

Já a decisão extra petita fere todos esses princípios, tendo em vista que consubstancia hipótese em que, conforme se verá adiante, o magistrado deixa de analisar algo que deveria ser apreciado e examina outra coisa em seu lugar.

Em virtude dessas considerações, percebe-se que a atenção à regra da congruência é fundamental no processo de controle de constitucionalidade, na medida em que a decisão proferida em ações de tal natureza impactarão sobre outros Poderes de forma direta. Isso porque nulifica a atuação do Poder Legislativo e vincula a atuação do Poder Executivo.

Mais ainda, a doutrina constitucional admite que a causa de pedir (seja a remota ou mesmo a próxima), em ações de controle de constitucionalidade, é aberta (NOVELINO, 2020, p. 232; LENZA, 2019, p. 385). Impedir a incidência da regra da adstrição seria tornar ilimitada a jurisdição constitucional do STF, em contrariedade com os fundamentos do princípio dispositivo (v. art. 103 da CRFB/88).

Como exceção, destacam-se unicamente a inconstitucionalidade por arrastamento ou contaminação, que deriva da relação de instrumentalidade entre dispositivos. Isso porque, em tais casos, a norma instru-

mental simplesmente perde o seu conteúdo, diante da nulidade pronunciada sobre a norma de referência. Sobre a matéria, observe-se o seguinte posicionamento (NOVELINO, 2020, p. 227):

Deve ser observada regra da congruência (ou da correção ou da adstrição), isto é, o Supremo deve se limitar, como regra geral, à análise dos dispositivos impugnados na petição inicial. A exceção fica por conta dos casos de inconstitucionalidade por consequência (ou por arrastamento ou por atração), hipótese em que o Tribunal pode estender a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados na petição inicial, desde que possuam uma relação de interdependência com os dispositivos questionados.

Via de consequência, a solução mais adequada para se interpretar a decisão proferida na ADI 5766, dada sua ambiguidade, é aquela que mais se mostra consentânea com o pedido, o qual, reiteramos, se limitava à “expressão ‘desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,’ do § 4o do art. 791-A da CLT”.

Não se admite, aliás, a possibilidade de se invocar uma suposta inconstitucionalidade por arrastamento na decisão proferida na ADI 5766. Primeiro, porque ela não foi pronunciada como tal. Segundo, porque não há acessoriedade entre a expressão acima destacada e o restante do dispositivo (não há esvaziamento do conteúdo, como se verá).

Nesse cenário, a interpretação congruente entre o pedido e a decisão de mérito proferida pelo STF faria surgir a norma doravante aplicável, cuja consequência é a condenação do beneficiário da justiça gratuita em honorários advocatícios, mas com exigibilidade suspensa.

A disponibilização do acórdão e o julgamento dos embargos de declaração

A compreensão da necessidade de congruência entre o pedido e a decisão não impediu o surgimento de decisões que vedavam a condenação do beneficiário da justiça gratuita no pagamento de honorários advocatícios, como aqueles descritos na parte introdutória do presente trabalho. Assim, muito se aguardou pela publicação do inteiro teor do acórdão proferido pelo STF no julgamento da ADI 5766, o que ocorreu no dia 03/05/2022.

Como antecipado, a ementa do acórdão, conjuntamente com o dispositivo, não solucionou, como deveria, a divergência até então instaurada. Somente por meio de uma leitura dos votos adviria indícios da consequência aqui defendida.

Em destaque, o voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, que redigiu o acórdão, revela manifestação para “declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa’, constante do § 4º do art. 791-A”.

Após a publicação do acórdão, o d. Advogado-Geral da União opôs embargos de declaração. Dentre as matérias invocadas, pontuou-se a divergência entre o conteúdo do comando exarado no voto do Min. Alexandre de Moraes, alinhado ao pedido, e ao teor do comando do acórdão.

O STF, todavia, rejeitou os embargos de declaração opostos. Em acórdão divulgado no dia 29/06/2022, foi ressaltado que a decisão embargada foi proferida livre de vícios. Não obstante, em seu voto, o Min. Alexandre de Moraes destacou o seguinte:

Veja-se que, em relação aos arts. 790-B, caput e § 4º, e 79-A, § 4º, da CLT, parcela da Ação Direta em relação a qual a compreensão majoritária da

CORTE foi pela PROCEDÊNCIA, há perfeita congruência com os pedido formulado pelo Procurador-Geral da República (doc. 1, pág. 71-72) [...]

Assim, seria estranho ao objeto do julgamento tratar a constitucionalidade do texto restante do caput do art. 790-B e do § 4º do art. 791-A, da CLT.

Embora, a nosso ver, a situação dependesse de enfrentamento direto com extirpação da contradição, sobretudo em homenagem ao princípio da segurança jurídica, é inegável que houve pronunciamento judicial sobre a matéria. Ou seja, a decisão de embargos de declaração serve como vetor interpretativo do acórdão anteriormente prolatado, para que se compreenda o § 4º do art. 791-A como ainda remanescente, embora livre da expressão inconstitucional.

Existência versus eficácia da obrigação

Como referido em item prévio, a divergência veiculada no presente trabalho não pode ser menosprezada. Há uma significativa diferença entre manter uma obrigação existente, embora com exigibilidade suspensa ou simplesmente inadmitir a existência da referida obrigação.

A suspensão da exigibilidade de uma obrigação tem por consequência a paralisação ou o encobrimento temporário de sua eficácia. Nesse sentido, a obrigação continua existente e válida, mas não pode ser exigida pelo credor.

Trata-se de situação bastante assemelhada quando da ocorrência da prescrição. A diferença reside na definitividade desta, ao passo em que a suspensão de exigibilidade é temporária, porque condicionada (embo-

ra tenha capacidade de tornar-se definitiva com o decurso do tempo, no caso do art. 791-A, §4º, CLT).

Ao tratar de prescrição, a doutrina traz importantes considerações que poderemos aplicar facilmente (FARIAS, ROSENVALD e NETTO, 2019, p. 622):

A prescrição, quando acontece, atinge a exigibilidade do direito. Em outras palavras, a prescrição, quando acontece, atua sobre a pretensão. Pretensão, esclarece Pontes de Miranda, é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa. Direitos sem pretensão não deixam de ser direitos subjetivos, só não são exigíveis. Uma evidência bastante clara dessa realidade é a seguinte: se o dever, dito prescrito, for cumprido (digamos que se trate de dívida que, mesmo prescrita, foi voluntariamente paga), trata-se de cumprimento devido, à luz da ordem jurídica. Não poderá ser solicitado de volta (repetição do indébito) nem configura enriquecimento sem causa (Código Civil, art. 884).

Assim, se houve deferimento de honorários advocatícios em face do beneficiário da justiça gratuita, a verba é irrepetível em caso de pagamento voluntário, porque a obrigação existe.

O entendimento tem sua utilidade prática. Basta imaginar a situação de beneficiário da justiça gratuita que, em execução e em momento prévio ao julgamento da ADI 5766, tenha pago a verba honorária aos procuradores de seu adversário. Nesses casos, a parte adversa não pode ser cobrada a restituir o valor já pago. Nesse diapasão, sequer seria necessário invocar-se o ato jurídico perfeito do art. 5º, XXXVI, CRFB/88 para evitar a repetição.

Em todo caso, a maior e mais evidente diferenciação entre a inexistência dos honorários advocatícios e seu indeferimento vem com a possibilidade de mudança da situação econômica do beneficiário da justiça gratuita.

Mudança da situação econômica do beneficiário da justiça gratuita

Como defendido, o art. 791-A, §4º, CLT deve ser mantido, sendo apenas inconstitucional a expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”. A disciplina, portanto, passa a ser praticamente idêntica ao do Código de Processo Civil, que assim estipula:

Art. 98. [...]

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

A maior diferença reside no prazo de extinção das obrigações que, no âmbito trabalhista, é mais favorável ao beneficiário da justiça gratuita (2 anos). Entende-se aqui que o legislador estabeleceu um paralelo com a prescrição bienal, seja aquela da parte final do art. 11 da CLT, seja aquela do art. 11-A da CLT (especialmente esta, a intercorrente, porque incide sobre obrigações já certificadas em sentença).

A implementação básica do dispositivo denota a possibilidade de oposição de demanda executiva, por parte do credor (procurador da parte adversa), com juntada de documentação ou requerimento de prova para evidenciar a mudança de situação econômica do beneficiário. Desde que o pedido seja realizado dentro de dois anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que deferiu o benefício, o procedimento executivo deve ser aberto (ou reaberto), com resolução do incidente por decisão que reiterará ou revogará o benefício.

Não obstante, pode surgir o questionamento sobre a possibilidade de a mudança de situação econômica decorrer da própria condenação favorável ao beneficiário da justiça gratuita.

A situação foi objeto de debate no plenário do STF, no julgamento da ADI 5766 e consta no teor do acórdão divulgado no dia 03/05/2022.

Após o voto do Min. Alexandre de Moraes, percebe-se o início de uma discussão entre os MM. Ministros sobre os efeitos da procedência do pedido na realidade econômica do trabalhador. O Min. Alexandre de Moraes admite que se o trabalhador “ganhar duzentos mil, aí ele não será mais hipossuficiente”, ao que o Min. Luís Roberto Barroso indica que seria o conteúdo exato do dispositivo.

Em resposta, acertadamente, o Min. Alexandre de Moraes destaca que a “norma considera automaticamente que, pelo fato de ele ganhar, ele deixou de ser hipossuficiente” e daí advém sua inconstitucionalidade. Em outros termos, a inconstitucionalidade deriva da desconsideração dos efeitos da gratuidade judiciária do trabalhador que simplesmente obtém procedência de algum pedido, sem atenção à realidade do caso concreto.

Com efeito, certamente não é a obtenção de crédito que fará o trabalhador perder sua condição de hipossuficiente econômico. Se isso

ocorresse, nada significaria o julgamento da ADI 4766, porque também nenhum efeito teria o §4º do art. 791-A da CLT.

Isso porque haveria uma dupla possibilidade: primeiro, a subcumbência total ou mesmo procedência de pedidos sem conteúdo econômico, hipótese em que não haveria créditos capazes de suportar o débito honorário; ou, segundo, haveria deferimento, ainda que parcial, dos pedidos formulados de conteúdo econômico, situação que modificaria a situação econômica do requerente naquele momento, impedindo a própria concessão do benefício.

A norma, ainda que viciada pelo trecho inconstitucional, previa a possibilidade de concessão do benefício da justiça gratuita mesmo àquele que tivesse “obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”. Afinal, nesse dispositivo, havia referência ao “beneficiário da justiça gratuita”, embora relativizasse tal condição para permitir a execução dos créditos honorários – ou mesmo a reserva de valores obtidos na condenação, para tal propósito.

Assim, mesmo implicitamente, a norma já declarava a impossibilidade de alteração da condição de beneficiário da justiça gratuita pela obtenção de créditos decorrentes de condenação judicial. Apenas havia relativização os efeitos dos §§3º e 4º do art. 790 da CLT.

A nosso ver, portanto, não é a obtenção de crédito decorrente da condenação judicial, por mais expressivo que seja, que permitirá a mudança de situação econômica do beneficiário da justiça gratuita, seja contemporânea à aquisição do crédito em si (com o efetivo pagamento) e muito menos com a simples expectativa de percepção do pagamento (de forma automática, na sentença, com o indeferimento do pedido de gratuidade).

O que definirá a alteração indicada no art. 791-A, §4º, CLT serão as consequências na vida pessoal do credor, após a percepção do va-

lor. Podemos aqui estabelecer exemplos: se o beneficiário simplesmente converte o valor em bens (adquirindo um imóvel onde estabelecerá sua residência), nada ou muito pouco foi modificado em sua realidade econômica; entretanto, se com o valor, conseguiu produzir renda (abriu um negócio, investiu em títulos de alta rentabilidade etc.), e assim modificou substancialmente sua realidade econômica, inegável que a condição do art. 791-A, §4º, CLT foi atingida.

Tudo, portanto, dependerá da verificação do caso concreto, em análise de melhora econômica que pode ou não decorrer da condenação obtida judicialmente. Daí a necessidade de produção de prova indicada pelo próprio dispositivo em discussão.

Efeitos da decisão proferida na ADI 5766 em processos já sentenciados

O Código de Processo Civil prevê, em seu art. 525, §1º, III e §§12 a 15, solução jurídica satisfatória para antiga problemática que envolvia o tratamento de sentenças proferidas com base em norma objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade. Estão, portanto, superadas as antigas discussões sobre a aplicação do art. 475-L, §1º, CPC/1973 (LENZA, 2019, p. 410) e art. 884, §5º, CLT.

Ocorre que, a nosso ver, a solução dada pelo referido dispositivo – a inexigibilidade da obrigação incompatível com a decisão de controle concentrado – é exatamente a mesma consequência decorrente da aplicação da decisão proferida na ADI 5766 em sua plenitude.

A excepcionalidade da situação decorre tanto da precariedade da decisão que defere, indefere, revoga ou restabelece os benefícios da justiça gratuita (que não se submete aos normais efeitos da coisa julgada), quanto da atual previsão do art. 791-A, §4º, da CLT, que impõe a suspen-

são de exigibilidade do crédito honorário, elemento que atinge a eficácia da obrigação – e não sua existência, lembra-se.

Nesse cenário, seja a sentença anterior ou posterior à decisão proferida pelo STF, transitada em julgado ou não, caberia a suspensão de exigibilidade dos honorários advocatícios.

A única exceção seria o caso em que a sentença expressamente defere os benefícios da justiça gratuita e impõe os meios pelos quais a obrigação deverá ser satisfeita, a exemplo da própria reserva de créditos decorrentes da condenação. Isso ocorre não porque houve coisa julgada sobre a existência da obrigação, mas sim porque houve pronúncia sobre os efeitos dela (ou seja, sua eficácia), que é justamente o elemento sobre o qual incide a decisão da Corte Suprema.

Se a sentença, portanto, já se pronunciou sobre os efeitos da obrigação, a norma processual deve ser observada. Ou seja, se o trânsito em julgado foi posterior à decisão do STF, anulam-se seus efeitos e a obrigação é inexigível. Caso contrário (trânsito em julgado anterior à decisão do STF), mantém-se sua exigibilidade, que somente pode ser desconstituída por ação rescisória.

A nulificação total do §4º do art. 791-A da CLT

Com a publicação do acórdão dos embargos de declaração opostos na ADI 5766, perdeu força a corrente que defendia ter ocorrido a total nulificação do §4º do art. 791-A da CLT. Todavia, por ter resolvido a controvérsia apenas no corpo da decisão, ainda mais de rejeição dos embargos, certo é que o STF não eliminou, por completo, a possibilidade de defender-se a citada tese.

Não obstante, a referida corrente já não prosperava, por variados motivos. Primeiramente, há de se pontuar que não é o §4º do art.

791-A da CLT que impõe a condenação da parte sucumbente em honorários advocatícios. O *caput* do art. 791-A da CLT é o responsável por tal previsão – e ele não foi objeto de declaração de inconstitucionalidade.

O §4º do art. 791-A da CLT, em verdade, estabelece a possibilidade de isenção do beneficiário da justiça gratuita. Se a corrente em apreço defende sua extirpação completa do ordenamento, em verdade está agindo em desfavor do beneficiário, que já não teria como se isentar do cumprimento da obrigação. Assim, a conclusão seria totalmente contrária à *ratio decidendi* da ADI 5766.

Como complemento argumentativo, observe-se que o art. 790, §§3º e 4º, CLT estabelece as condições para o deferimento do benefício, e não propriamente a consequência, que é dada em dispositivos diversos (art. 790-A, art. 790-B com sua redação ripristinada, 819, §2º, etc.).

Em virtude da omissão, contudo, poder-se-ia defender a aplicação subsidiária do direito processual comum, com fulcro no art. 769, CLT, permitindo a incidência do art. 98, §3º, CPC, o qual, devidamente adaptado para observar a prescrição intercorrente trabalhista (2 anos), teria por resultado exatamente o mesmo conteúdo da atual redação do §4º do art. 791-A da CLT, com a parte inconstitucional extirpada.

Note-se que, dado o esclarecimento proferido pelo STF, o indeferimento dos honorários advocatícios pode ensejar inclusive o ajuizamento da reclamação constitucional, com fulcro no art. 102, “I”, da CRFB/88, caso preenchidos os demais requisitos da medida processual.

Considerações finais

Na vigência da Lei 13.467/2017, a comunidade jurídica trabalhista enfrenta desafios na tentativa de interpretar e aplicar as novidades normativas à luz dos princípios do direito material e processual traba-

lhista. O aplicador do direito trabalhista vê-se cada vez mais acostumado com um sequenciamento de alterações legislativas e jurisprudenciais, fruto de um momento conturbado político e econômico.

Em menos de cinco anos, pois, apenas na temática dos honorários advocatícios, o aplicador teve de se deparar com significativas alterações de direcionamento. Primeiro, a necessidade de aplicação do art. 791-A da CLT, tal como concebido, em contraste com o sistema protetivo do benefício da justiça gratuita, da impenhorabilidade salarial e suas variadas exceções. Após, no dia 20/10/2021, foi impactado com a decisão prolatada pelo STF na ADI 5766, que novamente revolveu a matéria, mas de modo incompleto, de modo a permitir a proliferação de posicionamentos divergentes sobre a temática. Por fim, foi surpreendido com a rejeição de embargos de declaração, em decisão que poderia facilmente resolver a dicotomia antes instaurada.

A solução, todavia, não poderia ser outra. Prevalece a corrente que defende a manutenção da possibilidade de condenação do beneficiário da justiça gratuita, não obstante se imponha, nesse caso, a suspensão da exigibilidade da obrigação. A corrente, de fato, é mais adequada à *ratio decidendi* da decisão prolatada na ADI 5766; é consentânea com a sistemática do Código de Processo Civil; e é mais razoável, no ponto de vista teórico e pragmático, diante dos pressupostos adotados para defendê-la e das consequências que gera.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 11/07/2022.

_____. **Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[287](http://www.</p></div><div data-bbox=)

planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm> Acesso em: 11/07/2022.

_____. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 11/07/2022.

_____. Procuradoria-Geral da República. **Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF** – Distrito Federal. Distribuído em 28/08/2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5250582>> Acesso em: 11/07/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF** – Distrito Federal. Relator: Min. Alexandre de Moraes. j. 20/10/2021. Tribunal Pleno, Dje nº 84 02/05/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350971179&ext=.pdf>> Acesso em: 11/07/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF** – Distrito Federal. Relator: Min. Alexandre de Moraes. j. 21/06/2022. Tribunal Pleno, Dje nº 126 28/06/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352075483&ext=.pdf>> Acesso em: 11/07/2022.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Processo nº 0010345-61.2021.5.03.0040.** Relatora: Juíza convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim. j. 17/05/2022. 2ª Turma, Dje 20/05/2022. Disponível em: <<https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010345-61.2021.5.03.0040/2#e054856>> Acesso em: 11/07/2022.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Processo nº 0010012-18.2022.5.03.0059.** Relator: Des. Rodrigo Ribeiro Bueno. j. 18/05/2022. 9ª Turma, Dje 20/05/2022. Disponível em: <<https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010012-18.2022.5.03.0059/2#43f4779>> Acesso em: 11/07/2022.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **IRDR n.º 0010354-46.2021.5.03.0000**. Relator: Des. Sérgio da Silva Peçanha. j. 16/03/2022. Tribunal Pleno, Dje 18/03/2022. Disponível em: <<https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010354-46.2021.5.03.0000/2#d59a885>> Acesso em: 11/07/2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 1000850-60.2018.5.02.0443**. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. j. 23/02/2022. 3ª Turma. Dje 24/02/2022.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; e OLIVEIRA, R.A. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FARIAS, C. C.; NETTO, F. B.; e ROSENVALD, N. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

13

O empregado “hipersuficiente” e os limites da liberdade negocial: uma análise a partir das perspectivas da autonomia e da vulnerabilidade

Renata Nabuco

Servidora Pública. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduanda em Compliance Trabalhista pelo Instituto de Estudos Previdenciários. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Graduada em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS).

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a vulnerabilidade do empregado e sobre o empregado “hipersuficiente”, este último conceito foi implementado na CLT pela Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017, consistindo em uma categoria “especial de empregado” em que a legislação pressupõe a inexistência ou redução da vulnerabilidade ao equiparar a negociação direta realizada por ele e pelo empregador à negociação realizada pelos entes coletivos. São estudadas as premissas fáticas que regem o ramo trabalhista, sendo a principal destacada de existência do empregado como um ser vulnerável, para se concluir como equivocada a opção legislativa de diminuir ou eliminar a proteção da negociação individual realizada entre esse empregado e o empregador pelo simples fato desse empregado possuir um certo patamar econômico e de formação técnica. Além disso, partindo da existência da legislação trabalhista em vigor sobre o “hi-

persuficiente”, concluir que devem ser fixados parâmetros mais objetivos possíveis para limitar tal negociação individual..

Palavras-chave: Direitos sociais; reforma Trabalhista; hipersuficiente; vulnerabilidade.

Introdução

A Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017, objetivou “modernizar” as normas trabalhistas, reduzindo algumas das maiores críticas feitas ao Direito do Trabalho, o qual seria, para alguns, um ramo protecionista em que, por seu grau de proteção, engessaria a relação empregatícia, resultando em um “custo social” elevado às empresas.

Apesar de ser criada de maneira célere e com diminuta participação social, tal legislação revolucionou o Direito do Trabalho em relação às normas postas, inserindo na Consolidação das Leis do Trabalho diversas modificações e dentre essas modificações está a criação da figura do empregado “hipersuficiente”.

Os empregados, inseridos nessa “categoria especial”, por possuir um diploma de nível superior e um salário especificamente delimitado juridicamente, possuiriam, segundo a interpretação literal do art. 444 da CLT, uma maior autonomia para negociar diretamente com o empregador, nos mesmos moldes que a negociação em âmbito coletivo.

Diante dessa disposição, questiona-se se o só fato do empregado possuir diploma de nível e um determinado nível remuneratório seria suficiente para romper a noção de que o empregado é um ser considerado como hipossuficiente ou vulnerável na relação empregatícia.

Bem assim, questiona-se, sob a premissa de que se a figura do “hipersuficiente” é legal e constitucional, quais seriam os limites para a

pactuação firmada diretamente entre o empregado “hipersuficiente” e o empregador, essencialmente se seria possível que as regras resultantes de tal pactuação fossem menos benéficas que as normas coletivas aplicáveis ou as normas estatais em vigor.

Para responder a essas questões, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, por meio de uma pesquisa exploratória e bibliográfica. Dividiu-se o presente artigo em três amplas seções de desenvolvimento. A primeira se propõe a analisar a ideia de hipossuficiência do empregado, avaliando a construção teórica sobre o tema e a sua distinção com a ideia de vulnerabilidade do empregado.

A segunda seção objetiva analisar a figura do “hipersuficiente”, incluindo sua conceituação e a noção de maior autonomia conferida a essa categoria de empregado. Por fim, na terceira e última seção, avalia-se, diante das premissas postas ao longo do artigo, se os critérios utilizados pelo legislador infraconstitucional para caracterizar o empregado “hipersuficiente” seriam suficientes para conceder-lhe uma maior autonomia, bem como se avalia os limites da autonomia negocial entre esse empregado e o empregador.

A vulnerabilidade do empregado dentro da relação empregatícia e a limitação à sua autonomia individual

O Direito do Trabalho se desenvolve essencialmente com base em uma luta de classe entre capital e trabalho, inserto na Revolução Industrial, sob o prisma de uma linha de produção, e foi criado com o objetivo precípua de estabelecer normas jurídicas voltadas à proteção do trabalho, no qual o empregado é considerado um indivíduo hipossuficiente nessa relação jurídica. Diante dessa premissa, de existência de uma desigualdade fática na relação jurídica, possuiria o Direito do Tra-

balho a missão de juridicamente equilibrar tal relação (WYZYKOWSKI, 2019, p. 91).

Essa desigualdade fática da relação de emprego é evidenciada pela própria natureza de tal relação jurídica, pois que se relaciona a uma prestação, um labor, de uma pessoa física a um outro ser, o empregador, seja ele pessoa física ou jurídica, o qual arca com uma verba para pagamento do trabalho prestado. Assim, existe de um polo o empregado e de outro o empregador como proprietário, detentor, dos meios de produção.

Além disso, existe, na relação empregatícia, a subordinação como elemento essencial. Essa subordinação, nos moldes atuais de uma subordinação jurídica, evidencia a submissão do empregado ao poder diretivo do empregador, o qual organiza a atividade, controlando a prestação de serviço e, dentro dos limites trabalhistas e constitucionais, impõe sanções ao empregado pelo descumprimento daquilo que é por aquele definido.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Direito do Trabalho, por características intrínsecas da relação de emprego, parte-se da premissa de que há nessa relação jurídica o empregado como uma parte em desvantagem. Isso para alguns, faz definir o empregado como hipossuficiente, nomenclatura que é a mais utilizada na seara laboral. Entretanto, entende-se como mais adequado considerar o empregado como um ser vulnerável dentro da relação de emprego.

Existe importância na distinção entre essas duas concepções, de hipossuficiente e de vulnerável, pois a diferença não é meramente terminológica, mas essencial para se definir os contornos de cada concepção a fim de que se compreendam as consequências de se afirmar existir uma vulnerabilidade ou uma hipossuficiência em uma relação jurídica.

Segundo o dicionário Michaelis (2022), é hipossuficiente aquele que “é economicamente muito humilde, que não é autossuficiente”. Ape-

sar de um tanto quanto autoexplicativa, a expressão “hipossuficiente” é controversa.

Adota-se, aqui, a ideia de que a hipossuficiência está ligada diretamente à noção econômica da existência de um ser que, dentro de uma relação jurídica específica, possui menor poderio econômico que a outra parte, o que o deixaria em uma condição mais vulnerável, mais suscetível a resultados negativos. A ideia de hipossuficiência, assim, seria muito ligada a questões econômicas, sendo, em verdade, apenas uma das facetas do conceito de vulnerabilidade (WYZYKOWSKI, 2019).

Dessa forma, mais correto afirmar, na modernidade, ser o empregado vulnerável, pois suscetível, não apenas por uma questão econômica, mas pelas próprias características da relação de emprego, e podendo essa suscetibilidade englobar questões outras, que não apenas econômicas, como questões sociais, informacionais e técnicas (WYZYKOWSKI, 2019).

Conforme lições de Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2017), apesar de muitos pensarem dessa forma, a ideia de vulnerabilidade não se associa à ideia de minorias. Aqueles seres vulneráveis devem ser entendidos como aqueles indivíduos que possuem restrições participativas na autodeterminação como interlocutores nas relações jurídicas.

Tratando especificamente do pressuposto de existência de vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo, Rizzato Nunes (2021, p. 299-301) destaca que o reconhecimento dessa vulnerabilidade é a efetivação do princípio constitucional da igualdade/isonomia e decorre de dois fatores: o fator de ordem técnica e o fato de ordem econômica. O primeiro está ligado aos meios de produção em que o conhecimento é monopólio do fornecedor, pois este que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, enquanto o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. O segundo fator, o econômico, diz respeito ao fato de que

o fornecedor, via de regra, possui maior capacidade econômica que o consumidor.

Essa lógica trazida pelo autor supracitado é amplamente aplicada ao ramo trabalhista, pois nele, o empregador é detentor dos meios de produção e, especialmente em razão da subordinação jurídica havida, organiza a prestação de serviços.

Para Amauri Cesar Alves (2019, p. 4), é possível sintetizar o conceito de vulnerabilidade pela junção de algumas características: possuir o indivíduo uma baixa capacidade de superar dificuldades, tendo em vista situações as quais favorecem sua exclusão, com potencial impacto em sua subsistência e qualidade de vida.

Por mais que alguns autores só concebam a vulnerabilidade em uma avaliação do caso concreto, a exemplo do que se poderia entender do texto *Vulnerabilidad: la metáfora de la capas* de Florencia Luna (2020), deve-se ter em mente que o ser humano por si só é um ser vulnerável. Ademais, existem alguns grupos de indivíduos que apenas por estarem diante de uma característica específica ou dentro de uma relação específica se configuram como seres vulneráveis, como é a regra do empregado na relação de emprego ou do consumidor em uma relação de consumo, o que não se exclui a possibilidade de análise do caso concreto para se concluir que existem outros elementos que podem atenuar ou elevar a vulnerabilidade desses indivíduos.

A título exemplificativo, no âmbito trabalhista, a vulnerabilidade do trabalhador se mostra ainda mais relevante à medida que cresce o número de desempregados e de trabalhadores informais. Isso porque, em momentos de crise, quando, por exemplo, aumenta o desemprego, existe uma maior predisposição dos trabalhadores a ingressar em empregos mais precários e dos trabalhadores já empregados se sujeitarem a condições contratuais as quais antes não consentiriam (ALVES, 2019, p. 6).

Outras situações ou características específicas do indivíduo podem elevar essa vulnerabilidade do empregado, tornando-os o que se denomina de hipervulneráveis, a exemplo de empregados que sejam crianças, adolescentes, idosos, mulheres ou pessoas com deficiência (WYZYKOWSKI, 2019, p. 130). Fabyanna Bobik (2018) cita também a figura do trabalhador imigrante como mais um caso de trabalhador hipervulnerável e que, portanto, merece maior proteção estatal.

Em síntese, pela sua relação com o capital, o empregado se encontra em desigualdade contratual, mas alguns empregados, em razão de estado ou condições específicas, terão a sua potencialidade negocial ou relacional mais fragilizada que os empregados em geral. Essa situação de fragilidade relacional ou negocial pode resultar em uma lesão ao patrimônio ou uma lesão de natureza existencial ao empregado em sua relação com o empregador (ALVES, 2019, p. 10).

Como consequência dessa ideia de considerar o empregado como um sujeito hipossuficiente ou, melhor ainda, por considerá-lo como um ser vulnerável na relação de emprego, a legislação trabalhista restringe sua autonomia para negociar de maneira direta com o empregador, aumentando a intervenção estatal nessa relação jurídica.

Ressalta-se que se está tratando especificamente do campo individual, da relação direta entre o empregado e o empregador, porque no campo coletivo, quando presente o empregador e o sindicato profissional, existe premissa distinta com consequência na autonomia dos negociantes.

Nesse sentido, diferente da negociação direta entre empregado e empregador, em âmbito coletivo prevalece a ideia de que os agentes, empregador e sindicato, são entes coletivos. Portanto, ocorre a chamada “equivalência contratual dos sujeitos coletivos” que é a concepção de que “estando em plano de igualdade, são dotados dos mesmos instrumentos de ação e de resistência, passíveis de utilização no momento de construção do acordo ou da convenção coletiva”. Dessa forma, não há que se falar

em uma presunção de vulnerabilidade ou de aplicação do princípio da proteção no âmbito das relações coletivas (MARTINEZ, 2021, p. 2941).

Assim, quando se está falando da presença do sindicato profissional, por considerar que existe uma maior paridade, o regramento normativo trabalhista é mais “flexível”, ampliando o campo de negociação entre as partes, portanto aumentando a autonomia negocial.

Por outro lado, tratando-se especificamente da relação negocial direta entre empregado e empregador, existe rigorosa restrição por normas trabalhistas, a exemplo do princípio da irrenunciabilidade e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, tendo em vista a vulnerabilidade existente. Apesar de toda essa premissa trabalhista, a Reforma Trabalhista trouxe a figura do “hipersuficiente”, a qual, de certa forma, rompe, ainda que parcialmente, com as premissas e limitações já estabelecidas em relação à restrição da autonomia negocial individual do empregado.

O empregado “hipersuficiente” e “a sua maior autonomia”

A partir da vigência da Reforma Trabalhista muito se discute sobre o novo princípio chamado de “princípio da prevalência do negociado sobre o legislado”. Esse princípio decorreu de uma interpretação da redação do artigo 611-A da CLT, inserido por esse novel diploma legislativo, o qual elenca algumas matérias, a exemplo da pactuação sobre o enquadramento do grau de insalubridade, em que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho teriam prevalência sobre a lei, ou seja, quanto a essas matérias haveria uma prevalência das normas coletivas sobre as normas estatais.

Diante dessa redação, há uma controvérsia sobre os limites dessa prevalência das normas coletivas, criadas juntamente pelos sindicatos e empregadores, especialmente se essas normas criadas pela autonomia

privada dessas partes poderiam se sobrepor à lei, de maneira a prever a exclusão de direitos trabalhistas legalmente previstos ou mesmo a diminuição de direitos trabalhistas legalmente previstos.

O Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da promulgação da Reforma Trabalhista, já vem proferindo decisões no sentido de entender possível a supressão ou redução de direito específico previsto em lei por meio de negociação coletiva. Isso pode ser observado, por exemplo, no julgamento do RE 895.759 PE.

Nesse processo, uma Usina firmou um acordo coletivo de trabalho com o Sindicato profissional, representativo da categoria profissional, e, dentre as cláusulas insertas nesse acordo, uma cláusula previu a supressão do pagamento das horas *in itinere* (direito de contabilização das horas de trajeto como representativas da jornada e que estava previsto na CLT como direito do empregado, nos moldes propostos na norma estatal). Em contrapartida por essa supressão, houve acordo de concessão de outras vantagens ao empregado, como a cesta básica durante a entressafra e o salário-família além do limite legal (MARTINEZ, 2021, p. 2957).

Houve questionamento judicial a respeito da supressão dessas horas *in itinere*, pelo que o Tribunal Superior do Trabalho, TST, Tribunal de mais alto grau na esfera trabalhista, entendeu pela invalidade do acordo coletivo de trabalho, uma vez que o direito às horas *in itinere* seria indisponível em razão do que dispõe o art. 58, § 2º, da CLT. Instado o STF a se manifestar quanto à decisão proferida pelo TST, a Corte constitucional proferiu decisão de maneira divergente do Tribunal trabalhista, entendendo que, mesmo havendo acordo coletivo suprimindo um direito do empregado previsto em lei, na CLT, houve a concessão de outras vantagens, não havendo falar em ausência de razoabilidade na disposição e ressaltando que houve regular formação da norma coletiva por meio da manifestação do sindicato da categoria, sem vício de vontade e havendo Assembleia Geral a qual deliberou pela celebração do acordo coletivo (MARTINEZ, 2021, p. 2957).

Ressalte-se que, em relação a essa existência de outras vantagens para a supressão de direitos, o § 2º do art. 611-A deixa claro que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não enseja a nulidade dos diplomas coletivos, pois não é considerado um vício do negócio jurídico.

Ocorre que, apesar dessa disposição da Reforma Trabalhista e também da existência de algumas decisões legitimadoras do STF, são inúmeros os autores, como Carlos Henrique Bezerra Leite (2022, p. 2160-2172), que entendem não ser possível a supressão de direitos por meio de negociação coletiva, apenas podendo haver flexibilização/redução nos limites estritamente constitucionais em que a Constituição Federal concedeu essa maior autonomia negocial, que são tão somente para reduzir salários (CF, art. 7º, VI), a compensar ou reduzir a jornada (CF, art. 7º, XIII) e o estabelecer a jornada em turnos ininterruptos de revezamento (CF, art. 7º, XIV).

Já Maurício Godinho Delgado (2017, p.1498-1500) possui um posicionamento que é mais flexível, podendo entender ser um posicionamento intermediário, pois aceita a flexibilização de normas estatais por normas coletivas, sob alguns critérios específicos. Para esse doutrinador, as normas coletivas podem flexibilizar direitos trabalhistas quando implementam patamar superior ao patamar das normas estatais, criando novos direitos ou ampliando os já existentes ou quando reduzem alguns direitos previstos na norma estatal que seja de indisponibilidade relativa e ocorra verdadeira transação e não renúncia de direitos.

Para o supracitado autor, as normas as quais não são admitidas nem mesmo a transação por negociação coletiva, por serem normas de indisponibilidade absoluta, são as normas constitucionais em geral (com exceção das ressalvas já feitas pelo texto literal da Constituição Federal brasileira, a exemplo do art. 7º, VI, XIII e XIV, as normas de tratados e convenções internacionais em vigor no plano interno brasileiro e as nor-

mas infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora, a exemplo das normas relativas à saúde e segurança no trabalho, às bases salariais mínimas, à identificação profissional e a evitar tratamento discriminatório (GODINHO, 2017, p. 1500).

Por fim, ressalte-se que houve recente julgamento do ARE 1121633, Tema 1046, mas que ainda depende de publicação e de eventuais julgamentos de outros recursos, como o de embargos de declaração, o qual pode dar um maior direcionamento da Suprema Corte brasileira sobre a matéria, pois objetiva criar tese jurídica a respeito da “validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente”. Nesse sentido, a posição definitiva e mais genérica da Suprema Corte ainda está em aberto.

Em relação à temática principal do presente trabalho, a figura do “hipersuficiente”, a Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017, introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho o parágrafo único do artigo 444, o qual criou um novo regramento trabalhista, que foi chamado de empregado “hipersuficiente”. Essa nomenclatura é a mais utilizada pelos doutrinadores e faz referência a uma contraposição entre as ideias de empregado como hipossuficiente e como vulnerável.

Por outro lado, há doutrinadores, como, Leandro do Amaral Dorneles (2021), que trazem nomenclaturas distintas, por vezes significando a mesma ideia, como é o caso dos que chamam essa nova figura de empregado como hipovulnerável, consubstanciando a noção de que esse empregado é aquele que não reúne todas as vulnerabilidades típicas da relação de emprego (negocial, hierárquica, econômica, técnica, social e informacional) ou reúne todas essas vulnerabilidades, mas alguma ou algumas em grau atenuado.

Essa modificação legislativa está inserida na ideia central de criação da Reforma Trabalhista a qual foi criada de maneira célere, com baixa participação da sociedade e que objetivou auxiliar na saída do Bra-

sil de uma crise econômica, diminuindo o “custo social” e aumentando o número de empregos, por meio de uma “modernização” das normas trabalhistas. Esses objetivos e os meios utilizados para seu alcance são criticáveis, ainda mais se passando mais de cinco anos e se observando que muitas das promessas não foram cumpridas.

Conforme disposto no artigo supracitado, o empregado “hipersuficiente” é aquele empregado que é portador de diploma de nível superior e que percebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o que abril de 2022 totaliza cerca de catorze mil reais, mais especificamente o valor de R\$ 14.174,44.

Em verdade, a nova regra legal criou a figura do “hipersuficiente”, aplicando-se o raciocínio semelhante aos empregados considerados altos executivos de empresas capitalistas, com ganhos anuais milionários e um elevadíssimo poder diretivo, aqueles que são considerados como real projeção do empregador (DELGADO; DELGADO, 2016, p 160).

Ressalte-se, apesar disso, que o “hipersuficiente” difere do alto empregado. Estes são empregados que, diante de elevadas atribuições e de amplos poderes gerenciais, são confundidos com a própria figura de empregador, a exemplo, como regra, de diretores de companhias. Não existem, em relação a essas figuras, elementos objetivos de grau de escolaridade ou de salário, mas tão somente aspectos subjetivos consistentes nessa maior fidúcia entre o empregador e o empregado e caracterização de “fazer as vezes” do próprio empregador. Existe a possibilidade, inclusive, de haver rompimento da subordinação jurídica a tal ponto que esse empregado seja considerado como trabalhador autônomo por não mais existir a subordinação jurídica, elemento essencial para a configuração da relação de emprego (MARTINEZ, 2021, p. 721).

Quanto ao empregado considerado como integrante da categoria especial de empregado “hipersuficiente”, presumiu a legislação traba-

lhista que esse empregado possuiria uma redução da sua hipossuficiência ou de sua vulnerabilidade. Assim, o legislador reformista concedeu uma maior autonomia para esse empregado negociar diretamente com o empregador, estabelecendo que há uma livre disposição de todas as matérias insertas no artigo 611-A, matérias que podem ser livremente pactuadas em âmbito coletivo, conferindo ao “hipersuficiente” a possibilidade de dispor de matérias insertas nesse artigo com a mesma eficácia legal e preponderância dos instrumentos coletivos.

Se existe ampla discussão doutrinária e jurisprudencial quanto aos limites da negociação coletiva, mormente se imaginando se há ou não a possibilidade de reduzir ou suprimir direitos insertos na legislação estatal, maior ainda é a dúvida quanto à negociação individual, ainda que a Reforma trabalhista tenha equiparado a negociação direta realizada pelo empregado “hipersuficiente” à negociação realizada pelos sindicatos em âmbito coletivo.

A pertinência dos critérios para a existência do empregado “hipersuficiente” e os limites negociais da negociação direta

Em relação às bases/ premissas para a opção legislativa de criação da figura do “hipersuficiente”, analisando essa maior autonomia que lhe foi conferida para negociar diretamente com o empregador, não faltam críticas ao posicionamento adotado pelo legislador, sejam críticas relacionadas à inconformidade com as normas jurídicas estatais ou seja relacionadas à ruptura com a própria lógica trabalhista de existência de um empregado hipossuficiente/vulnerável.

Para Marlene T. Fuverki Suguimatsu (2019, p.11) o rol de matérias, insertas no artigo 611, em que o legislador autorizou a negociação pelo “hipersuficiente”, trata de direitos mínimos previstos no artigo 7º da Constituição Federal, assim não poderia existir tal pactuação tendente

a reduzir ou suprimir direitos por violar direitos fundamentais de todo empregado.

A partir disso, evidenciando a fragilidade em que se inseriu esse trabalhador, afastado dos princípios protecionista, da irrenunciabilidade de direitos e da inalterabilidade contratual lesiva, concomitante aos direitos sociais previstos pelo artigo 7º da CF/88 (BEZERRA; NEWTON; CUNHA, 2019).

Além disso, existe violação ao princípio da igualdade/ isonomia, pois a previsão do “hipersuficiente” cria uma figura diferenciada em relação aos demais empregados, não existindo fundamentos suficientes para tal distinção, consistindo, assim, em uma discriminação negativa e inconstitucional (CERQUEIRA, 2019, p. 9; SOUZA-LIMA; SILVA; LIMA, 2018, p. 10).

Em uma análise das normas do plano internacional inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se a inconformidade da normatização do “hipersuficiente” com a Convenção n.111 da Organização Internacional do Trabalho. Essa Convenção veda a discriminação nas relações de trabalho e exige uma conduta ativa dos Estados signatário em prover a diminuição da discriminação. Em sentido diametricamente oposto está a disposição sobre o “hipersuficiente, que põe esse empregado em igualdade de condições negociais com o empregador, detentor do poder diretivo e econômico, realizando uma discriminação negativa (SOUZA-LIMA; SILVA; LIMA, 2018, p. 10-21).

Por fim, e com base nas premissas sedimentadas neste trabalho, destaca-se a crítica ao diploma normativo, considerando a vulnerabilidade do empregado.

Preliminarmente cabe ratificar que não existe equiparação entre empregado e o sindicato profissional, mesmo sendo aquele considerado como “hipersuficiente” pela legislação. Não existe, em âmbito da nego-

ciação individual, a equivalência dos entes coletivos, pois nela apenas há o empregador como ente coletivo e, por outro, há o empregado como indivíduo solipsista. A legislação que rege o “hipersuficiente” dentro da esfera da negociação individual (com todo seu complexo de princípios protetivos do trabalhador) as permissões prejudiciais ao trabalhador que até então só eram aceitas no contexto da negociação coletiva, em que é preservada a devida proteção do interesse obreiro por meio da atuação do ente sindical (OLIVEIRA; PRUSCH, 2021, p. 6).

Além disso, a previsão de hipersuficiência do empregado apenas pelo critério de existência de nível superior e salário de duas vezes o teto do RGPS subverte a própria lógica trabalhista de existência de um empregado hipossuficiente/vulnerável, pois esta presunção é falsa, visto que esses fatores não elidem a desigualdade de forças existentes. A relação de emprego é sempre assimétrica, existindo subordinação e vulnerabilidade, sendo inconcebível a liberdade negocial plena do trabalhador (CERQUEIRA, 2019, p. 8-9).

O critério educacional e econômico não é suficiente para igualar o empregado ao empregador, pois persiste a subordinação jurídica existente nessa relação jurídica. Assim, a criação do empregado hipersuficiente além de estar em dissonância com a legislação pátria, aumenta a vulnerabilidade de tal empregado por considerar que certo patamar de formação profissional e econômico são autorizativos dessa ausência de dependência (BEZERRA; NEWTON; CUNHA, 2019).

Aquele que possui diploma de nível superior e percebe um pouco mais do que o padrão dos empregados brasileiros não necessariamente fruirá de maior autonomia. Pelo contrário, por vezes o padrão salarial destacado faz com que esses empregados possuam uma maior dificuldade de manutenção de seus postos, tornando-os mais suscetíveis a aceitar as exigências patronais (MARTINEZ, 2021, p. 723-730; VALE, 2019, p. 2).

A criação da figura do empregado “hipersuficiente”, em verdade, quebra aquilo que é essencial para que se mantenha uma relação de emprego como uma relação equilibrada e não abusiva. Considerar o empregado como igual ao empregador pelo simples critério educacional ou econômico desconsidera que na própria relação de emprego existe a subordinação jurídica (BEZERRA; NEWTON; CUNHA, 2019).

Como delineado em título anterior deste artigo, ainda que existam graus de vulnerabilidade, haverá sempre vulnerabilidade dentro de uma relação de emprego. Assim, entender que o empregado, pelo simples fato de possuir diploma de nível superior e um salário de o dobro do teto do RGPS, deixa de ser vulnerável não é o mais adequado.

Dessa forma, é criticável a opção legislativa de pressupor essa ausência/ redução de vulnerabilidade, especialmente de vulnerabilidade negocial, a ponto de, pela letra fria da lei, “retirar as proteções trabalhistas” e autorizar a negociação direta entre empregado e empregador, como se houvesse uma negociação entre entes coletivos e “iguais”.

Entretanto, após essas críticas, fato é que a norma está posta e, ao menos até a presente data, em 2022, não foi declarada a sua ilegalidade ou inconstitucionalidade. Assim, é preciso não só criticar a opção legislativa de criação da figura do empregado “hipersuficiente” e sua desconformidade com as normas já postas, como também se deve responder ao questionamento dos limites dessa negociação direta.

Se por um lado há questionamento sobre os limites da negociação coletiva, mais ainda devem ser delineados os limites da negociação direta entre o empregado e o empregador, tendo em vista haver o ser vulnerável em um dos polos da relação empregatícia.

Inicialmente cabe salientar que, se nem mesmo se admite a renúncia em âmbito coletivo, muito menos deve ser admitida em âmbito individual, tendo em vista o reconhecimento e tutela das vulnerabilidades

existentes no vínculo empregatício. Assim, como regra, na negociação direta não deve existir a renúncia a direitos pelo empregado “hipersuficiente”, só havendo possibilidade de renúncia nos casos expressos autorizados por lei.

Além disso, aplicam-se à autonomia privada individual do “hipersuficiente” os limites tradicionais ao exercício da autonomia privada: a lei em sentido amplo, a ordem pública (conjunto de princípios e valores que informam a organização política e econômica de uma sociedade, num espaço temporal e fase histórica, a moral e os bons costumes (conceitos relacionados à ética). Os direitos fundamentais também constituem limitadores dessa autonomia (WYZYKOWSKI, 2019, p. 227-235).

De outro lado, admite-se a transação, com exceção dos trabalhadores hipervulneráveis quanto aos direitos relacionados ao agravamento da vulnerabilidade, além disso, para ser admitida a transação esta não deve abarcar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou os valores comunitários (WYZYKOWSKI, 2019, p. 166-297).

Por fim, prevalece, ainda, mesmo com a vigência da reforma trabalhista, o princípio da norma mais favorável, o qual, apesar de ser um princípio tipicamente trabalhista, está inserido na Constituição Federal que, em seu artigo 7º, garante aos trabalhadores outros direitos que visem a sua melhoria de condição social (CERQUEIRA, 2019, p. 13).

Sempre se propugnou que, na seara trabalhista, a hierarquia das normas não era estanque, pois existia o princípio da norma mais favorável em que, no conflito entre duas normas ou mais normas, deve prevalecer a norma mais favorável ao empregado. Isso não foi modificado com a Reforma Trabalhista e nem poderia ser por ter o princípio assento constitucional.

Além de possuir assento constitucional, o princípio da norma mais favorável, proteção a qual privilegia o trabalhador, decorre da pró-

pria razão de ser do Direito do Trabalho, tendo em vista o seu objetivo fim de proteger o trabalhador e sempre manter ou ampliar a sua esfera de direitos, frente a uma relação desigual que existe na relação de emprego, entre o empregado e o empregador (MOTTA; REZENDE, 2019, p. 221).

Nesse sentido, o regramento do “hipersuficiente” deve ser analisado diante da vulnerabilidade empregatícia e da existência e regular vigência do princípio da norma mais favorável.

Dessa forma, as normas coletivas, advindas de acordos ou convenções coletivas de trabalho, quando forem mais favoráveis devem prevalecer sobre as criações decorrentes da negociação individual. Em sentido contrário também, caso as criações decorrentes da negociação individual sejam mais favoráveis que as coletivas, aquelas que devem prevalecer (WYZYKOWSKI, 2019, p. 235-260).

Portanto, mesmo que por uma leitura literal da CLT, possa-se concluir que o resultado da negociação direta entre empregado “hipersuficiente” e empregador está apenas abaixo das normas constitucionais e prevalecendo sobre a legislação infraconstitucional e sobre as normas coletivas, ainda que tais disposições reduzam ou suprimam direitos existentes na legislação infraconstitucional ou nas normas coletivas, essa seria uma interpretação equivocada frente ao ordenamento constitucional e trabalhista ainda existente.

Conclusão

O Direito do Trabalho foi criado com uma premissa fática de que o empregador é detentor dos meios de produção e o empregado, outro polo da relação empregatícia, recebe uma contraprestação pela prestação de uma atividade, estando submetido, em decorrência da existência de uma subordinação jurídica, ao poder diretivo do empregador, o qual organiza, fiscaliza e impõe sanções para cumprimento das diretrizes por

ele fixadas, dentro dos limites trabalhistas e constitucionais postos na atualidade.

Nesse sentido, houve a construção teórica e jurisprudencial da noção de que o empregado é um ser hipossuficiente na relação empregatícia. Essa ideia de hipossuficiência está intensamente ligada a questões econômicas, assim é mais assertiva a ideia de que o empregado, em verdade, é um ser vulnerável na relação de emprego, visto que é suscetível a violações existenciais e patrimoniais decorrentes de questões não meramente econômicas, como também questões outras como questões sociais, informacionais e técnicas.

Sendo assim, o empregado, via de regra, é um ser vulnerável na relação de emprego. Apesar dessa afirmação, não se exclui a possibilidade da análise de cada caso concreto de forma a avaliar a diminuição ou o aumento dessa vulnerabilidade diante das condições específicas e características específicas dos indivíduos. Dessa forma, pode existir, por exemplo, na análise de um caso concreto, em razão de condições específicas de um certo empregado, a conclusão de que esse empregado é um ser hipervulnerável, pois ainda mais suscetível de ter seus direitos vilipendiados.

Partindo-se dessa premissa, de existência de um ser hipossuficiente, ou, melhor ainda, de um vulnerável, o Direito do Trabalho, incluindo as normas infraconstitucionais e as normas trabalhistas insertas na Constituição Federal, restringiu a autonomia individual do empregado, de forma a limitar as possibilidades de negociação direta entre empregado e empregador.

Diversamente disso, a Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017, criou a figura do “hipersuficiente”, que é o empregado que possui diploma de nível superior e que percebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o que em abril de 2022 totaliza cerca de catorze mil reais, mais especificamente o valor de R\$ 14.174,44. Ressalte-se que essa figura se

difere de uma noção mais antiga na seara trabalhista que é a do alto empregado.

Sendo o empregado considerado como empregado “hipersuficiente”, por uma interpretação literal da novel legislação, ele poderia negociar diretamente com o empregador, acerca das matérias insertas no art. 611-A, com a mesma “força normativa”, prevalecendo sobre as normas coletivas aplicáveis à categoria a qual está inserido, bem como sobre as normas estatais.

A adequada leitura dos dispositivos que regulamentam o “hipersuficiente” deve ser feita com base em todo o ordenamento jurídico vigente, não sendo possível se realizar uma interpretação isolada. Nesse sentido, não faltam críticas ao novel diploma, pela inconformidade com as normas jurídicas já postas, além da inconformidade com a própria lógica trabalhista.

O só fato do empregado possuir diploma de nível superior ou um certo patamar remuneratório não o descaracteriza como empregado, porquanto não o descaracteriza como um ser vulnerável na relação de emprego, por ainda existir a subordinação jurídica, característica intrínseca a relação jurídica empregatícia. Pode-se, inclusive, pensar de maneira oposta, visto que a manutenção do emprego por aqueles que possuem patamar remuneratório mais elevado pode ser ainda mais dificultosa.

Ademais das críticas devidas à regulamentação do empregado “hipersuficiente”, é fato que as regras disciplinadoras ainda não foram consideradas ilegais ou inconstitucionais, especialmente pela Corte Constitucional, estando, na atualidade, em pleno vigor. Dessa forma, devem ser estabelecidas balizas para sua aplicação, instituindo-se limites para a negociação direta realizada pelo empregado “hipersuficiente” e pelo empregador.

O primeiro limite à negociação direta é a proibição da renúncia, consistente como ato de abdicação de direitos sem uma contraprestação. Se, para muitos a renúncia não pode ocorrer nas negociações coletivas, muito menos deve ocorrer nas negociações individuais. A renúncia só deve ser tolerada nos casos específicos em que a lei expressamente traz essa possibilidade.

Além disso, aplicam-se os limites à negociação individual pelo “hipersuficiente” aplicáveis a todos os contratos de natureza civil, como a proibição de disciplinas que violem a ordem pública, a moral e aos bons costumes.

Por fim, por outro lado, admite-se a transação, como ato de disposição mútua, mas sempre pela análise do princípio da norma mais favorável, o qual, mesmo com a vigência das normas advindas da Reforma Trabalhista, permanece em vigor. Nesse sentido, devem ser analisadas as concessões mútuas, analisando todo o conjunto do ato para saber se aquelas disposições criadas pelo “hipersuficiente” e pelo empregador são, em seu conjunto, verdadeiramente uma forma de elevar o patamar mínimo civilizatório.

Dessa forma, por uma análise crítica do novo regramento trazido a respeito do “hipersuficiente”, bem como da avaliação dos limites da negociação firmada entre ele e o empregador, será possível interpretar e aplicar tal regramento de uma forma adequada, preservando a lógica trabalhista e constitucional de existência de um empregado vulnerável na relação de emprego.

Referências

ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 111-139, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BEZERRA, Ricardo Dos Santos et al.. **Reforma trabalhista e vulnerabilidades : o trabalhador hipersuficiente e suas implicações no direito do trabalho**. E-book IV CONIDIH / 2ª Edição 2019.. Campina Grande: Realize Editora, 2020. p. 753-770. Disponível em: <<https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/65110>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BOBIK, Fabyanna. **A graduação da vulnerabilidade do trabalhador como forma de concretização do princípio da proteção: um novo olhar através da teoria das vulnerabilidades e da (hiper) vulnerabilidade do trabalhador imigrante**. 2018. 86 f. Trabalho de conclusão de curso de graduação - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/190113>. Acesso em: 05 mai. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 abril. 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

CERQUEIRA, Andressa Cremens Calheiros. A nova estrutura multipiramidal do direito do trabalho pós-reforma. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, v. 8, n. 11, p. 36-59, jun. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil : com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : LTr, 2017.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. O direito do trabalho e a teoria das vulnerabilidades laborais. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 10, n. 103, p. 24-67, set. 2021.

LEITE, C. H. B. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

LUNA, Florencia. **Vulnerabilidad: la metáfora de las capas**. Disponível em: http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F%5B1%5D._Vulnerabilidad_la_metafora_de_las_capas.pdf f. Acesso em: 18 abril. 2022.

MARTINEZ, L. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/hipossuficiente/>. Acesso em: 15 mai. 2022.

MOTTA, P. H. de C.; REZENDE, A. V. L. A reforma trabalhista e o princípio da norma mais favorável ao trabalhador: nova redação do artigo 620 da clt à luz da constituição federal. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], n. 15, p. 217–226, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/22426>. Acesso em: 26 maio. 2022.

NUNES, R. **Curso de Direito do Consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

OLIVEIRA, Laura Machado de; PRUSCH, Leandro. Revista Síntese, Empregado hipersuficiente: a falência do princípio da proteção?. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 31, n. 382, p. 90-118, abr. 2021. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 25 mar. 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna. **Autonomia privada e vulnerabilidade: o Direito Civil e a diversidade**

democrática. In: SÁ, Maria de Fátima; LIMA, Taísa Maria Macena de; MOREIRA, Diogo Luna (coord.). *Autonomia e vulnerabilidade.* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 1-9.

SOUZA-LIMA, José Edmilson de; SILVA, Marcos Alves da; LIMA, Erick Alan de. O empregado hipersuficiente sob a perspectiva do direito fundamental da igualdade e da convenção 111 da OIT. *Percursos*, [S.l.], v. 3, n. 26, p. 452 - 475, fev. 2019. ISSN 2316-7521. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3272>>. Acesso em: 26 maio 2022.

SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. A polêmica acerca dos chamados trabalhadores hipersuficientes. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 9, n. 84, p. 21-39, dez. 2019/jan. 2020.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Reforma Trabalhista e o hipersuficiente.** Disponível em: http://www.amatra5.org.br/images/a/A%20REFORMA%20TRABALHISTA%20E%20O%20HIPERSUFICIENTE_.pdf. Acesso em: 08 mar. 2022.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho.** 2019. 297 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2019. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/30090>. Acesso em: 13 abr. 2022.

14

A configuração da relação de emprego no âmbito dos e-Sports

Renata Cerqueira Nabuco Oliveira

Servidora Pública do TRT da Vigésima Região. Pós-graduanda em Compliance Trabalhista pelo IEPREV- Instituto de Estudos Previdenciários. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Graduada em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). E-mail: rena.nabuco@gmail.com

Tales Almeida Andrade

Advogado. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Advocacia (em Convênio com a Universidade Cândido Mendes - UCAM), Bacharel em Direito pela União Metropolitana de Educação e Cultura (UNIME/Campus Itabuna-BA) e Mestrando em Economia Regional e Políticas Públicas pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). E-mail: tales@almeidakorontai.com.br

Vinícius Matias Figueiredo de Lacerda

Advogado. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL) e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado (UNIJORGE). E-mail: viniciusdelacerda.adv@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo investigou os e-Sports à luz da legislação trabalhista, examinando se é possível a formação de vínculo empregatício entre os contratantes e os atletas praticantes desses jogos eletrônicos. Foram analisadas as principais peculiaridades que envolvem esse tipo de

relação jurídica. Partiu-se da premissa de que os e-Sports são modalidades esportivas, que, mesmo não havendo regulação específica, estão protegidas pela legislação nacional, especialmente pela Lei 9.615/98 (Lei Pelé) e demais normas trabalhistas, incluindo a CLT. Por isso, é válida a celebração de contratos cujo objeto é a prática de jogos eletrônicos quando envolverem agentes capazes dentro do território nacional. Nesse sentido, é possível também a formação de uma relação empregatícia quando estiverem presentes, no caso concreto, os pressupostos essenciais previstos no art. 3º, da CLT, tal qual já vem sendo reconhecido em alguns Tribunais Regionais do Trabalho.

Palavras-chave: Direito desportivo; e-Sports; regulamentação jurídica; vínculo empregatício.

Introdução

A doutrina trabalhista destaca a ascensão e o fortalecimento do Direito do Trabalho na era Industrial, em que houve uma mobilização de operários laborantes em fábricas por melhores condições sociais em contraposição à superexploração que vivenciavam, sob diversos aspectos, a exemplo do excesso de jornada e da quase ausência de preocupação com questões relacionadas à segurança do trabalho.

Se por um lado o Direito do Trabalho possui essas bases industriais, também é verdade que esse ramo do Direito, assim como qualquer outro, deve estar em constante evolução de maneira a se adaptar às mudanças vivenciadas na sociedade.

Atualmente está-se em uma era que é marcada por uma forte carga informacional e tecnológica, o que fez surgir diversas novas formas de prestação de trabalho. Por isso, o Direito do Trabalho bem como os

seus operadores devem estar atentos a tais modificações de forma a analisar suas nuances e adequar de maneira mais eficaz as normas trabalhistas a fim de atingir os principais objetivos desse ramo do Direito.

Nesse ínterim, há especial relevância o estudo dos e-Sports, ou jogos eletrônicos, os quais, diante da sua expansão considerável, bem como de suas peculiaridades, demanda o conhecimento de suas nuances para a aplicação adequada das normas jurídicas postas, especialmente no tocante à possibilidade de configuração de uma relação de emprego firmada pelos atletas praticantes dessa modalidade.

Para responder a essa questão, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, por meio de uma pesquisa exploratória e bibliográfica. Dividiu-se o presente artigo em cinco amplas seções de desenvolvimento, nas quais se buscou avaliar se os e-Sports podem ser considerados como esportes, bem como a avaliação sobre a legislação a eles aplicadas, sejam as propostas de regulamentação da matéria ou seja a aplicação de normas já existentes, além de, por fim, avaliar a relação empregatícia nessa modalidade de jogos.

Os e-Sports: expansão e análise como esporte

Os jogos eletrônicos ou e-Sports estão em constante expansão e possuem uma crescente importância na sociedade brasileira e mundial. Com a chegada da internet e da banda larga, entre os anos de 2000 e 2010, houve uma expansão ainda mais rápida e extensa dos jogos eletrônicos, os quais puderam reunir simultaneamente competidores dos mais diversos lugares do mundo (LONTRA; LOURENÇO; NETO; CARVALHO, 2021).

Conforme noticia os repórteres Tiago Lontra, Luiza Lourenço, Oscar Neto e Carolina Carvalho (2021), em reportagem publicada no site da Globo, em 1972 houve o primeiro evento não oficial de e-Sports quando alunos da Universidade de *Stanford*, na Califórnia, reuniram-

-se para uma disputa de *Spacewar* – um dos primeiros jogos disponíveis para computador. Já em 1980 a empresa estadunidense Atari organizou o primeiro campeonato oficial de e-Sports, chamado de *Space Invaders Championship*, o qual reuniu mais de 10 mil participantes do torneio, mudando o trajeto dos jogos eletrônicos.

De acordo com o relatório *Global Esports Market Report*, publicado em 2018, da Newzoo, o número de jogadores de e-Sports supera o número de praticantes de futebol. Além disso, analisando o universo jovem, das pessoas que acompanham futebol no Brasil 24% têm entre 10 a 20 anos, por outro lado uma porcentagem de 43% de jovens nessa faixa etária assiste com assiduidade a algum torneio de e-Sports (CHIMINAZZO; MARQUES, 2022, p. 3-4).

A americana Riot Games, responsável pelas duas maiores ligas do país, o CBLOL (Campeonato Brasileiro de League of Legends) e o Circuito Desafiante (Torneio de acesso ao CBLOL), estima que há 100 milhões de jogadores ativos no mundo, 85% entre 16 e 30 anos. Na final do Campeonato Brasileiro de League of Legends, em 2019, houve recorde de audiência, com pico de 316 mil espectadores simultâneos, juntando as plataformas Twitch e Youtube, o que significa um crescimento de 40%, comparado aos 210 mil espectadores simultâneos da final de 2018 (CHIMINAZZO; MARQUES, 2022, p. 2).

Na atualidade, grandes clubes brasileiros de futebol estão investindo nos e-Sports. O Flamengo foi o primeiro time de futebol a ter um time próprio de e-games, comprando a vaga do *Merciless Gaming* na segunda divisão do Campeonato Brasileiro de *League of Legends*. Ademais, outros clubes também investem de maneira semelhante ao Flamengo ou de outras formas como os que possuem parcerias com jogadores, os quais disputam partidas individuais, sem necessidade de um time próprio, ou mesmo se unem a times que já disputam campeonatos eletrônicos (MELLO, 2017).

Outro dado importante que demonstra o significativo crescimento dos e-Sports é que as competições de games poderão ser incluídas na programação olímpica de Paris, em 2024. Esta é uma perspectiva concreta, apesar das dificuldades enfrentadas geradas por críticas de todo gênero, bem como de dificuldades operacionais e decorrentes de regras da competição como a necessidade, para ser reconhecido pelo COI, que a prática seja governada por uma federação internacional (MOIOLI, 2021).

Mesmo diante de toda a evidência de crescimento e mesmo da possibilidade de ser inserido como modalidade olímpica, existe celeuma quanto à caracterização dos e-Sports como esporte.

A palavra e-Sports, ou esportes eletrônicos, denota uma correlação entre os conceitos de esporte e o mundo eletrônico. Conforme o dicionário Michaelis online (2022, não paginado), esporte é “o conjunto das atividades físicas ou de jogos que exigem habilidade que obedecem regras específicas e que são praticadas individualmente ou em equipe”. Essa conceituação do dicionário Michaelis é abrangente, podendo facilmente serem inseridos os e-Sports como prática esportiva.

De maneira semelhante, Valdir Barbanti (2012, p. 57) define o termo esporte como uma atividade competitiva institucionalizada, a qual envolve esforço físico intenso ou o uso de habilidades motoras relativamente complexas, sendo a participação dos indivíduos praticantes motivada por uma combinação de fatores intrínsecos e extrínsecos.

Para Antonio Bascón-Seda e Gonzalo Ramírez-Macías (2020, p. 4) para ser considerado como esporte deve, em um jogo, ao menos, existir uma institucionalização, existir instituições nacionais que regulam e administram a prática, além de existir regras próprias e existir um caráter motor ou conjunto de capacidades físicas próprias.

Os e-Sports, assim como os esportes tradicionais, possuem uma carreira competitiva pela dificuldade de se manter e ser bem sucedido

na prática da atividade, além de exigir intenso comprometimento, pois contam com treinos físicos, *replays* (ato de assistir partidas jogadas por adversários), reuniões com treinadores, avaliações com *coaches*, entre outros (PEREIRA, 2014, p. 47).

Além disso, é comum nos e-Sports a existência de *gaming houses* que são casas que servem tanto de centro de treinamentos quanto hospedam os jogadores durante períodos de até um ano, além de *boot camps* que consistem em encontros com período de tempo reduzido para preparação para um torneio importante (PEREIRA, 2014, p. 47).

Outras semelhanças dos e-Sports com os esportes tradicionais são a existência de grandes competições, como o Campeonato Brasileiro de League of Legends, a existência de marcas e de equipes (nos e-Sports existem equipes fixas com nomes específicos, como a Loud ou a paiN Gaming), de “astros”, a exemplo de Matheus “Dynquedo” e de Rossini Heitor “Duster” Pereira, de transmissão em massa das competições, de patrocinadores e de mídia especializada (PEREIRA, 2014, p. 47-80).

A institucionalização dos e-Sports é um fato, visto que já existem instituições nacionais e internacionais as quais não só organizam e regulam as competições, como procuram defender os interesses dos jogadores. Cita-se a recém-criada Confederação Brasileira de Desportos Eletrônicos, a qual é conveniada ao Ministério do Esporte e já possui diversas federações estaduais ligadas a ela.

De maneira semelhante, há a possibilidade, como já é vista na prática, de que nas competições o órgão responsável pelo seu patrocínio defina o conjunto de situações válidas, com regulamento próprio para cada torneio, bem como árbitros e/ ou juizes que apoiem a integridade competitiva desses eventos. Por fim, os e-Sports possuem também habilidades motoras específicas, com padrões motores finos, reflexos rápidos, grande destreza manual e excelente coordenação óculo-manual (BAS-CÓN-SEDA; RAMÍREZ-MACÍAS, 2020, p. 4-9).

Apesar dessas constatações, existem diversas críticas à conceitualização dos e-Sports como esportes, destacando-se as relacionadas à utilização de violência e ao desempenho físico.

Quanto à violência, o esporte, por ser uma construção humanística, pode ser transmissor de valores, apesar desses valores nem sempre serem necessariamente positivos. Antonio Bascón-Seda e Gonzalo Ramírez-Macías (2020, p. 11) destacam o *munus gladiatoris*, praticado pelos gladiadores romanos, o qual, em uma análise abstrata, possuiria todos os elementos para considerá-lo como esporte na atualidade, visto que possuía regulação, atividade motora, competição, institucionalização (o estado romano os organizava), havia apostas, métodos de treinamento e treinadores especializados, entretanto, o fator ético, por causar danos graves, extremos e até mortes, afastá-lo-ia da conceitualização de esporte.

Por outro lado, na atualidade, existem esportes dentro dos jogos Olímpicos que possuem um certo componente violento, tendo em vista que empregam força física intensa e podem causar danos graves ou a representação da utilização da força bruta aos espectadores, como é o caso do boxe ou do pentatlo moderno. Além disso, é preciso ressaltar que nem todos os e-Sports são violentos, visto que não representam danos físicos graves e imediatos aos praticantes e não necessariamente representam a utilização da força bruta (BASCÓN-SEDA; RAMÍREZ-MACÍAS, 2020, p. 11).

Existem múltiplos e-Sports, de modo que cada um deles representa uma modalidade esportiva única e independente, o que deve levar a uma análise individualizada de quais deles poderiam fazer parte do programa olímpico (BASCÓN-SEDA; RAMÍREZ-MACÍAS, 2020, p. 11).

Quanto ao desgaste físico e treinamento físico dos atletas, não constitui uma verdade absoluta a afirmação de que os cyber-atletas não realizam esforço físico, visto que a prática profissional dos jogos eletrônicos demanda preparação física dos cyber-atletas, bem como exige uma

precisa coordenação olho-mão e reflexos aguçados (PEREIRA, 2014, p. 91-93).

Em comparação com alguns outros esportes tradicionais, como o futebol, a preparação física realizada pelos cyber-atletas pode ser em um nível menos acentuado, especialmente em consideração com a análise do corpo humano como um todo. Entretanto, ainda que se constate isso, cabe também questionar se apenas esse fato faria descaracterizá-los como esporte, visto que existem jogos que são considerados como esportes, a exemplo do xadrez e do tiro, os quais não demandam, assim como os e-Sports, esforço físico intenso, entretanto são considerados como esportes.

Nesse sentido, apesar do preconceito que paira em torno dos e-Sports, o qual, por vezes, pode ser taxado como uma mera “brincadeira” de jovens, certo é que, ao menos para fins deste trabalho, pode-se considerar o e-Sport como um esporte que está em crescente expansão, recebendo cada vez praticantes e mais investimentos e que demanda dos atletas um preparo físico, técnico e psicológico, além de demandar esforços dos operadores do direito na análise de suas nuances e das normas jurídicas a eles aplicadas.

Propostas de regulamentação dos e-Sports no Brasil

Apesar de toda essa expansão do e-Sport no Brasil e no mundo, ainda é escassa a regulamentação da matéria e, no Brasil, ainda não há regulamentação específica sobre o tema.

Existe crítica no sentido de afirmar que qualquer regulamentação sobre a matéria engessaria o mercado dos e-Sports, o qual está em constante ascensão. Além disso, outro ponto relevante é que o ambiente dos jogos eletrônicos é virtual e pertencente a uma empresa desenvolvedora, a qual detém a propriedade intelectual dos jogos, isso pode refletir

como uma dificuldade considerável na regulamentação das matérias, especialmente por envolver questões de direitos relativos a essa propriedade e do fato de poder a desenvolvedora modificar as próprias regras do jogo.

Apesar das críticas relacionadas à regulamentação da matéria, existe uma tendência de criação de normas regulamentadoras do esporte, no Brasil e no mundo. No Brasil, destacam-se como tentativas de regulamentação da matéria os projetos de Lei nº 7.747/2017 e nº 383/2017.

Em relação ao Projeto de Lei nº 7.747/2017, basicamente foi apresentado pela Deputada Mariana Carvalho e inclui na Lei Pelé um artigo reconhecendo o desporto virtual como esporte.

Já o PL 383/2017 foi elaborado pelo senador Roberto Rocha (PSDB/Maranhão), ainda se encontra em tramitação no Senado Federal e objetiva regulamentar os e-Sports, criando uma legislação específica sobre o tema. Tal projeto, com redação original, define o esporte eletrônico como uma atividade em que participam na competição dois ou mais indivíduos e que faz uso de artefatos eletrônicos, no sistema de ascenso e descenso misto de competição, com utilização do *round-robin tournament systems*, o *knockout systems*, ou outra tecnologia similar e com a mesma finalidade (BRASIL, 2017).

Após a apresentação do texto original, houve proposições de emendas, uma delas de autoria do Senador Davi Alcolumbre (DEM/AP) em que há uma maior ampliação do conceito de e-Sports, nos seguintes termos: “considera-se esporte eletrônico a prática desportiva em que duas ou mais pessoas ou equipes competem em modalidade de jogo desenvolvido com recursos das tecnologias da informação e comunicação” (BRASIL, 2019).

O referido projeto é pequeno, com poucos artigos, mas possui a qualidade de buscar criar um ambiente favorável ao desenvolvimento do

esporte eletrônico, tratando-o efetivamente como um esporte e tratando os seus praticantes como atletas.

Isso está expresso em boa parte de seus artigos e na justificativa para a apresentação do PL, pois conforme dispõe o Senador Propositor, a regulamentação auxiliaria a não ocorrência de desvirtuamentos letais, auxiliaria no combate a discriminações de gêneros, etnias, credos e ódio, além de se desenvolver de maneira independente de credo, raça, divergência política, histórica e/ou cultural e social (BRASIL, 2017).

Apesar dos objetivos louváveis, o PL 383/2017 sofreu diversas críticas e isso é refletido no Portal e-Cidadania em que, em abril de 2022, indica um número de 43.599 votos contrários à aprovação do projeto e de 6.578 votos a favor da aprovação do projeto.

Ademais, outra questão de relevância é a possibilidade de desconsiderar certos jogos como e-Sports. A sugestão dada pelo senador Eduardo Girão do Podemos-Ce era de por meio do projeto de lei impedir que jogos violentos sejam considerados como esporte, isso acarretaria o não reconhecimento de alguns jogos populares como esportes, a exemplo de jogos como o Rainbow Six e o Counter-Strike, jogos táticos de tiro (SENADO, 2020).

Atualmente, existe um pedido de audiência na CAE (Comissão de Assuntos Econômicos), que depende de aprovação do respectivo requerimento no plenário. Além disso, o projeto precisará passar novamente pela CCT (Comissão de Ciência, Tecnologia e Inovação) e pela CE (Comissão de educação, cultura e esporte), para que analisem uma emenda de redação do senador Marcos Rogério (DEM-RO) (SENADO, 2020).

Legislação existente aplicável aos contratos de trabalho firmados pelos atletas profissionais dos e-Sports

Partindo-se da análise da legislação já existente e possivelmente aplicável aos e-Sports, no Brasil, quando o tema é relação de trabalho de esportistas, a legislação primordial no tocante à regulamentação das práticas esportivas é a Lei 9.615/98, também chamada de Lei Pelé, a qual classifica as práticas desportivas, além de dispor sobre diversos pontos, inclusive sobre questões relacionadas ao contrato do atleta profissional, e aplicando, subsidiariamente, as normas gerais da CLT.

Em relação à classificação das práticas desportivas, para a Lei Pelé, elas podem ser formais e não-formais. As práticas formais são reguladas por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto, e as práticas não-formais são as caracterizadas pela liberdade lúdica de seus praticantes (BRASIL, 1998).

O desporto também pode ser caracterizado como desporto educacional, desporto de participação, desporto de rendimento e desporto de formação (BRASIL, 1998).

O desporto educacional é aquele praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação e tem como objetivos centrais evitar a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes e alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer (BRASIL, 1998).

Por sua vez, o desporto de participação é o praticado de forma voluntária, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente (BRASIL, 1998).

Já o desporto de rendimento é o praticado segundo normas gerais da Lei Pelé e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, possuindo a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações (BRASIL, 1998).

Por fim, o desporto de formação é caracterizado pelo fomento e aquisição inicial dos conhecimentos desportivos que garantam competência técnica na intervenção desportiva, possuindo como objetivo a promoção do aperfeiçoamento qualitativo e quantitativo da prática desportiva em termos recreativos, competitivos ou de alta competição (BRASIL, 1998).

Outro ponto relevante da disposição normativa é que o desporto de rendimento pode ser organizado e praticado de modo profissional, quando há remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva e de modo não-profissional, quando houver liberdade de prática e inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio (BRASIL, 1998).

Além disso, a Lei Pelé define os atletas profissionais como sendo os profissionais que firmam contrato especial de trabalho desportivo com entidade de prática desportiva e que recebem remuneração pactuada (BRASIL, 1998).

Diante dessas classificações advindas da Lei Pelé, delimita-se que a análise da amplitude dos e-Sports como esporte e suas nuances trabalhistas está associada à prática esportiva formal, praticada pelos atletas profissionais, e que se caracterizariam como um desporto de rendimento.

Apesar do art. 94 da Lei Pelé dispor que diversos artigos insertos nesta legislação concernentes aos contratos firmados só seriam obrigatórios para atletas e entidades de prática profissional da modalidade de futebol, não há óbice que tais disposições sejam aplicadas aos e-Sports,

pois se constituem de cláusulas facultativas a outras modalidades desportivas, como são os e-sports..

Ademais, no âmbito trabalhista, como leciona Vanessa Rocha Ferreira e Pietro Lazaro Costa (2021, p. 36 -37), para avaliação da relação de trabalho no e-Sport, deve-se partir da premissa que o trabalho é um direito humano e um direito fundamental.

Nesse ínterim, não se devem desconsiderar os direitos da relação empregatícia, seja em razão da aplicação de normas decorrentes da Consolidação das Leis do Trabalho seja da aplicação normas decorrentes da Lei Pelé, sob a única justificativa de que os e-Sports seriam tão somente uma atividade lúdica ou pela justificativa da ausência de norma regulamentadora, visto que não há norma que constrinja a aplicação das normas trabalhistas nos contratos de e-Sports (FERREIRA; COSTA, 2021, p. 37).

De maneira semelhante que nos esportes tradicionais, os esportes eletrônicos podem ser praticados como jogos de lazer, como também de maneira profissional, podendo existir a configuração de uma relação de emprego com uma equipe ou organização desportiva (FERREIRA; COSTA, 2021, p. 52).

A análise dos vínculos empregatícios envolvendo atletas do e-Sport em processos judiciais trabalhistas brasileiros

Um dos casos judiciais de maior repercussão envolvendo cyber-atletas foi o processo trabalhista em que figuraram como partes o jogador de League of Legends, Carlos “Nappon” Rucker, e a paiN Gaming. O cyber-atleta adentrou com uma ação judicial trabalhista, processo número 1000904-02.2019.5.02.0084, alegando existir vínculo empregatício com a referida empresa, requerendo, assim, a assinatura da CTPS, bem como

outras verbas em decorrência de tal reconhecimento. Essa ação não pôde ser analisada pelo Tribunal Regional respectivo, bem como pelo TST, tendo em vista que houve acordo entre as partes em que foi acordada a assinatura da CTPS, bem como o recebimento de verbas trabalhistas que totalizaram o valor de sessenta mil reais (OLIVEIRA, 2019, p. 2).

Em processo de número 0101101-81.2019.5.01.0060, ajuizado no Rio de Janeiro, um atleta adentrou com a ação em face do Clube de Regatas do Flamengo, requerendo o reconhecimento do vínculo empregatício, alegando ter sido contratado pela reclamada para exercer a função de atleta profissional de e-Sports, com remuneração mensal R\$970,00, e, mesmo havendo o preenchimento dos requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, nunca recebeu verbas trabalhistas como empregado.

Em defesa, a empresa alegou, em especial, que não houve prestação de serviços em seu favor, apenas houve a assinatura de um “Termo de Compromisso de Assinatura de Futuro Contrato de Trabalho de Atleta Profissional de e-Sports”, não havendo que se falar na configuração de uma relação empregatícia. Em sentença, o juiz de primeiro grau reconheceu o vínculo de emprego, tendo em vista a demonstração de que o reclamante estava à disposição da reclamada, pois foi demonstrado que, apesar do reclamante não ter atuado em nenhum jogo, ele foi escalado como reserva no campeonato denominado Circuito Desafiante, representando a Reclamada. Tal decisão foi mantida em segunda instância por fundamentos semelhantes aos de primeiro grau e encontra-se, em junho de 2022, pendente de análise dos embargos de declaração opostos.

Em outra ação, no processo de número 1000005-39.2022.5.02.0006, um trabalhador requereu o reconhecimento de vínculo empregatício, enquanto a reclamada afirma que a prestação de serviços se dava de maneira autônoma. Ficou demonstrado nos autos que o reclamante exercia a função de atleta de e-Sport, como jogador de CS Go, laborando em centro de treinamento, uma *gaming house*, com horários fixos e remuneração fixa, e jogando em campeonatos em nome da

reclamada. Diante desse contexto, a sentença reconheceu o vínculo empregatício, ressaltando que o fato do réu ser uma *startup* e os jogos serem eletrônicos não afasta tal reconhecimento.

Das decisões analisadas, observa-se que as ações intentadas, como regra, são analisadas em sua inteireza apenas nas Varas do Trabalho e nos Tribunais Regionais do Trabalho, pois o TST não vem recebendo os Recursos de Revistas intentados, sob a justificativa de aplicação da Súmula 126 do TST, a qual veda o reexame de fatos e provas nesta instância extraordinária.

Além disso, os julgados demonstram que a análise da existência do vínculo de emprego está sendo realizada com base na legislação celetista e avaliando caso a caso, não sendo um empecilho para a configuração da relação de emprego o fato dos atletas serem praticantes de jogos eletrônicos.

A configuração da relação de emprego nos e-Sports

Como já exposto, a prevalência da aplicação da legislação trabalhista aos contratos firmados pelos esportistas profissionais de rendimento é da Lei Pelé, aplicando-se apenas subsidiariamente às normas gerais de seguridade social e de direito do trabalho. Ocorre que a aplicação dessa legislação especial decorre tão somente aos contratos formais e que estejam em consonância com os ditames daquela Lei, inclusive quanto às cláusulas obrigatórias que devem estar insertas neste contrato especial.

Não sendo o caso da aplicação da Lei Pelé, segue-se a regra geral da CLT em que devem ser analisados os elementos da relação de trabalho para se compreender se a relação se configura como uma relação de emprego ou como uma relação de outro gênero.

Diante disso, não é qualquer relação de trabalho em que esteja um atleta profissional do e-Sport em um dos polos que haverá uma relação de emprego.

Diante da análise do caso concreto, pode existir um vínculo diferente do empregatício, tendo em vista existir a possibilidade de configuração de atleta de rendimento não profissional ou do atleta profissional autônomo, os quais não possuem contrato especial de trabalho, exercem o múnus em modalidade desportiva individual, possuem liberdade na prática desportiva, e podem receber incentivos financeiros provenientes de patrocínios (FERREIRA; COSTA, 2021, p. 46).

Como leciona Maurício Godinho Delgado (2017, p. 309-320), a relação de trabalho se caracteriza como uma relação geral em que há como prestação fundamental um labor humano que engloba, portanto, o trabalho autônomo, o trabalho eventual e o trabalho avulso. Já a relação empregatícia se constitui como uma modalidade específica de relação de trabalho juridicamente configurada.

A relação de emprego é uma relação específica, assim para ter caracterizado o vínculo de emprego dos atletas de e-Sports, devem existir, de um polo o empregado e de outro o empregador, além de estarem preenchidos os elementos da relação de emprego, notadamente a pessoalidade, a subordinação jurídica, a onerosidade e a não-eventualidade.

A análise deve ser do caso concreto, não bastando falar em condições meramente formais como a comum assinatura de contratos cíveis como forma de burla da legislação trabalhista. Deve prevalecer a primazia da realidade, em que se analisa, caso a caso, se estarão ou não presentes os pressupostos essenciais de uma relação de emprego.

Em relação à figura do empregador, a CLT, no artigo 2º, classifica o empregador como sendo “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a

prestação pessoal de serviço” e equipara ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados (BRASIL, 1943).

Apesar da atecnia do referido diploma ao tratar o empregador como “empresa”, a doutrina e a jurisprudência trabalhista são uníssonas em afirmar que o empregador pode ser pessoa física ou pessoa jurídica, bastando ser uma pessoa que contrate um trabalhador como empregado.

Já a figura do empregado é caracterizada, conforme diploma celetista, como sendo “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 1943). Aqui estão evidentes os pressupostos essenciais da relação de emprego: ser o empregado pessoa física e que exista a pessoalidade, a subordinação jurídica, a onerosidade e a não-eventualidade.

A caracterização da prestação do labor por pessoa física e com pessoalidade, assim como os demais requisitos, deve ser avaliado criteriosamente e sem formalismo. Portanto, exclui-se qualquer possibilidade de eliminação da configuração da relação de emprego pelo simples fato do empregado ter sido contratado por meio da constituição de uma pessoa jurídica, fenômeno denominado de pejetização, o qual pode ser uma forma de burla aos ditames trabalhistas, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Especificamente em relação ao pressuposto de pessoalidade, tal requisito é apenas elemento essencial à figura do empregado e se caracteriza, nos e-Sports, assim como nos esportes tradicionais, pela contratação do atleta em razão das suas habilidades próprias, pessoais, sendo, excluídas, como regra, as possibilidades de substituição por terceiros (FOGGIATTO, 2017, p. 25-26).

A subordinação jurídica, na análise dos e-Sports, pode ser visualizada quando o atleta não possui autonomia plena para organizar sua atividade, como quando reside nas *gaming houses*, com controle de dedicação, horários e treinamentos (FERREIRA; COSTA, 2021, p. 50). Existe a possibilidade de visualização da subordinação também quando no controle nos *boot camps* ou mesmo na relação remota entre atleta e o empregador.

Ainda que seja comum o exercício do labor dos atletas de jogos eletrônicos em locais físicos cedidos pelo empregador, a exemplo das *gaming houses*, como qualquer outro empregado, o só fato de prestar serviços à distância não desconfigura a relação de emprego, pois, como disposto na CLT, “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” (BRASIL, 1943).

Nesse sentido, também, pode ser evidenciada a não-eventualidade quando existe o controle de metas e horários, além de existência de uma rotina diária do atleta com treinos diários e constantes e a participação habitual em competições e programações estabelecidas pelo contratante (FERREIRA; COSTA, 2021, p. 50).

A onerosidade nas relações entre atleta eletrônico e entidades desportivas ou equipes pode ser evidenciada pelo recebimento de contraprestação mensal e fixa ou até em razão de prêmios obtidos por ocasião de campeonatos vencidos (FERREIRA; COSTA, 2021, p. 50).

Ressalte-se que o mero patrocínio ou outros incentivos financeiros não caracterizam, por si só, o vínculo de emprego, devendo, como exposto alhures que todos os elementos essenciais da relação de emprego estejam preenchidos.

Conclusão

Os e-Sports ou jogos eletrônicos estão em constante expansão e crescente representatividade, demandando dos operadores do Direito a análise dessa nova forma de trabalho para adequá-la às normas trabalhistas.

Mesmo diante da relevância da matéria, não existe no Brasil uma regulamentação específica sobre o tema, havendo projetos de Lei com esse intuito e a tentativa, por vezes, dos operadores do direito de adequação da legislação já existente.

Os e-Sports, em diversos aspectos, equiparam-se com os esportes tradicionais, mas, também, em diversos quesitos, diferenciam-se significativamente. Apesar dessas diferenças, não se deve excluir a possibilidade de considerar tal prática como esporte.

Nesse sentido, as normas aplicáveis às práticas esportivas em geral, especialmente as práticas esportivas formais de rendimento, devem ser aplicadas aos e-Sports, no que couber. Além disso, aplicam-se as normas insertas na CLT, tendo em vista a imperatividade de tais normas, consideradas como direitos fundamentais e humanos.

No tocante às Leis em vigor no Brasil, destacam-se as disposições advindas da Lei Pelé, as quais devem, no que couberem, serem aplicadas às relações de trabalho firmadas pelos atletas profissionais do e-Sport, bem como, especificamente no tocante às normas trabalhistas, devem também ser aplicadas as disposições gerais do Direito do Trabalho, em especial a CLT.

O contrato firmado por um atleta de jogos eletrônicos não necessariamente será de natureza empregatícia. A relação empregatícia é uma relação de trabalho específica em que para sua configuração devem ser preenchidos os pressupostos essenciais de um vínculo de emprego.

A análise desses pressupostos deve ser analisada caso a caso, não sendo válida a mera análise formal de contratos firmados, muito comuns nos e-Sports, a exemplo da assinatura de “contratos de adesão e outras avenças”.

Dessa forma, estará configurada a relação de emprego se estiverem presentes os elementos essenciais de tal relação, conforme disposto na CLT, a personalidade, a subordinação jurídica, a onerosidade e a não-eventualidade. Tais pressupostos devem ser analisados caso a caso e conforme a dinâmica específica dos e-Sports, os quais contam com características peculiares como a existência de *bootcamps* e *gaming houses* os quais podem gerar indícios da configuração de uma relação de emprego.

Em relação à jurisprudência trabalhista sobre o tema, a análise dos contratos de trabalho firmados pelos cyber-atletas, especialmente sob a avaliação da existência de vínculos de emprego, está mais adstrita às Varas do Trabalho e aos Tribunais de Trabalhos, nos quais são intentadas diversas ações com o fito de reconhecimento de relações de emprego.

Não há uma jurisprudência firmada pelo TST, tendo em vista que os Recursos de Revista intentados contra decisões proferidas sobre a matérias pelos Tribunais Regionais do Trabalho, como regra, não são admitidos pela aplicação da Súmula 126 do TST, a qual veda o reexame de fatos e provas nessa instância extraordinária.

Quanto aos julgados nas Varas do Trabalho e nos Tribunais Regionais do Trabalho, observa-se que adequadamente os magistrados vêm analisando os contratos firmados pelos atletas profissionais, considerando os e-Sports verdadeiramente como esportes e entendendo possível, a depender da análise do caso concreto e do preenchimento dos pressupostos essenciais da relação de emprego, o reconhecimento do vínculo empregatício.

A configuração da relação de emprego deve ser, assim, analisada caso a caso diante dos requisitos essenciais deste tipo de relação e das peculiaridades da prática dos e-Sports, havendo necessidade de conhecimento das nuances específicas de tal prática para que ocorra o adequado enquadramento legal.

Referências bibliográficas

BARBANTI, V. O QUE É ESPORTE?. *Revista Brasileira de Atividade Física & Saúde*, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 54–58, 2012. Disponível em: <https://rbafs.org.br/RBAFS/article/view/833>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BASCÓN-SEDA, A.; RAMÍREZ-MACÍAS, G. O E-SPORTS É UM ESPORTE? O TERMO “ESPORTE” EM XEQUE. *Movimento*, [S. l.], v. 26, p. e26048, 2020. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/Movimento/article/view/97363>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

_____. **Lei nº 9.615**, de 24 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm. Acesso em: 01 abr. 2022.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 383**, de 2017. Dispõe sobre a regulamentação da prática esportiva eletrônica. Brasília: Senado federal, 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7225318&ts=1630409062100&disposition=inline>. Acesso em: 15 mai. 2022.

CHIMINAZZO, Gustavo; MARQUES, Victor. E-sports não é (mais) brincadeira. *IstoÉdinheiro*, 2022. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/e-sports-nao-e-mais-brincadeira/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2017.

ESPORTE. In: MICHAELIS, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Editora Melhoramentos Ltda, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/esporte/>. Acesso em: 06 abr. 2022.

FERREIRA, Vanessa Rocha; COSTA, Pietro Lazaro. Os contratos de trabalho dos esportistas eletrônicos no Brasil e a necessidade de sua regulamentação. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 10, n. 98, p. 35-55, abr. 2021. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/186470/2021_ferreira_vanessa_contratos_trabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 abr. 2022.

FOGGIATTO, Rodrigo Eduardo. **A aplicabilidade do direito desportivo e do direito do trabalho aos contratos dos atletas de esportes eletrônicos**. Trabalho de conclusão de curso de graduação – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/58178/RODRIGO%20EDUARDO%20FOGGIATTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jun. 2022.

LONTRA, Tiago; LOURENÇO, Luíza; NETO, Oscar; CARVALHO, Carolina. A ascensão dos esportes: das pequenas telas para os grandes palcos. **Globo**, 2021. Disponível em: <https://gente.globo.com/a-ascensao-dos-esports-das-pequenas-telas-para-os-grandes-palcos/>. Acesso em: 05 abr. 2022.

MELLO, Lucas. Futebol brasileiro cada vez mais forte nos e-sports. **Veja**, 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/esporte/futebol-brasileirocada-vez-mais-forte-nos-e-sports/>. Acesso em: 04 mai. 2022.

MOIOLI, Júlia. Olimpíada de Paris 2024: o que falta para eSport virar modalidade olímpica?. **Uol**, 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/start/ultimas-noticias/2021/08/07/olimpiada-de-paris-2024-o-que-falta-para-esport-virar-modalidade-olimpica.htm>. Acesso em: 05 mai. 2022.

OLIVEIRA, Gabriel. Nappon processa paiN e recebe R\$ 60 mil; entenda contratações em LoL. **Uol**, 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/start/ultimas-noticias/2019/12/17/contratacoes-em-league-of-legends-nappon-processou-pain.htm>. Acesso em: 01 abr. 2022.

PEREIRA, Silvio Kazuo. **O videogame como esporte: Uma comparação entre esportes eletrônicos e esportes tradicionais**. 2014. Trabalho de conclusão de curso de graduação - Faculdade de Comunicação da Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/9385/1/2014_SilvioKazuoPereira.pdf. Acesso em: 01 jun. 2022.

15

Interdito Proibitório*

Sérgio Cabral dos Reis

Doutor em Direito pela UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina). Master em Teoria Crítica en Derechos Humanos y Globalización pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Professor de Direito Processual Civil da UEPB. Professor de Direito Processual do Trabalho da Unifacisa. Professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT XIII). Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba (ESMA-PB). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado da Paraíba (FESMIP-PB). Professor da Escola Superior da Advocacia da Paraíba (ESA-PB). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba (13ª Região).

RESUMO

Por meio de pesquisa doutrinária, o artigo analisa o instituto do Interdito Proibitório, um procedimento especial previsto no CPC e que tem espaço de aplicação prática no âmbito da Justiça do Trabalho. Nessa perspectiva, estuda-se, inicialmente, o conceito, a função e as características das ações possessórias, inclusive no contexto da teoria geral dos procedimentos especiais. Em seguida, analisam-se os aspectos principais

* O presente artigo foi publicado, como capítulo de livro, conforme a seguinte referência: REIS, Sérgio Cabral dos. “Interdito proibitório”. 5 Anos do CPC e sua Integração ao Processo do Trabalho. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e Bruno Freire e Silva organizadores. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 526-549.

do procedimento das ações possessórias na esfera da jurisdição civil. Finalmente, como escopo principal do artigo, aborda-se a sistemática do Interdito Proibitório na esfera de competência da Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Interditos possessórios; Interdito proibitório; Processo do Trabalho.

Introdução

O presente artigo tem como finalidade geral estudar doutrinariamente o regime jurídico das ações possessórias previstas no CPC. O seu objetivo específico, entretanto, é refletir sobre o cabimento dos interditos proibitórios.

Nessa perspectiva, pretende-se investigar o conceito, a função e a fungibilidade das ações possessórias, diferenciando-as das formas atípicas de proteção possessória. Em seguida, as ações possessórias serão analisadas a partir da teoria geral dos procedimentos especiais. Objetiva-se, nessa perspectiva, verificar o caráter facultativo das ações possessórias e suas peculiaridades procedimentais, em comparação ao rito ordinário. Na sequência, serão investigados aspectos relacionados à petição inicial, aos requisitos para a concessão da liminar possessória e ao exercício do direito de defesa (e suas limitações). Serão analisadas, logo após, as peculiaridades dos litígios possessórios coletivos, uma grande novidade do atual CPC, e, finalmente, serão abordadas as características dos interditos proibitórios, inclusive quando cabíveis na Justiça do Trabalho.

Ações possessórias (interditos possessórios): conceito e função

As ações possessórias, também chamadas de “interditos possessórios”, têm como finalidade tutelar o direito à posse, que é autônomo em relação ao direito de propriedade.

Observe-se que, como a posse tem uma função social relevante, a ordem jurídica pátria admite, ainda que excepcionalmente, que a sua proteção possa ocorrer por meio de autotutela. Nesse sentido, conforme preconiza o art. 1.210, § 1º, do CC: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

Esse enunciado normativo evidencia que a posse pode ser atingida pelos atos de esbulho, turbação e/ou ameaça, e esses atos têm o condão de gerar, no plano processual, os chamados “interditos possessórios”, gênero do qual são espécies as ações de reintegração e manutenção de posse, além dos interditos proibitórios.

A ação de reintegração de posse tem por objeto o esbulho, pressupõe que a vítima seja desapossada do bem, que o perca para o autor da agressão. O esbulho, portanto, é a perda total da posse, ou seja, a situação em que a coisa, por ato injusto do molestador, sai integralmente da esfera de disponibilidade do legítimo possuidor, que deixa de ter contato com o bem.

A ação de manutenção de posse objetiva afastar um ato de turbação, que pressupõe a prática de atos materiais concretos de agressão à posse – por exemplo, destruir o muro do imóvel da vítima –, mas sem o desapossamento da vítima. Observe-se que, na turbação, o possuidor continua possuindo o bem, mas não pode exercer a posse em sua plenitude.

Por fim, o interdito proibitório, tipicamente, revela-se cabível, para combater uma manifesta e atual intenção de consumir a agressão à posse. O interdito proibitório é vocacionado à proteção da posse de bens corpóreos e semicorpóreos (gás encanado, por exemplo), e são excluídos, em princípio, os bens incorpóreos, a exemplo dos direitos autorais (Súmula nº 228 do STJ). Por combater a mera ameaça de agressão, a ação de

interdito proibitório possui caráter preventivo, revelando-se como um exemplo de tutela jurisdicional inibitória (MEDINA, 2015, p. 754).

Ações possessórias, dessa forma, apresentam-se como vocacionadas à concessão de tutela específica, de natureza preventiva ou repressiva, conforme a natureza do ato atentatório ao direito de posse.

O que significa a fungibilidade das ações possessórias?

Impõe-se observar que nem sempre será fácil identificar quando há esbulho, turbação ou ameaça. Por essa razão, para evitar prejuízos à vítima, no momento da escolha da ação, a lei considera as três ações possessórias fungíveis entre si, permitindo que o juiz conceda uma forma de proteção possessória diferente da que foi postulada.

Nesse caso, a sentença não será considerada *extra petita*. A proteção possessória exige, assim, certa flexibilidade processual, pois a dinâmica dos atos de agressão ou ameaça à posse é incompatível com uma visão rígida em relação ao princípio da vinculação do julgamento aos limites impostos pelo pedido formulado na petição inicial.

É o que prescreve o art. 554 do CPC: “A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados”.

Consagra-se, assim, a fungibilidade como característica das ações possessórias, e, nessa perspectiva, bastam a correta narrativa dos fatos e dos fundamentos jurídicos e o pedido de proteção possessória, que será deferido na conformidade do entendimento do juiz no caso concreto. Em outras palavras, a ordem do juiz deverá proteger a posse, tida como digna de tal proteção, mesmo que a “ameaça” tenha se convertido em “lesão” ou vice-versa (BUENO, 2016, p. 485).

Ações que não podem ser confundidas com as possessórias

As ações possessórias não podem ser confundidas com as petições (ou dominiais), que são ações que versam sobre a propriedade, e não sobre o litígio possessório. A identificação de uma ação como possessória tem como pressuposto o fato de o pedido e sua respectiva causa de pedir terem raiz exclusivamente na proteção possessória (ABELHA, 2016, p. 801).

As possessórias, portanto, caracterizam-se “pelo pedido de posse com fundamento no *fato jurídico posse*. O que determina o caráter possessório de uma ação não é só o pedido, como à primeira vista poderia parecer, mas sim a *causa petendi* e os fundamentos do pedido do autor” (NERY JUNIOR; NERY, 2018, p. 1403).

A proteção possessória, contudo, eventualmente pode ocorrer por meio de outras ações que não os interditos possessórios. Os exemplos mais significativos são os seguintes: a) ação de imissão na posse; b) ação reivindicatória; c) ação de nunciação de obra nova; d) embargos de terceiros.

Essas demandas judiciais, entretanto, são inconfundíveis com as ações possessórias, que se destinam, exclusivamente, a tutelar o direito de posse.

A ação de imissão na posse tem natureza de ação petição (SILVA, 2001, p. 160), fundada não na posse, mas na propriedade. É aquela atribuída ao adquirente de um bem, que tenha se tornado seu proprietário, para ingressar na posse pela primeira vez, quando o alienante não lhe entrega a coisa. Inconfundível, portanto, com a finalidade e a dinâmica das ações possessórias.

Na ação reivindicatória, tanto o proprietário, privado injustamente do bem, quanto o possuidor esbulhado têm o direito de reavê-la. A ação reivindicatória, dessa forma, é a que tem o proprietário para, com base em seu direito, reaver a posse da coisa, que está indevidamente com o terceiro. Não tem pressuposto, portanto, a tutela exclusiva do direito à posse, tornando o seu objeto mais amplo do que o das possessórias.

A ação de nunciação de obra nova também não é possessória, pois não tem como finalidade proteger a posse. Sua função é permitir àquele que tem posse ou propriedade impedir a construção de obra nova em imóveis vizinhos. Por meio dessa ação, também se permite ao condômino impedir que o coproprietário altere a coisa comum.

A ação de embargos de terceiros, por sua vez, também não é possessória, porque, em primeiro lugar, pode ser ajuizada não apenas pelo possuidor, mas também pelo proprietário. Ademais, visa a proteger o terceiro, não propriamente de esbulho, turbação ou ameaça, mas de apreensão judicial indevida. O mero fato de a ofensa à posse ter que derivar de ato judicial já seria suficiente, para diferenciar os embargos de terceiro das ações possessórias (NEVES, 2019, p. 917).

Vale ressaltar que a defesa da posse ainda pode se dar de forma atípica, a exemplo do que pode ocorrer em demandas envolvendo o dever de entregar coisa (arts. 498 e 538 do CPC) ou de fazer e de não fazer (arts. 497, 536 e 537 do CPC) (MEDINA, 2015, p. 753).

Observe-se, por oportuno, que a devida compreensão das ações possessórias como espécies de procedimento especial previsto no CPC reclama uma revisão da teoria geral dos procedimentos especiais, o que se realizará nos dois tópicos seguintes.

Aspectos gerais sobre os procedimentos especiais no CPC: da visão clássica às perspectivas de futuro

A definição legislativa do rito é um ato de escolha política, sujeitando-se, como produto da cultura e da história, à mudança, conforme se alteram os valores sociais dominantes.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que as ideias relativas ao procedimento comum e aos procedimentos especiais são bem diferentes na comparação do modelo do CPC/1973 em relação ao CPC/2015.

Observe-se que, atualmente, por influência do Estado Constitucional ou do Estado Democrático de Direito, são características marcantes do procedimento comum do CPC: a) permissão às partes para a obtenção de tutela provisória; b) a existência de diversos dispositivos que permitem a adaptação do processo (p. ex., arts. 7º, 139, IV, 297, 300 e 536, § 1º); c) a atuação do Ministério Público, quando age como fiscal da ordem jurídica em alguns casos (art. 178); d) o estabelecimento de prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública; e) a possibilidade de tutela das questões de direito repetitivas (art. 528); f) a permissão para o fracionamento da resolução do mérito da causa (arts. 354, parágrafo único, e 356); g) o saneamento e organização do processo (art. 357); h) o encerramento da fase de conhecimento em quatro possibilidades (improcedência liminar do pedido - art. 332; julgamento antecipado do mérito - arts. 355-356; estabilização da tutela antecipada - arts. 303-304; julgamento do mérito após a audiência de instrução) (DIDIER JUNIOR; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 65-67).

No modelo clássico do Estado Liberal de Direito, o qual inspirou as origens do CPC/1973, todavia, não se permitia esse nível de adaptabilidade do procedimento às necessidades do direito material.

Como imperativo da segurança jurídica, valor praticamente exclusivo e fundamental do sistema instituído pelo CPC/1973, a codificação

era vista como uma garantia de previsibilidade e simplificação aplicativa por meio de um sistema fechado e completo, e os procedimentos especiais eram uma excepcionalidade à disposição do jurisdicionado. A regra, historicamente, era o “mito da ordinariedade do procedimento”, com a rigidez e a inflexibilidade que a caracterizam, como expressão da neutralidade e indiferença do juiz em relação às necessidades do direito material.

Quanto aos procedimentos especiais na perspectiva do CPC/1973, eram suas características fundamentais as seguintes: a) legalidade; b) taxatividade e tipicidade fechada; c) excepcionalidade; d) indisponibilidade; e) inflexibilidade; f) infungibilidade¹; g) exclusividade (DIDIER JUNIOR; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 32-39).

Todavia, o aumento da complexidade social – caracterizada, principalmente, pelo avanço tecnológico e sua potencialidade para lesar direitos fundamentais – provocou uma reação contra esse sistema engessado, seja pela popularização das chamadas “cautelares satisfativas”, seja pelo paulatino reconhecimento das tutelas jurisdicionais diferenciadas e do direito fundamental ao procedimento adequado.

No cenário contemporâneo, pode-se dizer que a ideia de especialidade procedimental está bem flexibilizada. Atualmente, a adaptação procedimental às necessidades do caso pode ser operacionalizada pelo juiz (*case management*) ou pelas partes (negócios processuais atípicos). É que os procedimentos especiais, para servirem ao propósito de adequação, devem ajustar-se, também, às necessidades das partes.

Assim, a maior flexibilidade do procedimento também aponta no sentido de rejeitar a ideia tradicional de taxatividade dos procedimentos especiais, e o que importa, em situações analógicas, é observar a ideia de adequação do procedimento à tutela dos direitos (p. ex.: art. 554, § 3º).

¹ Observe-se que, no sistema jurídico em vigor, é possível a transmutação procedimental para o rito comum, conforme interpretação sistemática dos arts. 307, parágrafo único, 548, III, 578, 603, § 2º, 679, todos do atual CPC/2015.

Nessa perspectiva, tem-se defendido que, nessas novas relações entre o procedimento comum e os procedimentos especiais, a ideia principal reside na “eficiência” do procedimento (funcionalidade procedimental). Defende-se, assim, que o foco não deve ser no procedimento, mas sim nas “técnicas” especiais.

Ademais, a lógica do atual CPC reside não em um “vínculo de exclusão”, mas sim em uma relação de “complementaridade”, pautada pela “compatibilidade” da técnica especial ao procedimento comum, que, por sua vez, deve ser aplicado subsidiariamente aos procedimentos especiais previstos na legislação.²

Para corroborar, observem-se as principais técnicas de especialização procedimental previstas na ordem jurídica pátria:

a) autorização para a concessão de tutela provisória satisfativa (ação monitória, ações possessórias, mandado de segurança etc.);

b) restrições cognitivas ou probatórias³;

2 Na doutrina, tem-se defendido que, no geral, é possível importar para o procedimento comum técnicas especiais de tutela jurisdicional, mas também é possível a via inversa: importar para o procedimento especial regra do procedimento comum, a fim de se concretizarem normas fundamentais, a exemplo da réplica no mandado de segurança, a fim de aperfeiçoar o contraditório. Nesse sentido, Cf. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPODVIM, 2018, p. 73.

3 O procedimento do mandado de segurança, por exemplo, não admite a produção de prova oral ou pericial. Por outro lado, questões de fato complexas não podem ser examinadas no procedimento do inventário e partilha (art. 612 do CPC) nem nos Juizados Especiais (art. 3º da Lei nº 9.099/1995). No procedimento da desapropriação, somente se pode discutir o valor, não sendo possível discutir o ato expropriatório (art. 34 do Dec.-lei nº 3.365/1941).

- c) proibição de alguns incidentes processuais ou de alguns recursos⁴;
- d) previsão de fases procedimentais específicas⁵;
- e) fragmentação do julgamento do mérito;
- f) redefinição da forma ou do prazo de alguns atos processuais⁶;

4 Nos Juizados Especiais, por exemplo, não se admitem intervenções de terceiros (art. 10 da Lei n° 9.099/1995), salvo o IDPJ (art. 1.062 do CPC), nem reconvenção (art. 31 da Lei n° 9.099/1995). Também não cabem agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias nem recurso especial contra as decisões da Turma Recursal. Nos Juizados Especiais Federais e das Fazendas Públicas, cabe agravo “apenas” contra as decisões interlocutórias que versam sobre tutela provisória de urgência (arts. 4° e 5° da Lei n° 10.259/2001; arts. 3° e 4° da Lei n° 12.153/2009).

5 No procedimento de interdição, por exemplo, há a audiência de entrevista preliminar à apresentação da resposta (art. 751 do CPC) e a perícia necessária (art. 753 do CPC). No procedimento de improbidade administrativa, há uma fase de defesa prévia (art. 17, §§ 6°-10, da Lei n° 8.429/1992). Nos procedimentos do mandado de segurança, mandado de injunção e reclamação, há a intimação prévia da autoridade coatora (art. 7°, I, da Lei n° 12.016/2009; art. 5°, I, da Lei n° 13.300/2016; art. 989, I, do CPC). No cumprimento de sentença para pagamento de prestação alimentícia, há a fase de apresentação, pelo executado, de justificativa para impedir a prisão civil (art. 538 do CPC). Pode-se acrescentar, ainda, o caso do contraditório prévio para a apreciação do pedido de tutela provisória liminar.

6 Na interdição, há requisitos formais específicos para petição inicial (arts. 749-750 do CPC) e sentença (art. 755 do CPC). Nos Juizados Especiais, admitem-se embargos de declaração orais (art. 49 da Lei n° 9.099/1995). No procedimento de restauração de autos, o prazo para contestar é de cinco dias (art. 714 do CPC), e não de quinze, como no procedimento comum (art. 335 do CPC).

g) redefinição das situações processuais⁷;

h) inversão do ônus de iniciativa ou monitorização do procedimento, com a adoção da técnica de alteração da cognição, a realizar-se *secundum eventum defensionis*, a exemplo do que ocorre na ação monitória (arts. 700-702 do CPC) e na técnica de estabilização da tutela antecipada (art. 304 do CPC).⁸

Nesse contexto, parece correto dizer que o futuro dos procedimentos especiais indica para as seguintes perspectivas: a) inversão do sentido legislativo: menos criação de procedimentos especiais⁹; b) criação de técnicas procedimentais diferenciadas; c) livre trânsito das técnicas entre os procedimentos; d) manutenção dos atuais e criação de novos

7 Não se admite, por exemplo, “desistência injustificada” do processo em ação civil pública (art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/1985). Na ADIN e na ADC, a opção legislativa é ainda mais radical: simplesmente não se admite a desistência (arts. 5º e 16 da Lei nº 9.868/1999). Na ação popular, a capacidade processual do autor se identifica com a sua capacidade eleitoral ativa (art. 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/1965). Nos Juizados Especiais, o preso, o incapaz (mesmo representado), a massa falida e o insolvente civil não têm capacidade processual (art. 8º da Lei nº 9.099/1995). Também nos Juizados Especiais, não se admite que a pessoa jurídica seja autora, com exceção dos microempreendedores individuais, microempresas, empresas de pequeno porte, das organizações da sociedade civil de interesse público e das sociedades de crédito ao microempreendedor (art. 8º, § 1º, II, III e IV, da Lei nº 9.099/1995). No Juizado Especial Federal Cível, somente podem ser partes autoras as pessoas naturais e as microempresas e empresas de pequeno porte, e, como parte reclamada, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais (art. 6º da Lei nº 10.259/2001). Não se permite prolação de decisões ilíquidas nos Juizados Especiais (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995).

8 Sobre as características atuais dos procedimentos especiais, Cf. MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. – 17ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 74-76.

9 Essa perspectiva já era indicada por Adroaldo Furtado Fabrício sobre a égide do CPC/1973. Para esse autor, corretamente, a criação legislativa de procedimentos especiais só seria justificada, se o procedimento ordinário fosse absolutamente inadequado para o tratamento em juízo da matéria considerada. Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Justificação teórica dos procedimentos especiais”. *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38.

procedimentos especiais que sirvam a “litígios multipolares”¹⁰ (poli-centrismo de interesses – processos estruturais multipolares); e) preservação de alguns procedimentos especiais de jurisdição voluntária; f) inexorável obsolescência de procedimentos especiais que se caracterizam por técnicas processuais que possam ser incorporadas ao procedimento comum (ação monitória e ações cautelares, por exemplo), por força do art. 327, § 2º, do CPC; g) provável ostracismo de procedimentos especiais que se caracterizam pela realização necessária de prova pericial, em razão da amplitude de cabimento da produção antecipada de prova (arts. 381-383), que não pressupõe a urgência para a admissão¹¹; h) a questão das execuções especiais diante das incertezas do art. 139, IV, do CPC (poderes executivos atípicos do juiz); i) manutenção da obrigatoriedade dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados das Fazendas Públicas (DIDIER JUNIOR; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 98-104).

Feitas essas considerações, revela-se possível retomar as reflexões sobre as questões procedimentais específicas das ações possessórias.

O procedimento especial das ações possessórias é obrigatório ou facultativo?

Na ordem jurídica pátria, existem procedimentos especiais opcionais, a exemplo das ações possessórias, e procedimentos especiais obrigatórios.

¹⁰ Sobre o tema, por todos, Cf. VITORELLI, Edilson. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 284, ano 43, p. 333-369, out. 2018. Na doutrina estrangeira, Cf. FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017.

¹¹ Em vez de propor ação demarcatória, por exemplo, que é demorada e arriscada, por conta da sucumbência, o confinante propõe uma produção antecipada de prova e, a depender do resultado, resolve a demarcação consensualmente (art. 571 do CPC).

O tema é relevante por conta do art. 327, § 2º, do CPC: “Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum”. Trata-se de uma cláusula geral de flexibilização procedimental.

Os procedimentos obrigatórios são inderrogáveis pela vontade dos demandantes (partes do processo), e a obrigatoriedade decorre dos seguintes motivos alternativos: a) atender a interesse público (desapropriação, por exemplo); b) tutelar uma situação material extremamente peculiar (recuperação judicial e falência, por exemplo); c) proteger o demandado (DIDIER JUNIOR; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 41).

Por outro lado, são outros exemplos de procedimentos especiais opcionais: a) mandado de segurança¹²; b) Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/1995); c) ação monitória.

Há casos em que é possível a escolha entre “procedimentos especiais”. No caso de esbulho possessório cometido pelo poder público, o particular pode optar por ajuizar uma ação de reintegração de posse ou por impetrar um mandado de segurança.

Observe-se que são exemplos de procedimentos especiais obrigatórios: a) inventário e partilha; b) ação de desapropriação; c) ações de controle concentrado de constitucionalidade das leis.

Para esses procedimentos obrigatórios, não se aplica a “regra da conversibilidade”. Nesses casos, não pode o autor, por exemplo, cumular

¹² No caso do mandado de segurança, observe-se que o prazo decadencial de 120 dias diz respeito apenas à escolha do procedimento especial previsto na Lei nº 12.016/2009.

um pedido, que seria processado por um rito especial obrigatório, com outro, qualquer que seja o procedimento a ele pertinente. Não cabe convenção processual (art. 190 do CPC) para afastar o rito especial obrigatório, transformando-o em rito comum.

Não é o caso, todavia, das ações possessórias, pois a proteção possessória pode ser obtida pela utilização do rito comum (padrão). Não há, em outros termos, obrigatoriedade do manejo dessas ações para a obtenção da tutela adequada do direito à posse. Trata-se, enfim, de uma opção jurídica conferida ao jurisdicionado.

Mas, o que justifica essa opção? Por que o jurisdicionado deveria adotá-la? Em outras palavras, qual é a vantagem de se utilizar o procedimento especial das ações possessórias? É o que se pretende responder no tópico que se segue.

Qual é a especialidade procedimental das ações possessórias?

A compreensão da especialidade procedimental depende da referência do intérprete. Observe-se, nesse sentido, que a ação civil pública possui rito comum dentro do microssistema de tutela coletiva, mas a ação de improbidade, nesse paradigma, é exemplo de procedimento especial. Há, como se sabe, ritos especiais de jurisdição contenciosa (dissolução parcial de sociedade, por exemplo) e jurisdição voluntária (interdição, por exemplo) no CPC, mas também há procedimentos especiais na legislação extravagante, a exemplo das ações locatícias (Lei nº 8.245/1991).

Podem-se diferenciar procedimentos especiais de “conhecimento” ou de cognição (mandado de segurança, usucapião especial rural – Lei nº 6.969/1981 – etc.) dos procedimentos especiais de execução (execução fiscal, execução contra a Fazenda Pública, cumprimento de sentença condenatória de obrigação alimentar etc.). De igual modo, podem-se di-

ferenciar os regimes jurídicos da execução pelo modelo de cumprimento de sentença e de execução de título extrajudicial.

No caso das ações possessórias, há especialidade em relação às tutelas de evidência genericamente previstas no art. 311 do CPC¹³. É que as ações possessórias permitem a concessão de liminar *inaudita altera pars*, o que somente pode ocorrer nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 311 do CPC. Nas hipóteses previstas nos incisos I e IV, a concessão da tutela antecipada sujeita-se à observância do contraditório prévio, sob pena de nulidade.

Assim, mesmo que a demanda judicial esteja tramitando pelo rito ordinário, se “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”, ou “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”, a concessão da liminar baseada apenas na evidência do direito, sem a prévia oitiva da parte reclamada, revela-se plenamente possível (parágrafo único do art. 311 do CPC).

É o que ocorre nas ações possessórias, desde que o ato atentatório à posse tenha sido praticado a menos ano e dia, conforme preconiza o art. 562 do CPC. O rito especial das possessórias, portanto, tem essa dupla peculiaridade: a) admite a concessão de uma liminar *inau-*

13 Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. *Parágrafo único.* Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

dita altera pars; b) essa liminar prescinde da demonstração da ocorrência de risco de dano (*periculum in mora*), ou seja, não há necessidade da demonstração do fator urgência, apenas da probabilidade (evidência) de ter ocorrido uma injusta ameaça ou agressão do direito à posse.

As hipóteses de tutela de evidência – algumas delas já presentes no CPC/1973 – não têm como finalidade eliminar um risco de dano, pois, a partir da provável existência do direito alegado, destinam-se a permitir a eventual redistribuição do ônus da demora do processo (MARINONI, 2017, p. 276-277). Não é necessário demonstrar a existência de provável risco ao resultado útil da decisão de mérito ou ao bem da vida pretendido no processo (ALVIM, 2017, p. 293 e 315).

Observe-se que a evidência não é um tipo de tutela jurisdicional, mas um “pressuposto fático” que autoriza a concessão de uma tutela jurisdicional mediante técnica específica ou diferenciada. A evidência, portanto, é um pressuposto para a concessão da tutela jurisdicional provisória, sendo dispensada a urgência. Nesse contexto, o provimento antecipatório depende da comprovação das alegações de fato e da demonstração de probabilidade de acolhimento do pedido formulado pela parte (CUNHA, 2016, p. 316).

Vale ressaltar que, embora a tradição cultural brasileira esteja vinculada à ideia de antecipação dos efeitos da tutela apenas quando presente o fator urgência (DOTTI, 2020, p. 330), a ampliação da técnica antecipatória fundada na evidência do direito, a partir do CPC/2015, apresenta-se como um avanço em relação à tutela adequada de direitos¹⁴.

14 A tutela de evidência, genericamente prevista no art. 311 do CPC, tem inspiração no *référé provision*, instituto que permite a concessão de tutela antecipada sem urgência, desde que as alegações da parte autora sejam verossímeis, principalmente pela apresentação de documentos, e a defesa apresentada pela parte ré não seja séria, conforme aferida no contexto do caso concreto. Esse tema foi tratado de forma mais ampla no seguinte estudo: REIS, Sérgio Cabral dos. “Da tutela antecipada antecedente à técnica da estabilização no processo do trabalho: questões polêmicas”. *Revista de Direito do Trabalho (RDT)*, São Paulo, RT, n. 193, p. 131-175, dez. 2018.

Observe-se, entretanto, que continua existindo a vedação de concessão de liminar sem a prévia oitiva das pessoas jurídicas de direito público, por intermédio de seus respectivos representantes judiciais (parágrafo único do art. 562 do CPC)¹⁵.

Mas, enfim, feita essa ressalva, impõe-se enfatizar que a especialidade procedimental das ações possessórias reside na possibilidade de obtenção de uma liminar *inaudita altera pars* com fundamento apenas na evidência do direito à proteção possessória¹⁶. Em outros termos, o rito especial das ações possessórias de força nova decorre da possibilidade de o juiz vir a conceder à parte autora a antecipação dos efeitos da tutela possessória, antes mesmo do ingresso do réu no processo (liminar), ou, se for o caso, após a justificação prévia em audiência designada para tanto (MARCATO, 2017, p. 128).

No mais, segue-se o rito do procedimento ordinário, todavia agregando-se outra característica relevante, que é a vedação à *exceptio dominii* (SCHREIBER, 2020, p. 753), que será estudada adiante.

Competência nas ações possessórias

Revela-se oportuno analisar algumas regras de competência envolvendo as ações possessórias.

15 Defendendo a inconstitucionalidade desse enunciado normativo, por violação ao princípio da isonomia, Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 486.

16 O fator urgência pode até estar presente nas possessórias, mas, para a concessão da liminar, não é essencial, ao contrário da evidência (forte probabilidade) do direito à proteção possessória. Nesse sentido, Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. – 11ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODVIM, 2019, p. 925.

Se a possessória tiver por objeto bem móvel, a competência será do domicílio do réu (art. 46 do CPC); se tiver por objeto bem imóvel, a competência será a do foro de situação da coisa (art. 47, § 2º).

Para fins de outorga uxória, as possessórias são tratadas como ações pessoais que dispensam a autorização do cônjuge ou companheiro, exigida nas ações reais imobiliárias. Mas, para fins de competência, essas ações são tratadas como reais, pois segue a regra das ações reais imobiliárias, devendo ser propostas no foro de situação da coisa (competência absoluta).

Aos Juizados Especiais Estaduais, competirão o processamento e julgamento de ações possessórias sobre “bens imóveis de valor não excedente a quarenta salários-mínimos” (art. 3º, IV, da Lei nº 9.099/1995) e, ainda, daquelas sobre bens “móveis”, se o valor não exceder esse teto legal.

Por outro lado, compete à Justiça do Trabalho “processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada” (Súmula Vinculante nº 23).

Na realidade, se a questão possessória for oriunda de relação de trabalho (bens móveis e/ou imóveis concedidos por força do contrato, por exemplo), a competência para processar e julgar o feito será da Justiça do Trabalho, por força do art. 114, I, da CRFB¹⁷.

Mas, é possível vislumbrar outras hipóteses de competência trabalhista, por exemplo: se, em uma eleição sindical, uma chapa concorrente da categoria resolver invadir o sindicato, privando-o totalmente do seu direito de posse, a eventual ação de reintegração de posse deve ser

17 O problema da proteção possessória pode surgir no âmbito de um contrato de emprego, pois, conforme preleciona Wagner Giglio, “em muitos casos, a posse de bens, móveis ou imóveis, é essencial à prestação de serviços; em outros, embora não sendo necessária, é útil à execução das tarefas contratadas”. Cf. GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. – 10ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1997, p. 287.

manejada na Justiça do Trabalho, por interpretação do art. 114, III, da CRFB. No caso, o desempenho das ações sindicais, a exemplo da orientação jurídica dos membros da categoria, realiza-se, pelo menos em regra, na sede do sindicato. Por conta desse fato, a ação tem caráter predominantemente sindical em relação à esfera cível.

Quem são os sujeitos que têm legitimidade para figurar nos polos processuais das ações possessórias?

Em termos de legitimidade ativa, quem pode promover ação possessória é o possuidor que alega ter sido esbulhado, turbado ou ameaçado.

Observe-se que o proprietário não terá legitimidade, a menos que também seja possuidor.

Em caso de morte, a legitimidade passará a seus herdeiros e sucessores, a quem a posse se transmite de pleno direito (art. 1.027 do CCB). A possessória, entretanto, poderá ser ajuizada tanto pelo espólio – caso ainda não tenha havido partilha de bens –, representado pelo inventariante, quanto pelos herdeiros individualmente.

Em caso de sucessão entre vivos, por cessão dos direitos possessórios, o cessionário terá legitimidade para defender a posse, já que a ele é facultado unir a sua posse à de seu antecessor (art. 1.289 do CCB).

Assim, a ação possessória poderá ser ajuizada por qualquer tipo de possuidor, direto ou indireto, natural ou civil, justo ou injusto.

Quanto à legitimidade passiva, deve figurar no processo aquele que perpetrou a agressão à posse, a quem se imputa a autoria do esbulho, turbação ou ameaça. Se tiver falecido, a legitimidade passará a ser do espólio ou dos herdeiros.

Observe-se que, em caso de nomeação à autoria, deve-se utilizar a técnica prevista nos arts. 338¹⁸ e 339¹⁹ do CPC.

Diversa é a situação quando o “possuidor direto” foi acionado por terceiro. Imagine-se que um terceiro, alegando ser o legítimo possuidor, promova ação de reintegração diante de alguém que se encontra na posse, a título de locatário da coisa. É evidente o prejuízo que sofrerá o réu, se o pedido do autor vier a ser acolhido, sendo-lhe facultado, em consequência, “denunciar a lide ao locador” (art. 125, I, do CPC).

Por oportuno, a questão que agora se impõe é a seguinte: cabe ação possessória contra a Fazenda Pública? Sim, é possível, mas vale repetir que, contra as pessoas jurídicas de direito público, não será deferida liminar de manutenção ou de reintegração de posse sem prévia audiência dos seus respectivos representantes judiciais (parágrafo único do art. 562 do CPC).

Observe-se que a Fazenda Pública pode dar à área ocupada uma finalidade pública (escola, hospital etc.). Nesse caso, por força do princípio da supremacia do interesse público, o possuidor e o proprietário perderão a coisa, mas serão ressarcidos pelos prejuízos que sofreram. Tais prejuízos poderão ser cobrados pelo proprietário, na chamada “de-

18 Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu. *Parágrafo único.* Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º.

19 Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação. § 1º. O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338. § 2º. No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.

sapropriação indireta”, ou pelo possuidor, já que também a posse tem valor econômico.

A fase inicial das ações possessórias. a eventual audiência de justificação. a eventual prestação de caução.

As ações possessórias de “força nova” diferenciam-se das ações de “força velha”²⁰ pela possibilidade de concessão de liminar *inaudita altera pars*.

Observe-se que as ações possessórias de força velha continuam possuindo natureza jurídica possessória²¹, mas sem a possibilidade da concessão de liminar sem a oitiva da parte contrária, a não ser que o caso, genericamente, enquadre-se em uma das situações previstas nos arts. 300

20 Observe-se que, conforme o tempo, a posse pode ser classificada em velha ou nova. É considerada velha a posse cuja duração seja superior a um e um dia, já a posse nova ocorre, quando a duração é inferior. Esse prazo é contado a partir da data do início da turbação ou esbulho. Vale ressaltar, por oportuno, que existem outras classificações quanto à posse: a) de acordo com a forma com que foi originada, pode ser justa ou injusta; b) de acordo com o aspecto subjetivo, pode ser de boa-fé ou má-fé; c) conforme o desdobramento da posse, pode ser direta (imediate) ou indireta (mediata).

21 Observe-se que a manutenção da natureza jurídica possessória da ação tem consequências relevantes, a exemplo da prevalência da vedação da *exceptio dominii*, questão que será tratada no item específico adiante.

e 311 do CPC²². Assim, a ação continuará sendo possessória, mas será processada pelo rito comum (ARAÚJO, 2020, P. 76).

Assim, quanto às ações possessórias de força nova, a especialidade do procedimento reside na possibilidade de deferimento de liminar, que pode ser concedida de plano ou após a audiência de justificação (art. 562 do CPC²³). Não se exige perigo nem urgência, mas somente que o autor demonstre, em cognição sumária, que tinha a posse e foi esbulhado ou turbado, há menos de ano e dia.

Em sua petição inicial²⁴, a parte autora deve comprovar os seguintes requisitos: I - a sua posse; II - a turbção ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbção ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração (art. 561 do CPC).

A narração dos fatos, portanto, deve ser especificada e coerente em relação à demonstração do poder fático que o autor exerce (ou exercia) sobre a coisa. Revela-se imprescindível o relato dos fatos em que se

22 Observe-se que, embora possível, a adoção do rito comum em vez do rito especial implica a diminuição de vantagens processuais para o autor da ação possessória, já que a liminar, por exemplo, no procedimento especial, não precisa da demonstração de qualquer pressuposto relacionado à urgência, dada a importância social da tutela imediata da posse. Vale observar, por outro lado, que, se for posse de força nova submetida ao procedimento comum, a obtenção da tutela liminar por meio da técnica antecipatória deverá atender aos requisitos previstos no art. 300 (*fumus boni iuris* e do *periculum in mora*) e 311, parágrafo único, (evidência do direito) do CPC.

23 Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

24 De acordo com o Enunciado n° 178 do FPPC, afiação do valor da causa em ações possessórias deve considerar a expressão econômica da posse, que não obrigatoriamente coincide com o valor da propriedade.

possa identificar a ofensa à posse, com minuciosa exposição de suas circunstâncias, local e objeto.

Se os elementos da petição inicial, inclusive os documentos pertinentes, forem considerados suficientes para o convencimento do risco de lesão à posse, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou de reintegração (art. 563 do CPC). Diante da sua natureza executiva e mandamental²⁵, o juiz pode valer-se, dentro dos limites extraídos do sistema jurídico, dos seus poderes executivos atípicos previstos no art. 139, IV, do CPC, e o recurso adequado para atacar, no processo civil, a decisão que aprecia essa liminar possessória é o agravo de instrumento (art. 1.015, I, do CPC).

Se essas alegações da petição inicial, entretanto, não estiverem suficientemente comprovadas no ajuizamento da petição inicial, por insuficiência da prova documental, é possível que sejam comprovadas em audiência de justificação.

Uma parte da doutrina entende que essa audiência pode ser designada de ofício pelo juiz, ao passo que outra vertente doutrinária advoga a tese de que deve haver requerimento específico do autor. Nesta hipótese, a parte autora deve pleitear o mandado à vista da prova da petição inicial e, subsidiariamente, após justificação (FABRÍCIO, 2015, p. 1454).

Por outro lado, impõe-se observar que, se a audiência de justificação for designada, a parte ré deve ser citada para, querendo, comparecer. Ocorre que, embora possa participar ativamente dessa audiência, a atuação do réu é limitada. O contraditório, na audiência de justificação, não é pleno (AURELLI, 2017, p. 55). A parte ré pode contraditar as tes-

25 No sentido de que o caráter executivo e mandamental só se refere à proteção possessória, e não às possíveis condenações pecuniárias decorrentes da cumulação de pedidos permitida pelo art. 555 do CPC, Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: procedimentos especiais e juizados especiais*. Vol. 4. – 17ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2020, p. 79.

temunhas apresentadas pela parte autora e argui-las, mediante a formulação de perguntas pertinentes e relevantes para a causa, entretanto não pode arrolar suas testemunhas.

Observe-se que, no momento da audiência de justificação, ainda não há defesa do réu, motivo pelo qual ele não tem alegações (defensivas) a serem comprovadas durante a sua realização (FABRÍCIO, 2015, p. 1455).

A audiência de justificação, desse modo, destina-se, exclusivamente, à comprovação das alegações fáticas aduzidas pelo autor na petição inicial.

Observe-se que, se houver audiência de justificação, o prazo de resposta do réu (quinze dias) iniciará da sua intimação sobre a decisão que apreciou a liminar, concedendo-a ou não (parágrafo único do art. 564 do CPC).

Em outros termos, concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos 5 (cinco) dias subsequentes, a citação do réu, para, querendo, contestar a ação no prazo de 15 (quinze) dias (art. 564 do CPC), e, quanto ao mais, aplica-se o procedimento comum (art. 566 do CPC).

Finalmente, vale observar que o art. 559 do CPC permite que o réu formule pedido de prestação de caução, pela parte autora, como medida de contracautela. Esse requerimento pode ser formulado a qualquer tempo, ou seja, não precisa ser formulado logo após a concessão da liminar (possessória) por meio da técnica antecipatória, e o seu pressuposto é a demonstração, pela parte ré, da inidoneidade financeira da parte autora, para responder pelas perdas e danos, na hipótese de vir a perder a ação.

A prova de incumbência da parte ré, no caso, deve ser robusta, suficiente para demonstrar que lhe pode advir sério prejuízo, se a parte autora não caucionar.

Por outro lado, há entendimento doutrinário no sentido de que o juiz não deve decidir sobre a espécie de caução a ser prestada pelo autor da ação possessória, cabendo-lhe apenas deliberar, fundamentadamente, sobre sua suficiência ou insuficiência²⁶.

De todo modo, embora enunciado normativo tenha o intuito de resguardar a parte ré do risco de dano de difícil ou incerta reparação, admite-se a exoneração de prestar a caução à parte autora que demonstrar sua situação de hipossuficiência econômica, isto é, que não tem condições econômico-financeiras de ofertar garantia, sem comprometer sua subsistência digna.

É possível cumular pedidos nas ações possessórias?

Sim, é possível cumular pedidos nas ações possessórias. Conforme disciplina o art. 555 do CPC, é lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de: I - condenação em perdas e danos; II - indenização dos frutos.

Imagine-se que a parte ré da ação possessória, além de ter se apossado indevidamente de imóvel da parte autora, demoliu a edificação

26 RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; PRADO, Augusto César Lukascheck. "A posse no novo código de processo civil: principais inovações". *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. Coordenação de José Flávio Bianchi, Rodrigo Gomes de Mendonça Pinheiro e Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2020, p. 531. Em sentido contrário, defendendo que o juiz pode determinar a prestação de caução de ofício, Cf. AURELLI, Arlete Inês. "Das ações possessórias: comentários aos arts. 554-568 do CPC". *Comentários ao código de processo civil (arts. 539 a 925 – parte especial: procedimentos especiais e processo de execução)*. Vol. 3. Cassio Scarpinella Bueno coordenador. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 50.

nele existente. Nessa hipótese, admite-se que o esbulhado formule pedido de reintegração de posse cumulado com pedido de indenização pelas perdas e danos decorrentes dessa demolição MARCATO, 2017, p. 120).

Esse exemplo demonstra que a indenização não é consequência imediata e natural do acolhimento do pedido de proteção possessória, de modo que se exige da parte autora a narrativa da causa de pedir específica do pedido de indenização.

Observe-se, ademais, que essa cumulação de pedidos não descaracteriza a natureza jurídica possessória da ação (WAMBIER; TALA-MINI, 2020, p. 77).

Assim, o ato ofensivo à posse, por si, pode causar danos diretos, a exemplo da ruptura de obstáculos físicos, como cercas e tapumes, destruição de benfeitorias, estrago de culturas e outros do gênero. Além disso, pode acarretar lucros cessantes, pois o legítimo possuidor, enquanto perdura a ofensa à posse, resulta privado de extrair da coisa os benefícios econômicos que ela possa propiciar. Essas indenizações (por perdas e danos e pelos lucros cessantes) podem ser pleiteadas na petição inicial possessória (FABRÍCIO, 2015, p. 1442-1443).

Ademais, nesse contexto, conforme autoriza o parágrafo único do art. 555 do CPC, a parte autora pode requerer, ainda, imposição de medida necessária e adequada, para: I - evitar nova turbação ou esbulho; II - cumprir-se a tutela provisória ou final.

Nas ações possessórias, a cognição é parcial? As ações possessórias são espécies de ações dúplices? Cabe reconvenção nas ações possessórias?

É interessante observar que o réu, nas ações possessórias, também pode requerer a sua proteção possessória. É o que preconiza o

art. 556 do CPC: “É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbacão ou do esbulho cometido pelo autor”.

Alguns autores veem nesse enunciado normativo a caracterização das possessórias como ações dúplices, pois a rejeição do pedido realizado pelo autor significará, automaticamente, a proteção da posse em favor do réu²⁷.

Deve-se observar, entretanto, que as ações dúplices, tendo em vista a relação de direito material em litígio, caracterizam-se pela aptidão para fornecer tutela da mesma natureza para o demandante e para o demandado. Por conta disso, a rigor, sequer haveria necessidade de se rotular as partes de autor e réu, por estarem em igual condição substancial. É o caso das ações meramente declaratórias²⁸. Nesse caso, observe-se que, mesmo que o réu nada formule em seu favor, ou mesmo que incorra em revelia, se o pedido formulado pelo autor for julgado improcedente, haverá, automaticamente, tutela da sua posição jurídica no plano do direito material. Nas ações genuinamente dúplices, é irrelevante o comportamento do réu, que não tem necessidade de formular qualquer pedido, e, por conta desse fato, não há, no processo, cumulação de demandas. A duplicidade, nesse sentido, é genética: nasce com o próprio ajuizamento da demanda, que poderia ter sido proposta por qualquer um dos litigantes (ZOTARELI, 2020, p. 145-146).

27 Nesse sentido, exemplificativamente, Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2015, p. 756.

28 Também é o caso da ação de prestação de contas, de divisão e demarcação de terras particulares, de restauração dos autos, de apuração de haveres e de desapropriação. Não se configuram como ações dúplices, entretanto, a ação de consignação em pagamento – inclusive de aluguel e acessórios da locação –, a ação revisional de aluguel e renovatória e a ação de resolução de contrato por onerosidade excessiva e a de revisão judicial.

Por conta desse raciocínio, parte da doutrina, corretamente, não enquadra as ações possessórias como espécies de ações dúplices²⁹.

Assim, como a tutela do direito à posse em favor do réu, inclusive quanto ao pedido de indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pela parte autora, pode ser formulada mediante pedido expresso na contestação (art. 556 do CPC), pode-se dizer que, nas ações possessórias, utiliza-se da técnica da contraposição de pedidos, que pressupõe a existência de identidade do conjunto fático em que se apoiam os pedidos do autor, o que não significa afirmar, entretanto, que essas ações tenham natureza dúplice (MARCATO, 2017, p. 121).

Observe-se, por outro lado, que o réu deve alegar, na própria contestação, que fez benfeitorias necessárias ou úteis e postular o ressarcimento correspondente, sob pena de não ver reconhecido o seu direito de reter a coisa.

Em regra, não caberá reconvenção, mas não se pode afastá-la, se o réu formular contra o autor algum pedido que preencha os requisitos do art. 543 do CPC, mas não esteja entre aqueles do art. 555 do CPC (por exemplo, o réu pode reconvir, para postular a rescisão ou anulação de contrato) (ABELHA, 2016, p. 804).

Outra característica marcante das ações possessórias é a “vedação de exceção de domínio” (*exceptio dominii*). Não é possível ao réu, portanto, defender-se, com êxito, na ação possessória, alegando a qualidade de proprietário do bem.

29 Ilustrativamente, Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: procedimentos especiais e juizados especiais*. Vol. 4. – 17ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2020, p. 78.

Por força do art. 1.210, § 2º, do CCB³⁰, não há mais hipótese legal que permita, nas ações possessórias, que se alegue ou se discuta propriedade, ou que o juiz julgue com base nela. Está revogada, com efeito, a Súmula nº 487 do STF³¹.

Conforme preconiza o art. 557 do CPC, que, “Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa”.

Assim, há impossibilidade de, no curso das possessórias, ser intentada ação de reconhecimento de domínio (diferença entre os juízos petitório e possessório), ou seja, na pendência de uma ação possessória, desde o seu ajuizamento até o trânsito em julgado, não se admite ação de reconhecimento de domínio envolvendo as mesmas partes.

Vale observar, entretanto, que não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa (*parágrafo único* do art. 557 do CPC).

Nesse sentido, parte da doutrina advoga ser possível a *exceptio dominii* nos casos em que duas pessoas disputam a posse na suposta condição de proprietários, ou quando é duvidosa a posse de ambos os litigantes.

30 Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. § 2º. Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

31 Súmula nº 487 do STF: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”.

Dessa forma, a exceção do domínio somente é aplicável, quando houver dúvida acerca da posse do autor e do réu, ou quando ambas as partes arrimarem suas respectivas posses no domínio, caso em que a posse deverá ser deferida àquela que tiver o melhor título, ou seja, ao verdadeiro titular, sem, contudo, fazer coisa julgada no juízo petitório. Em outros termos, “apenas se ambos os litigantes disputarem a posse no litígio possessório invocando alegação de domínio da coisa é que será deferida a proteção possessória aquele que for o verdadeiro titular do domínio” (ABELHA, 2016, p. 805).

Assim, cumpre enfatizar que, ressalvadas as situações acima, no procedimento das ações possessórias, a cognição, no plano horizontal, é parcial, pois há um recorte cognitivo destinado a resolver, exclusivamente, o litígio possessório, mas vale também observar, em contrapartida, que, no plano vertical, a cognição é aprofundada e exauriente, permitindo que a sentença de mérito tenha aptidão para formar coisa julgada material, e a parte vencida seja condenada em custas e honorários advocatícios sucumbenciais.³²

Os litígios possessórios coletivos possuem alguma peculiaridade procedimental?

Tradicionalmente concebidas como instrumento para ser empregado em litígios individuais, com repercussão precípua sobre o patrimônio apenas das partes envolvidas no processo, as ações possessórias paulatinamente modificaram o seu papel na ordem jurídica, por conta das próprias alterações ocorridas nos cenários político, econômico e social.

A realidade brasileira, marcada pelo histórico de violência no campo e na cidade, revela que a discussão desse tema é essencial para a

32 Nesse sentido, por todos, Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: procedimentos especiais e juizados especiais*. Vol. 4. – 17ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2020, p. 74 e 84.

busca da pacificação social. As ações possessórias, assim, passaram a ser largamente utilizadas em conflitos complexos, com ampla repercussão social, a exemplo de litígios fundiários envolvendo proprietários rurais e ocupações em massa de imóveis urbanos.

Em tais casos, além das dificuldades inerentes a quaisquer litígios coletivos, agregam-se ponderações atinentes à função social da posse e da propriedade como também a riscos de danos, que não se restringem a aspectos meramente materiais, mas à própria integridade física de pessoas, no caso de efetivação da tutela possessória, por força dos percalços operacionais para o cumprimento de medidas de reintegração de posse.

Diante desse cenário, o CPC disciplina que, “no caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública” (art. 554, § 1º).

Para fim da citação pessoal, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados (§ 2º). Ademais, o juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência dessa ação possessória coletiva e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios (§ 3º).

Observe-se que, como os grupos que organizam invasões de propriedades imobiliárias não têm personalidade jurídica, não podem fazer parte do polo passivo da ação possessória, o que cria uma excepcional situação de litisconsórcio multitudinário passivo formado por réus incertos. A experiência tem demonstrado que, nesses casos, a grande maioria dos réus será citada por edital, e é notória a ineficácia desse meio de dar publicidade sobre a existência do processo (NEVES, 2019, p. 927).

O art. 565 do CPC, considerando os mencionados aspectos dos litígios possessórios coletivos, estabeleceu uma regulamentação específica para a concessão da liminar. Especificamente, preconiza que, “no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmada na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias [...]”.

Nessa hipótese, o Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça (art. 565, § 2º). O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio, quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional (art. 565, § 3º). Ademais disso, os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório (art. 565, § 4º).

Por outro lado, concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, conforme estabelecido no parágrafo acima (art. 565, § 1º). Assim, concedida a liminar em litígio coletivo, mas não executada no prazo de um ano a contar da distribuição da ação, será designada nova audiência de mediação, desde que, evidentemente, ainda persista o litígio coletivo.

É interessante observar que toda essa sistemática deve ser aplicada também ao litígio sobre propriedade de imóvel (art. 565, § 5º).

Interdito proibitório e sua incidência na Justiça do Trabalho

Conforme se observa no art. 568 do CPC, aplicam-se ao interdito proibitório as disposições normativas que disciplinam o regime jurídico das ações de manutenção e de reintegração de posse.

Ocorre que os interditos proibitórios se caracterizam por ser uma espécie de ação possessória de natureza preventiva e inibitória (SPADONI, 2007, p. 90-91).

Observe-se que a tutela jurisdicional inibitória é essencialmente preventiva, pois é sempre voltada para o futuro, destinando-se a impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação (MARINONI, 2020, p. 226-429). A tutela inibitória, em outros termos, não tem, entre seus pressupostos, a comprovação de dano ou de culpa, sendo suficiente, para a sua concessão, a exigência de comprovação da probabilidade da prática de um ilícito, de sua repetição ou continuação e da imputação desse comportamento a alguém.

A função dos interditos proibitórios, portanto, é combater a mera ameaça ao direito de posse.

Nessa perspectiva, preconiza o art. 568 do CPC que “o possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito”.

Nessa hipótese, a turbação ou o esbulho ainda não terá ocorrido. O possuidor ainda não terá sofrido qualquer óbice ao exercício da posse, mas os “indícios” de vir a sofrer são veementes, o que autoriza a proteção possessória, por uma via mandamental.

O mandado proibitório, portanto, é dotado de executoriedade imediata; descumprindo-o, a parte ré ficará sujeita à pena pecuniária fixada pelo juiz, sem prejuízo, evidentemente, da manutenção ou reintegração de posse e, ainda, de eventual indenização por perdas e danos (MARCATO, 2017, p. 133).

Observe-se que as modalidades de tutela inibitória devem ser compreendidas a partir do direito fundamental à técnica adequada à tutela dos direitos, o que também reflete no direito probatório³³, pois a tutela jurisdicional dirigida a evitar o ilícito é, evidentemente, muito mais importante do que a tutela ressarcitória.

Sendo assim, para a concessão do interdito proibitório, não se exige prova robusta e irrefutável, pois nem sempre a ameaça de ilícito é expressamente declarada. Podem existir apenas indícios, mas que, no contexto do caso, podem revelar-se suficientes para uma séria presunção de que a ilicitude será realmente cometida.

A compreensão da “prova indiciária”³⁴, portanto, revela-se essencial no universo da tutela inibitória, que se volta para o futuro, e, assim, pelo menos em regra, não há elementos pretéritos (que componham os fatos principais da demanda) a serem demonstrados no processo.

33 Para uma compreensão adequada do tema da prova nas ações inibitórias, Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 226-292.

34 Observe-se que o “indício” é o nome que se dá ao fato que já está provado e que, embora não sendo diretamente relevante para a causa, permite a formação de convencimento a respeito de um fato diretamente relevante. Em outros termos, há um “fato secundário” provado, e, por sua ocorrência, extrai-se a consequente existência (ou inexistência) do “fato primário”, em que se tinha, efetivamente, interesse. Enfim, por meio da prova indiciária, o conhecimento do fato probando resulta de uma “inferência lógica”, formulada pelo órgão judicial a quem é submetida a causa, a partir do conhecimento de outro fato – que se prova nos autos, chamado de “indício” –, e ao qual, normalmente, a ocorrência do primeiro está ligada.

Nesse sentido, para a concessão do interdito proibitório, basta a demonstração de que provavelmente o ato atentatório ao direito de posse ocorrerá. Não se trata apenas de “risco abstrato”, pois, mesmo na prova indiciária, incumbirá à parte autora demonstrar, com algum grau de concretude, que o risco de violação ao direito de posse é efetivamente plausível. O receio de lesão à posse tem de ser razoável, motivado por alegações fáticas concretas (FABRÍCIO, 2015, p. 1461), ou seja, deve haver demonstração de “risco iminente” (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 145) à posse, para a concessão da liminar.

Na hipótese de interdito proibitório de greve, entretanto, deve-se ter a cautela na análise da prova indiciária, para, de um lado, não aniquilar o direito constitucional de greve, que deve ser exercido nos limites da Lei nº 7.783/1989, e, de outro, não cercear o direito à posse. O juiz, portanto, deve estar atento aos extremos, e, nesse contexto, se a ameaça do direito à posse não estiver evidenciada na prova indiciária, deve rejeitar, em decisão devidamente fundamentada, a liminar pleiteada.

Revela-se oportuno observar que os interditos proibitórios também são plenamente cabíveis na Justiça do Trabalho. Essa afirmação já era encontrada na doutrina clássica³⁵, e o seu fundamento normativo reside no art. 114 da CRFB.

Nesse sentido, havendo comprovação de justo receio de ameaça ao direito de posse do empregador, por exemplo, durante uma greve, revela-se possível a concessão da liminar possessória³⁶. De igual modo, se

35 Ilustrativamente, por todos, Cf. GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. – 10ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1997, p. 289. Em sentido contrário, todavia, Cf. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. vol. II. – 3ª ed. rev., aum. e ampl. – São Paulo: LTr, 1995, p. 246-247.

36 Observe-se que é plenamente cabível o exercício de ação de interdito proibitório, antes ou durante a greve, com a finalidade de empreender a defesa da posse dos estabelecimentos, diante da ameaça de turbção ou esbulho por ato dos participantes do movimento grevista ou de seus simpatizantes.

um empregado reside em imóvel pertencente ao empregador por força de contrato de emprego e se encontra com direito à estabilidade provisória no emprego em plena eficácia, àquele também é possível valer-se da liminar proibitória, diante da ameaça ao seu direito de posse.³⁷

Pelo menos nesses casos, são pleitos que se originam no contrato de emprego, e, por isso, atraem a competência material da Justiça do Trabalho (art. 114, I, da CRFB).

O fato de esses ilustrativos casos tramitarem na Justiça do Trabalho também implica a necessidade de observar algumas peculiaridades procedimentais desse ramo especializado do Poder Judiciário da União.

Relembre-se que a proteção possessória pode ocorrer fora do procedimento especial previsto no CPC, por exemplo: a desocupação do imóvel (reintegração de posse) utilizado por força de contrato de emprego pode ser pleiteada, pelo empregador, nas defesas apresentadas em reclamações trabalhistas propostas por empregados objetivando direitos decorrentes do término contratual. Nesse caso, o pedido deve ser formulado em sede de reconvenção, seguindo-se o rito comum trabalhista (GIGLIO, 1997, p. 292).

Assim, embora seja possível a adoção do procedimento previsto no CPC – que estabelece que, no geral, todas as fases postulatória e de saneamento das ações possessórias tramitem perante o cartório e o ga-

³⁷ Conforme preleciona Wagner Giglio, os conflitos possessórios envolvendo bens imóveis podem ocorrer com certa frequência no âmbito da relação de emprego, a exemplo da ocupação, pelo empregado, de imóvel de propriedade do empregador. Nas relações de trabalho rural, não é rara a situação em que o trabalhador e sua família ocupam imóvel, em geral casa e terreno adjacente, onde mantêm pequena plantação em regime de parceria, de propriedade do empregador fazendeiro. A prestação de serviços seria inviável, pelas dificuldades econômicas e de tempo, se o empregado tivesse de residir em outro local, fora da fazenda. Também seria impraticável a prestação de serviços do guarda de obra, do zelador e de outros exercentes de funções semelhantes, sem a ocupação do imóvel, por razões equivalentes às citadas. Cf. GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. – 10ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1997, p. 288.

binete do juiz –, revela-se plenamente possível, na Justiça do Trabalho, a utilização dos procedimentos previstos na CLT. Por consequência, não há vício gerador de nulidade, por exemplo, na hipótese de apresentação de defesa, nos interditos possessórios, até a audiência trabalhista, inclusive nesta, oralmente.

Ainda como exemplo, pode-se citar que a reconvenção é plenamente admissível, desde que os pedidos não se resumam à proteção possessória, fato que poderá acarretar o adiamento da audiência trabalhista. No exemplo do empregado que ocupa o imóvel da empresa por força do contrato, aquele, além da defesa da posse na própria contestação, pode pleitear, pela via da reconvenção, que seja reconhecida a sua alegada doença do trabalho e, conseqüentemente, o seu direito à estabilidade no emprego, com a manutenção de todas as cláusulas contratuais, inclusive a que se refere à utilização do imóvel. Nesse caso, provavelmente, a audiência seria fracionada para o aperfeiçoamento da fase postulatória e a ocorrência de dilação probatória, com a realização de perícia e oitiva das partes e testemunhas.

Ademais, adotando-se o rito especial do CPC ou a sistemática procedimental da CLT, é certo que, na Justiça do Trabalho, não cabe recurso de imediato contra a decisão interlocutória que concede ou rejeita a tutela antecipada eventualmente pleiteada, por força do princípio da irrecorribilidade de imediato das decisões interlocutórias, mas a jurisprudência e a doutrina³⁸ admitem a impetração do mandado de segurança.

Por fim, não custa repetir, os casos de interdito proibitório, mesmo os de competência absoluta da Justiça do Trabalho, reclamam aplicação de todas as peculiaridades das demais ações possessórias, conforme retratadas acima.

38 Por todos, Cf. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 782.

Considerações finais

Diante do exposto, conclui-se que, apesar de a proteção processual da posse ser um dos temas mais controvertidos em doutrina, o CPC/2015, se comparado ao CPC/1973, observa a tradição legislativa brasileira, realizando poucas alterações dignas de nota, dentre as quais se destacam a melhor regulamentação da possibilidade de cumulação de pedidos (art. 555) e do regime jurídico da caução (art. 559) e a ampliação das medidas de apoio ao cumprimento da ordem judicial.

Todavia, a mais importante inovação do CPC/2015 em relação à tutela processual da posse, inclusive por meio de interdito proibitório, indiscutivelmente, diz respeito aos litígios coletivos pela posse, destacando-se a disciplina da citação dos futuros litigantes do polo passivo do processo e a necessidade de audiência de mediação, antes da utilização da técnica de antecipação dos efeitos da tutela, na hipótese de ação possessória de força velha.

Quanto ao mais, os interditos proibitórios continuam sendo um relevante instrumento de tutela preventiva do direito de posse, tendo por objetivo evitar a ocorrência de turbação ou esbulho.

Referências

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. – 6ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *O terceiro de boa-fé: proteção na aquisição de bens móveis e imóveis*. São Paulo: RT, 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

AURELLI, Arlete Inês. “Das ações possessórias: comentários aos arts. 554-568 do CPC”. *Comentários ao código de processo civil (arts. 539 a 925 – parte especial: procedimentos especiais e processo de execução)*. Vol. 3. Cassio Scarpinella Bueno coordenador. São Paulo: Saraiva, 2017.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. vol. II. – 3ª ed. rev., aum. e ampl. – São Paulo: LTr, 1995.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13ª ed. refor. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPODVIM, 2018.

DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo*. São Paulo: RT, 2020.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Ações possessórias: comentários aos arts. 554-568 do CPC”. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas coordenadores. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. – 10ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1997.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. – 17ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 2ª Tir. São Paulo: RT, 2017.

_____. 2ª ed. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: RT, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. – 17ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. – 11ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODVIM, 2019.

REIS, Sérgio Cabral dos. “Da tutela antecipada antecedente à técnica da estabilização no processo do trabalho: questões polêmicas”. *Revista de Direito do Trabalho (RDT)*, São Paulo, RT, n. 193, p. 131-175, dez. 2018.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; PRADO, Augusto César Lukascheck. “A posse no novo código de processo civil: principais inovações”. *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andriighi no STJ*. Coordenação de José Flávio Bianchi, Rodrigo Gomes de Mendonça Pinheiro e Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. – 3ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2020.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação de imissão de posse*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. – 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LT, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. Vol. II. – 50ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VITORELLI, Edilson. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 284, ano 43, p. 333-369, out. 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: procedimentos especiais e juizados especiais*. Vol. 4. – 17ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2020.

ZOTARELI, Daniel Menegassi. *A regra da correlação à luz do código de processo civil*. São Paulo: RT, 2020.

Seção

artística



E

xcepcionais memórias de Nelson Rodrigues

Alberto Calixto Mattar Filho

Em 2017, após ler seu livro de contos “A vida como ela é”, publiquei um texto sobre Nelson Rodrigues e disse que ainda poderia avançar bastante no conhecimento da obra e da vida desse verdadeiro ícone do jornalismo, da literatura e da dramaturgia no Brasil.

Reitero que o conheci na década de 70, quando lia as suas colunas esportivas em ‘O Globo’, sempre na antiga sala de leituras do Passos Clube, onde se dispunham vários jornais. Anos depois, comprei também duas obras que o abordavam mais a fundo, ambas organizadas pelo escritor Ruy Castro: “O anjo pornográfico”, uma extensa biografia, e “A menina sem estrela”, uma coletânea de preciosos textos de suas memórias.

Pois foi justamente “A menina sem estrela”, um livro de tiro médio - 274 páginas -, que, na derradeira semana deste janeiro de 22, me envolveu completamente. Típica obra que toma o leitor da primeira à última palavra.

Os textos são curtos e vão dos primórdios de sua infância no Recife, onde nasceu em 1912, até a extensa trajetória no Rio de Janeiro, para onde a família se mudara poucos anos após, em razão dos anseios de seu pai, o jornalista Mário Rodrigues, por exercer o ofício em um local de muito maiores possibilidades.

Há em todos o elo entre passado, presente e até futuro, como o próprio Nelson diz, e sem ordem cronológica. Das experiências de criança, tanto no Recife, quanto no Rio, às suas primeiras atividades jornalísticas na adolescência, temos uma estupenda viagem por episódios urbanos, familiares e sobre vários nomes marcantes do nosso jornalismo e da literatura em geral.

Confesso que fica bem difícil sintetizá-los por aqui, tão esplêndidas as observações a que o leitor fica exposto. Existem leituras que nos sequestram o espírito mesmo quando não estamos entregues a suas páginas. É o que se dá com “A menina sem estrela”.

São crônicas que evocam muitos tipos da vida e cultura nacionais no transcurso de seis décadas, uma vez que escritas, por volta de 1967, para publicação no antigo jornal “Correio da Manhã”, quando ele tinha entre 54 e 55 anos dos 68 que viveu.

Na oferta de um incrível universo de tragédias, inclusive as pessoais, Nelson adere a um estilo enxuto, porém denso e suficiente para transmitir muitas dores em uma variedade de situações. Com absoluto senso de realidade, transita das emoções profundas às bizarrices do dia a dia.

Temos, assim, seus contatos com os já consagrados escritores e críticos do mundo literário para tentar aliviar o narcisismo que o atormenta na busca da glória pelas peças teatrais que já escrevia. Por outro lado, também se refere a alguns políticos históricos, como Getúlio Vargas e Carlos Lacerda.

No âmago do que é trágico, sobressaem suas doenças e a internação em um sanatório para tuberculosos em Campos do Jordão, ao lado de muitas situações de morte em família e ao redor, inclusive as da gripe espanhola. Não faltam os anos da fome que passou a sentir logo que as dificuldades financeiras bateram à porta na década de 30.

Destaque especial há de se dar ao caso de sua filha recém-nascida, Daniela, que sofre de cegueira. Sim. Uma criança cega, “A menina sem estrela”, que dá título a esta raridade organizada por Ruy Castro. Quando Nelson conta o drama, sente-se na pele um misto de tristeza e beleza nas frases.

Nelson Rodrigues, este homem que experimentou tantos infortúnios, vai, então, declarando, páginas após páginas, nutrir obsessões, que, ao que parece, só poderia desaguar em memórias literárias.

Surgem, portanto, momentos sobre a nudez, a morte, a violência urbana, a infidelidade, a hipocrisia e a lealdade das relações, as prostitutas, os suicidas, os doentes das ruas - simbolizados nos mancos, nas vítimas da lepra, nos cegos - e os negros, as gordas e as tias solteironas, em tempos não dominados pelo insuportável politicamente correto.

Noutra face, procura abrilhantar a obra associando realidade e literatura, com menções aos ódios shakespearianos, ao Rio e às personagens de Machado de Assis, a Raskólnikof, o protagonista de Dostoiévski em “Crime e Castigo”, ao jovem Werther, de Goethe, a Carlos Drummond de Andrade, a Emily Bronte, de “O morro dos ventos uivantes”, a Flaubert, Balzac e outros. A Manuel Bandeira e Guimarães Rosa deixa evidente um enorme reconhecimento.

Penetrar estas memórias, na realidade, se transforma em ato fundamental para quem almeja conhecer um pouco mais sobre Nelson Rodrigues. Possível assimilá-las não apenas como expressões íntimas, mas como um imenso documentário sociocultural do Brasil e da nossa imprensa durante as décadas em que os grandes jornais dominavam a cena.

Vou além: conhecer Nelson Rodrigues deveria ser meta de todos que leem, escrevem e se veem tomados pelo furor da crítica, da formação

de opiniões ou da necessidade de transformar em palavras escritas as ideias que povoam a cabeça.

Sobravam-lhe coragem, dramas de vida, conhecimento, imaginação e capacidade linguística. Leiam-no, nem que seja para discordar. Mas não sairão imunes e terão um extraordinário panorama com uma franqueza única e extraordinária.

Alberto Calixto Mattar Filho escreve quinzenalmente, às quintas, na coluna (mattaralberto@terra.com.br)

Aconchego

Marileide Lonzetti

Nascida em Erechim-RS, em 3 de março de 1963. Formada em Letras pela Universidade Regional Integrada de Erechim, com especialização em Metodologia da Língua Portuguesa e Magistério Superior e especialização em Gestão Escolar. Poetisa com cinco livros editados. Membro fundador da Academia Itapemense de Letras – AIL. Professora que atuou como coordenadora pedagógica na Educação Infantil.

Cai a noite
E o aconchego do lar
Transforma a rotina
Em situações agradáveis
Diálogo, compreensão, satisfação
Recheiam o espaço com altivez
Deixando claro o que parecia ofuscante
Tornando límpido o que era poluído
Vivenciando o que parecia adormecido
O aconchego do lar
Simplificou a vida
Motivou a responsabilidade
Cativou o ser humano
No final do dia, após o trabalho
Só nos resta querer algo
O aconchego do lar.

J

ustiça do Trabalho

Yasmin Lonzetti Skovronski

Nascida em Erechim-RS, em 1º de março de 1990. Formada em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo e com especialização em direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC - SP. É servidora no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Gosta de ler e escrever desde criança. Adora plantas e animais.

Para os direitos humanos preservar,
Para a pacificação social buscar,
Para a humanidade defender,
A Justiça do Trabalho está presente.

Para a equidade preservar,
Para a conciliação buscar,
Para a justiça social defender,
A Justiça do Trabalho está presente.

Para a sustentabilidade preservar,
Para a fraternidade buscar,
Para a cidadania defender,
A Justiça do Trabalho está presente.

Para a acessibilidade preservar,
Para a empatia buscar,
Para o trabalho seguro defender,
A Justiça do Trabalho está presente.

Evidente a importância que possui,
Que zela pelas relações de trabalho.
Justiça do Trabalho és tu,
Essencial para todo o sempre.