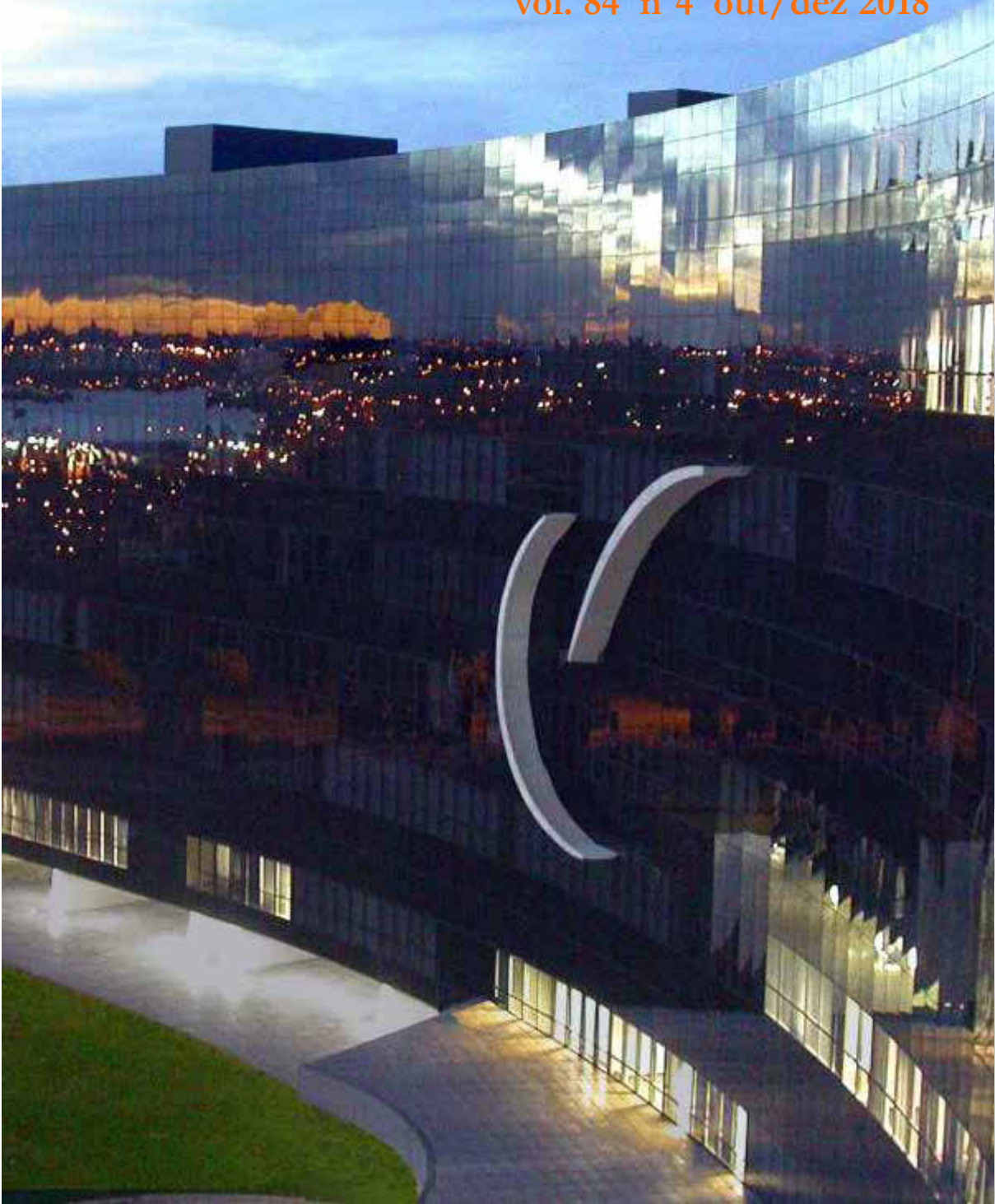


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 84 n°4 out/dez 2018



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro João Batista Brito Pereira
Presidente

Ministro Renato de Lacerda Paiva
Vice-Presidente

Ministro Lelio Bentes Corrêa
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

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

Ano 84 – nº 4 – out. a dez. – 2018

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

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

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

v.

Trimestral.

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

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

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

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

ISSN 0103-7978

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

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Virgínia Ramos Veríssimo

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

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

Editoração Eletrônica: LexMagister

Tiragem: 700 exemplares

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

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

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

01302-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 3019-0070

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

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

Órgão Especial

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

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

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

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

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

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

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

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

Primeira Turma

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

Segunda Turma

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

Terceira Turma

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

Quarta Turma

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

Quinta Turma

Ministro Emmanoel Pereira, Presidente

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministro Breno Medeiros

Sexta Turma

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

Ministra Kátia Magalhães Arruda, Presidente

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos (Convocada)

Sétima Turma

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Presidente

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Desembargador Roberto Nobrega de Almeida Filho (Convocado)

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



João Batista Brito Pereira (Presidente)



Renato de Lacerda Paiva (Vice-Presidente)



Lelio Bentes Corrêa (Corregedor-Geral)



Ives Gandra da Silva Martins Filho



Maria Cristina Peduzzi



Emmanoel Pereira



Aloysio Corrêa da Veiga



Luiz Philippe Vieira de Mello Filho



Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira



Dora Maria da Costa



Guilherme Augusto Caputo Bastos



Márcio Eurico Vitral Amaro



Walmir Oliveira da Costa



Maurício Godinho Delgado



Kátia Magalhães Arruda



Augusto César Leite de Carvalho



José Roberto Freire Pimenta



Delaíde Alves Miranda Arantes



Hugo Carlos Scheuermann



Alexandre de Souza Agra Belmonte



Cláudio Mascarenhas Brandão



Douglas Alencar Rodrigues



Maria Helena Mallmann



Breno Medeiros



Alexandre Luiz Ramos



Luiz José Dezena da Silva

Sumário

Apresentação.....	15
1. As relações de trabalho nos cruzeiros marítimos <i>Working relations on the maritime cruises</i> <i>Alexandre Agra Belmonte</i>	19
2. A prioridade aplicativa do acordo coletivo de empresa no Direito do Trabalho <i>The enforceability priority of the corporate collective bargaining agreement in Labor Law</i> <i>Douglas Alencar Rodrigues e Túlio de Oliveira Massoni</i>	45
3. Honorários advocatícios sucumbenciais em demandas trabalhistas (após a inserção do art. 791-A à CLT) <i>Attorneys' fees ("loser pays") on labor demands (after the insert of Art. 791-A to CLT)</i> <i>Júlio César Bebbler</i>	82
4. Contratos de trabalho (contratos existenciais) e negociação coletiva após a Lei nº 13.467/2017 <i>Work contracts (existential contracts) and collective negotiation, after Law no. 13,467/2017</i> <i>Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani</i>	116
5. A proteção jurídica do trabalhador fronteiro e do refugiado sob a luz da nova lei do migrante (Lei nº 13.445/2017) <i>The legal protection of the bordered and refugee workers under the newly migrant Brazilian Law (Law no. 13,445/2017)</i> <i>Enoque Ribeiro dos Santos e Bernardo Cunha Farina</i>	151
6. A função social da propriedade e a proteção ao trabalhador <i>Social function of property and protection to worker</i> <i>José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva</i>	176
7. A transparência como medida de combate às práticas de trabalho escravo em cadeias produtivas <i>Transparency as a measure to combat labor practices slave in production chains</i> <i>Gabriela Neves Delgado e Maurício Ferreira Brito</i>	221

8. Licença-maternidade e a busca da igualdade de gênero no ambiente de trabalho <i>Maternity license and the seek for gender equality in the work environment</i> <i>Adriana Vasconcelos de Paula e Silva</i>	225
9. A Convenção nº 137 da OIT e o futuro do trabalho portuário no Brasil <i>ILO Convention no. 137 and the future of port work in Brazil</i> <i>Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho e Lucas Rêmio da Silva</i>	247
10. Cláusula arbitral nos contratos de trabalho <i>Arbitration clause in labor contracts</i> <i>Lucymara Ursola Turesso Zavolski e Ana Paula Pavelski</i>	271

Apresentação

A interpretação dos dispositivos legais introduzidos pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e as novas formas das relações de trabalho ensejam uma reflexão desafiadora no tocante à sua aplicação segundo os princípios informadores do Direito do Trabalho.

A *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* apresenta, por intermédio de seu volume 84, nº 4 (out./dez. 2018), uma seleta coletânea de artigos, quais sejam: a proteção jurídica do trabalhador fronteiriço e do refugiado; as relações de trabalho nos cruzeiros marítimos; o trabalho portuário no Brasil; a prioridade na aplicação do acordo coletivo de empresas; contratos de trabalho (contratos existenciais) e negociação coletiva após a Lei nº 13.467/2017; a licença-maternidade e a busca da igualdade de gênero no ambiente de trabalho; honorários sucumbenciais em demandas trabalhistas (após a inserção do art. 791-A à CLT); a função social da propriedade e a proteção do trabalhador; a transparência como medida de combate às práticas de trabalho escravo em cadeias produtivas; e a cláusula arbitral nos contratos de trabalho.

Os temas aqui abordados provocam debates e contribuem para o aprimoramento da prestação jurisdicional, buscando a efetivação dos direitos dos trabalhadores. Somente por intermédio da valorização e proteção das novas formas de trabalho (em suas várias dimensões) garantir-se-á o verdadeiro Estado Democrático de Direito, a consecução do patamar mínimo de civilização, razão de ser desta Justiça Especializada.

Ministra Maria Helena Mallmann

Doutrina

AS RELAÇÕES DE TRABALHO NOS CRUZEIROS MARÍTIMOS

WORKING RELATIONS ON THE MARITIME CRUISES

Alexandre Agra Belmonte*

RESUMO: O artigo tem por objetivo descrever as questões jurídico-trabalhistas relacionadas ao trabalho nos cruzeiros marítimos, notadamente quanto ao direito internacional privado.

PALAVRAS-CHAVE: Cruzeiros Marítimos. Relações de Trabalho. Direito Internacional Privado.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to describe the legal and labor issues related to maritime cruise work, particularly with regard to private international law.*

KEYWORDS: *Sea Cruises. Work Relationships. Private International Law.*

1 – Introdução

Oturismo movimentava diversos setores de serviços, como transporte, passeios nos pontos de parada, alimentação, hotelaria, museus, teatros e comércio.

Os cruzeiros marítimos estão inseridos na realidade turística, englobando, a um só tempo, hospedagem, turismo, entretenimento, comércio e alimentação dentro de um meio de transporte que permite o deslocamento do turista para o desfrute, com toda a comodidade de serviços, de belas e peculiares paisagens, muitas vezes avistadas das varandas das confortáveis cabines. E que ainda permite, nas paradas, a visita, em terra, aos destinos, movimentando o comércio local.

Em termos de entretenimento, os cruzeiros oferecem cassinos, teatros, cinemas, lojas (inclusive joalherias), academias de ginástica, salões de beleza, centros de massagem, parque aquático, salões de jogos, quadras de tênis, centros fotográficos, teatros, boates e cassinos, permitindo agregar pessoas de diferentes idades e gostos a um preço cada vez mais popular.

A Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995, alterou o art. 178 da Constituição Federal para autorizar o direito da navegação de cabo-

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; doutor, mestre e especialista em Direito; professor titular de mestrado do IESB; membro da Academia Brasileira do Direito do Trabalho.*

DOCTRINA

tagem nos portos do país por navios de bandeira estrangeira. Hoje exploram essa atividade na costa brasileira basicamente as empresas *Carnival*, *Royal Caribbean* e *Star Cruises*.

Ao envolver enorme contingente de diferentes profissionais, a primeira indagação feita é se todos esses trabalhadores são marítimos ou integram outras categorias profissionais, para efeito de enquadramento e incidência de direitos trabalhistas.

Por outro lado, como os cruzeiros marítimos navegam em águas que podem ser brasileiras e/ou internacionais, envolvendo trabalhadores brasileiros, surgem várias questões relacionadas à incidência da lei brasileira ou estrangeira aplicável às relações de trabalho, bem como as atinentes à escolha do foro, nacional ou estrangeiro, competente para as ações trabalhistas.

Quanto à lei material aplicável nos navios que operam predominantemente em águas internacionais, mas aportam em portos de vários países, aplicar a legislação correspondente a cada país onde engajado o trabalhador seria o caos. Daí que os países resolveram adotar o critério geral de aplicação da lei do pavilhão.

Com efeito, os arts. 274 e 279 do Código de Bustamante (Convenção Internacional de Havana, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929), determinam a aplicação da lei do país do local da matrícula da embarcação como a de regência para os contratos de trabalho dos marítimos.

Contudo, peculiaridades ainda levam ao questionamento sobre a incidência da lei do local da prestação de serviços (LPS), da lei do local da contratação (LICC) ou da lei mais benéfica (LMP, da Lei nº 7.064/82) em casos peculiares, em detrimento da lei do pavilhão (LP), aspecto que demonstra a complexidade das relações trabalhistas em embarcações, mormente em cruzeiros marítimos, que envolve enorme contingente de tripulantes de diversas nacionalidades.

Evidentemente, os arts. 248 a 250 da CLT, previstos para aplicação aos marítimos contratados no Brasil, não esgotam o assunto, até porque estão centrados exclusivamente nas questões atinentes à duração do trabalho e, mesmo assim, sem considerar a diversidade profissional dos trabalhadores em cruzeiros marítimos. Ainda assim, o Brasil não ratificou a Convenção do Trabalho Marítimo nº 186 (*Maritime Labor Convention* – MLC 2006), que poderia esclarecer e solucionar boa parte dos problemas.

O Decreto nº 7.381/2010 define cruzeiro marítimo, e as Resoluções Normativas ns. 05, 06 e 83, do CNIg (Conselho Nacional de Imigração), bem

como o Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990 (por meio do qual o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar), resolvem algumas questões pontuais e circunstanciais. Outras estão atualmente previstas na Convenção nº 186 da OIT, sobre trabalho marítimo, mas que o Brasil não ratificou.

Este artigo tem por fim investigar as questões que julgamos mais aflitivas no tocante às relações trabalhistas envolvendo trabalhadores brasileiros em cruzeiros marítimos. Essa pesquisa tem por objetivo final contribuir para o debate sobre soluções hábeis a dirimir os inúmeros conflitos que têm surgido com a presença crescente dos cruzeiros marítimos em águas brasileiras. O desafio é encontrar soluções que não sirvam de entrave ao crescimento de tão atrativo ramo de negócios e possibilite proporcionar o incremento do trabalho a bordo para brasileiros, incentivar o turismo e gerar tributos.

2 – Trabalho marítimo

Trabalho marítimo é o prestado a bordo de embarcação da marinha mercante.

3 – Trabalhador marítimo: definição

Nos termos da Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário – LESTA – Decreto nº 2.596/98, são considerados marítimos os tripulantes que operam embarcações classificadas para navegação em mar aberto, apoio portuário e para a navegação interior nos canais, lagoas, baías, angras, enseadas e áreas marítimas consideradas abrigadas (art. 1º, I).

Os marítimos (fração) integram a categoria maior dos aquaviários, que abrange também os fluviários, pescadores, mergulhadores, práticos e agentes de manobra e docagem (art. 1º, I a VI).

Os marítimos, fluviários, pescadores e mergulhadores são, a bordo das embarcações a que afetos, considerados tripulantes.

Os práticos, que prestam serviços de praticagem embarcados, e os agentes de manobra e docagem, que manobram navios nas fainas em diques, estaleiros e carreiras, são aquaviários não tripulantes.

Trabalhador marítimo é o que, subordinado ao armador ou proprietário da embarcação, presta, a bordo, qualquer tipo de serviço rotineiro afeto à navegação e à manutenção de embarcação de marinha mercante.

DOCTRINA

A definição decorre do disposto no art. 1º, § 1º, do Decreto nº 6.968, de 29 de setembro de 2009, que considera marítimo todo trabalhador certificado pela Autoridade Marítima para operar embarcações em caráter profissional ou todas as pessoas empregadas, com qualquer cargo, a bordo de navio dedicado à navegação marítima comercial.

Os empregados do armador ou os empregados das empresas contratadas pelo armador de forma terceirizada para os serviços rotineiros a bordo são considerados tripulantes do navio. Fazem parte do rol de equipagem ou lista da tripulação (*crew list*). Eles, bem como os demais embarcados não tripulantes, ficam subordinados ao Comandante do navio, como autoridade máxima, com poder de polícia.

O empregador pode ser o proprietário ou o armador da embarcação. O comandante do navio é o preposto do proprietário ou armador perante as autoridades legais, podendo inclusive contrair obrigações em seu nome, que obrigam o armador conforme art. 513 do Código Comercial.

Armador é a pessoa física ou jurídica que comercialmente explora a embarcação mediante arrendamento ao proprietário. Neste caso, fica responsável pelos contratos de trabalho dos trabalhadores marítimos.

Na qualidade de empregado, o trabalhador marítimo está sujeito às normas dos arts. 248 a 252 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Conforme art. 2º da Lei nº 9.537/98, tripulante é o aquaviário ou amador que exerce as suas funções na operação da embarcação, sujeito à legislação especial dos marítimos. Daí que terão essa qualidade, pelos termos da lei, o comandante, os operadores de máquinas, os marinheiros, os cientistas, os pesquisadores, os médicos e os técnicos de empresas de navegação marítima que trabalham embarcados e ligados à operação da embarcação ou negócio.

Todavia, considerando que o art. 1º, § 1º, do Decreto nº 6.968, de 29 de setembro de 2009, classifica como trabalhador marítimo todo aquele que executar a bordo serviço rotineiro afeto à navegação e manutenção de embarcação de marinha mercante, também são tripulantes os camareiros, cozinheiros, garçons, atendentes e demais trabalhadores que executam os serviços rotineiros peculiares às operações de navegação das embarcações.

Conforme art. 2º, XVI, da Lei nº 9.537/97, é considerado profissional não tripulante todo trabalhador que, sem exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação, prestar serviços eventuais a bordo. Aí está a razão pela qual os práticos e os agentes de manobra e docagem não são tripulantes das embarcações para as quais prestam serviços eventuais. Não executam a

DOCTRINA

bordo os serviços rotineiros afetos à navegação e manutenção de embarcação de marinha mercante.

De igual sorte, não são considerados tripulantes os artistas em geral (músicos, cantores, atores, trapezistas, dançarinos), que prestarem serviços eventuais de entretenimento a bordo.

Pelas mesmas razões, os trabalhadores de terra em estaleiros, oficinas de construção ou reparos navais e nos portos ou estaleiros, os trabalhadores portuários e os petroleiros que laboram em plataformas marítimas não são tripulantes, muito menos, por óbvio, os passageiros.

O trabalho marítimo difere do trabalho portuário. Aquele diz respeito às atividades próprias do serviço a bordo da embarcação, com subordinação ao armador. Já o portuário está afeto aos serviços de apoio ou infraestrutura necessários ao estacionamento, embarque, desembarque e equipagem das embarcações.

Os trabalhadores que exercem atividades no meio aquaviário devem possuir o nível de habilitação estabelecido pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações (art. 7º da Lei nº 9.537/97).

Os marítimos estão subordinados ao comandante do navio (preposto do armador) ou superior hierárquico, sendo que a marinha mercante é caracterizada pela disciplina a bordo da embarcação, de modo semelhante à carreira militar.

As empresas de navegação que operam em águas brasileiras estão incluídas na regra de contratação inclusiva de beneficiários reabilitados ou portadores de deficiência, como determinado no art. 93 da Lei nº 8.213/91, ao prever que as que contam com 100 ou mais empregados estão obrigadas a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas.

4 – Normas internacionais do trabalho marítimo

A legislação internacional do trabalho, da OIT, prevê direitos aos marítimos: Convenção nº 7, sobre idade mínima; Convenção nº 146, sobre férias remuneradas; Convenção nº 163, sobre bem-estar no mar e no porto; Convenção nº 164, sobre proteção à saúde e assistência médica; Convenção nº 166, sobre repatriação dos trabalhadores marítimos; Convenção nº 147, sobre normas mínimas da marinha mercante; Convenção nº 178, sobre inspeção das condições de vida e de trabalho; e Convenção do Trabalho Marítimo nº 186 (MLC 2006, para regulação abrangente dos direitos do trabalhador marítimo).

DOCTRINA

Por meio do Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990, o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. No art. 92, 1, estabelece que “Os navios devem navegar sob a bandeira de um só Estado e, salvo nos casos excepcionais previstos expressamente em tratados internacionais ou na presente Convenção, devem submeter-se, no alto mar, à jurisdição exclusiva desse Estado. Durante uma viagem ou em porto de escala, um navio não pode mudar de bandeira, a não ser no caso de transferência efetiva da propriedade ou de mudança de registro”. E no item 2, que “Um navio que navegue sob a bandeira de dois ou mais Estados, utilizando-as segundo as suas conveniências, não pode reivindicar qualquer dessas nacionalidades perante um terceiro Estado e pode ser considerado como um navio sem nacionalidade”.

O Brasil ratificou todas as convenções acima elencadas, exceto a Convenção do Trabalho Marítimo nº 186 (*Maritime Labor Convention* – MLC 2006), destinada a regular internacionalmente os direitos dos trabalhadores marítimos, incluindo horas de trabalho e descanso, férias, repatriação no fim de contrato, acomodação, alimentação e proteção à saúde e segurança dos trabalhadores.

A ausência de ratificação afasta a obrigatoriedade da incidência em relação aos trabalhadores brasileiros. Mas se a embarcação pertencer a país que a tenha ratificado, a lei do pavilhão deverá integrá-la para o cumprimento das normas previstas na Convenção nº 186 da OIT.

5 – Resoluções do Conselho Nacional de Imigração

A Resolução Normativa nº 05/2017, do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) revogou a RN nº 71/06.

A Resolução Normativa nº 71 disciplinava que as embarcações estrangeiras de turismo, a partir do 31º dia de operação em águas jurisdicionais brasileiras, deveriam contar com, no mínimo, 25% de brasileiros trabalhando em vários níveis técnicos e em diversas atividades definidas pelo armador ou pela empresa representante do mesmo.

A RN nº 5/2017 manteve a redação supra (art. 5º, *caput*), mas permite, excepcionalmente nas temporadas de 2018/2019, 2019/2020 e 2020/2021, a observância do percentual de 15% (quinze por cento), justificada pela perspectiva do aumento do número de embarcações de cruzeiro marítimo (§ 1º).

O referido percentual (25% e excepcionalmente, 15% nas temporadas de 2018/2019, 2019/2020 e 2020/2021) não se aplica às embarcações de turismo estrangeiras que realizem viagens entre portos internacionais e portos nacionais

DOCTRINA

por até 45 (quarenta e cinco) dias e que transportem majoritariamente turistas cujo embarque ou desembarque ocorra em portos estrangeiros (§ 2º).

Estabelece ainda que os brasileiros recrutados em território nacional e embarcados para laborar apenas durante a temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira deverão ser contratados pela empresa estabelecida no Brasil ou, na ausência desta, pelo agente marítimo responsável pela operação da embarcação, cujo contrato de trabalho será vinculado à legislação trabalhista brasileira aplicável à espécie (art. 7º, *caput*). E que é considerada temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira o período compreendido entre 30 (trinta) dias antes da partida da embarcação para o primeiro porto brasileiro até 30 (trinta) dias depois da saída do último porto brasileiro, incluindo neste período eventuais ausências das águas jurisdicionais brasileiras (parágrafo único).

Finalmente, nos termos do art. 8º, não será considerada ausência das águas jurisdicionais brasileiras a saída e o retorno da embarcação por período inferior a 15 (quinze) dias consecutivos.

A Resolução Normativa nº 06/2017, que revogou a Resolução Normativa nº 72/06, estabelece, no art. 4º, III, que, para embarcações utilizadas na navegação de cabotagem, definida como aquela realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou essa e as vias navegáveis interiores:

a) que a partir de noventa dias de operação, deverá contar com um quinto de marítimos brasileiros, arredondando-se para o inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que cinco décimos, em cada nível técnico (oficiais, graduados e não graduados) e em cada ramo de atividade (convés e máquinas) de caráter contínuo; e

b) que a partir de cento e oitenta dias de operação, deverá contar com um terço de marítimos brasileiros, arredondando-se para o inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que cinco décimos, em cada nível técnico (oficiais, graduados e não graduados) e em cada ramo de atividade (convés e máquinas) de caráter contínuo.

A Resolução Normativa nº 83 do CNIG referente ao trabalho de profissional estrangeiro sem vínculo empregatício no Brasil, a bordo de embarcação de turismo estrangeira que venha ao Brasil em viagem de longo curso, que não seja portador da Carteira de Identidade Internacional de Marítimo válida ou documento equivalente, necessita de visto de trabalho, concedido uma única vez, a cada período de noventa dias, por prazo improrrogável de até trinta dias (arts. 1º e 2º).

A Resolução Normativa nº 83 define como viagem de longo curso a oriunda de porto estrangeiro, com estada nas águas jurisdicionais brasileiras por até trinta dias contínuos, dentro de um período de noventa dias, na qual a embarcação não proceda ao embarque de turistas em território nacional (parágrafo único do art. 1º).

6 – Trabalho em cruzeiros marítimos

6.1 – Generalidades

A atividade turística é das mais rentáveis, porque envolve e favorece diversos setores interligados: transporte, passeios terrestres, alimentação, hotelaria, museus, teatros e comércio.

Os cruzeiros marítimos ou *resorts* flutuantes proporcionam aos passageiros um tipo de turismo peculiar, ao transformar as viagens num desfrute que reúne num só lugar todos os referidos setores.

Com efeito, os navios de bandeiras diversas exploram um negócio consistente na oferta do potencial das belezas naturais e peculiares, em viagens marítimas que englobam entretenimento, hospedagem e transporte. São verdadeiros hotéis ambulantes que oferecem o desfrute de viagens em acomodações confortáveis, que contam com quartos com vista para as paisagens e/ou enormes varandas externas, em embarcações equipadas com restaurantes, cassinos, teatros, cinemas e lojas.

Nesses deslocamentos, permitem, a cada parada, a movimentação do comércio local para consumo por enorme contingente de turistas, oferecendo oportunidade de negócios para o setor privado e fonte de receita para o setor público.

Não bastasse, proporciona oportunidade de trabalho para enorme contingente de profissionais, dentro e fora dos navios: tripulação de funcionamento da condução e máquinas, camareiros, cozinheiros, garçons, atendentes de bares e lojas, pessoal de cassino, trabalhadores em vendas de passeios terrestres, artistas, etc.

O turismo proporcionado pelos cruzeiros marítimos é um segmento em constante crescimento no mercado de viagens de lazer, porque permite ao turista conhecer vários lugares, se reunir com amigos ou a família durante a viagem e se relacionar com pessoas variadas, ao mesmo tempo em que se entretém com inúmeras atividades de lazer a bordo e sem a necessidade de arrumar e desarrumar as malas em cada ponto da viagem.

DOCTRINA

Quer em razão das milhares de pessoas que os modernos navios são capazes de abrigar, quer pela reunião em um só lugar de hospedagem, alimentação, transporte e entretenimento, os cruzeiros têm a vantagem, nessas condições, de baratear o custo da viagem para o turista, e ainda atender a um público diversificado, popularizando o segmento.

As belezas naturais brasileiras, expostas em extensa costa de 8.500 km banhada por correntes oceânicas favoráveis e boas condições de navegabilidade, atraem as empresas marítimas na inclusão do Brasil em suas rotas ou na exploração turística da costa brasileira, notadamente as maiores do mercado (*Carnival, Royal Caribbean e Star Cruises*).

A Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995, alterou o art. 178 da Constituição Federal para permitir o que era até então vedado: o direito da navegação de cabotagem nos portos do país por navios de bandeira estrangeira, tornando os cruzeiros marítimos, a partir de então, uma presença constante nas praias, nos portos e na costa brasileiras.

No entanto, as companhias que atuam na costa brasileira sofrem com os terminais portuários existentes, muitos deles com características de terminais cargueiros, sem áreas e facilidades adequadas para embarque e desembarque, acesso a transportes, área para bagagens, e mão de obra bem qualificada.

Não bastasse, as companhias marítimas enfrentam elevadas taxas de impostos e operacionais nos portos, decorrentes de taxas de pernoite, praticagem, taxas de embarque e desembarque por passageiro e carga.

De acordo com o Decreto nº 7.381, de 2010, cruzeiro marítimo é o programa de turismo constituído pela prestação de serviços conjugados de transporte, hospedagem, alimentação, entretenimento, visitação de locais turísticos e afins, realizado por embarcações de turismo, entre as quais os navios estrangeiros fretados por agência de turismo brasileira ou operados por armadores estrangeiros com empresa cadastrada no Ministério do Turismo.

O cruzeiro pode ser de navegação de cabotagem (entre portos nacionais), internacional (início e término em porto estrangeiro), de longo curso (entre portos brasileiros e estrangeiros) e mista (início e término em porto nacional, e trânsito em portos nacionais e estrangeiros).

6.2 – Enquadramento sindical

A organização sindical brasileira se dá unicamente por divisão em categorias econômica e profissional, de forma verticalizada, que segue a estrutura

DOCTRINA

federativa (confederações e federações, como entidades representativas de segundo grau e sindicatos, de primeiro grau).

Os sindicatos de categorias econômicas e profissionais representam as empresas e trabalhadores em base territorial mínima municipal; as federações, em base territorial mínima estadual; e, as confederações, em âmbito nacional. As federações reúnem sindicatos e a confederação da categoria reúne federações.

Os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais específicas, seguindo a discriminação do quadro das atividades e profissões, ou segundo as subdivisões admitidas pela Comissão do Enquadramento Sindical.

Para efeito de enquadramento sindical na categoria econômica, a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico (art. 511, § 1º, da CLT).

Assim como se admite a aglutinação de atividades similares ou conexas com atividades idênticas para sindicalização mais eficiente, qualquer das atividades concentradas ou aglutinadas poderá dissociar-se do sindicato principal, formando um sindicato fracionado específico (arts. 570, parágrafo único, e 571, da CLT).

Para o enquadramento na categoria profissional, a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar que o determina (art. 511, § 2º, da CLT).

Também aqui qualquer das profissões concentradas ou aglutinadas por similaridade ou conexão às profissões idênticas poderá dissociar-se do sindicato principal, formando um sindicato fracionado específico (arts. 570, parágrafo único, e 571, da CLT).

Verifica-se, portanto, que o enquadramento profissional ocorre de forma simétrica à categoria econômica à qual os trabalhadores estão vinculados.

Todavia, há empregados que exercem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares, hipótese em que são enquadrados em categorias profissionais diferenciadas (art. 511, § 3º).

Como as empresas muitas vezes desenvolvem atividades variadas, o enquadramento profissional, para efeito de *vis atractiva* categorial econômica, se verifica pelo critério da atividade preponderante, assim entendida a que de forma mais abrangente engloba e norteia as demais.

DOCTRINA

Como são várias as categorias econômicas e as categorias profissionais são formadas de forma simétrica às econômicas, várias são, igualmente, as profissionais. Daí que, para efeito de fixação do plano básico de enquadramento sindical, a CLT estabelece em seu anexo um quadro de atividades e profissões (art. 577).

Relativamente aos marítimos, estão enquadrados na categoria profissional de trabalhadores em transportes marítimos e fluviais, de forma simétrica à categoria econômica das empresas de navegação marítima e fluvial.

A Confederação Nacional dos Transportes Marítimos, Fluviais e Aéreos engloba no 1º grupo as empresas de navegação marítima, fluvial e lacustre, bem como as agências de navegação (as empresas aeroviárias constam do 2º grupo).

De forma simétrica, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Marítimos, Fluviais e Aéreos engloba, no 1º grupo, os trabalhadores em transportes marítimos e fluviais.

Especificamente quanto à categoria profissional dos trabalhadores em transportes marítimos, relaciona os oficiais de náutica, oficiais de máquinas, comissários, motoristas e condutores, conferentes de carga, práticos, arrais e mestres de cabotagem em transportes marítimos, contramestres, marinheiros e moços em transportes marítimos, radiotelegrafistas, taifeiros, culinários e panificadores marítimos, médicos, enfermeiros, foguistas (inclusive carvoeiros), empregados em escritórios das empresas de navegação marítima, mestres e encarregados de estaleiros das empresas de navegação marítima, operários navais (trabalhadores em estaleiros de navegação marítima e calafates navais) e carpinteiros navais.

A legislação é de 1943 e, evidentemente, há profissões que foram extintas ou substituídas por outras tecnologicamente mais modernas (caso dos foguistas carvoeiros e radiotelegrafistas).

Quando se trata de cruzeiros marítimos envolvendo trabalhadores brasileiros que atuam na prestação de serviços em águas brasileiras, a situação de enquadramento se complica diante da oferta de diferentes setores de serviços que envolvem enorme contingente de profissionais: tripulação de funcionamento da condução e máquinas, médicos socorristas, camareiros, cozinheiros, garçons, atendentes de bares, lojistas, pessoal de cassino, cabeleireiros, trabalhadores em vendas de passeios terrestres, artistas, músicos, fotógrafos, salva-vidas, recreadores, massagistas, operadores cinematográficos, seguranças/vigilantes e pessoal de escritório, entre outros.

DOCTRINA

Neste caso, todos esses trabalhadores são marítimos ou integram outras categorias profissionais?

Como o enquadramento se dá pelo critério de preponderância da atividade, todos são marítimos, exceto os trabalhadores que compõem categorias diferenciadas, hipótese em que as normas dessas categorias e não as dos marítimos deverão ser seguidas quanto aos tripulantes da embarcação que operar em águas brasileiras.

Nesse contexto, tem-se que exercem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares, entre outros, os chamados profissionais liberais (médicos, engenheiros), os artistas e músicos. Mas para que o instrumento coletivo da categoria profissional diferenciada obrigue a(s) empresa(s) ou a(s) categoria(s) econômica(s) onde esses trabalhadores laboram, elas precisam ser representadas na celebração da norma (Súmula nº 374 do TST).

6.3 – Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho

A lei é abstrata e genérica, geralmente não levando em conta as peculiaridades do caso concreto.

Atento a esse aspecto, o legislador, considerando a importância social e econômica da pacificação das relações trabalhistas, admite, tanto no plano individual (neste com pouca intensidade) como no plano coletivo (em que as partes, pela coalizão, se igualam), o ajuste das condições de trabalho pela autonomia privada, adaptando-as à realidade do seu desenvolvimento nas empresas.

A negociação coletiva destina-se ao ajuste de condições de trabalho à realidade empresarial ou categorial, para que, diante de circunstâncias organizacionais peculiares e contingências sociais, econômicas e financeiras, por meio da autonomia da vontade privada coletiva, sejam produzidas normas que flexibilizem, complementem ou se sobreponham à lei, de forma a atender as especificidades do desenvolvimento do negócio e da prestação de serviços nas várias empresas de navegação.

Os instrumentos que visam disciplinar, no plano coletivo, o conteúdo dos contratos de trabalho, de acordo com as peculiaridades do trabalho nas empresas ou nas categorias profissionais, são os acordos e convenções coletivas.

A Constituição Federal os permite com preponderância sobre a lei nas matérias enunciadas no art. 611-A da CLT, mas veda a negociação quanto às matérias constantes do art. 611-B.

DOCTRINA

Pelas peculiaridades do trabalho no ambiente marítimo e pela diversidade de trabalhadores com funções absolutamente distintas, mormente nos cruzeiros marítimos, cuida-se de valioso instrumento de regulação negociada.

Regulação das gratificações e sua incidência nas demais parcelas, custeio de despesas para deslocamento até o domicílio no embarque e desembarque, repatriamento de tripulantes, seguro, plano de saúde, natureza e distribuição de gorjetas são, por exemplo, matérias propícias para ajuste setorial ou categorial.

As categorias diferenciadas têm entidades sindicais próprias que as representam nos instrumentos coletivos (acordos e convenções coletivas), pelo que os direitos neles negociados a elas se restringem, observada a necessidade de representação da empresa ou da categoria econômica onde tais trabalhadores laboram, para que a norma coletiva as obrigue (Súmula nº 374 do TST). Caso contrário, incidirá tão somente a norma coletiva da categoria profissional genérica.

Enfim, em se tratando de embarcações que operam em águas brasileiras, aí incluídos os cruzeiros marítimos, deverão ser seguidos os acordos coletivos firmados entre os trabalhadores e as empresas de navegação em que trabalharem, o mesmo ocorrendo quanto às categorias econômica e profissional no que se refere às convenções coletivas que firmarem, quer quanto a normas mais benéficas do que as previstas na lei, quer no tocante a regras coletivas de flexibilização em relação à lei, quer no tocante a regras que possam juridicamente, nos termos do art. 611-A, se sobrepor à lei.

6.4 – Contrato de trabalho dos marítimos

Nos termos do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.537/97, o embarque e desembarque do tripulante são submetidos às regras *do seu* contrato de trabalho.

O contrato de trabalho (ou engajamento) do marítimo é regido pelas leis do país da bandeira da embarcação, mas se ela estiver em operação em águas jurisdicionais brasileiras, aplica-se a CLT ou, conforme o caso, o disposto na Lei nº 7.064/82.

É obrigação do comandante inscrever o tripulante no rol de equipagens, ou seja, incluí-lo na lista do pessoal embarcado (*crew list*) por ocasião do despacho da embarcação, sendo as anotações de embarque e desembarque de natureza trabalhista e que constituem importantes meios de prova da relação de emprego.

DOCTRINA

Quer isto dizer que, quanto aos tripulantes engajados no Brasil para operação em águas brasileiras, as normas gerais da categoria profissional dos marítimos em geral, as normas especiais de duração e outras condições de trabalho aplicáveis a determinados tripulantes que laboram na embarcação e as normas específicas de categorias diferenciadas deverão ser observadas.

Ao comandante da embarcação compete, entre outras atribuições, cumprir e fazer cumprir, a bordo, a legislação, as normas e os regulamentos, bem como os atos e as resoluções internacionais ratificados pelo Brasil; os procedimentos estabelecidos para a salvaguarda da vida humana, para a preservação do meio ambiente e para a segurança da navegação, da própria embarcação e da carga; e, manter a disciplina a bordo (art. 8º, I a III, da Lei nº 9.537/97).

O comandante da embarcação é o preposto do armador perante as autoridades legais, podendo inclusive contrair obrigações em seu nome.

Note-se que, no exercício dessa função, o comandante, diretamente ou por meio de preposto, deve atuar para cumprimento dessas normas junto aos trabalhadores diretamente contratados pelo armador e também junto às empresas terceirizadas ou as que operam em espaços definidos mediante contratos de locação, mas que igualmente atuam com trabalhadores no navio.

Muitas vezes, as empresas de navegação alugam espaços no navio para que outras empresas explorem seus próprios negócios (joalherias e restaurantes diferenciados, por exemplo) e, outras vezes, simplesmente terceirizam os serviços, contratando outras empresas para a operação ou manutenção (empresas de vigilância, de recreação, artísticas).

O contrato de trabalho do marítimo poderá ser por prazo determinado ou por prazo indeterminado. É comum a contratação de marítimos para fazer apenas uma viagem (viagem redonda, do porto de origem ao porto de origem) ou uma viagem para buscar ou entregar uma embarcação em determinado porto.

A contratação por viagem se adequa ao contrato por prazo determinado, previsto no art. 443, § 2º, *a*, da CLT, quando se tratar de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo.

Não se tratando de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos, dispõe o art. 452 da CLT que passa a vigorar por prazo indeterminado o contrato, ainda que celebrado a prazo, que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato por prazo determinado.

Com base na referida norma, trabalhadores como camareiros e garçons brasileiros arregimentados por viagem pelos cruzeiros marítimos para trabalho

em águas brasileiras, será preciso observar o prazo de carência de seis meses para futuras contratações a prazo para a mesma empresa. Ainda assim, se o contrato por prazo determinado for prorrogado mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação de prazo (art. 451).

De serviços especializados não se trata, e se o roteiro do navio for permanente, não será caso de realização de acontecimento que não se possa precisar ou estimar a duração.

Em águas internacionais, o pagamento a brasileiros poderá ser feito em moeda estrangeira, convertida para a nacional pelo câmbio do dia.

6.5 – Duração do trabalho

O marítimo que labora em embarcação que opera em águas brasileiras tem regime especial de duração do trabalho, previsto nos arts. 248 a 250 da CLT.

A jornada de trabalho do tripulante é de oito horas, contínuas ou intermitentes, entre zero hora e meia noite de cada dia civil, a critério do comandante do navio (art. 248 da CLT). Assim ocorre porque, em decorrência da necessidade a bordo para a realização do trabalho em turnos que se alternam nas 24 horas do dia, faz-se necessária a permanência do tripulante o dia todo na embarcação, mesmo que cumpra apenas oito horas de jornada (ou, mesmo que por condições especiais, cumpra jornada reduzida).

Quer pela disponibilidade para o trabalho pela natureza da atividade e da prestação dos serviços, quer pela possibilidade de fracionamento da jornada (mas nunca por período inferior a uma hora – § 1º), ao marítimo não se aplica o intervalo interjornada previsto na legislação brasileira.

Conforme a Súmula nº 96 do TST, “A permanência do tripulante a bordo do navio, no período de repouso, além da jornada, não importa em presunção de que esteja à disposição do empregador ou em regime de prorrogação de horário, circunstâncias que devem resultar provadas, dada a natureza do serviço”.

No caso dos cruzeiros marítimos que atuam predominantemente em águas brasileiras, deve-se ter em conta que há tripulantes que têm tratamento especial previsto na CLT, como ocorre com os operadores cinematográficos (duração de seis horas diárias de trabalho – art. 234).

Outros compõem categorias diferenciadas: músicos profissionais (duração de cinco horas diárias de trabalho – art. 41 da Lei nº 3.857, de 22 de dezembro de 1960), artistas (de teatro: a duração das sessões, com oito (oito) sessões semanais; de circo e variedade; de radiodifusão e fotografia: seis horas

DOUTRINA

diárias, com limitação a trinta e seis horas semanais – art. 21 da Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978).

Esses trabalhadores deverão, portanto, ter as condições especiais de trabalho observadas, mas ajustadas às mesmas peculiaridades do trabalho marítimo em relação aos trabalhadores em geral, no tocante à alternância do trabalho nas 24 horas do dia, forma de descanso e compensação de horas suplementares.

Terá a natureza de trabalho extraordinário o tempo excedente de oito (arts. 248 e 249).

As horas extraordinárias de trabalho são indivisíveis, computando-se a fração de hora como hora inteira (parágrafo único do art. 250).

Não excederá de 30 (trinta) horas semanais o serviço extraordinário prestado para o tráfego nos portos (art. 249, § 2º).

As horas de trabalho extraordinário serão compensadas, segundo a conveniência do serviço, por descanso em período equivalente no dia seguinte ou no subsequente dentro das do trabalho normal ou no fim da viagem (art. 250).

Contudo, conforme alíneas *a* a *d* do art. 249 da CLT, a compensação com descanso correspondente não será possível se o trabalho extraordinário tiver sido executado:

“a) em virtude de responsabilidade pessoal do tripulante e no desempenho de funções de direção, sendo consideradas como tais todas aquelas que a bordo se achem constituídas em um único indivíduo com responsabilidade exclusiva e pessoal;

b) na iminência de perigo, para salvaguarda ou defesa da embarcação, dos passageiros, ou da carga, a juízo exclusivo do comandante ou do responsável pela segurança a bordo;

c) por motivo de manobras ou fainas gerais que reclamem a presença, em seus postos, de todo o pessoal de bordo;

d) na navegação lacustre e fluvial, quando se destina ao abastecimento do navio ou embarcação de combustível e rancho, ou por efeito das contingências da natureza da navegação, na transposição de passos ou pontos difíceis, inclusive operações de alívio ou transbordo de carga, para obtenção de calado menor para essa transposição.”

Nesses casos, a solução dada pela lei é o pagamento do salário correspondente (art. 250), mas com o acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal, nos termos da Constituição Federal.

DOCTRINA

Conforme art. 249, § 1º, da CLT, o trabalho executado aos domingos e feriados será considerado extraordinário, salvo se se destinar:

“a) ao serviço de quartos e vigilância, movimentação das máquinas e aparelhos de bordo, limpeza e higiene da embarcação, preparo de alimentação da tripulação e dos passageiros, serviço pessoal destes e, bem assim, aos socorros de urgência ao navio ou ao pessoal;

b) ao fim da navegação ou das manobras para a entrada ou saída de portos, atracação, desatracação, embarque ou desembarque de carga e passageiros.”

Aqui também incide o art. 250: as horas de trabalho extraordinário serão compensadas com descanso em período equivalente no dia seguinte ou no subsequente dentro das do trabalho normal, ou no fim da viagem, ou pelo pagamento do salário correspondente (no último caso, em dobro – art. 9º da Lei nº 605/1949).

Para controle da duração do trabalho do marítimo, em cada embarcação haverá um livro em que serão anotadas as horas extraordinárias de trabalho de cada tripulante, e outro, do qual constarão, devidamente circunstanciadas, as transgressões dos mesmos tripulantes (art. 251 da CLT).

A Convenção nº 186 da OIT prevê a observância de oito horas de trabalho, com um dia de descanso por semana e descanso em feriados oficiais.

Estabelece ainda que o número máximo de horas trabalhadas não deverá ultrapassar 14 horas por cada período de 24 horas e nem 72 horas por cada período de sete dias; que o número mínimo de horas de descanso não deverá ser menos de 10 horas por cada período de 24 horas e 77 horas por cada período de sete dias.

Prevê que as horas de descanso não poderão ser divididas em mais de dois períodos, um dos quais será de pelo menos seis horas ininterruptas. E que o intervalo entre dois períodos consecutivos de descanso não poderá ultrapassar 14 horas.

Quanto às férias anuais remuneradas, que não entrarão no cômputo do período de gozo os feriados públicos e usuais, reconhecidos pelo Estado da bandeira; que deverão ser fruídas no lugar com o qual tiverem uma conexão substancial, que, normalmente, o mesmo de repatriação e quanto a esta, deverá ocorrer livre de despesas, quando o contrato terminar em local diferente do engajamento.

Estabelece, por fim, normas de saúde e segurança, incluindo atendimento médico e alojamento decente.

6.6 – Direito Internacional Privado

Como os cruzeiros marítimos navegam em águas que podem ser brasileiras e/ou internacionais, envolvendo trabalhadores brasileiros, surgem questões relacionadas à incidência da lei brasileira ou estrangeira aplicável às relações de trabalho, bem como as atinentes à escolha do foro, nacional ou estrangeiro, competente para as reclamações trabalhistas.

Quanto ao foro de ajuizamento de ação trabalhista, dispõe claramente o art. 651, *caput*, da CLT:

“A competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra localidade ou no estrangeiro.”

Assim, o legislador adotou para as relações processuais o princípio da territorialidade: o foro é o do local da prestação de serviços como elemento de conexão, ainda que o trabalhador tenha sido contratado no exterior. Quer isto dizer que, mesmo ocorrendo o embarque em país estrangeiro, se o trabalho tiver desenvolvimento em águas brasileiras, a Justiça do Trabalho brasileira é a competente para apreciar e julgar reclamações trabalhistas em que for parte esse trabalhador marítimo.

Note-se que é inaplicável o fracionamento de foro. Basta a prestação em território nacional, não importando se de forma predominante ou não, a competência é da Justiça do Trabalho.

No tocante às leis materiais, a solução não é tão simples. E desde logo se observa que a escolha da lei aplicável, brasileira ou estrangeira, como elemento de conexão, envolve não apenas as normas heterônomas, de natureza estatal, como também as normas autônomas negociadas no plano coletivo (acordos e convenções coletivas de trabalho brasileiras ou equivalentes estrangeiras) e as normas internacionais negociadas entre o Brasil e os países estrangeiros.

Com base no Código de Bustamante (Convenção Internacional de Havana, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929), aos navios ou aeronaves que trafegam em áreas internacionais em grande parte da execução do trabalho, os arts. 274 e 279 da referida convenção são os de regência para as relações de direito material.

Eis os textos dos referidos dispositivos:

DOCTRINA

“Art. 274. A nacionalidade dos navios prova-se pela patente de navegação e a certidão do registro, e tem a bandeira como sinal distintivo aparente.”

“Art. 279. Sujeitam-se também à lei do pavilhão os poderes e obrigações do capitão e a responsabilidade dos proprietários e armadores pelos seus atos.”

Logo, o contrato de trabalho (“engajamento” ou “embarque”) do trabalhador marítimo é regido pela lei do país do local da matrícula da embarcação.

Ensina Arnaldo Süssekind¹ que “Os navios e as aeronaves constituem autênticos estabelecimentos móveis, cuja nacionalidade decorre da patente de navegação, comprovada pela respectiva certidão de registro. É essa patente que dá o direito ao uso da correspondente bandeira. Daí dizer-se que a ‘lei do pavilhão’ rege os contratos de trabalho de seus tripulantes. Essa lei, no dizer de Batiffol, corresponde, em tais casos, ‘à lei do local da execução do trabalho’ (*Traité élémentaire du droit international prive*. 2. ed. n. 608), pois os navios e as aeronaves têm nacionalidade (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro. v. IV. p. 42), indicada pela patente de navegação (EDUARDO ESPÍNOLA; ESPÍNOLA FILHO. *Tratado de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, 1949. v. VIII. p. 1.485)”.

Mais adiante, explica que “O Código de Bustamante, como registramos no Capítulo I, desta Parte, consagra explicitamente a aplicação da lei do país da patente de navegação, quer em relação aos navios (arts. 274 a 281), quer no tocante às aeronaves (art. 282). Também as convenções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho consubstanciam o princípio da aplicação da lei do local de matrícula do navio às relações dos seus tripulantes”.

Portanto, o Código de Bustamante adota o princípio da “lei da execução do trabalho” (o navio), correspondente à da nacionalidade da embarcação como regra. Regra, porque as várias situações que podem surgir colocam ela em xeque.

Com efeito, a convenção parte do pressuposto de que a bandeira da embarcação corresponde ao país do armador que explora o navio. Pelo que, nos casos de escolha de bandeira “de favor” ou de “conveniência”, que não guarda qualquer relação com a nacionalidade da empresa que explora a atividade econômica atrelada à embarcação e assim destinada apenas a evitar a incidência legislativa fiscal, trabalhista ou ambiental do país condizente com a origem operacional do armador, ficará caracterizada a fraude que anula a legislação da

1 *Conflitos de leis do trabalho*. Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1979. p. 52.

bandeira do navio, para incidência da nacionalidade da empresa exploradora da embarcação.

A respeito, a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos do Mar (CNUDM) alude à necessidade da verificação de “um vínculo substancial entre o Estado e o navio”, para que em alto mar os navios se submetam à jurisdição exclusiva do Estado da bandeira (art. 92, parágrafo 1).

De qualquer sorte, ainda aqui prevalece o princípio da nacionalidade, para incidência da do armador, em substituição à do pavilhão da embarcação.

Todavia, nessa questão da escolha da lei material aplicável, investiguemos outras inúmeras situações que colocam em confronto a lei do pavilhão ou do país de nacionalidade da embarcação (LP), a lei do local da prestação de serviços (LPS), a lei do local da contratação (LICC) e a lei mais benéfica (LMP da Lei nº 7.064/82):

a) Trabalhador brasileiro contratado no exterior para trabalho em navio de bandeira estrangeira.

No caso, aplica-se a lei do pavilhão (do país da embarcação ou do armador da embarcação), como previsto nos arts. 274 e 279 do Código de Bustamante. Ou seja, a convenção do trabalho marítimo a qual aderiu o país do pavilhão.

Conforme TAC nº 308/2016 firmado entre o Ministério Público do Trabalho e as empresas de navegação que operam em águas brasileiras, a legislação brasileira não se aplica aos tripulantes brasileiros contratados por meio de contratos internacionais de trabalho, firmados para laborarem em embarcações que realizem exclusivamente temporadas internacionais de cruzeiros e não atraquem/fundeiem portos nacionais.

Também estabelece que, aos tripulantes brasileiros arregimentados mediante contratos internacionais firmados por prazo superior aos 30 dias definidos como temporada nacional, não se aplica a legislação brasileira e sim a legislação estrangeira específica e os acordos e Convenções coletivas firmados com os sindicatos estrangeiros.

b) trabalhador brasileiro contratado no Brasil para fazer exclusivamente a costa brasileira.

Aplica-se a lei brasileira (CLT), em detrimento da lei do pavilhão, que cede perante o princípio da territorialidade. Isso porque no Brasil (leia-se na exploração ambiental em relação à costa brasileira como referência da exploração do negócio turístico) deu-se inteiramente a prestação de serviços, não importando, portanto, o país de origem da embarcação.

Note-se que não estamos diante de uma representação estrangeira e sim de uma atividade negocial explorada por estrangeiro vinculado a determinado país.

DOCTRINA

É comum os cruzeiros marítimos que exploram a costa brasileira como roteiro de navegação se ausentaram das águas brasileiras para a exploração do negócio de cassino a bordo, porque proibido em território brasileiro. Essa ausência, ainda que resulte em navegação predominantemente em águas internacionais, ocorre apenas para contornar uma proibição, mas o negócio, como um todo, está inteiramente voltado para a exploração, não do cassino, mas sim da costa brasileira como objetivo central.

Logo, fica afastada a aplicação da lei do pavilhão, cuidando-se de trabalho em atividade voltada exclusivamente para o território brasileiro, com inteira aplicação da lei nacional trabalhista para os trabalhadores brasileiros, *desde que aqui engajados*. Se admitidos no exterior, lhes é aplicável a lei do pavilhão.

De qualquer sorte, para espancar qualquer dúvida a respeito, estabelece o art. 7º da Resolução Normativa nº 05/2017 do CNIg (Conselho Nacional de Imigração) que os brasileiros recrutados no Brasil e embarcados para trabalhar apenas durante a temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira deverão ser contratados pela empresa estabelecida no Brasil ou, na ausência desta, pelo agente marítimo responsável pela operação da embarcação, cujo contrato de trabalho será vinculado à legislação trabalhista brasileira aplicável à espécie.

Nos termos do parágrafo único do art. 7º, “Considera-se temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira o período compreendido entre 30 (trinta) dias antes da partida da embarcação para o primeiro porto brasileiro até 30 (trinta) dias depois da saída do último porto brasileiro, incluindo neste período eventuais ausências das águas jurisdicionais brasileiras”.

O art. 8º esclarece que não será considerada ausência das águas jurisdicionais brasileiras a saída e o retorno da embarcação por período inferior a 15 dias consecutivos.

Se ultrapassado o período de 15 dias, será considerado o excedente como ausência das águas jurisdicionais brasileiras. Mesmo ultrapassado o período, se o tempo total entre a saída do primeiro porto e a do último porto brasileiro não ultrapassar 30 dias, incluídas as eventuais ausências das águas brasileiras, aplicar-se-á a lei brasileira. Mas, se ultrapassado o período de 30 dias, aplicar-se-á a Lei nº 7.064/82, que determina a incidência da lei material mais benéfica entre a brasileira e a do pavilhão.

Conforme TAC nº 308/2016 firmado entre o Ministério Público do Trabalho e as empresas de navegação que operam em águas brasileiras, deverão manter, a partir do 31º dia de operação em águas jurisdicionais brasileiras, o mínimo de 25% de trabalhadores brasileiros por temporada brasileira ou outro

percentual definido pelo Conselho Nacional de Imigração nos vários níveis técnicos e em diversas atividades definidas pelo armador ou por sua empresa representante. E ainda estabelece que os brasileiros recrutados no Brasil exclusivamente para trabalho durante a temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira deverão ser formalmente contratados pela empresa estabelecida no Brasil ou agente marítimo responsável pela operação da embarcação, com vinculação à legislação trabalhista brasileira aplicável.

O TAC estabelece que a legislação brasileira não se aplica aos tripulantes brasileiros contratados por meio de contratos internacionais de trabalho, firmados para laborarem em embarcações que realizem exclusivamente temporadas internacionais de cruzeiros e não atraquem/fundeiem em portos nacionais. E também que, neste caso, não será aplicável a regra de contratação mínima de trabalhadores brasileiros.

Dispõe ainda que aos tripulantes brasileiros cujos contratos internacionais sejam firmados por prazo superior a 30 dias como temporada nacional, se apliquem a legislação estrangeira específica e os acordos/convenções coletivas firmados com os sindicatos estrangeiros.

c) Trabalhador contratado no Brasil para trabalho em navio de bandeira estrangeira, no exterior.

A Lei nº 7.064/82 regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior (art. 1º). Ou seja, abrange os trabalhadores contratados no Brasil para prestar serviços no exterior e os trabalhadores transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior.

Os arts. 2º a 11 da referida Lei tratam apenas da situação de transferência. Considera transferido o empregado removido para o exterior cujo contrato estava sendo executado no território brasileiro; o empregado cedido à empresa sediada no estrangeiro, para trabalhar no exterior, desde que mantido o vínculo trabalhista com o empregador brasileiro; e o empregado contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior (art. 2º, I a III).

A contratação de trabalhador, por empresa estrangeira, para trabalhar no exterior está condicionada à prévia autorização do Ministério do Trabalho (art. 12 da Lei nº 7.064/82). A autorização somente poderá ser dada à empresa de cujo capital participe, em pelo menos 5% (cinco por cento), pessoa jurídica domiciliada no Brasil (art. 13). E no que diz respeito a direitos, vantagens e garantias trabalhistas e previdenciárias, a empresa estrangeira assegurará ao trabalhador as despesas de viagem de ida e volta ao exterior (art. 15) e o

DOCTRINA

retorno definitivo do trabalhador ao Brasil quando houver terminado o prazo de duração do contrato, ou for o mesmo rescindido, e também por motivo de saúde do trabalhador, devidamente comprovado por laudo médico oficial que o recomende (art. 17, I e II).

Tem-se, portanto, que para a situação em que o trabalhador é contratado no Brasil para trabalho no exterior em navio de bandeira estrangeira, aplica-se a lei do pavilhão. A lei mais benéfica, prevista na Lei nº 7.064/82, incide somente em casos de transferência.

d) Trabalhador contratado no Brasil para labor na costa brasileira e em águas internacionais.

Aplica-se o art. 3º da Lei nº 7.064/82, que determina a incidência da lei mais benéfica para o trabalhador (no conjunto das normas, interpretadas pelo critério do conglobamento). A situação assemelha-se à de transferência para trabalho no exterior, de contrato iniciado no Brasil, previsto no art. 2º, I, da referida Lei.

Em se tratando de navio estrangeiro que opera em águas brasileiras com a finalidade de desenvolver atividade de turismo, e, para tanto, contrata trabalhadores brasileiros, ainda que a embarcação esteja registrada em outro país, o trabalhador terá sido admitido no Brasil, aqui prestando serviços, ainda que posteriormente venha a desenvolver atividades em águas internacionais ou mesmo vinculadas a outro país.

e) Trabalhador contratado por empresa estrangeira em território nacional para prestar serviços em embarcação que navega predominantemente em águas internacionais.

Também aqui se aplica o art. 3º da Lei nº 7.064/82, que determina a incidência da lei mais benéfica para o trabalhador. Tal como no caso antecedente, a situação assemelha-se à de transferência para trabalho no exterior (em águas internacionais), de contrato não apenas celebrado, mas com desenvolvimento iniciado no Brasil (embarque), onde arremetido o trabalhador, para ingresso posterior, ainda que de forma predominante, em águas internacionais.

f) Trabalhador recrutado no exterior, em país da mesma bandeira do navio empregador, para prestar serviços em águas internacionais e apenas eventualmente no Brasil.

Nesta hipótese, contrária à anterior, a Lei nº 7.064/82 não se aplica. Incide o princípio do centro de gravidade (*most significant relationship*), para concentrar a prestação em águas estrangeiras, excluindo a brasileira, na qual o trabalho foi eventual e assim a normatividade da Lei nº 7.064/82, mas deter-

minar a vinculação à lei do pavilhão ou bandeira de matrícula do navio, por força do Código de Bustamante.

Com efeito, a teoria do centro de gravidade (GIERKE), decorrente da teoria da sede do fato (SAVIGNY), é a que melhor compõe a situação, impondo a aplicação da lei do pavilhão, coincidente com a do lugar onde o trabalhador é recrutado e o contrato iniciado e onde ocorre a maior irradiação de efeitos.

g) Trabalhador recrutado no exterior, em país de bandeira diferente da do navio empregador, para prestar serviços em águas internacionais e apenas eventualmente no Brasil.

Aqui a diferença é que o conflito ocorre entre a lei do local da contratação, o da prestação de serviços e a lei do pavilhão. Sendo o país onde arregimentado o trabalhador aderente ao Código de Bustamante e não possuindo legislação interna distinta, aplicar-se-á a lei do pavilhão, até mesmo para evitar-se a incidência de diferentes normatividades incidentes em cada lugar por onde o navio navegue.

h) Trabalhador brasileiro recrutado no exterior, quando o serviço é prestado em águas internacionais e brasileiras, explorando a empresa roteiros da costa brasileira e roteiros de costa estrangeira.

Estaremos nesta hipótese diante de um fato misto ou multinacional, a ser dirimido também com base na teoria do centro de gravidade, com inclinação para a legislação da bandeira para a qual o pêndulo pender. A Lei nº 7.064/82 não incide, porque não ocorre a transferência do trabalhador do Brasil (onde não foi recrutado) para o exterior.

7 – Conclusões

O incremento ao turismo é, no Brasil, uma necessidade. Para isso, é preciso investir em segurança pública, mobilidade urbana e infraestrutura hoteleira e de serviços eficientes de apoio.

Os cruzeiros marítimos incrementam o turismo brasileiro e devem ser incentivados, porque movimentam o comércio e serviços locais e ainda proporcionam tributos para o país.

Todavia, existe clara deficiência de terminais adequados e com mão de obra qualificada para receber turistas que, em terra, nos passeios, terminam sendo submetidos aos já referidos problemas de segurança pública e mobilidade urbana. Isto sem falar nas altas taxas de pernoite, praticagem e de embarque e desembarque por passageiro e carga.

Por outro lado, urge a necessidade de adoção, pelo Brasil, da Convenção do Trabalho Marítimo nº 186 (*Maritime Labor Convention – MLC 2006*), da

DOCTRINA

Organização Internacional do Trabalho, bem como de uma regulação específica que afaste de vez esse afã de aplicação da lei brasileira ou da lei mais benéfica em relação aos cruzeiros que navegam predominantemente em águas internacionais e no Brasil apenas aportam.

Esse afã é capaz de causar conflitos internacionais, afastar a opção pela utilização de mão de obra nacional e ainda tornar desinteressante, pela opção por uma soberania que atenta contra a adesão brasileira ao Código de Bustamante, ter o Brasil, que já conta com os entraves portuários e urbanos assinalados, como roteiro dos cruzeiros marítimos.

Com efeito, exceto nos casos de transferência do trabalhador brasileiro aqui admitido, em que é aplicável a Lei nº 7.064/82, ou naqueles em que o trabalho ocorre predominantemente em águas brasileiras, a lei do pavilhão, como elemento de conexão entre elementos multinacionais da prestação do trabalho marítimo (nacionalidade da embarcação, nacionalidade do trabalhador, território da prestação do trabalho), é a que, nos termos do Código de Bustamante, evita a multiplicidade de legislações em relação aos trabalhadores de diversas nacionalidades.

As Resoluções Normativas do Conselho Nacional de Imigração têm se preocupado com a questão do aproveitamento de mão de obra brasileira nas navegações de cabotagem nas temporadas de cruzeiros marítimos pela costa brasileira, *ex-vi* das Resoluções Normativas ns. 05 e 06/2017, bem como quanto à situação dos estrangeiros no Brasil nas navegações de longo curso (RN nº 83/08).

No tocante aos cruzeiros que exploram temporada da costa brasileira, também há carência de regulação legislativa que, considerando as especificidades do trabalho em cruzeiros marítimos, regule o tempo diário de disponibilidade em relação às diversas profissões ou categorias; os efeitos da necessidade de revezamento; os fracionamentos de intervalo; a forma de compensação de horas suplementares, domingos e feriados; o custeio das despesas de repatriamento em caso de extinção do contrato no exterior; a exclusão do prazo de carência entre um contrato a prazo e outro subsequente; cotas mínimas de aproveitamento de trabalhador brasileiro, inclusive de deficientes a bordo; forma de distribuição de gorjetas e efeitos; e normas de saúde e segurança do trabalho a bordo.

Referências bibliográficas

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. Resolução Normativa nº 05/2017, arts. 5º, *caput* e §§ 1º e 2º, 7º, *caput* e parágrafo único e 8º.

_____. _____. Resolução Normativa nº 06/2017, do CNIg, art. 4º, III.

_____. _____. Resolução Normativa nº 83/08, do CNIg, arts. 1º e 2º.

DOCTRINA

_____. Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 234, 248 a 250, 443, § 2º, *a*, 451, 452, 511, §§ 1º, 2º e 3º, 570, parágrafo único, 571, 577, 611-A e 611-B.

_____. _____. Quadro de atividades e profissões – anexo do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT).

_____. Constituição Federal de 1988, art. 178.

_____. Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998, art. 1º, I a IV.

_____. Decreto nº 6.968, de 29 de setembro de 2009, art. 1º, § 1º.

_____. Decreto nº 7.381, de 2 de dezembro de 2010.

_____. Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929, arts. 274 e 279.

_____. Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990, art. 92, I e II.

_____. Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949, art. 9º.

_____. Lei nº 3.857, de 22 de dezembro de 1960, art. 41.

_____. Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978, art. 21.

_____. Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, art. 93.

_____. Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997, art. 2º, XVI, art. 7º, *caput* e parágrafo único e art. 8º, I a III.

_____. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TAC nº 308/2016 firmado com as empresas de navegação que operam em águas brasileiras.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmulas ns. 96 e 374.

CÓDIGO DE BUSTAMANTE (Convenção Internacional de Havana, de 1929).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre Direitos do Mar (CNUDM), art. 92, parágrafo 1.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção do Trabalho Marítimo nº 186 (MLC 2006, para regulação abrangente dos direitos do trabalhador marítimo).

_____. Convenção nº 7, OIT, sobre idade mínima.

_____. Convenção nº 146, sobre férias remuneradas.

_____. Convenção nº 147, sobre normas mínimas da marinha mercante.

_____. Convenção nº 163, sobre bem-estar no mar e no porto.

_____. Convenção nº 164, sobre proteção à saúde e assistência médica.

_____. Convenção nº 166, sobre repatriação dos trabalhadores marítimos.

_____. Convenção nº 178, sobre inspeção das condições de vida e de trabalho.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Conflitos de leis do trabalho*. Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1979.

Recebido em: 25/09/2018

Aprovado em: 29/10/2018

A PRIORIDADE APLICATIVA DO ACORDO COLETIVO DE EMPRESA NO DIREITO DO TRABALHO

THE ENFORCEABILITY PRIORITY OF THE CORPORATE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT IN LABOR LAW

Douglas Alencar Rodrigues*
Túlio de Oliveira Massoni**

RESUMO: O presente artigo debate as recentes transformações da negociação coletiva de trabalho, mostrando a sua crescente importância frente à lei, mas, sobretudo, a preferência do nível de negociação coletiva de empresas no sistema geral de negociação coletiva de trabalho em relação a níveis de negociação mais gerais e superiores. Foram estudados os ordenamentos jurídicos da Itália e da Espanha os quais, ao fim, foram comparados com a Reforma Trabalhista Brasileira do ano de 2017.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo Coletivo de Trabalho de Empresa. Negociação Coletiva. Níveis de Contratação Coletiva.

ABSTRACT: This article discusses the recent changes in the labor collective bargaining, showing its increasing importance before the law, but above all, the preference for the corporate collective bargaining level within the general system of labor collective bargaining in regard to broader and higher levels of bargaining. The legal systems of Italy and Spain were also studied and eventually compared with the Brazilian Labor Reform of 2017.

KEYWORDS: Corporate Collective Bargaining Agreement. Collective Bargaining. Levels of Collective Bargaining.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC); especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB); professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Centro de Ensino Superior de Brasília – IESB; presidente da Academia Brasiliense de Direito do Trabalho – ABRADT; vice-presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho; autor do livro “Direitos Fundamentais Sociais e Efetividade – As ações Cíveis Públicas na Justiça do Trabalho” (LTr, 2017) e de artigos em revistas especializadas.*

** *Doutor em Direito do Trabalho pela USP; especialista em Direito Sindical pela Universidade de Modena, Itália; bacharel em Ciências Sociais pela USP; advogado; professor concursado da UNIFESP; professor convidado da Universidade Tor Vergata (Roma II), da FGV-RJ, da Especialização da PUC-SP, da Universidade Mackenzie e outras; autor do Livro “Representatividade Sindical” (LTr, 2007) e de artigos em revistas especializadas.*

1 – Modelos de regulação do trabalho, Estado e atores sociais

Interpretar e conhecer o direito do trabalho, além de uma aproximação histórica, envolve também o estudo dos atores sociais e da dinâmica das relações que entre si estabelecem (de conflito e de consenso), da mediação estatal por meio de leis reguladoras do trabalho e das formas de solução dos conflitos coletivos. É desta trama social e política, da qual decorre a pluralidade de fontes do direito do trabalho, que se cuidará nesta breve introdução.

Tradicionalmente, se denominou “relações industriais” o conjunto de normas (formais e informais, gerais ou específicas) que regulam o emprego dos trabalhadores (salário, jornada, etc.), assim como os diversos métodos (negociação coletiva, lei, etc.) através dos quais se estabelecem as mencionadas normas e podem ser interpretadas, aplicadas e modificadas; métodos eleitos e aceitos pelos atores (empregadores e suas organizações e as representações de trabalhadores, Estado) nos processos de cooperação e conflituosidade, de convergência ou antagonismo. Tais normas, métodos, atores e processos sofrem mudanças no transcurso do tempo, por meio do qual as relações industriais vão tendo perfis e características próprias na evolução temporal.

Todo sistema de relações industriais, como mostra Oscar Ermida Uriarte, envolve três grupos de atores sociais (ou interlocutores): 1) os trabalhadores e suas organizações; 2) os empregadores e suas organizações; e 3) os organismos estatais relacionados ao trabalho¹. E deste sistema emerge um complexo de normas para governar e reger a comunidade de trabalho, as quais podem assumir uma diversidade de formas nos diferentes sistemas: convênios, estatutos, ordens, decretos, regramentos, laudos, políticas, práticas e costumes. A forma da norma não altera seu caráter essencial: o de definir o *status* dos atores e governar a conduta de todos os atores no lugar e na comunidade de trabalho.

Um aspecto central do sistema tem a ver com as regras que regulam a relação conflitual ou negocial entre os atores sociais. E esta regulamentação do sistema pode ser de dois tipos. Assim como a relação entre as partes pode ser negocial ou conflitiva, a regulação dessas relações pode ser estatal (através da lei) ou pode ser autônoma, caso em que não é o Estado que regula, mas as próprias partes por meio da negociação coletiva e outros institutos. Aqui surgem variáveis importantes com vistas a definir e classificar certo sistema de relações industriais de trabalho, já que ele pode ser regulado autônoma ou heteronomamente. O que é melhor? Maior grau de intervenção legislativa na

1 A própria composição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) reflete, no plano internacional, esta estrutura de relações entre os atores sociais.

DOCTRINA

regulação do sistema ou menor grau de intervenção legislativa e maior grau de regulação entre as partes? Neste ponto coloca-se o debate intervencionismo X autonomia, regulação estatal X autorregulação das partes².

Sendo o conflito, notadamente o conflito coletivo, o ponto de partida de todo o sistema, é sobre ele (e seus desdobramentos, mediações e técnicas), e em especial sobre a negociação coletiva de trabalho, que se arraiga todo o edifício laboral, dado que os problemas laborais são normais, e não patológicos, em uma sociedade industrializada, na qual o objeto das relações industriais como técnica é a solução do conflito.

O aspecto característico do contrato de trabalho é que o trabalhador encontra-se submetido ao poder do empregador, mas, ao mesmo tempo, o poder deste último é, por sua vez, coordenado com aquele do trabalho sindicalmente organizado. A regulação do trabalho, portanto, resulta da combinação desses processos de subordinação e de coordenação. O conflito entre capital e trabalho é naturalmente imanente em uma sociedade industrial e, por isso, também nas relações de trabalho. Como mostra Otto Khan-Freund, em já clássico estudo, os conflitos de interesses são inevitáveis em toda sociedade. Há regras para a sua composição, mas não podem ser regras para sua eliminação. Devem ser regras aptas a promover a negociação, a promover os acordos e a promover a observância dos mesmos; e devem ser regras destinadas a regular o uso da pressão social e que devam valer para as armas exercitáveis pelas partes em conflito³.

Há modelos autônomos e modelos heterônomos de relação de trabalho na conformidade do espaço maior ou menor que o Estado reserva para suas leis e para a autonomia coletiva dos particulares. Otto Khan-Freund concebe três grandes modelos de regulação do trabalho e que, também, indicam a conseqüente relação que se estabelece entre lei estatal e contratação coletiva de trabalho.

O primeiro, de tradição da “*Common Law*”, em que o papel da lei na formação das regras é muito menor, é por alguns denominado absentismo estatal ou, ainda, “*laissez-faire* coletivo”.

O segundo modelo corresponde ao da “legislação reguladora” (*regulatory legislation*), no qual a legislação estabelece as normas reguladoras do trabalho, atuando de maneira a restringir o poder do empregador e sendo indiferente ao fato de os trabalhadores serem ou não sindicalmente organizados ou em que medida o sejam. Adverte o autor que o desenvolvimento da contratação coletiva

2 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Curso introductorio de relaciones laborales*. Montevideo: FCU, 1995. v. 1. p. 7 e 26.

3 KHAN-FREUND, Otto. *Il lavoro e la legge*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 21.

(determinando tanto a sua amplitude quanto a sua perspectiva) reduziu o sentido de tal legislação reguladora, inclusive em termos de eficácia desta última⁴.

O terceiro modelo, em contraposição ao modelo regulador, é o modelo “auxiliar” de normatização, tendente a estabelecer as “regras do jogo”, em especial por delimitar uma moldura legal (*legal framework*) da contratação coletiva. A lei tem por tarefa definir o processo formativo das próprias regras oriundas das partes coletivas interessadas e de suas imposições (*enforcement*). É o modelo de maior aplicabilidade hoje nos países democráticos, nos quais a legislação e os poderes públicos incentivam e fomentam a negociação coletiva como forma privilegiada de superação de conflitos coletivos⁵. Este modelo “negociado”, explica Amauri Mascaro Nascimento, uma vez que é consentido, conta com maior probabilidade de ser cumprido superiormente ao que é imposto de modo heterônomo⁶.

Nos sistemas autônomos ou autorregulados das relações laborais, como no britânico, no norte-americano e no italiano, a negociação coletiva é uma norma basilar que regula todo o sistema. Existe pouca ou nenhuma lei regulando a estrutura sindical, a negociação coletiva, a greve, os direitos de empresários e de trabalhadores; tudo ou a maior parte disso se regula através da negociação coletiva. A negociação coletiva é, portanto, nos sistemas autônomos de relações industriais, a norma que estrutura a totalidade do sistema, não sendo necessário dizer nada mais para destacar a sua essencialidade. Diferentemente, nos sistemas intervencionistas ou regulamentaristas, e naqueles sistemas em que a regulação do todo do sistema não se confia tanto à autonomia coletiva, a não ser, em menor ou em maior medida, o papel proeminente é confiado ao Estado, que o exerce através da lei. Ainda assim, a negociação coletiva segue sendo um elemento essencial do sistema; não tão essencial como o caso anterior, mas de todo modo importante, porque segue sendo, por mais leis que existam, a forma básica, a forma principal, a forma essencial da relação obreiro-patronal. Em outras palavras, põe-se a negociação coletiva como a alternativa ao conflito, o modo de solucionar o conflito, a forma principal de relação entre o sindicato

4 Amauri Mascaro Nascimento pondera as vantagens e desvantagens deste modelo. Se, de um lado, pode propiciar um nível mínimo ético imperativo e irrenunciável de proteção legal ao trabalhador de modo igualitário como tentativa de evitar a exploração do trabalho pelo capital, por outro lado pode impedir a liberdade e padronizar situações absolutamente diferentes e que exigiriam tratamento diversificado a ponto de obstar que o juiz, cercado que está por um universo de leis, possa fazer justiça no caso concreto (*Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 83).

5 KHAN-FREUND, Otto. *Il lavoro e la legge*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 30.

6 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 80.

e o empresário, seja o empresário individual, seja a associação sindical de empregadores⁷.

O predomínio do coletivo sobre o contrato individual teve sua gênese no continente Europeu, no qual as forças conservadoras e socialistas deixaram pouca margem aos governos liberais e o protagonismo do Estado deu-se através de uma extensa legislação garantista do trabalhador individual. Talvez, por consequência da crise econômica, a legislação do Estado deixou de fixar mínimos, parecendo haver unanimidade em deixar aperfeiçoar, retocar o edifício. Aflora, com toda evidência, o maior peso das relações coletivas sobre as individuais, não somente pela sua centralidade nas Constituições, ou porque se acumularam as sentenças de cortes constitucionais nos diversos países, senão porque, ademais, as primeiras são a fonte das segundas: os sujeitos coletivos têm característica de fonte de produção e os acordos coletivos, o de fonte de conhecimento das normas que regulam as condições individuais de trabalho; o valor qualitativo sobrepõe-se, assim, à história, e todo o Direito Sindical chega a ser um *a priori*, um *prius*, da relação individual do trabalho⁸.

2 – Direito do trabalho: pluralismo de fontes e autonomia privada coletiva

Uma das grandes marcas do Direito do Trabalho, ao lado do princípio protetor, é precisamente o pluralismo jurídico. O direito do trabalho não está adstrito às leis elaboradas pelo Estado. Há também, simultaneamente com a elaboração das leis, uma contínua produção de vínculos jurídicos que se origina diretamente da sociedade organizada em grupos.

A noção de autonomia coletiva edificou-se a partir da noção de ordenamento jurídico formulada por Santi Romano⁹, ao rejeitar a tese reducionista que resume o fenômeno jurídico apenas ao Estado, passando a admitir o ordenamento jurídico sindical, independente do Estado e autossuficiente de valoração normativa, com unidade intrínseca, mas em contínua correlação com a ordem estatal, atuando até mesmo como fator de renovação desta última¹⁰. Os trabalhadores, coletivamente agrupados, de forma livre e espontânea, criam uma

7 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Curso introductorio de relaciones laborales*. Montevideo: FCU, 1995. v. 1. p. 9.

8 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Curso introductorio de relaciones laborales*. Montevideo: FCU, 1995. v. 1. p. 49. Isto explica a prevalência do contrato coletivo de trabalho sobre o contrato individual, expresso, no Direito brasileiro, nos arts. 444 e 619 da CLT.

9 ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1946.

10 GIUGNI, Gino. *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*. Milano: Giuffrè, 1977.

ordem jurídica diferente do sistema jurídico estatal e que desempenha papel proeminente no cenário das relações trabalhistas, ainda que possa ser condicionado pelo limite normativo que lhes impõe o Estado. Daí porque se afirma que “a presença de um ordenamento distinto do estatal e que eventualmente até o contradiz não tem, nas sociedades modernas, uma área de manifestação mais clara do que esta, a das relações industriais”¹¹.

Na visão de Amauri Mascaro Nascimento¹² a autonomia coletiva favorece o direito à livre negociação coletiva, a transferência de poder normativo do Estado para a ordem sindical – profissional, o poder dos grupos sociais de autoelaboração da regra jurídica, a tutela sindical no lugar da estatal, distinguindo, entre os direitos, aqueles que devem ser protegidos pela lei e aqueles que podem ser negociados pelos sindicatos.

A aceitação do sentido mais amplo de autonomia coletiva dos particulares, na opinião da Walküre Lopes Ribeiro da Silva, “conduz as indagações sobre a relação entre o Estado e a autonomia privada a tocarem em uma questão essencial, qual seja, o grau de democracia e, conseqüentemente, de participação presente em um dado modelo político-jurídico”. Sob essa ótica, prossegue a autora, “a autonomia coletiva enseja tanto a negociação coletiva entre os atores sociais, como a negociação ou concertação social entre o Estado e os atores sociais. A autonomia coletiva pode propiciar, ainda, a participação dos atores sociais no próprio processo legislativo desenvolvido pelo Estado”¹³.

Nessa perspectiva, como expressão da autonomia privada dos particulares, a negociação coletiva representa uma fonte fundamental de produção normativa no direito do trabalho. De fato, como vantagem primordial, mostra-se mais compatível com os imperativos de uma modulação dinâmica das relações de trabalho, devido à vigência temporal limitada dos contratos coletivos de trabalho.

Nos sistemas democráticos modernos, a principal forma de composição dos conflitos coletivos de trabalho é a negociação coletiva entre os entes sociais, da qual resultam as convenções coletivas, discriminando os direitos, as quais vigorarão por um determinado prazo, e neste interregno tem-se a paz social. Tão grande é sua essencialidade no sistema de relações de trabalho, como instrumento de diálogo que permite às partes conciliar os interesses econômicos e sociais, é que a prática da negociação coletiva de trabalho tem sido estimulada

11 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 103.

12 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 196.

13 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 26, n. 97, p. 35, jan./mar. 2000.

desde a criação da Organização Internacional do Trabalho, em todo o mundo, como se vê pelas disposições contidas nas Convenções ns. 98, 151 e 154¹⁴ da OIT, já ratificadas pelo Brasil.

Conhecidas são as vantagens da negociação coletiva em relação à lei, mas que devem ser sempre recordadas. Em primeiro lugar, como procedimento, a negociação coletiva é mais simplificada eis que menores seus trâmites e reduzidas as suas formalidades, sujeitas, muitas vezes, a simples regras criadas pelos próprios interlocutores sociais.

Em segundo lugar, com relação à amplitude, a negociação coletiva é dotada de maior plasticidade e capacidade de atender às peculiaridades de cada setor econômico e profissional (categoria, ramo, setor, e até empresa) para o qual é instituída, diversamente do que ocorre com a legislação, que é geral e uniforme para toda a sociedade. A lei traz consigo uma inerente “generalidade” e é então levada a expandir sua proteção para áreas, é claro, mais amplas do que o contrato coletivo. Este, diversamente, é limitado pela eficácia *inter partes* própria dos atos negociais. Por outro lado, a experiência mostra que a lei tem menor intensidade de penetração social em comparação com o contrato coletivo e, portanto, em alguns casos, ela registra uma menor efetividade¹⁵.

Em terceiro lugar, a negociação coletiva tem seu processo de elaboração centralizado nos próprios destinatários da norma. Na legislação, compete ao Estado e a seus órgãos; na convenção coletiva, nos interlocutores sociais interessados que, diretamente, desenvolvem um procedimento destinado à sua aprovação e de conformidade com seus próprios interesses. Este caráter democrático no processo de criação da norma coletiva, aponta-se, é o grande fator impulsionador de sua efetividade, eis que são regras criadas pelos próprios envolvidos, conforme suas aspirações e a partir de um diálogo de concessões recíprocas.

À luz do acima exposto, e da intrínseca relação entre autonomia privada coletiva, negociação coletiva de trabalho e grau de democracia em um país é

14 Para os efeitos do art. 2º da Convenção nº 154 da OIT o termo “negociação coletiva” compreende “todas as negociações que se realizam entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou mais organizações de empregadores, de um lado, e, de outro, uma ou mais organizações de trabalhadores, para: (a) definir condições de trabalho e termos de emprego; e/ou (b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; e/ou (c) regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma organização de trabalhadores ou organizações de trabalhadores”.

15 PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro*. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. Torino: Giappichelli, 1999. p. 261.

que o tema se coloca, traduzido, no campo jurídico laboral, na análise da relação entre as fontes normativas.

Não por acaso vem ganhando destaque, na doutrina e na jurisprudência, um novo método jurídico, de verdadeiro “diálogo entre as fontes” do direito, com vistas a atender e a conciliar os interesses na atual sociedade complexa. De acordo com a teoria do diálogo das fontes, de Erik Jayme, os conflitos de leis e normas emergem agora de um diálogo entre as fontes, as mais heterogêneas. Trata-se de um novo método, aplicável a todos os ramos do direito e que se apresenta como instrumento útil ao aplicador, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, velho conhecido do Direito do Trabalho e que hoje se debate em outros campos do direito. De acordo com Cláudia Lima Marques, a teoria de Erik Jayme do diálogo das fontes insere-se na grande tradição da visão sistemática e funcional da ordem jurídica, atualizada por uma visão internacional e cultural do direito e uma perspectiva mais humanista. Transcende o debate sobre as teorias positivistas, pois sua proposta é justamente a busca da coerência do direito posto. E abrange, além do diálogo entre as leis postas, normas narrativas de inspiração, *soft law*, costumes, princípios gerais. Em arremate, “aplicar a lei, com olhos de afastar uma e priorizar outra, é uma visão reducionista das possibilidades de aplicação das leis hoje”¹⁶.

Em outras palavras, propõe-se um novo paradigma de coordenação e coerência, superador dos antigos critérios de resolução de conflitos de leis, de tradição escolástica (anterioridade, especialidade e hierarquia). Sem se tratar de exclusões recíprocas, busca-se a influência recíproca: há a aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente ou mesmo a opção por uma solução flexível e aberta, de interpretação¹⁷.

16 MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 19. Assim, os direitos humanos, os direitos fundamentais e constitucionais, os tratados, as leis e códigos, estas fontes não mais se excluem, ou não mais se revogam mutuamente; ao contrário, elas “falam” umas às outras e os juizes são levados a coordenar estas fontes “escutando” o que as fontes “dizem”.

17 MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 26-27. A autora faz o seguinte convite à reflexão: “(...) di-a-logos, duas ‘lógicas’, duas ‘leis’ a seguir e a coordenar um só encontro no ‘a’, uma ‘coerência’ necessariamente ‘a restaurar’ os valores deste sistema, desta ‘nov-a’ ordem de fontes, em que uma não mais ‘re-vo-ga’ a outra (o que seria um mono-logo, pois só uma lei ‘fala’), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos”. Na seara trabalhista, convém recordar vários direitos consagrados em leis, antes mesmo de serem positivados, tiveram sua gênese em convenções coletivas de trabalho, o que basta para demonstrar a função dialógica da negociação coletiva até mesmo como fator renovador da própria ordem jurídica estatal.

Tais considerações metodológicas são relevantes não apenas para cotejar a amplitude da negociação coletiva diante da lei, mas, também, entre os diversos níveis de negociação coletiva de trabalho, em uma coordenação dinâmica das fontes estatais e autônomas, e das próprias fontes autônomas entre si (coletivas e individuais), todas componentes do ordenamento jurídico trabalhista, cuja pedra de toque é, sem dúvida, a pluralidade de fontes.

Como ensina Giancarlo Perone, a história do direito do trabalho, na sua essência, identifica-se com a evolução de suas fontes: fontes de cognição, é claro, mas também com as de produção. Estas são oriundas – e esta é uma característica essencial deste ramo do direito tão devedor das determinações das forças sociais – não apenas da soberania do legislador mas, também, da vontade dos sujeitos da autonomia coletiva. O enredo e o desenvolvimento de um conjunto tão diversificado de fontes marca a progressiva fisionomia da disciplina¹⁸.

A flexibilização autônoma, negociada coletivamente, permite a transição da tutela estatal para o garantismo coletivo, e torna “disponíveis” as tradicionais normas legais estatais. Nesse tipo de flexibilidade, denominado “garantismo coletivo”, seria possível deslocar a norma heterônoma mesmo quando não fosse mais favorável¹⁹.

A posição de Amauri Mascaro Nascimento é a de que o ideal é dosar a dimensão da lei, que não deve nem descer a detalhes muito menos ampliar-se ocupando uma esfera que os próprios sindicatos podem ocupar, de modo que uma legislação sindical moderna deve, para este autor, ter duas metas fundamentais para que possa situar-se num patamar de razoabilidade: primeira, o seu sentido promocional de apoio ao sindicato por meio de princípios que o valorizem diante da sua importância num Estado democrático de Direito; segunda, algumas limitações indispensáveis, para evitar abusos²⁰. Em obra mais recente, o jurista já sublinhava que de nada adiantaria o ordenamento jurídico repleto de

18 PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro*. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. Torino: Giappichelli, 1999. p. 227.

19 ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002. p. 35. Recordamos que, considerando a experiência francesa dos anos 1980 e seguintes, Javillier concebeu três graus de flexibilidade do Direito do Trabalho: 1) a flexibilidade de proteção, que corresponderia à etapa inicial da legislação, que admite uma variante na concepção tradicional da ordem pública (ordem pública social), para dar lugar às normas de hierarquia inferior mais favoráveis ao trabalhador; 2) flexibilidade de adaptação, que admite, por meio de convenções e acordos, sejam introduzidas derrogações *in pejus*, e não só *in melius*; 3) flexibilidade de desregulamentação, em que o próprio legislador derroga dispositivos considerados demasiadamente rígidos (JAVILLIER, J. C. *Manuel de droit du travail*. 2. ed. LGDF, 1988. p. 66 e ss).

20 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 215.

leis elaboradas pelo Estado e vazias de conteúdo efetivo com elevados índices de descumprimentos das leis, provocando um volume de processos judiciais que, pela sua quantidade, não podem ser solucionados com brevidade, só muito tempo depois da ocorrência do conflito²¹.

O desafio, logo se percebe, é a passagem, com segurança, de um modelo no qual a base é composta por normas de ordem pública e apenas supletivamente é completado por normas negociadas para um modelo no qual apenas os direitos fundamentais do trabalhador seguem garantidos pelas normas inderrogáveis, sendo que todas as demais normas de proteção são fruto da negociação coletiva, ou seja, a proteção decorre da tutela sindical, prestigiando-se a pluralidade das fontes do Direito do Trabalho.

Nas precisas lições de Walküre Lopes Ribeiro da Silva, os anseios de modernização da legislação trabalhista têm conduzido a uma crescente valorização da autonomia privada coletiva, preconizando-se uma mudança da relação entre as fontes do Direito do Trabalho. Se de um lado é importante o incentivo à autonomia privada coletiva, a verdade é que, no campo das relações de trabalho, o legislador assegura aos trabalhadores um patamar de direitos, tendo em vista a dignidade e o valor do trabalho humano. Assim, a primeira função da ordem pública é promover a regulação social, impedindo retrocessos na sociedade. E arremata a autora: “a flexibilização do direito do trabalho deve implicar a reestruturação da sociedade em sentido positivo. Ao invés de retroagir aos ideais iluministas, voltando a defender a auto-regulamentação do mercado, deve-se combinar a ação do Estado e a atuação dos particulares: ao contrabalançar o intervencionismo estatal com a autonomia coletiva, corrigem-se as distorções do mercado”²².

Convém, neste ponto, alertar também para os riscos de se delegar um grande poder dispositivo aos sindicatos em momentos de enfraquecimento do poder destes, a fim de que as normas coletivas negociadas não caminhem em uma tendência de desproteção social gradativa. Afinal, negociação, por definição, envolve concessões recíprocas das partes; do contrário seria mera renúncia de direitos e precarização²³. Eis o alerta claro do saudoso Amauri Mascaro Nascimento: “a sacralização do dogma da autonomia da vontade com suas sequelas,

21 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 80-81.

22 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Autonomia privada coletiva*. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. 3. (Coleção Pedro Vidal Neto).

23 Neste ponto é que nota a diferença fundamental entre dois sentidos possíveis da palavra “flexibilização”: como “re-regulamentação”, que é saudável; ou como “desregulamentação”, que pode constituir a criticada precarização.

DOCTRINA

isto é, a faculdade das partes de fixar, por si próprias, o conteúdo das relações individuais de trabalho com abstenção do Estado, mesmo onde possa haver situações de desequilíbrio de forças, que, sendo soltas para a livre composição, segundo as exigências do mercado, não resolverão as questões trabalhistas de forma justa e equitativa, em prejuízo da proteção ao trabalhador²⁴.

No diagnóstico de Alain Supiot, ao estudar diversos ordenamentos europeus, a negociação coletiva de trabalho apresenta-se como uma alternativa à aplicação da lei nas seguintes situações: na autorização legal para a celebração de acordos coletivos de trabalho que derroguem as suas disposições (acordos derogatórios); nas leis supletivas, que só se aplicam quando não existe um acordo coletivo; e nas leis dispositivas, que não fixam uma regra que não possa ser derogada, mas abrem uma faculdade cuja utilização requer um acordo coletivo de trabalho. As relações entre a lei e a negociação coletiva de trabalho tornam-se, na atualidade, mais complexas e heterogêneas e tanto podem ser pautadas pela igualdade (sistema de organização eminentemente convencional) quanto por uma hierarquia que garanta o primado da lei sobre a convenção coletiva de trabalho (sistemas legais, de intervenção estatal). A tendência geral é a lei se esvaziar de disposições substanciais e estipular, em seu lugar, regras procedimentais destinadas a garantir o direito à negociação coletiva de trabalho, cujo resultado pode substituir, prolongar, desenvolver ou aplicar disposições legislativas²⁵.

Se, constantemente, a regulação das relações de trabalho deriva de fontes normativas diferentes – por um lado, o contrato coletivo, por outro lado, a lei –, varia, no entanto, a distribuição do peso destes instrumentos nos diferentes ordenamentos, e varia, também, na evolução histórica do mesmo ordenamento. Dependendo da distribuição de funções e de competências entre regulamentações autônomas e regulamentações heterônomas, mede-se a adesão de um dado ordenamento, ou de um determinado período histórico dele, a três grandes

24 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 81.

25 SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 153. Registre-se a opinião, por exemplo, de Giampiero Proia, para quem os limites da norma inderrogável trabalhista e de seus destinatários não são apenas móveis, mas o seu deslocamento no tempo não é necessariamente unidirecional. Tais limites variam também no espaço, conforme demonstra o peso bem diverso que a norma inderrogável assumiu nos distintos ordenamentos jurídicos. Dessa forma, para averiguar se a norma inderrogável aumentará o seu raio de ação, ou o reduzirá, ou se, simplesmente, dará lugar a novas formas de aplicação, deve-se considerar vários fatores, tais como quais são os tipos de tutela disponíveis, como elas interagem e afetam o sistema produtivo e as suas eventuais consequências em termos de crescimento da ocupação ou de um crescimento equilibrado das oportunidades de trabalho (PROIA, Giampiero. A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, n. 6, 2007, p. 1.206).

modelos juslaborais: o modelo voluntário, o modelo estatal e o misto-auxiliar, como já exposto anteriormente.

3 – O movimento de descentralização negocial no direito comparado

Para a adequada compreensão do tema, mostra-se indispensável saber que não apenas o peso da negociação coletiva diante da lei é variável ao longo do tempo como, também, a relação entre os níveis de negociação coletiva sofrem mudanças dinâmicas.

Amauri Mascaro Nascimento apresenta modelos de negociação coletiva e expõe que, *quanto aos níveis de negociação*, há diversos: a empresa, a categoria, diversas categorias ou, até mesmo, os trabalhadores como um todo. E essas instâncias podem agir com absoluta autonomia, independendo uma das outras ou de modo integrado, relacionando-se segundo uma divisão de competências. Quanto à relação entre os níveis, mostra que podem ser “articulados” e “não articulados”. Nos primeiros, os diversos níveis de contratação coletiva entrelaçam-se. Não se unificam. Cada um conserva a sua individualidade. Mas compõem um todo num sentido. As contratações de nível superior (quase sempre intercategoriais) estabelecem regras em razão da matéria ou dos procedimentos, que as demais instâncias inferiores seguem, erguendo-se uma pirâmide sindical-negocial, repartidas as competências, e que redundam, muitas vezes, na prática, em uma forma de controle das entidades sindicais de cúpula sobre as de nível menor. Assim, a contratação articulada traduz-se num conjunto de convênios coletivos escalonados, em diferentes níveis, relacionados entre si, a partir de um acordo maior, o acordo-marco, entre organizações sindicais de segundo grau. Diferentemente ocorre nos modelos independentes, em que os diversos níveis de negociação coletiva, inclusive na mesma categoria, são totalmente autônomos, não existindo reserva de competência para determinadas instâncias ou tipos de entidades sindicais ou restrições sobre o conteúdo a ser negociado em cada esfera do mesmo setor sindical, o que permite maior liberdade para as bases. Por fim, quanto à concentração, os modelos de negociação coletiva podem ser classificados em concentrados ou descentralizados. Os primeiros são unificantes e a negociação é centralizada em um nível mais alto; os segundos são difusos, distribuindo-se pelas diversas esferas de representação sindical²⁶.

Os fatores jurídicos são importantes, mas não são os únicos que explicam a configuração e a evolução da estrutura da negociação coletiva, eis que

26 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 419-420.

DOCTRINA

esta responde a uma pluralidade de fatores adicionais, do tipo econômico, de estrutura empresarial, de intensidade de opções de descentralização produtiva, de distribuição geográfica de mercado de trabalho, de evolução dos setores produtivos, de conformação das organizações de representações dos interesses coletivos. Por vezes, a resistência a mudanças liga-se até mesmo com a própria configuração das organizações sindicais (patronais e profissionais) eis que, em grande parte dos casos, a estrutura da negociação reflete a estrutura destas organizações, de modo que o caráter centralizado ou descentralizado permite intuir a natureza mais ou menos hierarquizada das mesmas²⁷.

A OIT, por meio de seu Comitê de Liberdade Sindical, editou verbetes sobre o tema dos níveis de negociação coletiva de trabalho. E a diretriz fixada é no sentido de permitir que sejam todos os possíveis níveis de negociação (desde os mais amplos até os mais específicos) se assim desejarem os atores sociais envolvidos. Afinal cuida-se de um espaço de liberdade que é (ou não) exercido conforme os interesses em jogo, matérias a regular e política negocial mais adequada a um dado contexto. Registrem-se os verbetes abaixo:

“988. Com base no princípio da negociação coletiva livre e voluntária, estabelecido no artigo 4º da Convenção n. 98, a determinação do nível de negociação coletiva deveria depender essencialmente da vontade das partes e, como consequência, o mencionado nível não deveria ser imposto em virtude da legislação, de uma decisão da autoridade administrativa ou de uma jurisprudência da autoridade administrativa do trabalho.”

“989. A determinação do nível da negociação deveria depender da vontade das partes. Por isso, a negativa dos empregadores de negociar em um nível determinado não constituiria uma violação da liberdade sindical.”

“990. A legislação não deveria criar obstáculo para a negociação coletiva no nível da indústria.”

“991. Para proteger a independência das partes interessadas, seria mais apropriado permitir-lhes que decidam de comum acordo em qual nível deve ser realizada a negociação. Não obstante, em muitos países, esta questão corresponde a um organismo independente das partes. O

27 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo. *XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid. Ponencia de 10.12.2014.

Comité estimou que nesses casos o organismo mencionado deve ser realmente independente.”²⁸

3.1 – Ordenamento jurídico italiano: os acordos de proximidade a partir de 2011

A pedra de toque do modelo de negociação coletiva na Itália é bastante flexível, pois não houve lei estatal engessando o sistema de contratação coletiva após a queda do corporativismo estatal fascista, tendo as regras sido remetidas à autonomia privada coletiva. Ao longo da história, a partir da Constituição democrática de 1948, verificaram-se oscilações entre centralização e descentralização da fonte contratual que se pretende privilegiar em cada fase. Em verdade, desde a década de 1980, quando se manifestou o denominado “*diritto del lavoro dell’emergenza*”, temas como o papel do sindicato na dinâmica contratual de tutela e o poder dispositivo sindical na transação coletiva frente à lei passaram a ser um constante debate.

A contratação centralizada, nacionalmente unificada, havia cumprido um papel histórico naquele momento de transição e, com a consolidação democrática, infinitas possibilidades foram entreabertas, conforme o modelo organizativo e as necessidades da classe trabalhadora em um dado contexto, podendo variar desde âmbitos nacionais, setoriais até o nível de empresa, já que as vantagens de um modelo de contratação podem significar as desvantagens de outro, e vice-versa.

Nesse sentido, no que se refere aos níveis de contratação coletiva e à relação entre estes, a Itália já presenciou os seguintes níveis de negociação coletiva: o nível do contrato coletivo nacional de categoria, com posição central no sistema, como verdadeiros “códigos setoriais do trabalho”, desempenhando a função de um autêntico eixo negocial contemplando política salarial geral, direito de informação e até mesmo as matérias e regras de procedimento negocial a serem observadas pelos níveis inferiores. Na sequência, figuram os contratos coletivos regionais ou provinciais da categoria, que são os contratos locais; e atualmente, um papel proeminente aos acordos de empresa, os quais, até então, assumiam uma função meramente especificadora das condições já pré-fixadas em instrumentos coletivos de nível superior e, ainda assim, desde que esta “delegação” estivesse autorizada.

28 OIT. *Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006. p. 209.

DOCTRINA

Em 1962, inaugurou-se a chamada “contratação articulada” (em cascata), resultado das organizações sindicais que almejavam a descentralização da negociação coletiva: é o que se estabeleceu em um acordo celebrado entre as federações de metalúrgicos e as entidades patronais buscando maior adaptabilidade das normas gerais dos setores às peculiaridades de cada setor ou empresa. O contrato coletivo nacional da categoria regulava vários temas e remetia outros a contratos de âmbito territorial de grau inferior. A despeito do maior dinamismo propiciado pelo modelo da negociação articulada, não havia ampla liberdade das entidades sindicais de grau inferior em termos de poder negocial. No início dos anos 1980 houve um retorno à centralização da contratação coletiva, que culminou com um acordo tripartite de 1983, denominado *Accordo Scotti*, o qual moldou a estrutura hierárquica rígida e piramidal, impondo limites tanto à contratação coletiva de categoria nacional, quanto à negociação em nível de empresa, tendo essa última um mero papel complementar dos níveis superiores interconfederais ou da categoria nacional²⁹.

Nesta época, a doutrina já alertava acerca do problema da relação entre os níveis contratuais inferiores. E, ao fazer uma análise das experiências da “contratação articulada” (anos 1960 e início dos 1970) e do retorno à centralização contratual (início dos anos 1980), aduz que uma subdivisão rígida e hierarquicamente ordenada dos âmbitos de competência era completamente privada de utilidade, já que a situação econômica ou produtiva exigia, ao contrário, uma elevada flexibilidade dos instrumentos negociais em cada nível e, especialmente, no plano da empresa. A rigor, o problema não é tanto escolher, *in abstracto*, um nível em detrimento de outro, mas de individualizar a unidade contratual eficiente com relação a um determinado problema³⁰.

Ao longo dos anos 1990, por sua vez, a negociação coletiva desempenhou um papel supletivo da atividade legislativa que delegava espaços de normatização das relações de trabalho aos atores sociais em momentos de crise, ao introduzir doses de flexibilização nas relações de trabalho, tendo em vista o enfrentamento de pontuais condições do mercado de trabalho, atenuando a rigidez da norma estatal geral por meio da técnica que, na doutrina, é definida como flexibilização “sindicalmente controlada”.

Em 2011, houve uma grande guinada no sistema de contratação coletiva com a Lei nº 148 de 2011, o qual foi precedido pela assinatura, pelas três maiores confederações sindicais italianas, do Acordo Interconfederal, de 28

29 SILVA, Otávio Pinto e. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 76-78.

30 MARIUCCI, Luigi. *La contrattazione collettiva*. Bologna: Il Mulino. 1985. p. 223-224.

de junho de 2011, que consagra a união de ação das confederações profissionais CGIL, CISL e UIL e da Confindustria, pelo lado patronal³¹. Este Acordo interconfederal de 2011 já previra, antes mesmo da aprovação da referida Lei, a possibilidade para o acordo coletivo de empresa derrogar o contrato coletivo nacional de categoria nas matérias indicadas por este último, desde que houvesse autorização³². Portanto, até 2011, a tradicional relação hierárquica dos instrumentos negociais permaneceu parcialmente inalterada: centralidade da negociação coletiva nacional e específica “autorização” aos níveis inferiores para derrogação de disposição superior se e na medida previamente estabelecida. Porém, é justamente a partir deste pacto intersindical que se enxergam os primeiros sinais em direção a uma inversão no sistema de fontes que passam a ser privilegiadas em termos de prioridade aplicativa.

Após décadas de abstenção legislativa italiana em matéria sindical, o novo texto (art. 8º do Decreto-Lei nº 138/2011, convertido em Lei nº 148/2011) introduz o inédito princípio da *derrogabilidade* de normas de lei e introduz os denominados contratos de proximidade (de empresa ou setoriais). Aponta-se ter havido uma espécie de “mutação genética” do direito do trabalho. Criticada por muitos, a inovação legislativa atinge a amplitude da supremacia da lei e sua indisponibilidade pela autonomia privada, em especial a autonomia coletiva³³. A doutrina reconhece tratar-se de uma virada histórica, diante do amplíssimo poder dos sindicatos, nesses ditos “acordos de proximidade” de derrogar tutelas da lei estatal e do contrato coletivo nacional da categoria.

31 Vale ressaltar que, atualmente, o conteúdo do AI de 2011, com relação à delega para negociação coletiva ao nível de empresa, foi recepcionado no Texto Único sobre Representação de 10 de janeiro de 2014, na parte terceira dedicada à “titularidade e eficácia da contratação coletiva nacional de categoria e de empresa”.

32 Acordo Interconfederal de 28 de junho de 2011, ponto n. 3: “A negociação coletiva de empresa se desenvolve nas matérias delegadas, totalmente ou parcialmente, pelo contrato coletivo nacional de trabalho da categoria o pela lei”, e ponto n. 7: “os acordos coletivos de empresa podem ativar instrumentos de articulação contratual dirigidos a assegurar a capacidade de aderir às exigências dos específicos contextos produtivos. Os acordos coletivos de empresa podem, portanto, definir, mesmo se por via experimental e temporânea, específicos entendimentos para modificação das regulamentações contidas nos contratos coletivos nacionais de trabalho nos limites e no respeito dos procedimentos indicados nos mesmo contratos coletivos nacionais de trabalho. Quando não previstas e no aguardo das renovações que definem a matéria do contrato coletivo nacional de trabalho aplicado na empresa, os acordos coletivos de empresa assinados com as representações sindicais da empresa em acordo com as organizações territoriais signatárias do presente acordo interconfederal, com a finalidade de gerir a crise ou em presença de investimentos significativos para favorecer o desenvolvimento econômico e ocupacional da empresa, podem definir entendimentos que modifiquem institutos do contrato coletivo nacional que disciplinam a prestação laboral, os horários de trabalho e a organização do trabalho. Tais entendimentos modificativos têm eficácia geral”.

33 DE LUCA TAMAJO, Raffaele. Prime valutazioni e questione di legittimità costituzionale dell’art. 8 della legge n. 148 del 2011. *ADL – Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, n. 1, 2012, p. 19-30.

O art. 8º permite à negociação coletiva de trabalho no nível de empresa derrogar o contrato nacional de categoria e, o que é mais complexo, até mesmo a lei, em diversas matérias, desde que observados certos limites objetivos e subjetivos, quais sejam: presença de específicas circunstâncias e com finalidades objetivas, bem como a observância de critérios de representatividade sindical.

Ambos, o Acordo Interconfederal e a Lei escolhem como fonte derogatória a autonomia coletiva de nível de empresa (a Lei indica também o nível territorial), delegando assim à responsabilidade sindical a proporcionalização da proteção para contextos específicos visando favorecer o desenvolvimento e a ocupação. De acordo com Antonio Vallebona, a conveniência ou não de uma maior descentralização regulativa da contratação coletiva constitui uma típica questão das dimensões dos interesses que se quer privilegiar: aqueles que consideram prioritária, por evidentes razões ideológicas e políticas, a conservação de um interesse comum dos trabalhadores mais amplo possível para uma correspondente solidariedade e capacidade de mobilização, é favorável à conservação da centralização regulativa no contrato coletivo nacional. Aqueles, por sua vez, advertidos dos sacrifícios, não mais sustentáveis em uma economia de competição global, de uma sufocante uniformidade de disciplina também para situações diversificadas, são favoráveis à descentralização regulativa, seja mediante a autonomia coletiva, seja mediante a autonomia individual adequadamente assistida³⁴.

Giancarlo Perone, por seu turno, já no ano de 2012, refletia sobre as vantagens e os riscos das mudanças efetuadas, inclusive questionando se esta intervenção legislativa constituiria uma ruptura contingente e pontual ou uma tendência histórica sem retorno ao passado. Em sua análise, o abrandamento da relevância da categoria profissional, concebida como um modo de ser de classe, com vocação à uniformidade de tratamento estável negociado a nível nacional, não parece ser almejada ou mesmo refletir uma solidariedade aprioristicamente

34 VALLEBONA, Antonio. Dimensione degli interessi e decentramento regolativo. In: *Lavoro e spirito*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 153-155. Inclina-se Vallebona para a descentralização da negociação coletiva, por considerar equivocada a ideia segundo a qual a retribuição deva ser fixada a nível nacional e não a nível territorial ou empresarial, inclusive para sopesar os diversos custos de vida e as diversas possibilidades de satisfações não mensuráveis em âmbitos muito amplos; e sobre esta valoração também pode incidir o interesse de geração de empregos, conservação da empresa em determinadas situações, havendo amplo espaço para o sindicato, na qualidade de garantir, caso a caso, negociar de forma equânime variações de funções, transferências, dispensas, salários e as condições de trabalho em geral, tudo na busca de um interesse comum entre as partes, fora de um clima de luta de classes ou de obsessivo controle judicial, enfim, uma mediação entre as exigências da coletividade e dos indivíduos, sem uma predeterminação rígida de inderrogabilidade. A única condição, alerta Vallebona, é que os sujeitos coletivos chamados a tal delicada valoração sejam efetivamente representativos, a fim de afastar o perigo dos chamados “contratos piratas”.

fixada e desejada com a maior amplitude possível. O poder do sindicato local não parece que será tão rígido como era em mãos das entidades sindicais confederais. Houve uma redistribuição de novos equilíbrios entre competências locais e periféricas. No entanto, mesmo com os riscos da perda da centralidade da categoria, reconhece o autor não ser possível afirmar que hoje estamos adequados ao modelo de negociação interconfederal e centralizada, com o que não se mostraria razoável a concepção da realidade com o propósito de restaurar canais de representação falhos, sem concretude e sem aderência social³⁵.

3.2 – Ordenamento jurídico espanhol: os convênios de empresa nas Reformas de 2011 e 2012

Diferentemente da Itália, em que o regramento da negociação coletiva (matérias, níveis, procedimento, eficácia e relação entre níveis) fora totalmente deixado à autonomia privada coletiva, a Espanha – talvez em razão de quase quarenta anos de regime franquista autoritário e de sindicalismo vertical – optou por regular algumas linhas mestras da estruturação dos convênios coletivos por via da legislação. Daí a tendência em direção aos “acordos-marco”, bem como à centralização da negociação coletiva estruturada pela via do Estatuto dos Trabalhadores em 1980³⁶.

Não foram poucas as dificuldades enfrentadas pela sociedade espanhola no período de transição. Alguns analistas referem-se a uma falta de “vertebração social” e a uma debilidade das estruturas sociais e de hábitos associativos após tantos anos de regime autoritário no plano civil e sindical, uma espécie de “herança histórica” de inibição da capacidade de iniciativa e responsabilidade individuais, de auto-organização coletiva na sociedade civil³⁷.

35 PERONE, Giancarlo. *Diritto sindacale tra essere e dover essere. ADL – Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, n. 1, 2012.

36 A promulgação da Constituição de 1978 gerou prontamente o desejo de atuação do legislador infra-constitucional em conteúdos sociolaborais, já que a erradicação das persistentes estruturas autoritárias do franquismo o exigia. Ademais, o tradicional perfil intervencionista do ordenamento espanhol demandava essa atuação com toda naturalidade. A política de concertação social, dos macro-acordos e da negociação coletiva centralizada constituíram-se então, nesse sentido, um marco referencial no qual os sindicatos foram os grandes protagonistas e ascenderam a um lugar de grande legitimação perante a sociedade civil.

37 PEREZ DIAS, Victor. Políticas económicas y pautas sociales en la España de la transición: la doble cara del neocorporatismo. In: *España: un presente para el futuro*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1984. v. 1. p. 31-33. Juristas, sociólogos e cientistas políticos referem-se a uma tradição cultural, adquirida ao longo de quase quarenta anos de franquismo, de sobrevalorização do Estado e de debilidade da sociedade civil.

O desenho institucional que se iniciou com o decreto-lei de relações de trabalho, de março de 1977, os Pactos de Moncloa, de outubro do mesmo ano, e a Constituição de 1978, acarretou uma mudança completa nas regras do jogo dos mecanismos de controle estatal sobre a negociação coletiva. Os anos que se seguiram à aprovação da Constituição espanhola marcaram a passagem das organizações sindicais – em especial das centrais sindicais – do modesto rol de espectadoras para o de interlocutoras privilegiadas dos poderes públicos com vistas à superação de crises. Ampliou-se assim a sua ação “do mercado de trabalho ao mercado político”, intercâmbio que se expressa nos processos de concertação social³⁸.

Entre 1979 e 1983, houve grandes avanços que contribuíram para o marco institucional de negociação coletiva daquele momento. Exercendo a autonomia privada coletiva, as organizações sindicais celebraram quatro negociações nacionais interprofissionais. Fixaram-se as diretrizes para a futura legislação e estimulou-se uma prática de negociação centralizada. Os analistas destacam que, sobretudo entre 1980 e 1981, tais negociações coletivas centralizadas foram um fator essencial para estabilizar as relações de trabalho, ao fixar, *a priori*, as bases dentro das quais se deveriam negociar os reajustes salariais. E salientam que “pode-se dizer que os ‘acordos-marco’ de 1979 e 1980 foram, no terreno sócio-laboral, o que os Pactos de Moncloa tinham sido no campo político”³⁹.

Em 1980, foi aprovado o Estatuto dos Trabalhadores (Lei nº 8, de 10 de março de 1980), que muito absorveu do amplo debate ocorrido nas duas primeiras negociações coletivas nacionais (de 1979 e de 1980). A disposição final oitava do Estatuto dos Trabalhadores (ET) previu a criação de uma Comissão Consultiva com o objetivo de assessorar as partes das negociações coletivas na “fixação e determinação dos âmbitos funcionais das convenções coletivas”⁴⁰. Visou-se, com esta comissão, criar uma funcionalidade consultiva ao sistema negocial, seja estabelecendo adequadamente o âmbito funcional da convenção

38 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Sindicatos y libertad sindical en España: dos décadas de vigência constitucional. In: GARCÍA LASO, Agustín; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Ed.). *Sindicatos y cambios económicos y sociales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002. p. 27-28.

39 OIT. Informe de una misión de la Oficina Internacional del Trabajo. *Situación sindical y relaciones laborales en España*. Ginebra: OIT, 1985. p. 66. Em janeiro de 1980 seguiu-se o Acordo Marco Interconfederal para Negociação Coletiva entre UGT e CEOE – AMI, inspirado no sistema de “contratação articulada” italiana, e que assumiu o valor de “convenio de convenios” (ou “convênios para convenir”, na medida em que determinava as matérias que seriam negociadas nos níveis inferiores bem como fixava de forma autônoma regras para as negociações coletivas, expressão de autonomia privada coletiva.

40 A referida comissão foi apenas regulamentada quatro anos após, com o Real Decreto 2976/1983, de 9 de novembro, que regula a Comissão Nacional Consultiva” em questão, cujos objetivos eram de extrema importância no sentido de se criar um mecanismo estável coadjuvante para solucionar conflitos entre convenções coletivas e as respectivas unidades de negociação (art. 83 do ET), sempre que provocados pelas partes negociadoras.

coletiva que se pretenda negociar, seja interpretando uma convenção coletiva vigente para determinar seu âmbito funcional de aplicação (art. 2º, 1). A Comissão, seguindo a tradição das modernas democracias pluralistas, tinha composição tripartite, dela participando associações empresariais e organizações sindicais de trabalhadores; e, por meio dela, o Estado assume a promover e a incentivar a autonomia contratual, inclusive para a escolha das partes de negociações coletivas de eficácia mais geral (art. 87, 2, do ET) feitas pelas organizações mais representativas, nos termos da Lei⁴¹.

Esta Lei contém disposições relativas à temática sindical, cabendo destacar a vedação de discriminação por motivos sindicais e a regulamentação da representação eletiva na empresa. Embora nesse diploma legal não tenha recebido tal denominação, a representatividade foi nele regulada de maneira genérica, com vistas à legitimação para negociar convenções coletivas com eficácia geral (art. 87.2 e 88.1)⁴² e para a representação institucional perante a Administração Pública (disposições adicionais n. 6), essa última hipótese relativa às organizações de empregadores. Como parâmetro para a escolha, elegeu-se os resultados das eleições de comitê de empresa e delegados de pessoal.

Elias Gonzáles-Posada Martinez, ao analisar a estrutura de negociação coletiva desenhada pelo ET, adverte que cada sindicato tem a possibilidade de contar com unidades descentralizadas de sua organização nos distintos centros de trabalho por meio da seção sindical de empresa, a qual é integrada pelos filiados do respectivo sindicato no centro de trabalho. Salienta que o intuito do legislador foi estabelecer uma “conexão estrutural entre a representação e a contratação coletiva de eficácia geral”⁴³. O autor explica que a combinação

41 VALDÉS DAL-RE, Fernando. La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 17, p. 5-28, ene./mar. 1984.

42 O art. 87.2 do Estatuto dos Trabalhadores, na redação da época, declara que nos convênios coletivos de âmbito superior ao nível de empresa são legitimados: “a) os sindicatos que tenham a consideração de mais representativos em nível estatal, assim como em seus respectivos âmbitos, os entes sindicais afiliados, federados ou confederados aos mesmos; b) os sindicatos que tenham a consideração de mais representativos em nível de Comunidade Autônoma relativamente aos convênios que não transcendam o dito âmbito territorial, assim como, em seus respectivos âmbitos, os entes sindicais afiliados, federados ou confederados aos mesmos; c) os sindicatos que contem com um mínimo de 10% dos membros dos comitês de empresa ou delegados de pessoal no âmbito geográfico e funcional a que se refira o convênio”. Por sua vez, o art. 88.1, alude à Comissão negociadora, a qual deverá ser composta por representantes dos trabalhadores, segundo o disposto no mencionado art. 87.1. Observe-se que a expressão “comunidade” utilizada no artigo 87.2 mencionado refere-se à província ou região da Espanha (ALONSO OLEA, Manuel; BARREIRO GERMÁN, González. *El Estatuto de los trabajadores*. Texto, comentários, jurisprudencia. Madrid: Civitas, 1995. p. 396-397).

43 GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elias. La estructura de la contratación colectiva: factores de determinación y consecuencias desencadenantes. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 103, p. 23, ene./feb. 2001.

de distintas esferas espaciais, produtivas ou profissionais pode gerar alguns conflitos convencionais no que diz respeito às suas incidências em determinada relação jurídica. O art. 84 do Estatuto fixa o critério temporal, dispondo ser inaplicável a convenção coletiva celebrada posteriormente, salvo previsão contrária em acordos-marco celebrados por entidades mais representativas. Quanto a um possível concurso de convenções coletivas de trabalho, com a possibilidade de aplicação simultânea de ambas, o autor explica que se estabelece uma coordenação funcional na qual se fixa uma distribuição de competências entre os distintos níveis, o que pode ser feito por diferentes critérios: a) *de complementaridade*, em que se admite a coexistência das normas convencionais; b) *de suplementaridade*, em que as normas convencionais geram uma espécie de efeito cascata, traçando mínimos que podem ser melhorados por convenções que tenham um âmbito de aplicação coexistente, mas menor; c) *de supletoriedade*, quando houver uma comunicação entre duas normas convencionais aplicáveis de modo que a matéria que não estiver regulada em uma delas é objeto de cobertura pela outra de outro âmbito, resolvendo-se a situação de anomia; d) *de exclusão*, quando há a proibição para regular e tratar de determinadas matérias em níveis convencionais de mais reduzido âmbito de aplicação.

Antonio Baylos assinala que, ao declarar o art. 83.1 do Estatuto “as convenções coletivas de trabalho terão o âmbito de aplicação que as partes acordarem”, esse se funda no princípio de liberdade de determinação da unidade de negociação pelos próprios interlocutores sociais. Para a racionalização do sistema negocial, especial papel desempenham as organizações sindicais mais representativas por meio dos “Acordos-Marco Interconfederais”, amplamente utilizados desde a década de 1980, para alguns nem sempre de forma satisfatória⁴⁴.

Ao assinalar que os convênios coletivos terão o âmbito de aplicação que as partes acordarem, o art. 83 do Estatuto dos Trabalhadores funda-se no princípio de liberdade de determinação da unidade de negociação pelos próprios interlocutores sociais. Na opinião de Fernando Valdés Dal-Re, a identificação dos espaços em que se manifesta a negociação coletiva expressa, de maneira gráfica, os centros de distribuição dos poderes contratuais, bem como o lugar no qual os negociadores exercem suas faculdades jurídicas⁴⁵. De acordo com Maria Emilia Casas Baamonde, conforme os âmbitos dos convênios o legislador reparte matérias, especificando as funções que se devem exercer em cada um

44 BAYLOS GRAU, Antonio. Unidades de negociación de convenios (en torno a los artículos 83 y 84). *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 100, mar./ago. 2000, p. 1.462-1.464.

45 VALDÉS DAL-RE, Fernando. *Estructura de la negociación colectiva*. Madrid: MTAS, 1996. p. 9.

deles. Para isso, e para ordenar as relações entre níveis e regulações convencionais, recorre a princípios estruturais ou técnicos de articulação internormativa de que se valem todos os sistemas que reconhecem a existência, em seu seio, de ordenamentos autônomos⁴⁶.

Em 1994, com as Leis Orgânicas ns. 10 e 11 de 1994, houve uma primeira abertura para a unidade de negociação em nível de empresa, contudo privada de eficácia *erga omnes*. Além disso, tal reforma visou resolver o problema de baixa atividade dos convênios coletivos provinciais. O objetivo maior desta reforma de 1994 foi consagrar uma maior capacidade de flexibilização da lei estatal, de modo a adaptar a lei aos reclamos de cada categoria, ramo ou setor. Tornou-se possível, ainda, desde que previsto nas unidades de contratação de níveis superiores, a delegação de unidades de negociação nas empresas. A nova lei criou então o acordo de empresa e exigiu, para sua legitimação, que fosse subscrito pela maioria dos representantes unitários ou das representações sindicais⁴⁷.

Seguiu-se em 1997 outra reforma, originada da celebração de três grandes acordos interconfederais⁴⁸. Outro debate constante de tais acordos interconfederais foi estabelecer uma divisão de competências e matérias a serem tratadas nos âmbitos nacional, setorial (superiores) e territorial e empresa (inferiores). No ano de 2002, novamente se debateu a questão de concorrência entre convênios coletivos, a articulação entre níveis e a necessidade de privilegiar-se a empresa. E a Lei 35/2010, relativa a “reformas urgentes do mercado laboral” introduziu propostas efetivas, deu os primeiros passos rumo à descentralização da negociação coletiva até os convênios de empresa.

A despeito da trajetória de longos debates e críticas ao sistema de negociação coletiva ao longo dos anos, foi a partir de 2010 e 2012 que a empresa passou a contar com prioridade negocial, vale dizer, como centro relevante de negociação coletiva, até mesmo como instrumento de tentar solucionar a grave crise iniciada anos antes. De fato, os anos de 2011 e 2012 foram o momento em que a negociação coletiva de empresa passou a desfrutar de centralidade no ordenamento jurídico espanhol. Como pontuou Federico Navarro Nieto,

46 CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de convenios. *Relaciones Laborales*, Madrid, n. 17/18, 1994, p. 297.

47 É o que se depreende da Exposição de Motivos da Lei 11/1997, ao se referir à negociação coletiva como um instrumento fundamental para a desejável adaptabilidade, por sua capacidade de aproximação às diversas e mutáveis situações dos setores de atividade e das empresas, de modo que os espaços, até aquele momento reservados à regulação estatal, passariam para a negociação coletiva de trabalho, com vistas a desenvolver o próprio mercado de trabalho.

48 Em verdade, cuidou-se de uma iniciativa dos próprios atores sociais para buscar a racionalidade no sistema de negociação coletiva. Uma das preocupações era lidar com a cobertura de convênios para dotá-los de eficácia *erga omnes*, eis que fundados numa teoria civilista como base jurídica.

desde a década anterior, o debate dos agentes sociais e o ambiente doutrinário laboral parecia haver consenso sobre a necessidade de racionalização do sistema negocial espanhol, isto é, de uma negociação coordenada e caracterizada pela simplificação da estrutura negocial, sua melhor articulação e a reserva de um espaço próprio para os mecanismos de negociação descentralizada⁴⁹.

Naquele momento de excessiva crise econômica, de elevadas taxas de desemprego, baixos índices de qualificação profissional, excesso de contratação temporária no mercado e quadro financeiro inseguro, a preocupação era adotar medidas reais e efetivas⁵⁰. Os anos de 2011 e 2012 marcam o grande ponto de inflexão na política de negociação coletiva na Espanha: a busca da “flexibilidade interna” e exigências adaptáveis de gestão nas empresas foi instrumentalizada pela privilegiada posição do acordo de empresa na estrutura dos convênios coletivos.

Em 2011, sobreveio o Real Decreto Lei 7/2011, com a preocupação de favorecer a flexibilidade interna das empresas (mobilidade funcional e de salários, transferências, alterações de horários de trabalho e outras medidas correlatas) com vistas a evitar perda de empregabilidade e garantir competitividade das empresas, sendo que tais matérias poderiam ser previstas nos acordos de empresa. Em janeiro de 2012, na tradição de concertação social e de participação dos atores sociais para os desafios do mundo do trabalho, celebrou-se o “II Acordo para Emprego e Negociação Coletiva de 2012, 2013 e 2014”, com fundamento nos arts. 82.3 e 90 do Estatuto dos Trabalhadores. Cuidou-se de um acordo-marco interprofissional para fixar cláusulas sobre a estrutura da negociação coletiva, criando regras de solução em caso de concorrência e conflito entre convênios coletivos de distintos âmbitos. A aposta, nesta ocasião, foi a de uma descentralização mais articulada entre os níveis setorial (âmbito estatal), passando por Comunidade Autônoma, criando-se regras de descentralização, para propiciar o alcance e a capilarização até o nível de empresa⁵¹.

49 NAVARRO NIETO, F. La reforma del marco normativo de la negociación colectiva. *AEDTSS, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián, 17-18 mayo 2012, p. 18. Disponível em: <http://www.aedtss.com/images/stories/301_Ponencia_Federico_Navarro.pdf>.

50 MERCADER UGUINA, Jesús R. La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación: la reforma de la Ley 3/2012. In: *Lex nova laboral, lex nova*, Valladolid. p. 419. A Exposição de Motivos reconhecia as disfunções da negociação coletiva e a necessidade de reformas no sistema de contratação coletiva a partir de diagnósticos feitos pelos próprios atores sociais e juristas e pelos Poderes Públicos.

51 “(...) Os convênios coletivos de âmbito estatal ou, na sua falta, de comunidade autônoma, devem desenvolver as regras de articulação e vertebração que devem reger a estrutura da negociação coletiva, apostando de forma decisiva a favor da descentralização da mesma. Isto deve traduzir-se nos seguintes critérios: os convênios setoriais deverão propiciar a negociação ao nível de empresa, a iniciativa das partes afetadas, de jornada, funções e salários por ser o âmbito mais adequado para reger tais matérias

Finalmente, sobreveio a Reforma de 2012 (Lei 3/2012), cujo preâmbulo parte da premissa de que a negociação coletiva deve ser um instrumento, e não um obstáculo, para adaptar as condições laborais às concretas circunstâncias da empresa. Nesse sentido, essa lei passou a contemplar a modificação e a inaplicabilidade de convênios coletivos (redação atual dos arts. 41.6, 82.3 e 85.3 do Estatuto dos Trabalhadores) e a prioridade aplicativa do convênio de empresa concorrente frente ao convênio setorial vigente (redação atual do art. 84.1 do Estatuto dos Trabalhadores), dentre outras medidas, com vistas a permitir a adaptação dos salários e outras condições de trabalho à produtividade e à competitividade empresarial; estabeleceu-se, ainda, uma duração máxima para a ultratividade das cláusulas negociadas⁵².

O tema da descentralização da negociação coletiva foi levado ao Tribunal Constitucional sob o fundamento de que o “descuelgue” (inaplicabilidade de convênios coletivos) e a prioridade do acordo coletivo de trabalho de empresa estariam a violar regras constitucionais de negociação coletiva de trabalho. Contudo, a Sentença nº 119/2014⁵³ já se manifestou pela constitucionalidade de tais dispositivos, bem como sublinhou a legalidade da Lei 3/2012, esclarecendo que “constituindo a descentralização da negociação coletiva um objetivo que o legislador pode legitimamente almejar, atendendo a considerações de política social e econômica que estime relevantes, a modificação introduzida, tanto quanto

(...) O âmbito superior da negociação deve respeitar o equilíbrio contratual das partes a nível de empresa até o término da vigência deste convenio coletivo. É necessário preservar o âmbito provincial de negociação e favorecer que tais convênios, por sua proximidade à empresa, potencializem a flexibilidade que a mesma necessita para adaptar-e ao mercado dinâmico e competitivo, além de não descuidar que se trata de um âmbito de negociação que maior cobertura permite às empresas e aos trabalhadores”. Digno de nota, ainda, é o Capítulo IV do II Acordo, ao dispor sobre a figura do “descuelgue”, que significa a “inaplicabilidade negociada na empresa de certas condições de trabalho pactuadas em convênios coletivos setoriais”. Transcreve-se: “A atual conjuntura econômica e o altíssimo nível de desemprego, assim como as perspectivas de sua evolução mais imediata, torna necessária a adoção de medidas de caráter excepcional e com proteção temporária limitada a atual conjuntura, destinadas a evitar uma evolução negativa da empresa que afete a manutenção do emprego. Nesse contexto, e com o objetivo de assegurar a manutenção do emprego como instrumento de flexibilidade interna que evita os expedientes de regulação de emprego tanto temporários como extintivos, sem prejuízo do estabelecido nos arts. 41.6 e 82.3 do ET, submete-se à consideração dos legitimados para subscrever convênios coletivos setoriais, a conveniência de incluir cláusulas de inaplicabilidade temporal negociada de determinadas condições de trabalho – nas quais não se incluem o regime salarial pois o ‘descuelgue’ do mesmo se regula no artigo 82.3 do ET, anteriormente citados e pactuados nos mesmos (...)”.

52 CASAS BAAMONDE, María Emilia. Reforma de la Negociación Colectiva en España y sistema de relaciones laborales. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid, v. 32, n. 2, 2014, p. 275-309. O chamado “descuelgue” (“descolamento”) é a ideia da inaplicabilidade de convênios coletivos em um singular contexto através de uma técnica jurídica que possibilita substituir o regime convencional de determinadas condições de trabalho previstas em uma convenção coletiva por outra, mais adaptada ou próxima da realidade e das necessidades da empresa.

53 Sentença nº 119/2014, de 16 de julio de 2014. Recurso de inconstitucionalidad; BOE n. 198, de 15 de agosto de 2014.

à possibilidade de negociação de convênios de empresas dotados de prioridade aplicativa em qualquer momento da vigência de um convênio setorial de âmbito superior (...) não vulnera o direito à negociação coletiva e nem a força vinculante dos convênios (art. 37.1 da Constituição), nem tampouco a liberdade sindical (art. 28.1 da Constituição) (...) a regulação impugnada, que estabelece uma aplicação prioritária dos convênios de empresa sobre os convênios de âmbito superior em uma série de matérias responde a uma finalidade constitucionalmente legítima, pois os objetivos pretendidos são a defesa da produtividade, a viabilidade da empresa e, em última instância, do emprego, objetivos ambos que convergem com direitos e princípios constitucionais, como o direito ao trabalho (art. 35.1 da Constituição), a liberdade da empresa, a defesa da produtividade (art. 38 da Constituição) e o fomento do emprego (art. 40 da Constituição)”.

Houve também um segundo pronunciamento do Tribunal Constitucional por meio da Sentença nº 8/2015, a qual também decidiu pela constitucionalidade da Lei 3/2012, concluindo, com base no princípio da proporcionalidade, que as medidas de descentralização da negociação coletiva, por meio da prevalência do acordo de empresa, não violam a Constituição Espanhola ou a força vinculante dos convênios coletivos⁵⁴.

Federico Navarro Nieto opina favoravelmente sobre a Reforma contida no Real Decreto Lei 3/2012, que modificou o art. 84.2 do Estatuto dos Trabalhadores, considerando-a acertada “porque imuniza as empresas frente aos riscos de petrificação ou uniformização de níveis negociais setoriais (especialmente provinciais) porque ele tem que ter lugar através do instrumento negocial e porque se circunscreve a concretos aspectos onde tem sentido a preferência reguladora da negociação de empresa”⁵⁵.

54 Sentença nº 8/2015, BOE-A-2015-1896, n. 47, de 24 de fevereiro de 2015, p. 98 a 163. Reiterou-se a fundamentação da sentença anterior para reiterar que a limitação do direito de negociação coletiva mediante a atribuição de faculdades de modificar condições de trabalho pactuadas extraestatutariamente se justifica pelos fins consagrados na Constituição e que são almejados pela Reforma, como destacou sua Exposição de Motivos. Há, assim, no entender da Corte Constitucional Espanhola, uma adequação entre meios e fins, de modo que os meios fixados pela reforma são adequados, idôneos e constitucionalmente legítimos para evitar a destruição de postos de trabalho em razão da adaptação às concretas circunstâncias pelas quais passa uma empresa.

55 NAVARRO NIETO, F. La reforma del marco normativo de la negociación colectiva. *AEDTSS, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián, 17-18 mayo 2012, p. 23-24. Disponível em: <http://www.aedtss.com/images/stories/301_Ponencia_Federico_Navarro.pdf>. E as matérias são aquelas ali enumeradas: **salário produtividade relacionado a resultados da empresa**, abono de compensação de horas extras e retribuição adicional de trabalho em turnos, gestão de horário e distribuição de tempo do trabalho, escala de turnos e planejamento anual das férias, adaptação no âmbito da empresa do sistema de classificação profissional, adaptações acerca das modalidades de contratação, medidas adicionais que favoreçam a conciliação entre vida laboral, familiar e pessoal e outros temas de condições específicas de trabalho.

A aposta da Reforma de 2012 na negociação coletiva em nível de empresa se traduziu em uma profunda alteração no que diz respeito à estrutura da negociação coletiva: transforma o caráter supletório da regra de prioridade aplicativa do convênio de empresa, introduzida pela Reforma de 2011, em norma de ordem pública, infensa à autonomia coletiva. Ou seja, a prioridade do acordo de empresa, que era supletiva, tornou-se prioritária e inderrogável por convênios de nível superior⁵⁶.

Sem dúvida, o que se verifica nas reformas empreendidas pelo ordenamento espanhol, notadamente dos anos 2010 e seguintes, foi um recurso a novas técnicas jurídicas em favor de imperativos empresariais e da necessidade de adaptação das condições de trabalho (flexibilidade interna). Assim, a negociação coletiva de empresa passa a ter prioridade aplicativa e a prevalecer sobre condições pactuadas ou fixadas em convênios coletivos de nível superior (setoriais, estatais e de comunidade autônoma).

4 – A negociação coletiva de trabalho na reforma trabalhista de 2017 no Brasil

4.1 – O espírito da Reforma e os precedentes do STF no tema da negociação coletiva de trabalho

No plano das relações coletivas de trabalho das medidas introduzidas pela Reforma Trabalhista no Brasil (Lei nº 13.467/2017), podem-se identificar três grandes eixos: uma maior amplitude conferida ao “negociado”, que passa a prevalecer sobre o “legislado” em vários temas⁵⁷; uma regra de intervenção mínima do Judiciário no conteúdo dos ajustes coletivos de trabalho⁵⁸; e por fim, que é objeto do presente estudo, a prioridade do acordo coletivo de empresa sobre a convenção coletiva, mesmo quando menos favorável a esta última⁵⁹.

O “espírito” da Reforma Trabalhista pode ser colhido, em linhas gerais, no Parecer da Comissão Especial designada para esse fim, quando do exame

56 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo. *XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid. Ponencia de 10.12.2014. p. 17.

57 Cf. arts. 611-A e 611-B da CLT.

58 Cf. art. 8º, § 3º, da CLT: No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade.

59 Cf. art. 620 da CLT: “As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

do Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo. Nele enfatiza-se a necessidade de segurança jurídica para o conteúdo negociado em acordos e convenções coletivas, a necessidade de democratizar as relações de trabalho e fortalecer o sistema de representação por meio da extinção da contribuição sindical compulsória⁶⁰.

Os debates foram impulsionados, em nosso país, ainda, pela linha de pensamento que vem sendo adotada recentemente pelo STF, ao interpretar o disposto no inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal, pelo qual se reconhece a autonomia da vontade coletiva e a validade dos acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho. Cuida-se de dois importantes precedentes da Corte Constitucional.

O primeiro deles, de lavra do Min. Barroso (RE 590.415/SC, DJe 29.05.2015) ressaltou que “no âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não

60 Segundo a sua justificação, o projeto em análise tem por objetivo “aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão de obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei nº 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário. (...) Sustentamos o entendimento de que a CLT tem importância destacada na sua função de estabilizar as relações de trabalho, mas que, evidentemente, sofreu desgastes com o passar dos anos, mostrando-se desatualizada em vários aspectos, o que não é de se estranhar. (...) Não resta dúvida de que, hoje, a legislação tem um viés de proteção das pessoas que estão empregadas, mas a rigidez da CLT acaba por deixar à margem da cobertura legal uma parcela imensa de trabalhadores, em especial, os desempregados e o trabalhadores submetidos ao trabalho informal. (...) O que precisamos, na verdade, é fortalecer a estrutura sindical como um todo, fazendo com que as categorias se sintam efetivamente representadas. Nesse sentido, é acertada a ideia contida na proposta do Governo. Ao se abrir espaço para que as partes negociem diretamente condições de trabalho mais adequadas, sem revogar as garantias estabelecidas em lei, o projeto possibilita maior autonomia às entidades sindicais, ao mesmo tempo em que busca conferir maior segurança jurídica às decisões que vierem a ser negociadas. A insegurança jurídica da representação patronal, que não tem certeza se o que for negociado será preservado pela Justiça do Trabalho, é um grande empecilho à celebração de novas condições de trabalho mais benéficas aos trabalhadores e, em última instância, um entrave à contratação de mão de obra (...) o que se está propondo não é a sua revogação, mas, sim, permitir que as entidades possam negociar a melhor solução para as suas necessidades. Repita-se, não se busca com esse dispositivo reduzir direitos dos trabalhadores, mas apenas permitir que regras rígidas da CLT possam ser disciplinadas de forma mais razoável pelas partes, sem que haja o risco de serem invalidadas pelo Judiciário, contribuindo para uma maior segurança jurídica nas relações de trabalho. Em suma, modernizar a legislação sem comprometer a segurança de empregados e empregadores. (...) A proposta de se estimular o resultado das negociações coletivas, contudo, tem que estar diretamente relacionada com uma estrutura sindical em que as entidades sejam mais representativas e mais democráticas. Embora reconheçamos a existência de inúmeros sindicatos altamente representativos, não podemos fechar os olhos para a outra realidade do nosso sistema sindical, em que proliferam sindicatos de fachada. E, nesse ponto, temos a convicção de que a sugestão de retirar a natureza de imposto da contribuição sindical, tornando-a optativa, será de fundamental importância no processo de fortalecimento da estrutura sindical brasileira”.

se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual (...) Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, da CF). As normas paternalistas, que podem ter seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que atrofiam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que amesquinham a sua contribuição para a solução dos problemas que o afligem. É através do respeito aos acordos negociados coletivamente que os trabalhadores poderão compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e de conquista, inclusive de forma a defender a plena liberdade sindical. Para isso é preciso, antes de tudo, respeitar a sua voz”.

Em um segundo precedente, prestigiou-se a negociação coletiva como forma de autocomposição de conflitos coletivos de trabalho e admitiu-se, mediante concessões recíprocas, a possibilidade dos instrumentos negociados para a redução de direitos trabalhistas⁶¹.

Algumas advertências se mostram convenientes. É compreensível o temor de retrocessos quando se aposta na negociação coletiva como fonte ampliada de regulação do trabalho, dada a tradição brasileira⁶² estatizante e heterônoma

61 “TRABALHISTA. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. TRANSAÇÃO DO CÔMPUTO DAS HORAS *IN ITINERE* NA JORNADA DIÁRIA DE TRABALHO. CONCESSÃO DE VANTAGENS DE NATUREZA PECUNIÁRIA E DE OUTRAS UTILIDADES. VALIDADE. 1. Conforme assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 590.415 (Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015, Tema nº 152), a Constituição Federal ‘reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas’, tornando explícita inclusive ‘a possibilidade desses instrumentos para a redução de direitos trabalhistas’. Ainda segundo esse precedente, as normas coletivas de trabalho podem prevalecer sobre ‘o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade absoluta’. 2. É válida norma coletiva por meio da qual categoria de trabalhadores transaciona o direito ao cômputo das horas *in itinere* na jornada diária de trabalho em troca da concessão de vantagens de natureza pecuniária e de outras utilidades. 3. Agravos regimentais desprovidos. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, pois não houve prévia fixação de honorários advocatícios na causa.” (STF, RE 895.759 AgR-segundo, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 09.12.2016, DJe-107 divulg. 22.05.2017, public. 23.05.2017)

62 Mesmo no estudo da nossa disciplina jurídica, culturalmente, negligenciamos o papel da negociação coletiva e do direito sindical como um todo. Como mostra Amauri Mascaro Nascimento, a ordem cronológica da exposição das matérias do direito do trabalho não é uniforme, mas, no Brasil, inicia-se pelo direito individual do trabalho, porque é da nossa tradição legislativa dar realce às relações individuais de trabalho como manifestação do seu intervencionismo estatal que interferiu na autonomia individual para proteger o trabalhador, assumindo o Estado o papel de elaborador de um padrão mínimo, automaticamente inserido como conteúdo mínimo dos contratos. Desse modo, os cursos tratam, inicialmente, do contrato individual de trabalho, sujeitos a jornada de trabalho, repouso semanal remunerado, férias, salário, regulamentações especiais e, de modo mais resumido, dos sindicatos, negociação coletiva e greve, sequência que, de certo modo, se reflete, também, em nossos livros didáticos. Na Europa, dá-se preferência para o direito coletivo do trabalho, de modo que os cursos e os livros, começam expondo a liberdade sindical, a

neste campo e, também, porque ainda está por ser realizada a indispensável Reforma Sindical com vistas ao fortalecimento das entidades sindicais e a busca de maior representatividade dos agentes negociadores, em especial por meio da consagração da ampla liberdade sindical nos moldes democráticos consagrados pela Convenção nº 87 da OIT.

4.2 – A articulação entre os níveis de negociação coletiva no Brasil: rumo à descentralização negocial

A nova redação do art. 620 da CLT despertou muitas reações. Tradicionalmente, não se admitia que um acordo coletivo de empresa pudesse dispor de maneira menos favorável que a convenção coletiva de trabalho.

Convém recordar que a figura do acordo coletivo de trabalho, negociado entre empregador e o sindicato profissional, foi introduzida em nosso país na década de 1960. Até então, apenas existia a negociação coletiva categorial, da qual resultava a figura do então denominado contrato coletivo de trabalho⁶³.

A Reforma de 2017 (Lei nº 13.467/2017) veio a prestigiar – como sucedeu no caso da Itália e da Espanha – o acordo coletivo de empresa como epicentro do sistema normativo juslaboral, o qual passará a ter prioridade aplicativa sobre as demais fontes, no caso, a convenção coletiva de trabalho, sujeitando-se, por óbvio, aos mesmos limites que esta frente à lei. É o que se denomina de modelo descentralizado de negociação coletiva.

Não se ignora que, além desta novidade introduzida em 2017, entre os níveis de negociação coletiva, o Brasil, na década de 1990 pretendeu criar mais um nível de negociação, ao prever a figura do “contrato coletivo” intercategoriais, inspirado no modelo de contratação coletiva articulada italiano, iniciativa contudo que, entre nós, não foi regulamentada. Constituiria um novo nível de negociação coletiva, eis que o Brasil nasceu com o nível da categoria e, na década de 1960, passou a prever a empresa (o acordo coletivo). Previsto em alguns diplomas legislativos esparsos, mas sem precisão conceitual, o contrato coletivo de trabalho foi denominado como “um corpo sem rosto”, para depois tornar-se uma proposta abandonada.

José Francisco Siqueira Neto, nos anos 1990, pontuou que a articulação de institutos de um sistema não deve ser feita de forma isolada sem conside-

negociação coletiva, os conflitos coletivos, a representação dos trabalhadores na empresa, a cogestão da empresa, os sindicatos e o Estado, e depois as relações individuais de trabalho (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 69).

63 A expressão “contrato coletivo” remanesceu, por exemplo, nos arts. 444 e 462 da CLT.

rarem-se outros institutos e, no caso de uma negociação coletiva “global”, de amplo espectro intercategoriais e até nacional (como era a proposta do contrato coletivo), esta seria inoperante sem que fosse precedida de uma reforma na estrutura sindical. Sublinhou que o nível, o conteúdo e as formas de negociação dependem de cada realidade e da estrutura. Ou seja, os vários institutos que compõem o processo de negociação é que vão determinar sua abrangência e função numa dada sociedade. A negociação coletiva pode ser estruturada numa perspectiva mais restrita, voltada a problemas salariais ou a determinados assuntos permitidos pela lei, como também pode estruturar-se de forma a possibilitar negociações em todos os âmbitos: intercategoriais, por ramos de atividade, até na própria empresa. Tudo, porém, depende da forma pela qual a negociação é concebida e regulada em um dado sistema de relações de trabalho. Para este autor, um novo sistema brasileiro de relações de trabalho deve valorizar a negociação coletiva de trabalho como fonte de criação do direito do trabalho, sem, contudo, desprezar as fontes heterônomas, que deverão atuar em sintonia com os interesses dos agentes do mundo do trabalho. E este novo sistema deverá valorizar a negociação coletiva de trabalho na perspectiva democrática, redefinindo o papel do Estado nas relações de trabalho e norteando toda sua atuação pela participação dos agentes do mundo do trabalho⁶⁴.

4.3 – Considerações finais: o art. 620 da CLT e suas alterações

Declarava o revogado art. 620 da CLT: “As condições estabelecidas em convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo”.

À luz da antiga redação, pôs-se o debate acerca da definição do que seria a norma mais favorável quando existentes dois instrumentos coletivos: se a comparação deveria levar em conta cada dispositivo isolado (teoria da acumulação), se todo o instrumento coletivo (teoria do conglobamento)⁶⁵ ou se os dispositivos relacionados a determinada matéria (teoria do conglobamento por institutos), sendo esta a predominante na doutrina estrangeira e nacional.

O art. 620 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, como já decidido pelo TST⁶⁶. E a jurisprudência dominante consolidada, aco-

64 SIQUEIRA NETO, José Francisco. Contrato coletivo de trabalho: requisitos e condicionantes para sua implantação no Brasil. In: *O mundo do trabalho: crise e mudança no final do século*. Campinas: CESIT/Scritta, 1994. p. 245-259.

65 Uma apresentação aprofundada de tais teorias pode ser consultada na obra LONGHI, Dânia Fiorin. *Teoria do conglobamento: conflito de normas no contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

66 “Recurso de revista. Conflito entre convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho. norma mais favorável. Consoante a jurisprudência desta Corte, o art. 620 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por não haver incompatibilidade entre o referido dispositivo de lei e os fundamentos

lheu a tese de que a norma mais favorável é verificada por meio da teoria do conglobamento, ou seja, analisa-se todo o conteúdo de ambos os instrumentos normativos para se decidir pela aplicação de um desses no caso concreto. Há, ainda, decisões do TST que sustentam que a CCT deverá prevalecer quando mais favorável⁶⁷.

Amauri Mascaro Nascimento defendia há anos que a teoria que deveria prevalecer para solucionar o conflito de normas coletivas era a *teoria da especificidade*, sem se perder de vista que os diversos níveis de contratação coletiva evocam a necessidade de uma interpretação que considere a função de cada um. Segundo esse autor, há acordos nacionais que podem fixar mínimos inderrogáveis, obrigatórios para as instâncias negociais menores; e acordo de empresa, para evitar dispensas coletivas, e que podem suspender, temporariamente, os contratos individuais de trabalho como forma de defesa do emprego; existem regras gerais de interesse de uma profissão fixadas pelos contratos coletivos de sindicatos de categorias diferenciadas; numa região do país, os sindicatos podem ser suficientemente fortes para atuar perante o poder econômico, em outras, a situação não é igual.

Mesmo antes da Reforma Trabalhista de 2017 já existia uma corrente doutrinária e jurisprudencial que optava pela aplicação do acordo coletivo de

e regras estabelecidos na Constituição Federal. Assim, à luz do art. 620 da CLT, as condições estabelecidas em convenção coletiva, quando mais favoráveis, prevalecem sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho. Há precedentes. Recurso de revista não provido.” (RR 12000-56.2008.5.01.0080, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 14.05.2013, 6ª Turma, publ. 17.05.2013).

67 “Agravo de instrumento. Recurso de revista. Acordo coletivo e convenção coletiva. Prevalência. Inteligência do art. 7º, *caput*, da CF e do art. 620 da CLT. Princípio da norma mais favorável. Decisão denegatória. Manutenção. No quadro de conflito de regras entre os preceitos normativos de convenção e acordo coletivos, a ordem justralhista tem regra explícita a respeito, estipulando que as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho (art. 620 da CLT), em inteira harmonia com o *caput* do art. 7º da Constituição, que incorpora o princípio da norma mais favorável. Está claro, portanto, que a Consolidação determina a preponderância da convenção coletiva sobre o acordo coletivo como fórmula para se cumprir o princípio da norma mais favorável, afastando-se o critério oriundo do Direito Civil relativo à especificidade. Porém, se o acordo coletivo for mais favorável, ele há de prevalecer, evidentemente. A lógica normativa justralhista explica-se: é que interessa ao Direito Coletivo valorizar os diplomas negociais mais amplos (como as convenções coletivas), pelo suposto de que contêm maiores garantias aos trabalhadores. Isso ocorre porque a negociação coletiva no plano estritamente empresarial (como permite o ACT, embora com o reforço participatório do sindicato) inevitavelmente reduz a força coletiva dos obreiros: aqui eles não agem, de fato, como categoria, porém como mera comunidade específica de empregados. A propósito, não é por outra razão que o sindicalismo de empresa é considerado uma via de submissão sindical à força do polo empregador. De todo modo, não se pode olvidar que a Constituição fixa império da norma mais favorável, em seu art. 7º, *caput*, preceito magno que mais ainda reforça o disposto no art. 620 da CLT. Assim sendo, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR 264-12.2010.5.09.0965, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. 28.11.2012, 3ª Turma, publ. 30.11.2012)

trabalho em razão do critério de especialidade (norma específica), mas também pelo fato de que se cuidava de uma norma coletiva assinada pelo mesmo sindicato profissional que subscrevera a convenção coletiva de trabalho, por necessidades mais concretas e específicas, de modo que não haveria razão para ignorar o pacto validamente firmado entre os sujeitos estipulantes envolvidos.

Nesse sentido, desde os anos 2000, parte da doutrina já apostava na negociação no local de trabalho, descentralizada, ou por empresa, sob a aspiração de que nesse tipo de negociação descentralizada as peculiaridades de cada estabelecimento ou empresa seriam melhor atendidas.

Os Tribunais brasileiros também foram sensíveis à aplicação da teoria da especialidade, prestigiando a negociação direta realizada entre as partes interessadas. Segundo tais decisões, os acordos coletivos representariam avenças mais específicas firmadas entre as empresas e os sindicatos representativos de seus empregados e, por essa razão, deveriam prevalecer em relação às convenções coletivas de trabalho que espelham situações mais globais, não ocorrendo violação ao princípio da norma mais benéfica.

No entanto, não era esse o pensamento dominante, com o que havia grande insegurança jurídica de empresas que haviam celebrado acordos coletivos de trabalho, com cláusulas diversas, terem o risco de, perante o Judiciário, terem tais cláusulas inaplicadas e serem condenadas ao pagamento das cláusulas previstas na convenção coletiva de trabalho, sem qualquer possibilidade de reaver as vantagens que concedera ao longo do contrato de trabalho oriundas do acordo coletivo de trabalho que até então observava.

Ronaldo Lima dos Santos confirmava, já em 2009, a tendência de aplicação do princípio da especialização que faz prevalecer a norma especial sobre a geral na hipótese de conflito entre elas, mas ressaltava que a prevalência da norma mais favorável é realmente o princípio fundamental para a resolução de conflitos entre contratos coletivos. No entanto, segundo esse autor, “um acordo coletivo que, em princípio, apresenta-se menos favorável para os trabalhadores de determinada empresa em comparação com a convenção coletiva da categoria, pode apresentar-se mais idôneo para reger as peculiaridades da realidade da coletividade de trabalhadores para a qual foi elaborado. Um acordo nesse sentido pode tornar-se imediata e efetivamente mais favorável para a coletividade de trabalhadores, obstando os prejuízos que poderiam advir de uma convenção coletiva que se apresentaria imediata e nominalmente mais vantajosa. Por esse

critério, aplica-se a norma mais favorável, salvo se a norma mais específica reger uma situação peculiar de determinada coletividade de trabalhadores, que viriam a ser prejudicados pela aplicação de uma norma geral”⁶⁸.

Não se ignora, por óbvio, que a negociação por empresa desperta importante papel no atual cenário econômico e social, sobretudo se considerarmos pequenas e médias empresas, que nem sempre têm condições de observar as convenções coletivas da categoria. Octávio Bueno Magano, porém, alertava que a adoção da posição poderia ser perigosa na medida em que colocaria em risco os direitos alcançados pela categoria por meio da convenção coletiva de trabalho⁶⁹.

Assim, a Reforma de 2017 veio a trazer nova redação ao art. 620, o qual consagrou a tese da prioridade aplicativa do acordo coletivo de trabalho (celebrado em nível de empresa) sobre a convenção coletiva de trabalho (celebrada em nível de categoria). E estabeleceu que o acordo coletivo sempre prevalecerá sobre a convenção coletiva: “Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

Estabeleceu-se, com uma maior segurança jurídica conferida pelo legislador, um campo de abertura e prioridade aplicativa do acordo coletivo de empresa sobre a convenção coletiva categorial, caso ele seja negociado, ainda que menos favorável. As partes subscritoras do pacto não terão, de acordo com a Reforma, risco de o Judiciário desconsiderar o ajuste de empresa sob o pretexto e uma interpretação (ainda que com base na teoria do conglobamento) de que as cláusulas da convenção coletiva de trabalho, como um todo, constituiriam um diploma mais favorável.

Percebe-se que o tema da prioridade aplicativa do acordo de empresa constitui um desdobramento de uma ênfase ao modelo negociado; é uma dimensão deste. Como mostrava Amauri Mascaro Nascimento, no modelo considerado “negociado”, como há uma descentralização dos instrumentos coletivos negociados em função de cada empresa, sendo as normas jurídicas descentralizadas, são adequadas a cada realidade subjacente, como é possível quando as condições de trabalho são fixadas por meio de acordos coletivos

68 SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 293. É deste autor a teoria da necessidade de motivação do instrumento, tomado como negócio jurídico causal, bem como a incidência do princípio da primazia da realidade para a análise do instrumento coletivo negociado.

69 MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. Direito coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1990. p. 138.

locais. Esses acordos não excluem nem prejudicam a elaboração de acordos mais amplos, municipais, regionais ou mesmo nacionais, mas quem decidirá sobre o seu alcance não é o Estado, e sim os próprios sujeitos da negociação e em cada situação concreta⁷⁰.

O debate que se instituiu em nosso país – e que, em nosso sentir, está mal enunciado – quanto à prioridade aplicativa do acordo de empresa, basicamente, passa por algumas questões a serem equacionadas. Não nos parece que se trata de interpretar a relação entre os níveis de negociação coletiva de trabalho com base no princípio da norma mais favorável, até porque parece haver relativo consenso no direito estrangeiro no sentido de que este princípio não incide sobre as relações coletivas de trabalho, e tampouco no modo como se articulam dois níveis de negociação coletiva de trabalho⁷¹. A questão jurídica cinge-se em saber como equacionar dois (ou mais) níveis diferentes de negociação coletiva de trabalho. Trata-se muito mais de discutir a articulação entre níveis de contratação coletiva do que propriamente o princípio do tratamento mais favorável.

Acreditamos, também, que não parece haver vícios de inconstitucionalidade na Reforma no ponto em que o legislador infraconstitucional estabeleceu esta prioridade aplicativa do acordo coletivo de trabalho de empresa em detrimento da convenção coletiva de trabalho da categoria. E os fundamentos jurídicos são dois: o primeiro é o art. 7º, VI, da CF/88, que admite a negociação coletiva *in pejus*, o que também confirma a tese de que o princípio da norma mais favorável não é aplicável no âmbito das relações coletivas de trabalho; o segundo é o art. 7º, XXVI, que reconhece a validade dos acordos e convenções coletivas de trabalho não estabelece, *a priori*, nenhuma hierarquia entre estas normas autonomamente negociadas. Em reforço a este entendimento, insta recordar que, regra geral, o mesmo sindicato profissional que celebrou a convenção coletiva celebrou o acordo coletivo, tendo realizado dois juízos de ponderação e optado, no caso concreto, por realizar tratativas específicas em nível de empresa quando poderia, se quisesse, deixar de fazê-lo e até mesmo exigir o cumprimento, pela empresa, das condições já fixadas em nível categorial na convenção coletiva por meio de ação de cumprimento.

A doutrina brasileira, e mesmo alguns julgados anteriores à Reforma, já acenavam para uma inclinação à regra da especialidade para justificar a prevalência do acordo coletivo de trabalho sobre a convenção coletiva de tra-

70 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 80-81.

71 Ademais, fosse este um princípio incidente, haveria necessariamente de ser afastado um acordo coletivo de trabalho menos favorável que previsse redução temporária de salário, para resolver uma situação de crise econômica aguda de uma empresa e se aplicaria a convenção coletiva de trabalho, mais favorável, a qual poderia, no limite, até mesmo contemplar distribuição de lucros (PLR), o que não é razoável.

balho⁷². Os instrumentos coletivos negociados são negócios jurídicos causais de modo que, demonstrada uma motivação suficiente e justificada, nenhuma razão há para que se deixe de aplicar o acordo coletivo validamente negociado em nível de empresa.

A análise de sistemas de relações de trabalho quanto ao peso da negociação coletiva, seu conteúdo, abrangência, níveis, procedimento e articulação entre os níveis de contratação demonstra que todas estas variáveis não são estáticas, mas dinâmicas, podendo sofrer mutações ao longo dos anos, de modo que as vantagens de um dado modelo são as desvantagens de outro, e vice-versa. E especificamente quanto aos níveis de negociação coletiva existentes (e a estrutura e articulação entre os mesmos), também se nota que variam, podendo assumir formas mais centralizadas ou mais descentralizadas, apresentando-se esta última forma como tendência geral dos ordenamentos jurídicos. A rigor, o problema não é tanto escolher, *in abstracto*, um nível em detrimento de outro, mas de individualizar a unidade contratual eficiente com relação a um determinado problema.

O cotejo de experiências estrangeiras demonstra uma tendência de incentivo da negociação coletiva em dois sentidos: o primeiro em direção à lei, para consagrar uma maior amplitude de temas a serem regulados pela via negocial; o segundo em relação à articulação dos níveis de negociação coletiva, para tornar a empresa como *locus* privilegiado de negociação, sendo que o resultado desta tratativa, entre nós denominado acordo coletivo de trabalho, assume uma prioridade aplicativa em detrimento da convenção coletiva da categoria.

Referências bibliográficas

ALONSO OLEA, Manuel; BARREIRO GERMÁN, González. *El Estatuto de los Trabajadores*. Texto, comentários, jurisprudência. Madrid: Civitas, 1995.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

BAYLOS GRAU, Antonio. Unidades de negociación de convenios (en torno a los artículos 83 y 84). *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 100, mar./ago. 2000.

CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de convenios. *Relaciones Laborales*, Madrid, n. 17/18, 1994.

_____. Reforma de la Negociación Colectiva en España y sistema de relaciones laborales.

72 Sublinhava-se que muitos acordos coletivos que, nominalmente, aparentavam ser *in pejus*, mostravam-se mais favoráveis substancialmente e em conjunto. Além disso, admitia-se, conquanto de maneira contingente, a prevalência do acordo coletivo sobre a convenção com base nas circunstâncias do caso concreto, valendo-se, para essa conclusão, de fundamentos de teoria geral do direito segundo os quais regra específica (o acordo coletivo de empresa) prevalece sobre regra geral (a convenção coletiva da categoria).

DOCTRINA

- Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid, v. 32, n. 2, 2014.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo. *XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid. Ponencia de 10.12.2014.
- DE LUCA TAMAJO, Raffaele. Prime valutazioni e questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011. *ADL – Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, n. 1, 2012.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. *Curso introductorio de relaciones laborales*. Montevideo: FCU, 1995. v. 1.
- GIUGNI, Gino. *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*. Milano: Giuffrè, 1977.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elias. La estructura de la contratación colectiva: factores de determinación y consecuencias desencadenantes. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 103, p. 23, ene./feb. 2001.
- JAVILLIER, J. C. *Manuel de droit du travail*. 2. ed. LGDF, 1988.
- KHAN-FREUND, Otto. *Il lavoro e la legge*. Milano: Giuffrè, 1974.
- LONGHI, Dânia Fiorin. *Teoria do conglobamento: conflito de normas no contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. Direito coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1990.
- MARIUCCI, Luigi. *La contrattazione collettiva*. Bologna: Il Mulino, 1985.
- MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación: la reforma de la Ley 3/2012. In: *Lex nova laboral, lex nova*, Valladolid.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- _____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- _____. *Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013.
- NAVARRO NIETO, F. La reforma del marco normativo de la negociación colectiva. *AEDTSS, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián, 17-18 mayo 2012, p. 18. Disponível em: <http://www.aedtss.com/images/stories/301_Ponencia_Federico_Navarro.pdf>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT. Informe de una misión de la Oficina Internacional del Trabajo. *Situación sindical y relaciones laborales en España*. Ginebra: OIT, 1985.
- _____. *Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006.
- PEREZ DIAS, Victor. Políticas económicas y pautas sociales en la España de la transición: la doble cara del neocorporatismo. In: *España: un presente para el futuro*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1984. v. 1.
- PERONE, Giancarlo. Diritto sindacale tra essere e dover essere. *ADL – Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, n. 1, 2012.
- _____. *Lineamenti di diritto del lavoro*. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. Torino: Giappichelli, 1999.

DOCTRINA

PROIA, Giampiero. A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, n. 6, 2007.

ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1946.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Sindicatos y libertad sindical en España: dos décadas de vigência constitucional. In: GARCÍA LASO, Agustín; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Ed.). *Sindicatos y cambios económicos y sociales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, Otávio Pinto e. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. 3. (Coleção Pedro Vidal Neto).

_____. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 26, n. 97, jan./mar. 2000.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Contrato coletivo de trabalho: requisitos e condicionantes para sua implantação no Brasil. In: *O mundo do trabalho: crise e mudança no final do século*. Campinas: CESIT/Scritta, 1994.

SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. *Estructura de la negociación colectiva*. Madrid: MTAS, 1996.

_____. La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 17, p. 5-28, ene./mar. 1984.

VALLEBONA, Antonio. Dimensione degli interessi e decentramento regolativo. In: *Lavoro e spirito*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

Recebido em: 25/09/2018

Aprovado em: 29/10/2018

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EM DEMANDAS TRABALHISTAS (APÓS A INSERÇÃO DO ART. 791-A À CLT)

ATTORNEYS' FEES ("LOSER PAYS") ON LABOR DEMANDS (AFTER THE INSERT OF ART. 791-A TO CLT)

Júlio César Bebber*

RESUMO: Neste artigo busca-se estudar a disciplina dos honorários advocatícios de sucumbência nas demandas trabalhistas, diante da inserção do art. 791-A à CLT. Submetem-se algumas teses, então, ao debate científico, a fim de extrair conclusões mais seguras.

PALAVRAS-CHAVE: Processo do Trabalho. Honorários Advocatícios de Sucumbência.

ABSTRACT: *In this article we study the attorneys' fees for succumbing ("loser pays") in the labor demands, because insertion of art. 791-A to CLT. Some theses are submitted to the scientific debate in order to draw certain conclusions.*

KEYWORDS: *Procedure Labor. Attorneys' Fees for Succumbing ("Loser Pays"). Legal Fees for Succumbing.*

1 – Considerações iniciais

O Decreto-Lei nº 1.237/1939 e seu diploma regulador, Decreto nº 6.596/1940, este introduzido na CLT em 1943, não trataram de honorários advocatícios sucumbenciais¹.

Com suporte nessa omissão e fundado na previsão de *jus postulandi*, firmou-se o entendimento de que não são devidos honorários advocatícios sucumbenciais nas demandas trabalhistas, ainda que a parte se faça representar por advogado.

* *Juiz do trabalho; doutor em Direito do Trabalho.*

1 Como ressalta Araken de Assis, a “advocacia originou-se do costume de o litigante, constringido a comparecer pessoalmente em juízo, por via das dúvidas acompanhar-se de um assistente, chamado de *patroni* ou *advocati*. Era função honorífica e gratuita nessa época”. Diante da complexidade assumida pelo ordenamento jurídico, com evidente aumento de formalidades, criou-se a figura do *cognitor* ou *procurator*, que era o representante legal da parte, essa “transformação do antigo patrono em mandatário importou a onerosidade da atuação do *procurator*” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 395).

A Lei nº 5.584/70, entretanto, atribuiu aos sindicatos da categoria profissional o encargo de prestar assistência jurídica (de que tratava a Lei nº 1.060/1950) aos trabalhadores com insuficiência de recursos (arts. 14 e 18), e previu o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em seu favor (art. 16).

A partir daí, a jurisprudência passou a dizer que a condenação em honorários advocatícios não decorria, apenas, da sucumbência, devendo o trabalhador, concomitantemente, ser assistido pelo sindicato da sua categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permitiria demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Esse entendimento passou (em 1985) a constituir o texto da Súmula TST nº 219. Novos entendimentos foram acrescentados (em 2000, 2003, 2005, 2011, 2015 e 2016) à referida súmula, alguns perpassando antes o *status* de orientação jurisprudencial, relativamente à ação rescisória e a outras demandas cuja competência foi atribuída à Justiça do Trabalho pela EC nº 45/04, bem como em razão do CPC/2015.

A Lei nº 13.467/2017, por sua vez, modificou substancialmente o panorama até então existente no processo do trabalho, ao introduzir, como regra, o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais nas demandas trabalhistas, mediante a inserção do art. 791-A à CLT².

Nesse ensaio, então, faremos uma abordagem sobre os honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho, lançando ideias preliminares ao debate científico, ao cabo do qual poderemos extrair conclusões mais seguras.

2 – Espécies de honorários advocatícios

Antes de entrarmos especificamente no tema, há que se destacar que são de três espécies os honorários advocatícios. São elas:

a) *Honorários advocatícios contratuais* – consistentes na retribuição devida ao advogado pelos serviços prestados ao cliente. Esta espécie está situada na esfera do direito privado. Por isso, as partes possuem liberdade na fixação do valor, não se submetendo à tabela elaborada pela OAB, que lhes serve, apenas, de parâmetro. O valor econômico envolvido na demanda, bem como

2 Com a instituição dos honorários advocatícios pela Lei nº 13.467/2017, uma nova realidade se estabeleceu, “a exigir que o autor tenha o cuidado de não formular pedidos temerários e, de modo geral, que se desincumba do ônus da prova quanto aos fatos alegados na inicial, sob pena de vir a ser condenado a pagar honorários de advogado à parte contrária” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 84-85).

a especialização e os títulos acadêmicos do advogado influenciam na fixação do valor dos honorários. Também é admissível a modalidade de contratação de pagamento de honorários advocatícios mediante a estipulação de percentual sobre o êxito na demanda (contrato *quota litis*)³.

Como regra, devem os contratantes respeitar os termos estipulados (*pacta sunt servanda*). Sendo abusiva, porém, a fixação do valor dos honorários advocatícios, a força obrigatória dos contratos pode ser relativizada pelo Poder Judiciário, uma vez que “sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como, por exemplo, a função social, a onerosidade excessiva e o princípio da boa-fé objetiva”⁴.

Não estabelecendo as partes o prazo para pagamento dos honorários advocatícios contratuais, estes deverão ser quitados da seguinte forma: 1/3 será devido no início do serviço, 1/3 até a decisão de primeira instância e 1/3 no final (Lei nº 8.906/94, art. 22, § 3º).

O contrato escrito tem natureza de título executivo extrajudicial (Lei nº 8.906/97, art. 24, *caput*; CPC, art. 784, XII). Além disso, se o advogado, antes de expedir o mandado de levantamento de valores juntar aos autos o contrato, o juiz determinará a dedução (retenção) do valor dos honorários advocatícios, salvo se o cliente provar que já os pagou (Lei nº 8.906/94, art. 22, § 4º).

b) *honorários advocatícios arbitrados* – se advogado e cliente não ajustarem expressamente o valor da retribuição pecuniária dos serviços, este será objeto de arbitramento. Para fixar o valor, o magistrado nomeará um advogado como perito, tendo este a incumbência de sugerir a importância a ser arbitrada, mediante análise do conteúdo econômico envolvido e do trabalho efetivamente prestado. A importância a ser fixada, porém, não poderá ser inferior aos valores mínimos estabelecidos na tabela da OAB;

3 “A disciplina legal não obsta ao advogado, em lugar de valor fixo, dividido ou não em parcelas diferidas no tempo, e segundo preço de mercado, a estipulação de percentual sobre o êxito na causa. Não é inco mum, em determinadas especialidades advocatícias, fixar-se o percentual de trinta por cento, incluindo honorários contratuais e honorários sucumbenciais. Esse pacto na feição pura é mais vantajoso para o cliente do que para o advogado: o cliente desobriga-se do pagamento antecipado pela prestação de serviços (*pro labore*) e o advogado, confrontando com a possibilidade de empreender esforços gratuitamente, teoricamente empenhar-se-á com esforço redobrado no encaminhamento da causa” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 405).

4 STJ-AgInt no REsp 1.208.844/MT, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, DJe 07.02.2017. “Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato *quota litis* no qual fixa sua remuneração *ad exitum* em 50% do benefício econômico gerado pela causa.” (STJ, REsp 1.155.200/DF, 3ª T., Relª p/o Ac. Minª Nancy Andri ghi, DJe 02.03.2011)

c) *honorários advocatícios sucumbenciais* – são os honorários devidos, conforme a circunstância, pelo vencido em demanda judicial (*fato objetivo da derrota*) ou por quem deu causa à judicialização da demanda (*princípio da causalidade*)⁵.

3 – Natureza do crédito de honorários advocatícios

Os honorários advocatícios (contratuais, arbitrados ou sucumbenciais) constituem crédito do advogado (Lei nº 8.906/94, arts. 22 e 24; CLT, art. 791-A, § 3º; CPC, art. 85, § 14)⁶, têm natureza alimentar e gozam dos “mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho” (CPC, art. 85, § 14; Súmula Vinculante do STF nº 47).

4 – Insuficiência da CLT

O art. 791-A da CLT dispõe sobre o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais nas demandas trabalhistas, mas não disciplina diversas situações como faz o art. 85 do CPC.

Emergiu, diante disso, o debate sobre a insuficiência (omissão parcial) do dispositivo da CLT, a reclamar a aplicação supletiva do CPC, ou a sua suficiência, que impede a aplicação supletiva deste.

A Comissão Permanente de Jurisprudência e de Precedentes Normativos do TST, em parecer (no final de 2017) destinado a propor a atualização da Súmula TST nº 219, chegou a dizer que “a Lei nº 13.467/2017 não deixou margem à aplicação subsidiária de outro diploma legal, pois regulou a matéria de modo completo”.

Não me parece, entretanto, que seja assim.

5 O princípio da sucumbência se aplica apenas como um primeiro parâmetro para a distribuição das despesas do processo, sendo necessária a sua articulação com o princípio da causalidade (STJ, REsp 684.169/RS, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 14.04.09), como está exemplificado no art. 85, § 10, do CPC/2015: “nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo”.

No “processo civil, para se aferir qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e das custas processuais, deve-se atentar não somente à sucumbência, mas também ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes” (STJ, REsp 1.160.483/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJe 15.08.2014).

6 “Com isso, os honorários de advogado perderam, também na esfera trabalhista, a sua justificativa original – e a também a natureza jurídica de dano emergente –, qual fora, a de recompor integralmente o patrimônio do vencedor, diante do dano experimentado pela contratação de advogado a fim de obter a tutela jurisdicional” (MALLETT, Estêvão; HIGA, Flávio. Os honorários advocatícios após a reforma trabalhista. *Revista do TST*, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 78, out./dez. 2017).

DOCTRINA

A Lei nº 13.467/2017 não regulou de modo completo a responsabilidade e a exigibilidade do pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais. Nada dispõe a CLT, por exemplo, sobre: a) a base de incidência dos honorários na demanda de indenização por ato ilícito contra pessoa (CPC, art. 85, § 9º); b) a possibilidade de pagamento de honorários aos advogados públicos (CPC, art. 85, § 19); c) a possibilidade de o advogado requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio (CPC, art. 85, § 15); d) a solução para a omissão na fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na decisão (CPC, art. 85, § 18); e) a incidência de juros de mora (CPC, art. 85, § 16); f) a responsabilidade nas hipóteses de sucumbência mínima (CPC, art. 86, parágrafo único); g) a responsabilidade proporcional dos litisconsortes vencidos (CPC, art. 87); h) a responsabilidade pelo pagamento nas hipóteses de desistência, renúncia e reconhecimento do pedido (CPC, art. 90).

As lacunas existentes na CLT, então, impõem, incontestavelmente, a aplicação supletiva da disciplina processual civil de honorários advocatícios de sucumbência, diante da compatibilidade existente, observadas, porém, algumas adaptações necessárias à especialidade do direito processual do trabalho (CLT, art. 769; CPC, art. 15).

5 – Destinatários do pagamento

5.1 – Advogado do vencedor

A redação do art. 791-A da CLT estabelece, com clareza, que o advogado do vencedor é o destinatário dos honorários advocatícios de sucumbência⁷, ainda que se trate de advogado empregado (Lei nº 8.906/94, art. 21), de advogado público (CPC, art. 85, § 19) e de advogado de parte assistida pelo seu sindicato de classe (CLT, art. 791-A, § 1º).

Por ser um direito patrimonial disponível pelo titular, o advogado do vencedor, ainda, poderá:

a) *requerer que o pagamento dos honorários seja efetuado* – em favor da sociedade de advogados de que é sócio, mantendo-se, nesse caso, a mesma natureza jurídica da verba (CPC, art. 85, § 15);

7 O “sujeito da oração torna inequívoco o destinatário da verba” (MALLET, Estêvão; HIGA, Flávio. Os honorários advocatícios após a reforma trabalhista. *Revista do TST*, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 78, out./dez. 2017).

b) *estabelecer contratualmente com o cliente* – que os “honorários sucumbenciais tocam à parte, e, não, ao advogado”⁸.

5.2 – Advogado em causa própria

Os honorários advocatícios sucumbenciais serão devidos ao advogado que atuar em causa própria, desde que se sagra vencedor na demanda (CLT, art. 791-A, *caput*; CPC, art. 85, § 17).

5.3 – Ministério Público

Os representantes do Ministério Público e a própria instituição não têm direito à percepção de honorários advocatícios de sucumbência, *ex vi* do art. 128, § 5º, II, *a*, da CF e do art. 137, I, da LC nº 75/93.

Esse veto, porém, não impede a instituição (Ministério Público), atuando como parte, de ser destinatária de honorários advocatícios de sucumbência, que serão recolhidos aos cofres da *Fazenda Pública (sic)*, nas hipóteses em que:

a) *seu adversário for reputado litigante de má-fé em ação civil pública* – ainda que seja o vencedor (CPC, art. 81; Lei nº 7.347/85, art. 18);

b) *estiver em atuação diversa das atribuições outorgadas pela CF* – e sagrar-se vencedor.

5.4 – Defensoria Pública

Os Defensores Públicos não têm direito à percepção de honorários advocatícios de sucumbência, *ex vi* dos arts. 46, III, e 130, III, da LC nº 80/94. Não obstante isso, a Defensoria Pública será destinatária desses honorários, sendo o valor depositado em fundos por ela geridos para aplicação exclusiva no aparelhamento do órgão e na capacitação profissional de seus membros e servidores (LC nº 80/94, art. 4º, XXI).

Não são devidos honorários advocatícios sucumbenciais à Defensoria Pública, entretanto, quando ela atuar contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença (Súmula STJ nº 421)⁹ ou contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública¹⁰.

8 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 406.

9 Reconhece-se “o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município” (REsp 1.108.013/RJ – repetitivo, CE, Relª Minª Eliana Calmon, DJe 22.06.09).

10 STJ, REsp 1.199.715/RJ – repetitivo, CE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 12.04.2011.

5.5 – Advogados e Procuradores da Administração Pública direta e indireta

Os Advogados e Procuradores da Administração Pública direta e indireta são destinatários indiretos dos honorários advocatícios de sucumbência (CPC, art. 85, § 19). A titularidade destes é a Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), autarquias, fundações instituídas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista. Cabe, assim, à “lei estatutária estabelecer um fundo para pagar os subsídios dos procuradores, no todo ou em parte, respeitado o teto constitucional”¹¹.

6 – Responsáveis pelo pagamento

6.1 – Parte vencida ou causador do processo

Embora o art. 791-A da CLT não seja expreso como o art. 85, *caput*, do CPC, compreende-se que ele atribui a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência à parte:

- a) *vencida na pretensão objeto da demanda* (fato objetivo da derrota); ou
- b) *que deu causa à judicialização da demanda* (princípio da causalidade).

6.1.1 – Sucumbência parcial

Há situações em que autor e réu são vencedores e vencidos simultaneamente. Tais situações são denominadas de:

a) *sucumbência parcial* – que ocorre quando em demanda com: (i) pedido único e decomponível, parte dele é deferido; (ii) pedidos cumulados, alguns destes são deferidos (total ou parcialmente)¹²;

b) *sucumbência recíproca* – que ocorre quando o autor obtém êxito na demanda e o réu obtém êxito na reconvenção¹³.

11 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 413.

12 “A sucumbência parcial ocorre quando o interesse do autor ficou em parte desatendido”. Verifica-se essa modalidade de sucumbência “do autor em duas hipóteses: (a) o pedido único é passível de divisão quantitativa (v. g., o autor pleiteou, a título de reparação do dano patrimonial, o valor X como dano emergente, e o valor Y como lucro cessante), e o juiz concede quantidade menor que a postulada; ou (b) o autor formulou dois ou mais pedidos perante o réu, mas o juiz só acolheu um deles, ou alguns dentre os vários pedidos, repelindo o(s) outro(s)” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 454).

13 “Reservou-se a expressão sucumbência recíproca para a hipótese de ambas as partes formularem pedidos em contraposição. E a hipótese mais óbvia e comum decorre da pretensão reconvenção do réu,

Desatento a essa técnica, o legislador da Lei nº 13.467/2017 confundiu *sucumbência parcial* com *sucumbência recíproca* ao dizer, no art. 791-A, § 3º, da CLT, que na hipótese de *procedência parcial* o juiz arbitrará honorários de *sucumbência recíproca*¹⁴. Não obstante esse deslize, interpretação conjunta dos §§ 3º e 5º do art. 791-A da CLT permite concluir que àquele trata da *sucumbência parcial* e este da (potencial) *sucumbência recíproca*.

Assim, nas demandas em que houver *sucumbência parcial*, cada uma das partes será responsabilizada pelo pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais proporcionalmente à extensão de que decaíram (CLT, art. 791-A, § 3º; CPC, art. 86).

6.1.2 – Sucumbência parcial mínima

Na sucumbência parcial, sempre que uma das partes *decair em parte mínima*, o vencido na maior parte responderá, por inteiro, pelos honorários advocatícios de sucumbência (CPC, art. 86, parágrafo único)¹⁵.

A expressão *decair em parte mínima* não possui conceito (ou, em linguagem usual, é uma expressão de conceito indeterminado ou expressão de conceito vago)¹⁶, embora haja quem, tentando conceituá-la, simplesmente a substitui por outra expressão sem conceito¹⁷.

Como ressalta Barbosa Moreira, a expressão sem conceito é o expediente ao qual “o legislador recorre naquelas situações em que não convém ou não é possível que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, não sendo conveniente que a norma descreva em termos

declarando o art. 85, § 1º, devidos honorários na reconvenção. A esse propósito, duas são as situações concebíveis, sem prejuízo da interferência da cumulação de pedidos na ação e na reconvenção” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 458)

14 O mesmo legislador não cometeu tal desatino no CPC. Tratou da: a) sucumbência parcial no art. 85, § 14, e no art. 86; b) potencial sucumbência recíproca no art. 85, § 1º.

15 Sempre que a parte decair “em parte mínima do pedido, caso em que não faz sentido falar em ‘sucumbência recíproca’, e a prudência recomenda determinar ao outro (sucumbente na quase totalidade) que pague, por inteiro, os honorários de sucumbência, como já ocorre no processo civil” (MALLET, Estêvão; HIGA, Flávio. Os honorários advocatícios após a reforma trabalhista. *Revista do TST*, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 83, out./dez. 2017).

16 Para Karl Engisch o conceito indeterminado é aquele cujo conteúdo e extensão “são, em larga medida, incertos e precisam de uma valoração para aplicá-lo, no caso concreto” (*Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 213).

17 “(...) se a sucumbência do litigante for em parte mínima, entendendo esta como aquela que não pesasse consideravelmente na condenação ou no proveito alcançado, o vencido responde integralmente pelas despesas e honorários.” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I. p. 121)

pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico”¹⁸. Trata-se de um expediente legislativo que fornece “ao aplicador da lei simples indicações genéricas, prescrevendo apenas o suficiente para tornar claro aquilo que lhe parece essencial, deixando ao intérprete a tarefa de preencher os claros, de cobrir os espaços em branco”¹⁹.

Não há, portanto, elemento objetivo para caracterizar a expressão *decair em parte mínima*. Caberá, assim, ao magistrado (*na sucumbência parcial e na sucumbência recíproca*), diante das particularidades do caso concreto, e tendo em conta a totalidade dos pedidos, emitir a definição, justificando, desse modo, a sua decisão.

6.1.3 – Sucumbência parcial e pedidos cumulados

É relativamente fácil a definição concreta da responsabilidade pelo pagamento de honorários advocatícios de sucumbência em processo simples (uma causa de pedir e um pedido). Diante de processo complexo (cumulação de pedidos), porém, não há disciplina legal e a dificuldade se impõe.

6.1.3.1 – Cumulação simples

Há cumulação objetiva (de pedidos) simples quando o autor deduz vários pedidos independentes entre si (CPC, art. 327). Vale dizer, há mera justaposição de pedidos. Ex.: o autor pede pagamentos de vale-transporte, salário família e aviso prévio. Nesse caso, o deferimento ou o indeferimento de cada um dos pedidos não interfere no destino dos demais, tendo o magistrado que se pronunciar sobre todos eles.

Não encontraremos dificuldade para estabelecer a responsabilidade pelos honorários advocatícios de sucumbência nas hipóteses de deferimento integral ou de indeferimento integral de todos os pedidos cumulados.

Há dificuldade, porém, nas hipóteses de sucumbência parcial: deferimento em parte de todos os pedidos; deferimento total de alguns pedidos e em parte de outros; deferimento total de alguns pedidos e indeferimento total de outros; deferimento parcial de alguns pedidos e indeferimento total de outros.

18 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: *Temas de direito processual*: segunda série. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 64.

19 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: *Temas de direito processual*: segunda série. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 64.

DOCTRINA

Há quem entenda que, nessas hipóteses, a responsabilidade pelos honorários advocatícios de sucumbência deve ser analisada pedido por pedido, sendo, em cada um deles, considerada a sucumbência:

- a) *do réu* – pelo deferimento integral ou em parte do pedido;
- b) *do autor* – pelo indeferimento total do pedido²⁰.

A técnica de impor ao réu a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios quando o pedido for deferido em parte corresponde a asseverar que: sempre que o autor obtiver apenas parte do que pediu, ostentará o *status* de vencedor e o réu de vencido. Referida técnica, entretanto, afronta a lógica processual, uma vez que ao negar ao autor a condição de vencido, subtrai dele, também, a possibilidade de interpor recurso, na medida em que somente o vencido possui interesse recursal (CPC, art. 996).

O conceito processual de vencido é um só. Não há um conceito de vencido exclusivamente para honorários advocatícios. Vencido é o sujeito que não obteve tudo aquilo que pediu no processo²¹. Assim, “se cada litigante for parcialmente vencedor e parcialmente vencido, isso significa que na parte em que foi vencido ele sucumbiu. Isso pode acontecer sempre que o processo tenha um *objeto composto*, como no caso de cúmulo de pedidos, ou que ele seja *decomponível* (pedido de dinheiro, coisas fungíveis)”²². Decaindo, então, o autor em parte de um pedido será, simultaneamente, vencedor (na parte obtida) e vencido (na parte negada). Se essa parte for mínima, excepcionalmente incidirá a regra do art. 86, parágrafo único, do CPC.

Nas hipóteses de sucumbência parcial de que estamos tratando, sob o rigor técnico, cada uma das partes será responsabilizada pelo pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, proporcionalmente à extensão de que decaíram em cada pedido (CLT, art. 791-A, § 3º; CPC, art. 86). Nada impede o juiz, porém, de considerar a totalidade dos pedidos objeto da decisão (seja

20 “(...) a sucumbência a justificar honorários advocatícios ao reclamado tem que ser de improcedência total dos pedidos, ou de algum destes. Por exemplo, o reclamante formulou os pedidos A, B, C, D, mas sucumbiu em parte no pedido A, que se refere a horas extras, já que a jornada acolhida pelo juízo foi inferior à declinada na inicial, não haverá sucumbência recíproca a justificar honorários advocatícios ao reclamado.” (SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17. São Paulo: LTr, 2017. p. 84)

No mesmo sentido: SOUZA Jr., Antonio Umberto de Souza *et al.* *Reforma trabalhista – análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 383-384.

21 Vencida é “a parte prejudicada pela decisão – a parte sucumbente, no todo ou em parte, no processo” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao CPC* (976 ao 1.044). São Paulo: RT, 2016. v. XVI – versão digital, comentários ao art. 996 do CPC).

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. II. p. 646-647.

interlocutória de mérito ou sentença) para atribuir a responsabilidade pelo pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, mediante exame da proporcionalidade das perdas e ganhos de cada uma das partes (CLT, art. 791-A, § 3º; CPC, art. 86), sendo-lhe lícito, ainda, diante disso, reconhecer a sucumbência mínima (CPC, art. 86, parágrafo único).

6.1.3.2 – Cumulação sucessiva

A cumulação objetiva (de pedidos) sucessiva não está prevista expressamente no ordenamento jurídico, mas é extraível do art. 327 do CPC. Há cumulação sucessiva quando o autor deduz pedido subsequente (pedido acessório ou condicionado), cuja análise depende do deferimento do pedido precedente (pedido principal ou condicionante). Ex.: o autor pede o pagamento de horas extras e, sendo deferido esse pedido, também o pagamento de reflexo das horas extras em RSR. Esse último pedido, então, somente será examinado se o pedido antecedente for deferido.

O deferimento:

a) *integral do pedido antecedente (principal; condicionante) e o deferimento parcial ou indeferimento integral do pedido subsequente (secundário; condicionado)* – como regra, produz sucumbência mínima para o autor. Os honorários advocatícios de sucumbência, nessa hipótese, recairão integralmente sobre o réu (CPC, art. 86, parágrafo único);

b) *em parte do pedido antecedente (principal; condicionante) e o deferimento integral, parcial ou indeferimento integral do pedido subsequente (secundário; condicionado)* – satisfaz em parte o autor (vencedor-vencido). Cada uma das partes, nessa hipótese, será responsabilizada pelo pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, proporcionalmente à extensão de que decaíram (CLT, art. 791-A, § 3º; CPC, art. 86), levando-se em conta os pedidos antecedente e subsequente.

6.1.3.3 – Cumulação alternativa

A modalidade de cumulação alternativa que interessa para esse estudo é aquela em que o autor deduz dois ou mais pedidos fundado na natureza da obrigação, que permite ao devedor cumprir a prestação de mais de um modo (CPC, arts. 325 e 326, parágrafo único). Vale dizer, o autor deduz dois ou mais pedidos excludentes entre si (para que apenas um deles seja deferido), sem ordem de preferência (A ou B). Ex.: o autor pede a entrega de uma motocicleta XZ ou de R\$ 15.000,00 por ter atingido a meta de vendas, uma vez que o regu-

lamento da empresa prevê que “o empregado que atingir a meta receberá como prêmio uma motocicleta XZ ou R\$ 15.000,00, a ser escolhido pela empresa”.

O deferimento:

a) *integral de qualquer um dos pedidos alternativos* – satisfaz por completo o autor (vencedor). Os honorários advocatícios de sucumbência, nessa hipótese, recairão integralmente sobre o réu (vencido)²³;

b) *em parte de qualquer um dos pedidos alternativos* – satisfaz em parte o autor (vencedor-vencido). Cada uma das partes, nessa hipótese, será responsabilizada pelo pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, proporcionalmente à extensão de que decaíram (CLT, art. 791-A, § 3º; CPC, art. 86), levando-se em conta exclusivamente o pedido deferido em parte (o pedido não analisado será desconsiderado).

6.1.3.4 – Cumulação eventual (subsidiária)

Há cumulação eventual (subsidiária) sempre que o autor deduzir dois ou mais pedidos, sendo o pedido subsequente apreciado apenas na hipótese de indeferimento do pedido antecedente (CPC, art. 326, *caput*). Há um grau de hierarquia entre os pedidos (pedido principal ou subordinante – que é o antecedente; e pedido secundário ou subordinado – que é o subsequente). A análise do pedido subsequente estará condicionada (é subsidiária) ao não deferimento do pedido antecedente (A, e na eventualidade de seu indeferimento, B). Ex.: o autor pediu o seu enquadramento como industriário e os pagamentos das vantagens convencionais dessa categoria. Na eventualidade, porém, do indeferimento desses pedidos, requer o enquadramento como trabalhador rural e os pagamentos das vantagens convencionais dessa categoria²⁴.

O deferimento:

a) *integral do pedido antecedente (principal; subordinante)* – satisfaz por completo o autor (vencedor). Os honorários advocatícios de sucumbência, nessa hipótese, recairão integralmente sobre o réu (vencido), levando-se em conta exclusivamente o pedido antecedente (o pedido subsidiário será desconsiderado);

23 “Na cumulação alternativa não há hierarquia entre os pedidos, que são excludentes entre si. O acolhimento de qualquer um deles satisfaz por completo a pretensão do autor, que não terá interesse em recorrer da decisão que escolheu uma dentre outras alternativas igualmente possíveis e satisfativas. Se não há interesse recursal, conclui-se que os ônus da sucumbência devem ser integralmente suportados pelo réu.” (STJ, EREsp 616.918/MG, CE, Rel. Min. Castro Meira, DJe 23.08.2010)

24 Deve-se atentar que na cumulação eventual é dispensável a compatibilidade entre os pedidos (CPC, art. 327, § 3º), diversamente do que ocorre na cumulação simples (CPC, art. 327, § 1º).

b) *em parte do pedido antecedente (principal; subordinante)* – satisfaz em parte o autor (vencedor-vencido). Cada uma das partes, nessa hipótese, será responsabilizada pelo pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, proporcionalmente à extensão de que decaíram (CLT, art. 791-A, § 3º; CPC, art. 86), levando-se em conta exclusivamente o pedido antecedente (o pedido subsidiário será desconsiderado);

c) *integral do pedido subsequente (secundário; subordinado)* – satisfaz em parte o autor, uma vez que sua preferência era o deferimento do pedido antecedente (principal), que foi indeferido (vencedor-vencido). Cada uma das partes, nessa hipótese, será responsabilizada pelo pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, proporcionalmente à extensão de que decaíram (CLT, art. 791-A, § 3º; CPC, art. 86)²⁵. O autor pagará honorários advocatícios sucumbenciais pelo indeferimento do pedido antecedente e o réu pagará honorários advocatícios sucumbenciais pelo deferimento do pedido subsequente. Poderá o juiz, porém, “no caso concreto e com recurso ao juízo de equidade, atribuir os ônus sucumbenciais integralmente ao réu, quando reconhecer a sucumbência mínima do autor naqueles casos em que há parcial equivalência entre os pedidos principal e subsidiário”²⁶.

d) *em parte do pedido subsequente (secundário; subordinado)* – satisfaz em parte o autor, uma vez que sua preferência era o deferimento do pedido antecedente (principal), que foi indeferido, e não houve o deferimento integral do pedido secundário (vencedor-vencido). Cada uma das partes, nessa hipótese, será responsabilizada pelo pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, proporcionalmente à extensão de que decaíram (CLT, art. 791-A, § 3º; CPC, art. 86). O autor pagará honorários advocatícios sucumbenciais pelo indeferimento do pedido antecedente e pela parte negada do pedido secundário e o réu pagará honorários advocatícios sucumbenciais pela parte deferida do pedido subsequente.

6.1.3 – Sucumbência parcial e pedido decomponível

Pedido decomponível é aquele que permite a sua decomposição, o seu fracionamento, a sua divisão em duas ou mais partes. Há pedido *decomponível*,

25 Na cumulação subsidiária “os pedidos são formulados em grau de hierarquia, denotando a existência de um pedido principal e outro (ou outros) subsidiário(s). Assim, se o pedido principal foi rejeitado, embora acolhido outro de menor importância, surge para o autor o interesse em recorrer da decisão. Se há a possibilidade de recurso, é evidente que o autor sucumbiu de parte de sua pretensão, devendo os ônus sucumbenciais serem suportados por ambas as partes, na proporção do sucumbimento de cada um” (STJ, EREsp 616.918/MG, CE, Rel. Min. Castro Meira, DJe 23.08.2010).

26 STJ, EREsp 616.918/MG, CE, Rel. Min. Castro Meira, DJe 23.08.2010.

então, “sempre que, física e juridicamente, seja possível atribuir ao sujeito um *minus* em relação ao *majus* que ele pretende e pede, como nos pleitos relacionados com coisas suscetíveis de serem dimensionadas em peso, extensão ou quantidade ou, em geral, em unidades possíveis de serem separadas. Decompe-se idealmente o objeto do processo, mediante uma abstração mental que permite ver, no pedido posto em juízo, tantas partes quantas sejam necessárias para dimensionar a tutela de modo adequado e atribuir ao autor somente uma parte daquilo que ele postula. O objeto do processo, *simples* nesse caso (e não composto), é tratado como se fora uma reunião de duas ou diversas pretensões, cada uma delas incidente sobre uma das partes que resultam dessa decomposição. Essa abstração mental conduz, em seu resultado prático, a tratar as parcelas ideológicas da pretensão deduzida como se fossem pretensões autônomas desde sua formulação, dando-se a cada uma delas a solução que o juiz entender correta perante o direito material e os fatos confirmados pela prova”²⁷.

O caso mais comum de pedido decomponível é o de pagamento de quantia em dinheiro. Se o autor, por exemplo, pedir o pagamento de R\$ 1.000,00, poderá ocorrer de o juiz lhe deferir a quantia de R\$ 800,00. Por uma abstração mental, então, o pedido único (R\$ 1.000,00) é visto como se houvessem dois pedidos, um de pagamento de R\$ 800,00 e outro de pagamento de R\$ 200,00. O autor, no caso, venceu integralmente no primeiro e ficou vencido integralmente no segundo. Cada uma das partes, nessa hipótese, será responsabilizada pelo pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais de que decaíram (CLT, art. 791-A, § 3º; CPC, art. 86). Poderá o juiz, porém, examinando o caso concreto e com recurso ao juízo de equidade, reconhecer a sucumbência mínima do autor e atribuir os ônus sucumbenciais integralmente ao réu (CPC, art. 86, parágrafo único).

6.2 – Ministério Público

O Ministério Público, atuando como fiscal da ordem jurídica (CPC, art. 82, § 1º), não responde pelo pagamento de honorários de sucumbência. Quando atuar como parte (em legitimidade ordinária ou extraordinária e dentro das suas atribuições constitucionais), *em princípio* não responde pelo pagamento de honorários de sucumbência²⁸. Responderá, porém, pelo pagamento de honorários advocatícios:

27 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 35.

28 “Ministério Público. Custas e honorários de advogado. Movendo ação em nome do economicamente fraco, o Ministério Público, se vencido na demanda, ainda que reconhecida a sua ilegitimidade para atuar como substituto, não responde pelas custas nem pelos honorários de advogado.” (STJ, REsp 61.367/MG, 3ª T., Rel. Min. Nilson Naves, DJ 23.10.95, p. 35.663)

a) *se for reputado litigante de má-fé em qualquer demanda (e não apenas em ação civil pública)* – seja vencido ou vencedor (CPC, art. 81; Lei nº 7.347/85, art. 18);

b) *se estiver em atuação diversa das atribuições outorgadas pela CF* – e ficar vencido²⁹.

6.3 – Fazenda Pública

A Administração Direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das autarquias e fundações com personalidade de direito público, se vencidas, ainda que em litisconsórcio, responderão pelo pagamento de honorários advocatícios de sucumbência (CLT, art. 791-A, § 1º; Súmula TST nº 219).

6.4 – Substituição processual

O substituto (e não o substituído) processual, se vencido, responderá pelo pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência (CLT, art. 791-A, § 1º)³⁰.

6.5 – Parte assistida pelo sindicato de classe

A assistência da parte vencida pelo seu sindicato de classe não a isenta de pagar honorários advocatícios de sucumbência (CLT, art. 791-A, § 1º).

6.6 – Sucessão processual

Na sucessão processual:

29 “Processual civil. Honorários advocatícios. Ministério Público. I – O Ministério Público, em regra, se vencido na ação por ele ajuizada, não responde pelos honorários de advogado. II – O caso, porém, apresenta peculiaridade: refere-se a ação de execução não incluída entre aquelas típicas da atividade do Ministério Público. Ofensa a textos do Código de Processo Civil colacionados não configurada. III – Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 261.307/MG, 3ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 12.02.01, p. 114)

“Embargos de declaração. Ministério Público. Execução. Sucumbência. Honorários advocatícios. I – Deve o Ministério Público arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, vencido que foi na ação de execução movida contra parte ilegítima, uma vez que esta foi compelida a contratar advogado. II – O fato de ser atribuição do Ministério Público promover execução dos julgados do Tribunal de Contas do Estado não tem o condão de alterar a regra do art. 20 do CPC que regula a sucumbência. III – Embargos de declaração rejeitados.” (STJ-EDcl no REsp 261.307/MG, 3ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 29.10.01, p. 202)

30 “O titular do direito material, ou substituído, não é parte, e, portanto, não responderá por essa condenação.” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 417)

a) *mortis causa* – o espólio responderá pelos honorários advocatícios. Feita a partilha, a responsabilidade se transmite para o sucessor, no limite dos valores dos bens que a ele couber (CPC, art. 796; CC, art. 1.997);

b) *inter vivos* – o sucessor responderá integralmente pelos honorários advocatícios de sucumbência (CLT, art. 448-A).

6.7 – Litisconsórcio

No caso de:

a) *bens indivisíveis ou de obrigações solidárias* – os litisconsortes vencidos responderão solidariamente pelos honorários advocatícios de sucumbência;

b) *bens divisíveis ou de obrigações não solidárias* – os litisconsortes vencidos responderão proporcionalmente (aos seus interesses na demanda) pelos honorários advocatícios de sucumbência (CPC, art. 87, *caput*). Caberá ao juiz, nesse caso, fixar expressamente na decisão a responsabilidade de cada litisconsorte (CPC, art. 87, § 1º). Se não o fizer, “os vencidos responderão solidariamente pelas despesas e pelos honorários” (CPC, art. 87, § 2º).

6.8 – Autor vencido nas hipóteses de revelia e improcedência, de indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar

Nas hipóteses em que:

a) *houver revelia e, apesar disso, a sentença for de improcedência* – o autor não será condenado ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais. “É essencial, para a condenação do autor, no caso de sentença de improcedência, que o réu haja participado do processo”³¹, ainda que isso ocorra ulteriormente, mas antes da sentença (CPC, art. 346, parágrafo único);

b) *houver o indeferimento da petição inicial* – o autor não será condenado ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais se o réu não tiver participado do processo. Se o autor interpuser recurso e não houver re-tratação do juiz, o réu será citado para ofertar contrarrazões (CPC, art. 331, § 1º). Participando o réu do processo, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais seguirá a disciplina geral;

c) *o juiz proferir sentença de improcedência liminar* (CPC, art. 332) – o autor não será condenado ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, uma vez que o réu não participou do processo. Se o autor interpuser

31 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 451.

recurso e não houver retratação do juiz (CPC, art. 332, § 3º), o réu será citado para ofertar contrarrazões (CPC, 332, § 4º). Participando o réu do processo, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais seguirá a disciplina geral.

6.9 – Beneficiário da justiça gratuita

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, será ele condenado a pagar honorários advocatícios de sucumbência (CLT, art. 791-A, *caput*; CPC, art. 85, *caput*), uma vez que a concessão daquela (CLT, art. 790) não subtrai essa responsabilidade (CLT, art. 791-A, § 4º; CPC, art. 98, § 2º).

6.9.1 – Suspensão da exigibilidade

O deferimento do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita produz a suspensão da exigibilidade do pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência.

No:

a) *processo civil* – a suspensão da exigibilidade é imediata e perdura pelo prazo de 5 anos, contados do trânsito em julgado da decisão terminativa ou definitiva (CPC, art. 98, § 3º);

b) *processo do trabalho* – a suspensão da exigibilidade não é imediata. Está condicionada ao não recebimento em juízo (ainda que em outro processo) de créditos capazes de suportar a despesa. Verificada a condição, a exigibilidade ficará suspensa, a partir daí, pelo prazo de 2 anos (CLT, art. 791, § 4º).

Se no curso do tempo de suspensão da exigibilidade houver mudança da situação financeira do beneficiário da justiça gratuita, com aquisição de capacidade para suportar o pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência (vale dizer: se o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade), ele poderá ser instado a fazê-lo. Findo, porém, o quinquênio (no processo civil) e o biênio (no processo do trabalho), a obrigação se extinguirá³².

O deferimento do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, excepcionalmente, não produzirá a suspensão da exigibilidade do pagamento

32 A condenação do beneficiário ao pagamento de “honorários se vinculará, então, à condição suspensiva do desaparecimento superveniente do estado de necessidade. A obrigação cessará totalmente após o transcurso do prazo de cinco anos” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 420).

dos honorários advocatícios de sucumbência se o seu beneficiário for reputado litigante de má-fé (CPC, art. 81).

6.9.2 – Créditos capazes de suportar a despesa

De acordo com o art. 791-A, § 4º, da CLT, não haverá a suspensão da exigibilidade do pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência para o beneficiário da justiça gratuita vencido, se ele obtiver em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa.

Deixando de lado a discussão sobre a inconstitucionalidade do dispositivo legal³³, deve-se dizer que a expressão *créditos capazes de suportar a despesa* não é uma expressão sem conceito. A cobrança de honorários advocatícios de sucumbência, mediante retenção de créditos, corresponde à penhora antecipada. Desse modo, se o crédito obtido em juízo pelo beneficiário da justiça gratuita for *salário ou remuneração* (CPC, art. 833, IV) somente serão penhoráveis as importâncias excedentes a 50 salários mínimos, apuradas, mensalmente (CPC, art. 833, § 2º). A apuração mensal (mês a mês), além de decorrer de regra legal, obedece à razão: a quantia que era impenhorável se tivesse sido paga no prazo correto não perde essa qualidade pelo fato de ser quitada em juízo, nem tampouco pode ser somada a valores de outros meses para compor quantia que subtraia aquela qualidade³⁴.

33 A inconstitucionalidade do dispositivo legal é objeto da ADI 5.766, ainda não decidida pelo STF.

“Não bastasse a ofensa direta ao art. 5º, LXXIV, da CF, o § 4º do art. 791-A também molesta a isonomia (CF, art. 5º, *caput*), pois, malgrado os sistemas processuais possuam características e peculiaridades diferentes, nada justifica o tratamento mais rigoroso dispensado ao sucumbente na esfera trabalhista. Além disso, o dispositivo perturba a concepção de ‘acesso à justiça’ (CF, art. 5º, XXXV), pois, por mais difícil que seja definir a expressão, é certo que ela deve contemplar um sistema acessível a todos e que produza resultados individual e socialmente justos, como afirmam Cappelletti e Garth” (MALLET, Estêvão; HIGA, Flávio. Os honorários advocatícios após a reforma trabalhista. *Revista do TST*, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 84-86, out./dez. 2017).

“(…) no caso do acesso à Justiça e da assistência jurídica gratuita, a lei da reforma trabalhista viola a – chamemos assim – literalidade, a letra da Constituição de 1988, ou seja, a assistência jurídica é ‘integral e gratuita’ (art. 5º, LXXIV). Se é integral, a assistência jurídica não pode ser solapada porque o trabalhador teve ganho naquela e/ou em outra reclamação trabalhista. Em suma, viola a letra da Constituição de 1988 consagrar uma assistência jurídica ‘parcial e gratuita’. Simples assim.” (STRECK, Lenio. Como usar a jurisdição constitucional na reforma trabalhista. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/senso-incomum-usar-jurisdicao-constitucional-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

34 Deve-se “verificar esse crédito não é derivante de salários, caso em que se imporá a observância ao art. 833, IV e § 2º, do CPC” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 91-92).

7 – Compensação

Não sendo os litigantes os destinatários dos honorários advocatícios de sucumbência, não há possibilidade de compensação nas hipóteses de sucumbência parcial ou recíproca das partes (CLT, art. 791-A, § 3º; CPC, art. 85, § 14).

8 – Pedido implícito

Considera-se implícito o pedido de pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, caso não seja deduzido explicitamente (CPC, art. 322, § 1º; Súmula SFT nº 256). Excepciona-se, assim, a regra que impõe a dedução de pedido certo – explícito (CLT, art. 840, § 1º; CPC, art. 322, *caput*). É importante lembrar, então, que o pedido implícito, ao ser explicitamente deduzido, dispensa a indicação de valor (CLT, art. 840, § 1º). A lógica, no caso, fala por si: a explicitação do valor continuará implícita.

9 – Omissão de condenação

A omissão do magistrado em condenar o vencido a pagar os honorários advocatícios de sucumbência deverá ser suprida por meio de pedido veiculado em simples requerimento, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado. Ocorrido este, o advogado terá de manejar ação autônoma de cobrança para recebê-los (CPC, art. 85, § 18).

10 – Renúncia e revogação do mandato

A renúncia (CPC, art. 112) e a revogação (CPC, art. 111) do mandato anteriormente à sentença extinguem a representação e subtraem do antigo advogado o direito aos honorários advocatícios de sucumbência, uma vez que este somente nasce com a condenação (CPC, art. 85, *caput*).

O antigo advogado, porém, poderá discutir o direito aos honorários advocatícios de sucumbência, considerando a proporcionalidade de sua atuação nos autos. Essa discussão, entretanto, terá de ser manejada em demanda autônoma, sendo nela litisconsortes passivos necessários a parte e o novo advogado³⁵.

35 “A controvérsia quanto ao percentual de honorários advocatícios que cada advogado que atuou na causa deve receber, tendo em vista a revogação do mandato e substituição dos causídicos, deve ser solucionada em ação autônoma.” (STJ, REsp 766.279/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 18.09.06, p. 278)

11 – Reconvenção

Ao responder à demanda, o réu poderá ofertar reconvenção, cuja natureza jurídica é de demanda deduzida em relação processual já existente (CPC, art. 343). Nela, então, o vencido responderá pelo pagamento de honorários advocatícios de sucumbência (CLT, art. 791-A, § 5º; CPC, art. 85, § 1º).

12 – Fixação do percentual dos honorários advocatícios

12.1 – Percentuais

Diferentemente da disciplina processual civil (CPC, art. 85, § 2º) o art. 791-A, *caput*, da CLT *determina* a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência entre o mínimo de 5% e o máximo de 15%.

Embora seja lamentável e “não haja razão lógica para o tratamento discriminatório aos profissionais que advogam perante a Justiça do Trabalho, não se vislumbra inconstitucionalidade no texto legal, porquanto também não havia mácula à Lei Maior quando nem sequer eram atribuídos honorários de advogado”³⁶.

Destaca-se ser vedada a fixação de honorários advocatícios em quantidade de salário mínimo (Súmula STJ nº 201).

12.2 – Critérios para definição do percentual

Na fixação do percentual dos honorários advocatícios de sucumbência o juiz deverá levar em conta o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (CLT, art. 791-A, § 2º, I a IV; CPC, art. 85, § 2º, I a IV).

Valendo-nos das lições de Araken de Assis, podemos dizer que:

a) *o zelo do profissional* (CLT, art. 791-A, § 2º, I; CPC, art. 85, § 2º, I) – se expressa “na dedicação e no desvelo concretamente demonstrado pela causa. Esse zelo patenteia-se no acompanhamento permanente do processo,

36 MALLET, Estêvão; HIGA, Flávio. Os honorários advocatícios após a reforma trabalhista. *Revista do TST*, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 79, out./dez. 2017.

Para Francisco Antonio de Oliveira, o “art. 791-A, ora incluído, está na contramão e toma como parâmetro o que existiu há 7 (sete) décadas. Não percebe o legislador que a realidade de hoje é outra e que o retorno à redação de 1950, da Lei nº 1.060 que fixava no máximo 15% não tem sentido jurídico. O *caput* nasce anciloso, com lacuna axiológica, posto que a norma é injusta, fato este que autoriza o juiz a ir buscar alento subsidiário no Novo Código de Processo Civil” (OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Reforma trabalhista: comentários à Lei nº 13.467*, de julho de 2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 80).

no impulso supletivo ao oficial, à prática de atos processuais válidos, pontualmente, quiçá antecipando-se ao termo final dos prazos legais e judiciais, e assim por diante”³⁷;

b) *o lugar de prestação do serviço* (CLT, art. 791-A, § 2º, II; CPC, art. 85, § 2º, II) – é a “circunstância de a parte ter contrato advogado cujo domicílio profissional é distinto do foro em que tramita a causa (...) nenhum relevo exhibirá na fixação dos honorários advocatícios. Os deslocamentos que o advogado porventura realize em função da causa é que importam (...). Pode acontecer de o advogado se deslocar do seu domicílio profissional para cidade de outro Estado-membro, a fim de acompanhar o cumprimento da precatória, e principalmente, participar da audiência designada no juízo deprecado (...). Também a viagem à capital do Estado-membro, que é sede do tribunal do recurso, ou a viagem à capital federal, despachando com o relator do recurso especial ou do recurso extraordinário (...), constituem movimentações inerentes ao profissional zeloso e dignas de maior remuneração”³⁸;

c) *a natureza da causa* (CLT, art. 791-A, § 2º, III; CPC, art. 85, § 2º, III) – está relacionada a “processos que envolvem questões de fato e de direito particularmente difíceis, e até inéditas, a exigir empenho redobrado do advogado”³⁹;

d) *a importância da causa* (CLT, art. 791-A, § 2º, IV; CPC, art. 85, § 2º, IV) – pode ser financeira (causa que pode mudar para melhor ou pior a fortuna das partes), jurídica (aptidão a tornar-se *leading case*) ou na mídia (gera repercussão como notícia);

e) *o trabalho realizado pelo advogado* (CLT, art. 791-A, § 2º, IV; CPC, art. 85, § 2º, IV) – diz respeito ao desempenho do advogado. Vale dizer, a atuação nas diversas fases do processo, e não ao resultado da demanda. “Limpeza e inteligibilidade das peças, também indicadores de zelo, representam predicados do trabalho e do desempenho do advogado”⁴⁰;

f) *o tempo exigido para o seu serviço* (CLT, art. 791-A, § 2º, IV; CPC, art. 85, § 2º, IV) – corresponde aos tempos estimados de preparação de peças processuais e à prática de atos processuais presenciais. Não diz respeito, então, à duração do processo.

37 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 447-448.

38 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 447.

39 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 448.

40 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 449.

12.3 – Motivação

O juiz tem de motivar a escolha do percentual dos honorários advocatícios de sucumbência (CLT, art. 489, § 1º), levando em conta os fatores subjetivos e objetivos do caso concreto. Não serve motivação genérica (sem aderência ao caso concreto).

12.4 – Base de incidência do percentual

A base de incidência do percentual de honorários advocatícios definido pelo magistrado será o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, o valor atualizado da causa (CLT, art. 791-A).

O valor:

a) *que resultar da liquidação da sentença* – corresponde ao valor da condenação, uma vez que na *sentença condenatória líquida* o valor já estará nela representado por quantia em dinheiro. Somente na *sentença condenatória ilíquida* a quantia em dinheiro dependerá da liquidação. Deve-se observar, ainda, que: (i) são devidos honorários advocatícios de sucumbência, também, nas *decisões interlocutórias de mérito* (CPC, art. 356); (ii) o valor da condenação a ser considerado para incidência do percentual será o valor bruto (OJ-SBDI-1 nº 348)⁴¹.

b) *do proveito econômico obtido* – corresponde à expressão monetária do pedido deduzido;

c) *atualizado da causa* – é parâmetro utilizado somente se não for possível mensurar o valor do proveito econômico.

12.4.1 – Improcedência

Os limites e critérios previstos no *caput* e no § 2º do art. 791-A da CLT “aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito” (CPC, art. 85, § 6º).

Na hipótese de improcedência ou de extinção do processo sem resolução de mérito, o juiz deverá considerar como base o valor da condenação pedida pelo autor. O valor da causa, que deverá ser atualizado monetariamente (CLT,

41 “TST-OJ-SBDI-1. Os honorários advocatícios, arbitrados nos termos do art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060, de 05/02/1950, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários.”

art. 791-A; Súmula STJ nº 14), desde que tenha sido indicado na petição inicial em conformidade com os parâmetros legais, fornece base “idônea e objetiva para os honorários sucumbenciais”⁴².

12.4.2 – Juízo de equidade

Nas demandas em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório, ou em que o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários advocatícios por apreciação equitativa (CPC, art. 85, § 8º)⁴³.

12.4.3 – Demanda de indenização por ato ilícito contra pessoa

Em demanda de indenização por ato ilícito contra pessoa, havendo condenação a prestações vencidas e vincendas (pensão mensal), o percentual de honorários advocatícios de sucumbência incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 prestações vincendas (CPC, art. 85, § 9º).

A norma, como se denota:

a) *impede* – que os honorários advocatícios de sucumbência avancem sobre a constituição de capital;

b) *restringe* – sua aplicação à responsabilidade extracontratual (ato ilícito contra pessoa)⁴⁴, aplicando, assim, às demandas com pedidos de indenizações decorrentes de doença e acidente de trabalho.

13 – Fazenda Pública

Nas demandas em que a Administração Direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as autarquias e fundações com personalidade de direito público (Fazenda Pública) forem parte (vencidas ou vencedoras), os honorários advocatícios sucumbenciais serão fixados segundo os seguintes percentuais e bases:

a) mínimo de 5% e máximo de 15% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 salários-mínimos;

42 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 440.

43 CPC: “Art. 85. (...) § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º”.

44 “Súmula STJ nº 111. Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença.”

DOCTRINA

b) mínimo de 4% e máximo de 7,5% por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 salários-mínimos até 2.000 salários-mínimos;

c) mínimo de 2,5% e máximo de 4% por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 salários-mínimos até 20.000 salários-mínimos;

d) mínimo de 1,5% e máximo de 2,5% por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 salários-mínimos até 100.000 salários-mínimos;

e) mínimo de 1% e máximo de 1,5% por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 salários-mínimos (CPC, art. 85, § 3º, I a V e § 6º).

Sendo o valor da condenação (ou o valor da causa) acima de 200 salários mínimos, o juízo deverá fixar mais de um percentual. Nesse caso, terá de “observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente” (CPC, art. 85, § 5º).

Os percentuais devem ser aplicados desde logo, quando a condenação for líquida (CPC, art. 85, § 4º, I). Sendo, porém, ilíquida, a definição do percentual somente ocorrerá quando após a liquidação (CPC, art. 85, § 4º, II).

Não havendo condenação ou não sendo possível mensurar o proveito econômico, a base de cálculo dos percentuais será o valor da causa atualizado (CPC, art. 85, § 4º, III).

O valor do salário mínimo a ser considerado será sempre o que estiver vigente no momento da publicação da sentença (CPC, art. 85, § 4º, IV).

14 – Juros moratórios

Fixados os honorários advocatícios sucumbenciais em valor certo, será este acrescido de juros moratórios, contados a partir da data do trânsito em julgado da decisão (CPC, art. 85, § 16).

15 – Situações específicas

15.1 – Pedido de compensação por dano moral

Ainda que o autor deva indicar o valor monetário da compensação que deseja receber em razão de dano moral (CLT, art. 840, § 1º; CPC, art. 292, V),

a condenação em quantia inferior não importa sucumbência parcial (Súmula do STJ nº 326)⁴⁵.

15.2 – Reconhecimento do pedido

Se o réu reconhecer a procedência do pedido, responderá pelo pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais (CPC, art. 90, *caput*). Sendo parcial o reconhecimento do pedido, os honorários advocatícios serão proporcionais à parcela reconhecida (CPC, art. 90, § 1º).

Em qualquer hipótese, se o réu simultaneamente ao reconhecimento total ou parcial cumprir integralmente a prestação reconhecida, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade (CPC, art. 90, § 4º).

15.3 – Transação

Diante da autonomia negocial das partes, podem elas dispor, na transação, sobre a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios.

A transação realizada diretamente pela parte, entretanto, salvo diante de expressa manifestação do procurador, “não lhe prejudica os honorários, quer os convençados, quer os concedidos por sentença” (Lei nº 8.906/94, art. 24, § 4º).

15.4 – Renúncia

Se o autor renunciar o direito sobre o qual se funda a pretensão do autor (sendo ela admissível), o juiz rejeitará o pedido e o condenará ao pagamento dos honorários advocatícios (CPC, art. 90). Sendo parcial a renúncia, os honorários advocatícios serão proporcionais à parcela renunciada (CPC, art. 90, § 1º).

15.5 – Desistência

O autor poderá desistir da demanda até a sentença (CPC, art. 485, § 5º). Se protocolar esse pedido:

a) *anteriormente à apresentação da contestação* – prescindirá da concordância do réu e a desistência produzirá efeitos, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito (CPC, art. 485, § 4º). Nesse caso, somente responderá

45 “Súmula STJ nº 326. Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.”

pelos honorários advocatícios se na data do protocolo do seu pedido o réu já havia sido citado⁴⁶, por força do princípio da causalidade⁴⁷;

b) *posteriormente à apresentação da contestação* – será imprescindível a concordância do réu (CPC, art. 485, § 4º). Assentindo este, o processo será extinto sem resolução do mérito e o autor responderá pelos honorários advocatícios, por força do princípio da causalidade (CPC, art. 90, *caput*).

Sendo parcial a desistência, os honorários advocatícios serão proporcionais à parcela desistida (CPC, art. 90, § 1º).

15.6 – Perda do objeto

A perda superveniente do interesse de agir (perda do objeto) importa na responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios daquele que deu causa ao processo – princípio da causalidade (CPC, art. 85, § 10).

16 – Liquidação da sentença

A fase de liquidação da sentença, sob rigor técnico, é complementar à fase de conhecimento, na medida em que se destina a conferir liquidez ao título executivo judicial, que permitirá o ingresso nas fases de cumprimento voluntário e de execução.

Os honorários advocatícios fixados para a fase de conhecimento, portanto, abrangem a fase de liquidação da sentença, exceto se houver recurso (Súmula TST nº 399, II).

17 – Cumprimento da sentença e execução

Se o exequente, na fase de cumprimento da sentença ou na fase e no processo de execução, valer-se de advogado para acompanhar ou, também, para impulsionar o procedimento (praticar atos processuais), com a elaboração e apresentação de peças técnicas, haverá a incidência de honorários advocatícios

46 Se a desistência for manifestada anteriormente à citação, o autor não será condenado ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais. “E o motivo parece simples: inexistente causa hábil para atribuir honorários a quem, desconhecendo a existência do processo, não realizou quaisquer despesas para se defender” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 475).

47 STJ-EDcl no AgRg no REsp 1.140.162/SP, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 17.08.2010. “É cabível a condenação em honorários advocatícios na hipótese de o pedido de desistência da ação ter sido protocolado após a ocorrência da citação da ré, ainda que em data anterior à apresentação da contestação.” (STJ, AgRg no REsp 1.001.516/RJ, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 06.02.2015)

de sucumbência⁴⁸. Por essa razão, o art. 85, § 1º, do CPC estabelece que são devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença (*provisório ou definitivo*) e na execução (*resistida ou não*).

Nas obrigações por quantia certa fundada em título:

a) *judicial* – serão fixados provisoriamente, no despacho que ordena a intimação (citação) do executado, honorários de advogado de 10% (CPC, art. 525, § 1º e art. 85, § 13). Havendo cumprimento voluntário: (i) *integral* – ocorrerá a isenção do pagamento dos honorários advocatícios; (ii) *parcial* – o percentual dos honorários advocatícios incidirá, exclusivamente, sobre a importância não quitada (CPC, art. 523, § 2º);

b) *extrajudicial* – serão fixados provisoriamente, no despacho que ordena a citação do executado, honorários de advogado de 10% (CPC, art. 827, *caput* e art. 85, § 13). O percentual fixado provisoriamente será: (i) *reduzido pela metade* – caso haja pagamento integral do débito no prazo de 3 dias (CPC, art. 827, § 1º); (ii) *acrescido de até mais 5%* – se a execução for embargada (CPC, art. 827, § 2º c/c CLT, art. 791-A)⁴⁹.

17.1 – Impugnação e embargos do executado

Ofertada impugnação ou embargos pelo executado, sendo ela(e):

a) *rejeitada(o) ou acolhida(o) em parte* – os honorários advocatícios serão acrescidos de até mais 5%;

b) *acolhida(o) integralmente, acarretando a extinção da execução sem que tenha ocorrido a extinção da obrigação* – os honorários advocatícios (fixados provisoriamente) serão devidos pelo executado, por força do princípio da causalidade, uma vez que a sua inadimplência deu causa à execução (e seus incidentes);

c) *acolhida integralmente, acarretando a extinção da execução em razão da extinção da obrigação* – os honorários advocatícios serão devidos pelo exequente (de 5% a 15%), invertendo-se os encargos da sucumbência.

48 Teixeira Filho entende que não incide honorários advocatícios na execução (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 87).

49 Esse mesmo acréscimo deve ser aplicado na execução por título judicial na hipótese de haver impugnação do executado. Segundo Araken de Assis, “não pode haver a mínima dúvida. A atividade do advogado do exequente há de ser remunerada conforme sua extensão e alcance, pois este é o sistema do NCPC em caso de recurso (art. 85, § 11) e de embargos (art. 827, § 2º)” (*Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 486).

17.2 – Cumprimento da sentença contra a Fazenda Pública

Sendo executada a Fazenda Pública, e não tendo ela ofertado impugnação ou embargos (casos que autorizam a requisição de valores diretamente ou por meio de ofício precatório), não serão devidos honorários advocatícios (CPC, art. 85, § 7º).

Nas execuções individuais da sentença coletiva, entretanto, são devidos honorários advocatícios, ainda que a Fazenda Pública não apresente embargos (Súmula STJ nº 345).

17.3 – Exceção de pré-executividade

A exceção de pré-executividade poderá produzir efeitos idênticos aos da impugnação e dos embargos do executado. Sendo assim, somente se for *acolhida integralmente, acarretando a extinção da execução em razão da extinção da obrigação*, os honorários advocatícios serão devidos pelo exequente (de 5% a 15%), invertendo-se os encargos da sucumbência⁵⁰.

18 – Recurso

A interposição de recurso “prolonga a relação processual, aumenta as atividades dos participantes do processo e exige dos advogados das partes desempenho profundamente distinto da atuação desenvolvida até a emissão do provimento final”⁵¹. A prática de atos processuais, com a elaboração e apresentação de peças técnicas, e eventual sustentação oral, devem, então, repercutir nos honorários advocatícios de sucumbência⁵².

Assim:

a) *não conhecido ou não provido o recurso* – o órgão recursal arbitrará novo percentual aos honorários advocatícios de sucumbência, caso na origem já não se tenha fixado no percentual máximo (CPC, art. 85, § 1º e 11);

b) *provido o recurso* – o órgão recursal inverterá os encargos da sucumbência.

50 STJ, REsp 9.765/SP, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 12.08.91.

“É possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da Execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de pré-executividade.” (STJ, REsp 1.185.036/PE, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 10.10.2010)

51 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 521-2.

52 Em sentido contrário: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 87.

DOCTRINA

Especificamente em embargos de declaração, que se destinam a erradicar vícios de locução formal ou de percepção material, complementando ou esclarecendo a decisão embargada, não haverá deliberação sobre honorários de sucumbência.

19 – Incidentes

Como regra, não há honorários de sucumbência em incidentes processuais. Entretanto, não há como negar a sua incidência no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (CLT, art. 855-A; CPC, art. 133)⁵³, uma vez que esse incidente se assemelha a uma demanda.

Assim, salvo se o incidente tiver sido instaurado de ofício ou a pedido do Ministério Público, sendo:

a) *deferido o pedido* – o sócio (na desconconsideração tradicional) ou sociedade (na desconconsideração inversa) responderão pelos honorários advocatícios;

b) *indeferido o pedido* – a parte que formulou o pedido será responsável pelos honorários advocatícios.

20 – Dissídio coletivo

A jurisprudência da SDC do TST, anteriormente à Lei nº 13.467/2017, havia firmado o entendimento de que, “nas ações coletivas, o Sindicato não atua na qualidade de substituto processual, mas como representante da categoria, dotado de legitimação ordinária para defender os interesses gerais do grupo representado. Nesse contexto, é incabível, em dissídio coletivo, seja de natureza jurídica, econômica ou de greve, a condenação a honorários advocatícios”⁵⁴.

Tal entendimento não mais subsiste, uma vez que o art. 791-A da CLT não distingue a sucumbência em *dissídio individual (sic)* da sucumbência em *dissídio coletivo (sic)*. O vencido neste, então, desde que a demanda tenha sido ajuizada a partir de 11.11.2017, responderá pelo pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

53 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 3 – versão digital – item 19.8.8.

54 TST-RO-606-88.2017.5.08.0000, SDC, Rel^a Min^a Dora Maria da Costa, DJ 16.03.2018.

21 – Honorários advocatícios e honorários assistenciais

A Lei nº 5.584/70 atribuiu aos sindicatos da categoria profissional o encargo de prestar assistência jurídica gratuita aos trabalhadores com insuficiência de recursos (arts. 14 e 18), e, como retribuição pelo serviço prestado, garantiu-lhes o recebimento de honorários advocatícios sucumbenciais (art. 16). Tais honorários receberam, doutrinária e jurisprudencialmente, a denominação de *honorários assistenciais*.

21.1 – Honorários assistenciais e a Lei nº 13.467/2017

Ao estabelecer que o advogado é o destinatário dos honorários advocatícios, sendo estes devidos, também, nas demandas em que a parte estiver assistida pelo sindicato de sua categoria, o *caput* e o § 1º do art. 791-A da CLT, revogaram (tacitamente) o art. 16 da Lei nº 5.584/70, que destinava aquela verba à entidade sindical assistente. Não revogaram, entretanto, os arts. 14 e 18 da mesma lei, que atribuem aos sindicatos da categoria profissional o encargo de prestar assistência jurídica aos trabalhadores com insuficiência de recursos⁵⁵.

21.2 – Honorários assistenciais e a Lei nº 13.725/2018

A Lei nº 13.725/2018 expressamente revogou o art. 16 da Lei nº 5.584/70 e inseriu dispositivos no Estatuto da OAB, estabelecendo que:

a) os honorários advocatícios assistenciais têm como destinatário o advogado, sem prejuízo dos honorários advocatícios convencionais (contratuais). Honorários assistenciais são aqueles “fixados em ações coletivas propostas por entidades de classe em substituição processual” (Lei nº 8.904/94, art. 22, § 6º). Sob tais aspectos, a Lei nº 13.725/2018 nada inovou, sendo suficiente a regra do art. 791-A da CLT. Digna de nota, embora com produção de efeito meramente acadêmico (sem repercussão prática), foi a restrição da definição da expressão *honorários assistenciais* aos honorários advocatícios devidos em *ações coletivas propostas por entidades de classe*;

b) os “honorários convencionados com entidade de classe para atuação em substituição processual poderão prever a faculdade de indicar os beneficiários que, ao optarem por adquirir os direitos, assumirão as obrigações do contrato

55 Em sentido contrário: “Entendemos persistirem em pleno vigor as regras estampadas na Lei nº 5.584/70 sobre honorários assistenciais, ou seja, os sindicatos de trabalhadores continuam obrigados à prestação de serviços gratuitos de patrocínio judicial das demandas individuais de todos os integrantes das respectivas categorias profissionais, sindicalizados ou não, desde que economicamente hipossuficientes” (SOUZA Jr., Antonio Umberto de Souza *et al.* *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 377).

originário a partir do momento em que este for celebrado, sem a necessidade de mais formalidades” (Lei nº 8.904/94, art. 22, § 7º).

O dispositivo legal trata da transferência da responsabilidade pelo pagamento dos *honorários contratuais* ao substituído processual. Apresentando-se para executar a sentença proferida em ação coletiva proposta por entidade de classe, o substituído assume, *ex vi legis* e sem a necessidade de quaisquer formalidades, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários contratuais.

22 – Demandas que não derivam de relação de emprego

As demandas que não derivam de relação de emprego (*v. g.*, ação de consignação em pagamento, ação de cobrança de contribuição sindical), como regra, são processadas integral ou parcialmente segundo as regras do CPC ou de leis especiais.

A elas se aplicam, portanto, a disciplina de honorários advocatícios de sucumbência do CPC ou das respectivas leis especiais. Esse, aliás, já era o entendimento que prevalecia anteriormente à Lei nº 13.467/2017 (Súmula TST nº 219, III e IV).

22.1 – Ação rescisória

Embora a legislação processual trabalhista possua disciplina (em parte) sobre a ação rescisória (CLT, art. 836), a jurisprudência do TST a considera uma demanda essencialmente regida pelo CPC⁵⁶. Assim, o vencido na ação rescisória responderá pelo pagamento de honorários advocatícios, segundo a disciplina do CPC (Súmula TST nº 219, II e IV).

A par das hipóteses de extinção do processo na forma do art. 485 do CPC, no mérito (CPC, art. 487, I), a ação rescisória poderá ser julgada:

a) *apenas no juízo rescisório (judicium rescindens)*. Essa hipótese ocorrerá nos casos de: (i) improcedência – e o autor responderá pelo pagamento de honorários advocatícios de sucumbência; (ii) desconstituição da coisa julgada sem ou com o ressurgimento do processamento da demanda cuja decisão foi rescindida (*ex.*: rescisão do julgado por afronta à coisa julgada; rescisão do

56 Parte do voto vencedor do IUJ E-AIRR e RR-8558100-81.2003.5.02.0900, que é um dos precedentes do item II da Súmula nº 219 do TST: “Dá-se o mesmo no que tange à ação rescisória. Como sabemos, o art. 836 da CLT admite tal ação no âmbito da Justiça do Trabalho; seu disciplinamento, todavia, rege-se essencialmente pelo disposto no Código de Processo Civil. Além disso, afasta-se o *ius postulandi* das partes na Ação Rescisória porque não se trata de ‘reclamação’ trabalhista, conforme previsto no art. 791 da CLT”.

julgado proferido por juiz absolutamente incompetente) – e o réu responderá pelo pagamento de honorários advocatícios de sucumbência;

b) *nos juízos rescisório e rescindente*. Nesse caso, pode ocorrer de o autor da ação rescisória: (i) vencer no *jus rescindens* e no *judicium rescissorium*; (ii) vencer no *judicium rescindens* e ficar vencido no *judicium rescissorium*; (iii) vencer integralmente no *judicium rescindens* e em parte no *judicium rescissorium*; (iv) vencer em parte no *judicium rescindens* e no *judicium rescissorium*. Na primeira hipótese, os honorários advocatícios de sucumbência serão de responsabilidade do réu (CPC, art. 85, *caput*). Nas demais, aplicar-se-á o disposto no art. 86 do CPC.

22.2 – Embargos de terceiro

A responsabilidade pelo pagamento de honorários advocatícios, em demanda de embargos de terceiro, julgada:

a) *improcedente* – será do embargante (*fato objetivo da derrota*);

b) *procedente* – será de quem deu causa à constrição indevida (Súmula STJ nº 303). Assim, por exemplo, se o bem tiver sido penhorado por indicação do exequente, caberá a ele responder pelos honorários advocatícios. O mesmo vale para o executado que indicar bem (observe-se que, nesse caso, o executado será litisconsorte necessário nos embargos de terceiro).

Algumas particularidades devem ser destacadas:

a) *se o bem tiver sido penhorado sem a indicação do exequente (ato do Estado)* – não será ele responsabilizado pelo pagamento de honorários advocatícios⁵⁷, salvo se opuser resistência ao levantamento da constrição (ex.: se ofertar contestação, interpuser recurso)⁵⁸;

b) *se o adquirente ou compromissário comprador do bem não providenciar a transcrição do título na repartição competente* – ainda que vencedor nos embargos de terceiro, responderá pelo pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, salvo se o exequente opuser resistência ao levantamento da constrição (ex.: se ofertar contestação, interpuser recurso)⁵⁹.

57 Há quem sustente que o Estado responderá pelos honorários advocatícios, mas em demanda própria, uma vez que não é parte na execução.

58 STJ, REsp 236.213/MS, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, DJ 26.03.07, p. 230.

59 “Para os fins do art. 1.040 do CPC/2015 (antigo art. 543-C, § 7º, do CPC/73), consolida-se a seguinte tese: ‘Nos Embargos de Terceiro cujo pedido foi acolhido para desconstituir a constrição judicial, os honorários advocatícios serão arbitrados com base no princípio da causalidade, responsabilizando-se o atual proprietário (embargante), se este não atualizou os dados cadastrais. Os encargos de sucumbência

22.3 – Consignação em pagamento

Julgado procedente o pedido de consignação em pagamento ou recebendo o consignatário o valor consignado, mediante quitação ao consignante, o juiz “declarará extinta a obrigação e condenará o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios” (CPC, art. 546, *caput* e parágrafo único).

Se o consignante tiver ofertado depósito insuficiente e houver essa alegação do consignatário (CPC, art. 544, IV, e art. 545, *caput*), aquele poderá complementar o valor do depósito, em 10 dias. Nesse caso, o juiz acolherá o pedido do consignante, mas a ele imporá o pagamento de honorários advocatícios, por ter oferecido quantia insuficiente.

22.4 – Mandado de segurança, ação civil pública e ação popular

Sob a perspectiva de incentivar e permitir a participação popular nos negócios públicos, a lei eliminou qualquer risco financeiro relativamente a honorários advocatícios de sucumbência:

a) *em mandado de segurança* (Lei nº 12.016/09, art. 25; Súmulas STF nº 512 e STJ nº 105);

b) *em ação civil pública e em ação popular* – salvo se houver má-fé (CPC, Lei nº 7.347/85, art. 18; CF, art. 5º, LXXIII). A parte que for reputada litigante de má-fé, seja vencida ou vencedora, responderá pelo pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

23 – Perda dos honorários

O advogado do vencedor na demanda perderá o direito de receber honorários advocatícios, se este for reputado litigante de má-fé (CLT, art. 791-C, *caput*; CPC, art. 81, *caput*).

24 – Honorários de sucumbência e honorários contratuais

Questão inquietante é a possibilidade de o vencedor cobrar do vencido, sob o título de perdas e danos (CC, arts. 389, 404 e 944), o valor dos honorários advocatícios contratuais que teve de despender.

serão suportados pela parte embargada, porém, na hipótese em que esta, depois de tomar ciência da transmissão do bem, apresentar ou insistir na impugnação ou recurso para manter a penhora sobre o bem cujo domínio foi transferido para terceiro.” (STJ, REsp 1.452.840/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 05.10.2016)

DOCTRINA

No STJ, prevalece o entendimento de que “os arts. 389, 395 e 404, todos do Código Civil, devem ser interpretados de forma a abranger apenas os honorários contratuais pagos ao advogado para a adoção de medidas extrajudiciais, tendo em vista que na esfera judicial há previsão do pagamento de honorários sucumbenciais”⁶⁰.

Parece-nos, entretanto, admissível a cobrança de perdas e danos do vencido pelo vencedor, uma vez que os arts. 389, 404 e 944 do CC não restringem suas aplicações à esfera extrajudicial. Não obstante isso, a demanda judicial não pode acarretar despesa de sucumbência excessiva ao vencido. O processo não deve ser utilizado para espoliá-lo. Assim, o valor dos honorários contratuais deverá ser arbitrado pelo magistrado, de modo que, somado aos honorários advocatícios de sucumbência, não ultrapasse o limite de 20% – percentual máximo do CPC (CLT, art. 769; CPC, art. 15)⁶¹.

25 – Arbitragem

Na arbitragem, as partes deverão definir, no compromisso arbitral a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios, bem como das despesas com a arbitragem (Lei nº 9.307/96, art. 11, V).

26 – Homologação de transação extrajudicial

Na homologação da transação extrajudicial (CLT, art. 855-B) não há sucumbência, nem espaço à aplicação do princípio da causalidade. Caberá, assim, a cada uma das partes arcar, unicamente, com os honorários contratuais de seus advogados.

Recebido em: 08/10/2018

Aprovado em: 29/10/2018

60 STJ, AgRg no AREsp 746.234/RS, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19.11.2015.

61 Araken de Assis entende que os honorários advocatícios contratuais podem ser cobrado, mas em demanda autônoma. Além disso, sustenta ser aplicável o art. 944, parágrafo único, do CC, cabendo ao juiz fixar (arbitrar) verba suplementar (considerado o valor dos honorários de sucumbência) equitativamente. Segundo o autor, não é razoável submeter o vencido em demanda judicial a pagar valor de honorários por ele não negociado: “o valor dos honorários contratuais descansa na livre estipulação entre o cliente e o advogado, figurando o autor do ilícito como terceiro. Não tem influência sobre o valor” (*Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015. v. II. t. I. p. 401).

CONTRATOS DE TRABALHO (CONTRATOS EXISTENCIAIS) E NEGOCIAÇÃO COLETIVA APÓS A LEI Nº 13.467/2017

WORK CONTRACTS (EXISTENTIAL CONTRACTS) AND COLLECTIVE NEGOTIATION AFTER LAW NO. 13,467/2017

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani*

RESUMO: Após uma análise crítica da Lei nº 13.467/2017 considera-se o contrato de trabalho como um contrato existencial, o que faz necessária uma maior presença do Estado para assegurar que a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e o desenvolvimento de sua personalidade não restem magoados, de maneira que a prevalência do negociado sobre o legislado, como pretendido no art. 611-A, inserido na CLT pela Lei nº 13.467/2017, não possa ter uma interpretação tão “solta”, como alguns segmentos e vozes da sociedade pretendem. Atenta-se aos fins visados pela Constituição Federal com a atuação sindical e a negociação coletiva, comparando-se a função dos sindicatos com a instrumentalidade do processo, e sugerindo, ainda, o pensar *autrement*, a alteridade jurídica, quando da interpretação que se faça da lei em foco.

PALAVRAS-CHAVE: Lei. Negociação. Existencial. Dignidade. Processo. Instrumentalidade. Alteridade.

ABSTRACT: *The article proposes a critical analysis of Law no. 13,467/2017, considering the work contract as an existential contract, in which the dignity of the human being and the fundamental rights must be guaranteed.*

KEYWORDS: *Law. Negotiation. Existential. Dignity. Process. Instrumentality. Otherness.*

A Lei nº 13.467/2017 veio com dispositivos muito “duros”/insensíveis para com a visão tradicional do Direito do Trabalho, parecendo querer romper, apagar do cenário jurídico e/ou deixar apenas como algo que um dia existiu, passando por cima dos nomes e ensinamentos de grandes mestres que, com sabedoria e de maneira irrefutável, explicaram o porquê de existir e o existir do modo que existia/existe o Direito do Trabalho.

Porém, há de se ter muita cautela nessa hora, porquanto:

* *Desembargador federal do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região; membro da Academia Nacional de Direito Desportivo e do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo.*

DOCTRINA

“A História – particularmente a do século XX – mostra que os direitos das pessoas foram sempre restringidos com apelo a causas nobres. E nesses cenários inicialmente justificados foram perpetrados os maiores barbarismos. Há, pois, limites que nenhum fim, por excelente que se apresente, pode postergar.”¹

A cautela que venho mencionar é plenamente justificada, embora seja melancólico constatar isso, porquanto, no mundo contemporâneo², há sempre a possibilidade, o risco, de as palavras não visando, não tendo fins elevados/nobres/respeitosos de ser humano para com as outras pessoas, servirem para acobertar interesses, nem sempre recomendáveis e muitos altamente censuráveis, e para os quais a vida e a dignidade dos semelhantes não contam, de maneira que é valiosa e atualíssima a advertência do grande criminalista italiano Enrico Ferri³:

“Os atos da nossa vida, tanto em família, quanto na sociedade, tanto na doce intimidade do lar quanto na exteriorização da vida pública, valem só por aquilo que os seus móveis têm, de nobres, escusáveis e humanos.

A própria caridade pode ser torpe, se torpe for o móbil que a determina, se quem pratica a caridade o faz para corromper o beneficiado, por vaidade, no desejo de conquistar louvores ou tendo em vista interesses indiretos ou pouco nobres. A caridade só é uma sublime manifestação do sentimento de fraternidade humana, quando o móbil do ato benéfico é humano, nobre e sincero.”

Com certeza, o bondoso e tolerante leitor terá e/ou saberá de algum exemplo do que acaba de ser dito, mas não resisto em mencionar um, quanto à frase: “Os direitos humanos estão acima dos direitos do Estado”, alguém negaria seu mérito/valor/acerto/importância? Que espírito elevado a teria proferido? Há saber quem disse isso, para que se possa, devidamente, enaltecê-lo! Então, quem foi mesmo que disse isso?

Foi, ninguém mais, ninguém menos do que... ADOLF HITLER!

Não, amigo leitor, você não se equivocou, é ele mesmo ADOLF HITLER!

Quem soubesse/saiba só dessa frase, poderia/pode até começar a duvidar do quanto se disse e escreveu acerca desse Sr. Entretanto, se a leitura prosseguis-

1 CORDEIRO, António Menezes. Respeito pela esfera privada do trabalhador. In: MOREIRA, António (Coord.). *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – memórias*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 31.

2 Não que em tempos mais recuados isso não acontecesse, mas o “aperfeiçoamento” a que algumas “mentes” chegaram, nesse modo de agir, é espantoso...

3 FERRI, Enrico. *Discursos forenses (defesas penais)*. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 76.

se/prosseguir, o parágrafo seguinte esclareceria/espancaria/esclarece/espanca a dúvida que já ameaçava/ameaça se insinuar/installar na mente de quem tivesse/tenha lido a frase anteriormente referida, é conferir:

“Se, porém, na luta pelos direitos humanos, uma raça é subjugada, significa isso que ela pesou muito pouco na balança do destino para ter a felicidade de continuar a existir neste mundo terrestre, pois quem não é capaz de lutar pela vida tem o seu fim decretado pela providência.”⁴.

Necessário, então, não parar no que se lê ou escuta sobre este ou aquele assunto, há que se pesar/pensar a respeito do que se leu e escutou e ir além, para ver se o que está escrito ou foi dito corresponde ao que está sendo tratado, no nosso caso, disciplinado/regulado!

Claro que, para os operadores do direito, isso é ainda mais essencial, quando do exame de um texto legal! Mesmo porque com o direito, por ser um saber, pode suceder o que o grande pensador Zygmunt Bauman observou quanto ao saber em geral, ao asseverar⁵:

“O saber pode ser usado de forma *cínica*: sendo o mundo o que é, pensemos numa estratégia que me permitirá utilizar as suas regras para tirar o máximo de vantagem; quer o mundo seja justo ou injusto, agradável ou não, isso não vem ao caso. Quando é usado *clanicamente*, esse mesmo conhecimento do funcionamento da sociedade pode nos ajudar a combater o que vemos de impróprio, perigoso ou ofensivo à nossa moralidade.”

Destarte, com essas cautelas, de ver, aqui, se do texto da Lei nº 13.467/2017, especialmente de seu art. 611-A, que é sobre o que me ocuparei, se pode inferir as vantagens e “avanços”/“saltos” para a modernidade que certos segmentos e vozes, com tanta determinação, sustentam!

Para tanto, e especialmente quanto à disciplina da negociação coletiva, contida na aludida Lex nº 13.467/2017, é necessário, antes do mais, mudar as lentes e, ao invés de focá-la isoladamente, fazê-lo tendo em mira a CF/88 e os Tratados Internacionais e Convenções, que valorizam, e muito, a Negociação Coletiva, dentro de certo enfoque e finalidade (entre outros: CF – arts. 1º, 3º, 7º e 8º; Convenções OIT ns. 98 e 154).

E por quê?

4 HITLER, Adolf. *Minha luta – Mein kampf*. São Paulo: Moraes, 1983. p. 70.

5 BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p. 10.

DOCTRINA

Desde logo, porque o legislador ordinário não pode (embora, para alguns, inexista limite de qualquer ordem) legislar desatendendo/ignorando/dispondo dos direitos fundamentais, magoando a dignidade da pessoa humana, tendo, uns e outros, como algo que gira e adquire vida apenas por conta das leis que tão dedicadamente faz ingressar no mundo do direito! Não é bem assim (*rectius*: está bem longe disso, num Estado Democrático de Direito!), como se vê da lição de Edilsom Pereira de Farias, *verbis*⁶:

“Todavia, a intervenção legislativa, independentemente de sua finalidade, deve ser orientada pelo princípio básico de que o legislador não pode dispor dos direitos fundamentais, ou seja, ‘o giro copernicano assinalado por Krüger – não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais.’”

Então, não se pode explicar/justificar a Lei nº 13.467/2017 apenas por ela mesma, sem consideração ao ordenamento jurídico como um todo e aos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana em particular, e aqui de ceder a palavra aos eminentes Ministro Mauricio Godinho Delgado e Professora Gabriela Neves Delgado, que assim se posicionam⁷:

“Registre-se, de toda maneira, que o texto do *caput* do art. 611-A da CLT menciona a prevalência do negociado sobre a lei, sem atingir, claro, temas, direitos e regulações que tenham assento em norma jurídica superior à lei ordinária. Dessa maneira, o negociado não subverte e/ou desrespeita, de modo algum, regras e direitos afirmados, quer por normas de matriz constitucional (salvo as exceções insertas no art. 7º, VI e XIII, da Constituição), quer por normas internacionais de direitos humanos – estas, ostentando *status* supralegal, conforme já amplamente acentuado neste livro –, quer, até mesmo, por regras e direitos afirmados por lei complementar.”

Aliás, esses insignes juslaboristas ainda advertem e fazem-no muito bem que⁸:

“Relembre-se que as noções jurídicas de excesso de poder, desproporcionalidade, infração de regra ou princípios imperativos, abuso do direito, fraude à legislação imperativa, boa-fé objetiva, etc., todas são

6 FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 89.

7 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 255.

8 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Op. cit.*, p. 262.

DOCTRINA

noções muito importantes e que devem reger a elaboração e celebração das normas coletivas negociadas integrantes das convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho.”

Bem é de ver, então, que não é tão singelo, válido, fácil e pronto assim enaltecer a Lei nº 13.467/2017, parando, como referido já, no seu texto legal, isolando-a do ordenamento jurídico.

Um antigo e eminente Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Benjamin Nathan Cardozo, com toda a sua larga experiência e profundo conhecimento, sentenciou que: “Há vogas e modas na jurisprudência como na literatura, na arte e no vestuário”⁹.

Qual foi a moda lançada com grande estardalhaço/publicidade, por parte do Governo e de certos setores/segmentos, anunciando que, por seu corte pronto e refinado/ajustado/adequado/aderente ao corpo de necessidades da realidade vivida pelo nosso Brasil, todos os problemas da falta de empregos e das próprias relações de trabalho e, ao que parece, do país todo, como num passe de mágica, seriam favoravelmente resolvidos em prol dos trabalhadores com a edição da Lei nº 13.467/2017 (o que, por si só, já pode ser visto como algo estranhamente suspeito, além do que os noticiários mais recentes dos jornais demonstram não ter acontecido)?

Foi a de que a Negociação Coletiva resolve e é melhor para a dinâmica das relações de trabalho, cumprindo, pois, facilitá-la, levantando, em expressiva quantidade de situações, as limitações que antes existiam!

Entretanto, é chegado o momento (que, de resto, jamais se justificou/justifica) de se parar, de uma vez por todas, aliás, de se optar por soluções “Mandrake”, que não considerem a realidade. O que essa realidade coloca à frente dos olhos, é dizer, não se pode brincar, fazer experiências, construções apenas teóricas/acadêmicas, afastadas da vida, do cotidiano do ambiente de trabalho e colocá-las na legislação para agradar a um ou outro segmento da sociedade, é dizer: não se pode, simples e olímpicamente, ignorar que “Não existem soluções mágicas. No processo penal o intérprete deve lidar com o concreto da vida humana que sangra e não com as estéreis abstrações acadêmicas e legislativas, porquanto elas podem levar a uma situação de agravamento do genocídio promovido pelo Estado penal”¹⁰.

9 CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Editora Nacional de Direito Ltda., 1956. p. 32.

10 BIZZOTTO, Alexandre. A era da tecnologia e o processo penal. In: BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da; OLIVEIRA, Tiago Felipe de (Org.). *Quotidianus: a criminalização nossa de cada dia*. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 85.

DOCTRINA

Conquanto a resposta pareça óbvia, ainda assim arranco para perguntar: não devem fazer o mesmo tanto o legislador como o intérprete do direito do trabalho, evitando soluções mágicas e sempre conscientes do concreto da vida humana, que é o material com o qual lidam, para evitar uma situação de agravamento do desemprego e da exclusão social, para além do abalo no conceito de trabalho digno e decente, com agressões à dignidade de pessoa humana dos trabalhadores?

Evidente que a negociação coletiva é importante, mas é preciso cuidado para que não reste/seja distorcida sua razão de ser!

Fique claro que não é o caso de se negar um novo e alargado campo para a negociação coletiva, mas, sim, que se tenha cuidado e se saiba usá-la, para aperfeiçoá-la, possibilitando-lhe que cumpra melhor e mais intensamente o papel que lhe reservou/reserva nossa Carta Maior, e não para utilizá-la como um simples meio/mecanismo para a retirada de direitos, pura e simplesmente, ou mesmo de forma dissimulada/disfarçada.

Aliás, é preciso ter presente (bem presente!) que, “curiosamente”, para dizer o menos (talvez os vocábulos “estranhamente” e/ou “perversamente” traduzissem/traduzam melhor o que se anelou fazer, pelas vias legais!), na Lei nº 13.467/2017, o legislador, ao reverso do que muitos asseveram, não prestigiou a negociação coletiva nos elevados níveis que se quer fazer acreditar, mas, ao reverso, porquanto “(...) a despeito do que fora dito por ocasião da apresentação da primeira versão do projeto que resultou na Lei nº 13.467, a Reforma Trabalhista não valorizou a negociação coletiva. As mudanças que passarão a vigorar a partir de 12 de novembro de 2017, em verdade, valorizam muito mais a negociação individual, permitindo que, em alguns casos pontuais, como o dos empregados mais bem aquinhoados e com diploma de nível superior, a liberdade de contratação individual se sobreponha à deliberação por meio da representação da categoria”¹¹.

Então... como utilizá-la sem correr o risco de que ocorram agressões contra a dignidade do trabalhador brasileiro, e que tornem nosso país um “paraíso social”¹², com uma liberdade de contratar tão aberta, que, aplicada aos trabalhadores, “transforma os próprios sujeitos em mercadorias e gera, no seu

11 BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. A desvalorização da negociação coletiva. In: MARANHÃO, Ney; TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho (Coord.). *O mundo do trabalho no contexto das reformas: análise crítica – homenagem aos 40 anos da Amatra* 8. São Paulo: LTr, 2017. p. 196.

12 AMADO, João Leal. O direito do trabalho, a crise e a crise do direito do trabalho. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 4, n. 08, p. 170, jul./dez. 2013.

cúmulo, um grande ‘shopping humano’, onde tudo é comprável, vendável e permutável”¹³.

Desde logo lembrando/tendo que a negociação coletiva é uma manifestação do princípio protetor no âmbito do direito coletivo do trabalho; aliás, há que se cuidar para que o direito fundamental à negociação coletiva não acabe por se tornar um direito fundamental de/ao autoflagelo, com seu uso distorcido, como já advertido!

A ideia, o desejo (incontrolável de/para alguns setores), é o de que não exista mais, ou seja reduzida drasticamente, a regulamentação legal do contrato de trabalho, passando-se para a sua regulação direta pelas partes envolvidas. A diferença, explica Alain Supiot: “Regulamentar é ditar regras do exterior, ao passo que regular é fazer observar as regras necessárias ao funcionamento homeostático¹⁴ de uma organização”¹⁵.

Ou seja, o que anelam os idealizadores da Lei nº 13.467/2017 é: mais contrato, menos lei = menos Estado “atrapalhando” o mercado!

Todavia, uma tal visão não se sustenta, logo à partida, porque o Texto Maior pátrio não tem perfil/não aceita/não combina (poder-se-ia dizer que tem mesmo manifesta aversão!) com um modelo de Estado que se furte aos deveres de zeloso e eficaz cuidado para com o respeito/observância dos direitos fundamentais que traz em seu corpo, sob pena de deformá-lo/desfigurá-lo, e é bom que se diga, nossa Constituição Federal tem de ser assim, tem de possuir essa preocupação, precisa ser assim diante da atmosfera de tanta desigualdade, exclusão mesmo, que aqui se respira, a sufocar/asfixiar/obstar seja efetiva a cidadania e o seu exercício, por grande (muito grande, absurdamente grande) quantidade de pessoas que aqui vivem/sobrevivem com sacrifícios (e que sacrifícios), aliás, como já superiormente dilucidado:

“O nosso sistema constitucional não consagra a ideia de um Estado que se abstém da tutela e da intervenção para a garantia da observância a direitos fundamentais, ao contrário, apresenta um Estado voltado ao bem-estar social. Assim, a premissa é de que a omissão Estatal viola a ordem constitucional pois torna-se impensável hoje um retorno ao modelo de

13 ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 73.

14 Homeostático... 2. cibern. propriedade autorreguladora de um sistema ou organismo que permite manter o estado-de-equilíbrio de suas variáveis essenciais ou de seu meio ambiente (*Novo Aurélio*)”.

15 SUPIOT, Alain. *Crítica do direito do trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. XIX.

DOCTRINA

Estado Abstenseísta (BASTOS, 1994, p. 68). Nessa perspectiva, o Estado tem total responsabilidade no processo de consolidação da cidadania.”¹⁶

Sem dúvida, um egoísmo/individualismo exacerbado (os quais funcionariam/funcionam também como uma impenetrável venda a obstar que se enxergue/veja/sinta o sofrimento/a dor/as privações dos outros) – com a priorização que alguns atribuem à incessante busca pela riqueza material, e querem/se esforçam por divulgar/doutrinar/catequizar quantos mais conseguirem, para que sejam vistos/tidos/reputados como os valores primeiros de/em nossa sociedade – acabam, quando vistos em conjunto com a desigualdade e exclusão que se verifica em nosso país e já mencionada, para o que joga papel relevante essa “escala de prioridades”/de “valores”, por provocar, ao contrário do que tão ardentemente desejam os que propugnam pela prevalência dessa “visão” (míope e/ou contraditoriamente “cega”) de mundo, uma maior/mais urgente/necessária/indeclinável presença do Estado, como meio para cuidar/tutelar a satisfação de necessidades básicas de milhões de pessoas sem as quais seria impensável ou perversa ironia falar em dignidade da pessoa humana e/ou direitos fundamentais e/ou desenvolvimento da personalidade, de modo que cumpre “afastar, desde logo, a falácia de ser, o intervencionismo do Estado, um mal a ser banido e, com ele, o Direito do Trabalho. A intervenção do Estado, numa sociedade marcada pelo egoísmo e pelo culto à riqueza material, constitui a única forma de prover as necessidades da população hipossuficiente, não só economicamente, mas em outros aspectos importantes da vida, como bem assinalou o legislador constituinte no art. 6º da Carta de 1988”¹⁷.

Nesse momento, não será despidiendo, antes oportuno, já que mencionei, no parágrafo anterior, o desenvolvimento da personalidade e a atuação do Estado para isso, recordando que: “A tarefa do Estado em sua feição atual não é tanto aquela de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, mas a de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa”¹⁸.

Nem se desfiem, novamente, argumentos do tipo, “A Constituição Federal é muito minuciosa”, o que atravancaria, no nosso caso, o avanço das relações de trabalho e a modernidade em que poderia se encontrar, uma vez que, como já se observou, de maneira mui consistente/sólida:

16 CASARTELLI, Mônica de Oliveira. A proposta de superação da crise econômica por meio da flexibilização da legislação trabalhista via negociação coletiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, n. 44, p. 70, 2016.

17 CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 9.

18 SOARES, Ana Carolina Trindade. *A proteção do contratante vulnerável: estudo em uma perspectiva civil-constitucional*. Maceió: Edufal, 2009. p. 55.

“Quanto à constitucionalização abrangente, é característica das Constituições contemporâneas possuírem um amplo conteúdo, pois não se limitam a prevê [sic] regras sobre a estruturação do Estado e direitos fundamentais de primeira ‘geração’ (Constituição como norma fundamental de garantia), como também uma ampla ordenação da vida econômica, social e cultural (Constituição como norma diretiva fundamental), nas quais se destacam os direitos de segunda e terceira ‘geração’.”¹⁹

E num país como o Brasil, como já apontado acima, de tanta desigualdade, tanta exclusão, há de ser desse jeito mesmo, não valendo/sendo balofo, com o devido respeito, querer argumentar/esgrimir com a realidade de países que a possuem diferente da nossa, nos quais, com suas dificuldades, embora, não chega a haver tamanha distância entre as possibilidades de vida (ou falta dessas possibilidades) de/entre seus habitantes. Entretanto, lamentavelmente, a Lei nº 13.467/2017, em larga/larguíssima medida, seguiu/segue caminho inverso: ao invés de respeitar a Constituição abrangente, tenta apequená-la, colocá-la, se inalcançável melhor, mas ao menos bem, bem distante do trabalhador!

Surpresa não poderá causar, mas decepção sim, acaso se veja/se saiba de grandes civilistas do passado e do presente mesmo, onde quer que se encontrem (*rectius*: em que esfera estejam), ao tomar contato, da forma que lhes for possível, com o que o legislador pretendeu fazer com o contrato de trabalho, ponham-se a rir/gargalhar, estrondosamente, perguntando, em tom de chacota: esse é o direito social e protetor que se dizia vir para corrigir/suprir insuficiências do direito civil, no particular? Triste!

Empolgar também não empolga a pretensão que se vem de referir, por ignorar a função promocional do direito, tendo em vista a pessoa humana, amesquinhando, por conseguinte, uma de suas mais relevantes manifestações, a saber, o contrato, no qual bem podem ser/estar em causa a sua subsistência e direitos fundamentais seus, agredindo-os e/ou obstando sua realização, então perseguida, ao limitá-lo à perspectiva dos interesses/vantagens que uma das partes com ele pretende obter, em seus aspectos econômicos/financeiros de distribuição/circulação/produção de riquezas sem dar o devido (ou praticamente nenhum!) peso às necessidades (existenciais) da parte mais vulnerável – o trabalhador – ao celebrá-lo, e fazendo (de maneira “forçada”) como se, nesse contrato, não estivessem/estejam presentes os direitos fundamentais dessa

19 BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *RDA*, v. 263, maio/ago. 2013, *apud* PAIXÃO, Juliana Patrício da. *Estado de coisas inconstitucional*: sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 7-8 (nota de rodapé nº 18).

mesma parte, olvidando que, hoje, “O contrato, ao mesmo tempo em que é instrumento de circulação e produção de riquezas, é ponto de encontro de direitos fundamentais”²⁰; ou, nas palavras de Arthur Pinheiro Basan citando, inclusive, o Professor Antonio Junqueira de Azevedo, de cujas lições me valerei nas linhas abaixo, que²¹: “Diante do exposto, é preciso perceber que o contrato, além de servir como ferramenta básica para a típica atividade econômica, de transferência de riquezas, sob a ótica de uma nova realidade contratual, passou também a ser um instrumento jurídico essencial para a efetivação de diversos direitos fundamentais, isto é, o contrato privado, ainda mais quando trata da cobertura de necessidades básicas à vida de um dos contratantes, ‘humaniza-se’. Nos dizeres do professor Antonio Junqueira de Azevedo, é o direito civil que, atualmente, por ter como objeto a vida e, em especial, a vida e a dignidade da pessoa humana, dá sentido e conteúdo a todo o sistema jurídico”²², ou ainda, como realçam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²³ “Certo é que as regras do direito contratual que presidem o jogo do mercado devem se ajustar, em um modelo coeso, aos direitos fundamentais, pois a função do mercado não é a de meramente distribuir materialmente as riquezas, mas também a de viabilizar aos cidadãos o usufruto das liberdades civis e direitos socioeconômicos”.

Destarte, não adianta, pura e simplesmente, afastar a lei para substituí-la pelo contrato, já que este, como aquela, tende a respeitar os direitos fundamentais, tem de dar lugar à sua realização, sob pena de rejeição pela ordem jurídica, já que, tendo o contrato se humanizado, como posto no excerto acima reproduzido, o que é até natural e consequência mesma da hodierna preocupação do Direito com o homem concreto, com suas necessidades, suas legítimas aspirações, sua dignidade e o que preciso para o desenvolvimento de sua pessoa, de sua personalidade, há de refletir toda essa preocupação em suas disposições, de modo que não será/é lícito que contenha o contrato uma linha que fuja a esse

20 BIZELLI, Rafael Ferreira. *Contratos existenciais: evolução dos modelos contratuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 365.

21 BASAN, Arthur Pinheiro. O contrato existencial: análise de decisão judicial que assegura a sua aplicação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, p. 15, jan./mar. 2016.

22 Quanto à humanização dos contratos, interessante lembrar que, com uma tal visão/com esse escopo, se busca tutelar mais efetivamente a personalidade da pessoa humana, é conferir: “Arrisca-se até dizer que a prestação nos contratos privados de cobertura às necessidades dos utentes ‘personaliza-se’ ou ‘humaniza-se’, posto que o ‘fim principal do direito Civil é a tutela da personalidade do indivíduo humano”. MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco.

Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada – Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 79, p. 272, jul./set. 2011.

23 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito dos contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 363.

seu novo desenho/exigência, que o torna mais humano/social, máxime em se tratando de um contrato existencial²⁴, como será melhor visto daqui a pouco.

Nessa senda, do mesmo Alain Supiot, poucas linhas antes referido, se colhe a humana/social observação que não pode e não deve ser descurada²⁵: “Mas o contrato não pode então ser encarado como uma relação abstrata, independente da identidade dos contraentes e da natureza singular dos bens e serviços, ou mesmo das pessoas sobre que incide”.

Ao falar em contratos existenciais, trago à mesa de debates outros fundamentos que podem ser apresentados, e que condizem com a distinção, a nova dicotomia contratual proposta pelo grande professor da USP e civilista de escol, Antonio Junqueira de Azevedo, já não mais presente entre nós, em grande perda para todos²⁶ e que ensinou/sustentou, ficando como um grande legado seu para o direito pátrio, que há uma nova distinção a ser feita, no campo do direito contratual, entre os contratos de lucros, em que, exatamente, o lucro é o perseguido com a celebração do contrato, dos contratos existenciais, por meio dos quais, ao menos uma das partes – pessoa natural, não empresária – persegue, com sua celebração, prover sua subsistência, sem o escopo de obter lucro, critério dentro do qual, às escâncaras, um contrato de trabalho é claramente do tipo existencial, sendo, mesmo, apontado como tal pelo insigne Lente, como se vê de seus valiosos ensinamentos:

“Por contrato empresarial há de se entender o contrato entre pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, o contrato entre um empresário e um não empresário que, porém, naquele contrato, visa obter lucro. O contrato

24 Como já bem notado por Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira: “Às operações privadas existenciais, a dignidade da pessoa humana representa ‘valor superior’ essencial à necessária interpretação, integração e construção dos respectivos contratos e, através do pressuposto de intangibilidade da vida humana é possível ponderar-se favoravelmente à posição jurídica de determinado contratante (consumidor, utente, empregado, inquilino) frente ao fornecedor (empreendedor, empresário, patrão, senhorio), mitigando-se razoavelmente a visão utilitarista do empreendimento”. MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. *Op. cit.*, p. 277.

25 SUPIOT, Alain Supiot. *Op. cit.*, p. XXIV.

26 Quando de seu passamento, o Prof. Rafael Vanzella, entre outros aspectos que marcaram a trajetória do Prof. Antonio Junqueira de Azevedo, assinalou que: “O Direito Civil brasileiro está em luto. Faleceu na última terça-feira um de seus maiores representantes do final do século XX, o eminente professor Antonio Junqueira de Azevedo. O professor Junqueira, como era conhecido e aclamado, foi superlativo. Como todo jurista público, que não se furtava à arena, sua personalidade e suas capacidades avançavam por vários domínios (...)”

Foi assim que explicou a elaboração de dois de seus mais recentes modelos normativos: a dicotomia contratos existenciais e contratos de lucro de um lado, e a instrumentalidade do art. 421 do Código Civil, o qual trata da função social do contrato, de outro. Ambos os modelos se comunicam, especialmente quando se considera a influência do valor da vida biológica na elaboração de cada qual” (VANZELLA, Rafael. *Revista Consultor Jurídico*, 13.11.09).

existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é o destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante.”²⁷

Em outro momento, ao ensejo de uma entrevista, o Mestre Antonio Junqueira de Azevedo dilucidou²⁸:

“(…) estou propugnando por uma nova dicotomia contratual – contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do século XXI – porque essas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm basicamente como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; estas estão visando à subsistência. Por equiparação, podemos incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são ‘descartáveis’ e os juízes têm de atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, a habitação, etc., de forma que as cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas ‘descartadas’, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí maior força.”

Esses ensinamentos, do maior valor, se afinam e respeitam, como deve (*rectius*: como há de ser) a Magna Carta brasileira, que tanto enfatizou, realçando-a como jamais antes fora feito, a dignidade da pessoa humana, a ponto de um jurista de escol, Gustavo Tepedino, ter afirmado, com pena de mestre, que²⁹:

27 AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 186.

28 Antonio Junqueira de Azevedo, entrevista concedida à *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 9, n. 34, p. 299/308, abr./jun. 2008, *apud* AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 12, v. 45, p. 91, jan./mar. 2011.

29 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004. p. 50.

DOCTRINA

“Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.”

Ora, essa conjugação de fatores, que leva ao reconhecimento de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, e uma vez reconhecido seu valor maior, sua mais absoluta relevância no ordenamento jurídico, faz com que se reconheça ao ser e não mais ao ter, como antes, a proeminência em nosso ordenamento jurídico (por mais difícil/doloroso que isso possa significar para certos segmentos da sociedade, observo), essa a primorosa lição de Rose Melo Vencelau Meireles³⁰, arrancando também da ciência do preclaro Professor Gustavo Tepedino:

“O vértice do ordenamento jurídico brasileiro, todavia, não está no ter, mas no ser, quando se tem como valor máximo a tutela da pessoa humana, expresso no art. 1º, III, da Constituição da República que Gustavo Tepedino denomina de ‘verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana’.

Essa conclusão advém da escolha pelo constituinte da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos ou garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados no texto maior. Seria, portanto, cláusula de inclusão, com vistas à proteção e ao livre desenvolvimento da personalidade.”

Estou ciente de que nem é preciso maior desenvolvimento para demonstrar que, sendo como é, o valor maior do nosso ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana, e daí a prevalência do ser sobre o ter (ainda que isso, reitero, aumente o consumo de tranquilizantes para alguns membros da sociedade...), há plena/maior/indispensável incidência dessa cláusula de proteção e inclusão, quando envolvida uma pessoa vulnerável e são tantas entre nós, milhões em verdade, que muito precisam dessa tutela à sua pessoa, de maneira

30 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. São Paulo: Renovar, 2009. p. 3.

geral e mais ainda quando em situação de natureza existencial, do contrário, como pensar, como existir, numa situação assim, as tão necessárias condições para a regular celebração de um contrato, liberdade e igualdade? Quem está em posição assim, poderá/pode discutir o que quer que seja? Aqui, de ceder o passo à ilustre Heloisa Helena Barboza, que tão bem discorre acerca dessa premente necessidade³¹:

“Justifica-se por mais essa razão, plenamente, a tutela geral (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, como as de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a tutela específica (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de circunstâncias que potencializem sua vulnerabilidade, ou que já os tenham vulnerado, como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana.”

Diante do que vem de ser dito, com base nos ensinamentos de grandes doutrinadores, não há maiores dificuldades em se afirmar, alto e bem claro, que o contrato de trabalho é um contrato existencial, pois que, com ele, um trabalhador – pessoa natural, não empresária – não visa lucro, mas, sim, como regra, sua subsistência, recordando que o próprio criador dessa dicotomia, Professor Antonio Junqueira de Azevedo, classificou-o como tal.

Outrossim, das lições dos grandes juristas acima referidas, a conclusão que se impõe é a de Rafael Ferreira Bizelli, no sentido de que: “O contrato existencial, enfim, é o meio pelo qual se busca o fim, a proteção dos interesses existenciais na órbita privada”³².

Ora, se a Constituição Federal privilegia o ser sobre o ter, as situações existenciais sobre as patrimoniais, e se os seus valores, princípios e disposições se irradiam/norteiam/impõem sobre todo o ordenamento jurídico, há de se inferir que uma situação e um contrato existencial admitem, reclamam mesmo, uma maior presença/atenção/cuidado do Estado, para que não restem frustrados os fins nele perseguidos e que são tão caros ao próprio Estado!

É dizer: nos contratos existenciais, há que existir maior participação do Estado, para garantir que a parte mais vulnerável não seja “tragada” e, com

31 BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária* – Estudos em homenagem o Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013. p. 109.

32 BIZELLI, Rafael Ferreira. *Contratos existenciais: evolução dos modelos contratuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 367.

isso, ocorra, também, flagrante ofensa/desrespeito à função social do contrato, reiterando, pela relevância que possui, que, hodiernamente, um contrato não tem por escopo apenas a circulação/distribuição de riquezas, porquanto visa, em nível de grande relevância, a realização de direitos fundamentais.

A abalizada doutrina que, afinada, enfrenta esse tema sem hesitação, afirma, claramente, a necessidade da maior presença do Estado, aquando da celebração/desenvolvimento de um contrato existencial, como se vê dos ensinamentos de Ricardo Lupion³³:

“E, mais recentemente, o Ministro Ruy Rosado também justificou a necessidade de distinção entre contratos não empresariais (ou existenciais) e contratos empresariais (de lucro), porque os contratos não empresariais (ou existenciais) ‘admitem maior participação do juiz na apreciação do seu conteúdo e eventual revisão, tudo feito com o propósito de respeitar sua função social’, enquanto nos contratos empresariais (de lucro) ‘essa intervenção heterônoma seria de menor força’ porque, como se cuida de atividade de risco, que objetiva lucro, com propósito eminentemente patrimonial, incumbe ‘às partes os cuidados que devem adotar na celebração, cabendo-lhes sofrer os prejuízos que decorram da sua imprevisão.’”

E de Rafael Ferreira Bizelli³⁴:

“Defende-se, portanto, que nos contratos existenciais, onde o paradigma da essencialidade encontra o seu ápice, a autonomia privada sofra sua maior mitigação, sendo legítima, nesses contratos, uma maior ingerência estatal, sempre com o objetivo de resguardar a parte hipossuficiente, a parte que tem no objeto contratual um bem existencial, essencial.”

Como também os do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, cujo sentir foi mencionado pelo culto Ricardo Lupion, inclusive, em trecho retroreproduzido:

“Conforme preconizam o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo e Teresa Negreiros, esses contratos existenciais admitem maior participação

33 LUPION, Ricardo. Interpretação dos contratos empresariais: sem fobia e sem idolatria. *Revista da Ajuris*, v. 41, n. 135, p. 422, set. 2014.

34 BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 6, p. 18, out./dez. 2015.

do juiz na apreciação do seu conteúdo e eventual revisão, tudo feito com o propósito de respeitar a sua função social.”³⁵

Ora, ora, se o contrato de trabalho é um contrato existencial³⁶, e se um contrato existencial reclama uma maior presença/atenção/cuidado do Estado, por tratar/envolver algo para ao menos um dos contratantes, com vistas a sua subsistência digna, como corolário, a autonomia privada aqui (incluindo a coletiva, pois não se pode tolerar que, por meios transversos e/ou “camuflados”, se ignore/passe por cima, dos relevantes fins de um contrato existencial e que cabem ao Estado tutelar, permitindo seja tratado como um simples contrato de lucro, o que será tratado com alguma minúcia mais adiante), não pode ser tão “solta” como quando de um contrato de lucro se trate (conquanto ainda nesse existam limites à autonomia privada, sempre essa será maior, nessa espécie contratual, do que a possível num contrato existencial), ou seja, em poucas palavras: no contrato existencial, tendo em vista sua relevância para a subsistência de uma das partes, há maior restrição quanto à autonomia privada, a coletiva inclusive, a qual é bem menor (a restrição), quanto ao contrato de lucro; ou como superiormente dito pelo já citado Rafael Ferreira Bizelli, *verbis*³⁷:

35 AGUIAR Jr., Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *RTDC*, v. 45, p. 106, jan./mar. 2011.

36 “A ideia de essencialidade, que é peculiar ao mínimo existencial, também foi considerada por Teresa Negreiros, que observou que, contrariando a orientação do Direito contemporâneo, a classificação que o Código Civil faz dos bens não leva em conta a utilidade ou a função que o bem desempenha na vida do seu titular.

A disciplina que o Código Civil dá aos bens, classifica-os em bens móveis e imóveis; bens principais e acessórios; bens fungíveis e infungíveis; bens consumíveis e inconsumíveis; bens divisíveis e indivisíveis; bens singulares e coletivos; bens principais e acessórios; bens públicos e bens privados.

Inspirada no tratamento que o Código Civil dá às benfeitorias, Teresa Negreiros propõe que os bens sejam classificados, também de acordo com a sua essencialidade para quem se serve deles, em bens necessários, úteis e supérfluos. Conforme explica a autora, a classificação é útil para distinguir o tratamento dado aos contratos que tenham por objeto bens essenciais, dos contratos que tenham como objeto bens não essenciais.

Nas palavras da autora ‘assim, há de ser diverso o arranjo entre autonomia e autoridade conforme se trate, por exemplo, (I) de um contrato de compra e venda de um remédio, destinado à cura do contratante ou de alguém a quem o mesmo precisa tratar, ou ao invés, (II) de um contrato, também de compra e venda, de um perfume ou de uma jóia’.

Com efeito, Pietro Pierlingieri, já havia diferenciado as situações subjetivas existenciais das situações subjetivas patrimoniais. As situações jurídicas existenciais se vinculam aos direitos relacionados com o ‘ser’ e não com o ‘ter’. Nelas, não só o titular do direito, mas o próprio objeto de tutela é a pessoa. Nas situações subjetivas patrimoniais, por outro lado, o objeto da proteção é o patrimônio e as normas jurídicas que as regulam integram tanto os direitos reais quanto o direito das obrigações.” (SANTOS, Murilo Rezende dos. Contratos existenciais e contratos de lucro: a dicotomia contratual do século XXI e sua funcionalização. *Revista de Direito Privado*, v. 67, p. 110, 2016, retirado da versão *on line*, p. 6)

37 BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 6, p. 17-18, out./dez. 2015.

DOCTRINA

“Assim, como os contratos existenciais são contratos que tratam de um objeto que, pelo menos para uma das partes, mostra-se essencial, nele é que a autonomia privada sofrerá a maior limitação possível, uma vez que os direitos e garantias fundamentais incidirão com toda sua força normativa, impedindo que o regramento particular contra eles disponha.”

A diferente proteção à autonomia privada, quando se cuida de situação e contrato existencial e quando de situação e contrato de lucro se trate, fica bem clara quando da leitura dos ensinamentos do preclaro Daniel Sarmiento, abordando-a³⁸:

“De fato, existem certas ações humanas que envolvem apenas escolhas de caráter existencial, e nesse campo a liberdade de agir deve ser protegida mais intensamente pela ordem jurídica. Outros comportamentos referem-se exclusivamente a questões patrimoniais e econômicas, e nestes casos a tutela constitucional à autonomia privada não deve se fazer tão forte (...)

Ademais, no que se refere às relações patrimoniais, parece-nos possível divisar uma proteção mais forte da autonomia privada quando estiverem em jogo bens de caráter supérfluo para a personalidade humana. Quando, ao contrário, a questão envolver bens essenciais para a vida humana, a tutela conferida à autonomia privada será menor, aceitando-se um dirigismo estatal mais intenso, voltado para a promoção da solidariedade social e para a busca do bem comum. Por exemplo, a proteção da autonomia privada deve ser mais forte num negócio envolvendo a alienação de uma jóia, do que num contrato de compra e venda de um medicamento. Isso porque, embora os bens essenciais também circulem no tráfico jurídico através de negócios patrimoniais, eles se ligam a valores existenciais na medida em que se afiguram indispensáveis para o atendimento de necessidades básicas, amparadas por direitos fundamentais e pelo princípio da dignidade da pessoa humana.”

E sintetizando seus ensinamentos a esse respeito, Daniel Sarmiento dilucida: “assim, podemos afirmar, à guisa de resumo, que a ordem constitucional brasileira confere ampla proteção à liberdade, preocupando-se com a efetiva garantia aos excluídos das condições necessárias ao seu gozo. Ela protege a autonomia pública do cidadão, fortalecendo a democracia, mas também a autonomia privada. Em relação a esta, a tutela constitucional abrange tanto a

38 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 180-181.

dimensão existencial, como a econômica, mas, no primeiro caso, a proteção faz-se mais intensa. Esta diferença se deve ao fato de que, pela concepção de pessoa e de sociedade adotada pelo constituinte, as liberdades essenciais são consideradas mais relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana do que as econômicas. Já a autonomia negocial, que tem lastro no princípio da livre iniciativa, foi não apenas relativizada pelo texto magno, em razão da preocupação constitucional com a igualdade material e a solidariedade, como também instrumentalizada, em favor da proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social”³⁹.

O afamado processualista Alcides de Mendonça Lima, há alguns lustros passados, observou, em lição que o tempo não abalou, que⁴⁰:

“A humanidade ainda não alcançou, em sua evolução, um estágio de tal aprimoramento, que possa dispensar as normas jurídicas, com o fim de regular o comportamento dos indivíduos em suas relações dentro do meio social. O Estado, portanto, tem o direito de elaborar as leis (tomado o termo em sua acepção ampla) à medida que se tornem necessárias segundo o progresso técnico, científico e cultural, e conforme os ditames morais de cada época. Com isso, o Estado tenta preservar a paz, a tranquilidade e o equilíbrio na convivência de seus integrantes. Surgem, assim, os Códigos ou a legislação esparsa, cada vez em maior número e mais complexos, quanto mais a civilização se expanda.”

Especificamente quanto ao Brasil e ao Direito do Trabalho aqui vigente, estou certo de que não podem pairar dúvidas de que não foi alcançado esse “estágio de tal aprimoramento”, de modo que o Estado não só tem o direito, como também o dever, de estar presente, atuando para que, no que agora importa, o contratante com menos possibilidades (ou mesmo nenhuma) de discutir as bases de um contrato, acabe por fazê-lo em condições agressivas aos seus direitos fundamentais, à sua dignidade de pessoa humana, como também lhe cabe elaborar as leis necessárias visando “preservar a paz, a tranquilidade e o equilíbrio na convivência de seus integrantes”, é dizer, aqui, entre empregados e empregadores, e não como Pilatos, lavar as mãos e se retirar, o que, ao fim e ao cabo, significa tomar partido por uma delas, e em certos aspectos, mais ainda, diante das novas tecnologias, que, muitas vezes, ao invés de proporcionar a liberdade prometida, procuram “tragar/engolir” qualquer espaço/

39 SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 182.

40 LIMA, Alcides de Mendonça. O processo como garantia das instituições sociais. *Revista de Processo*, n. 13, ano IV, p. 147, jan./mar. 1979.

DOCTRINA

tempo de liberdade das pessoas em geral, e muito particularmente, de certos trabalhadores.

A quadra pela qual os países, de uma maneira geral, passam, não é fácil, e precisam – ainda e muito – do Estado, de um Estado para todos e não para atender aos interesses de um ou outro segmento da sociedade, já que, como bem lembrado pelo ilustrado Nelson Rosenthal⁴¹, “A pós-modernidade é preocupante. Cursamos uma era de incertezas em que a lógica empresarial e as inovações tecnológicas oprimem a pessoa, convertendo-a em meio para a satisfação de interesses patrimoniais, esquecendo-se todos de que o homem só ocupa a condição humana enquanto for um fim em si mesmo”.

Atento ao que vem de ser exposto, não poderia/pode o Estado, da maneira que fez na Lei nº 13.467/2017, permitir/incentivar/estimular a prevalência do negociado sobre o legislado, assim, tão de pronto/imediato, pois, se isso pode ser um sonho que bem e validamente pode ser acalentado para o nosso país, algo a ser num futuro implementado, não pode sê-lo, da forma açodada (descuidada mesmo) que o foi, no momento presente do Brasil, no qual não se vive um clima que permita a temperatura que se pretende atingir com a mudança promovida, fixando que os argumentos apresentados para justificar essa alteração – e com abstração de sua conformidade (que não se enxerga) com a Constituição Federal –, não encontram ressonância na realidade, ao reverso, dela se distanciam, em muito! Como se vê, o debate se centra na realidade do momento presente, não no quanto seria interessante, em outro ambiente, a prevalência do negociado x legislado, e aqui não vale o argumento de que, se não começar um dia, jamais se chegará a ele, pois que não se pode construir algo assim às custas de um desmedido sacrifício dos trabalhadores, sem que uma série de medidas, como o fortalecimento dos sindicatos, a reforma da estrutura sindical, por exemplo, sejam providenciadas, é dizer, há que se aclimatar, entre nós, o mundo do trabalho, antes, preparando-o muito adequada/criteriosa e cuidadosamente, para uma tão grande, espetacular e significativa mudança, e não, simplesmente, “lançá-la” no campo das relações de trabalho, num momento em que a fragilidade dos trabalhadores – e via de consequência dos sindicatos – atinge níveis alarmantes e sem perspectivas de mudanças para ventos mais favoráveis em curto e médio espaço de tempo, com as diretrizes adotadas nos campos social e das relações de trabalho! E, como se sabe, isso já apresenta uma dificuldade, pois que exige que o Estado brasileiro “dê força” e amplas condições de atuação aos sindicatos, o que, historicamente, não é o que se viu/vê, enquanto postura

41 ROSENTHAL, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 41.

do Estado, que sempre procurou ter os sindicatos sob controle, algumas vezes de forma mais nítida, outras, mais discretamente⁴².

Assim, por exemplo, uma das justificativas (“exaustivamente debatida com a sociedade” – risos), é a da “evolução/modernização” das relações de trabalho, a qual, entretanto e na verdade, não se atingiu e está longe de ser atingida, de modo a permitir esse modo de ver e conseqüente afastamento do Estado da disciplina das relações de trabalho. Algum avanço, mais de tecnologia e/ou de gestão do que humano/social e/ou equilíbrio de forças (este, atualmente, em distâncias estratosféricas), não permite uma postura dessas; equivocada, para dizer o menos, o argumento de que a prática da negociação entre os trabalhadores, por seus sindicatos, e os empregadores, atingiu estágio mais comum/avançado/amplo e daí a prevalência do negociado x legislado. Talvez isso possa ser dito, e ainda sim só se feito sem muitas exigências/rigor de comprovação, quanto a uma ou outra categoria profissional, mas bem distante, também numa distância estratosférica, da realidade brasileira. Ou seja, são argumentos que não pintam a realidade, e sua razão de ser talvez melhor se explique na e pela lição de Raimundo Faoro quanto ao hábito de se pretender a “criação da realidade pela lei, pelo regulamento”, como lembrado pela culta socióloga Mériti de Souza, ao afirmar que⁴³:

“Segundo Raimundo Faoro (1976), uma das práticas características da sociedade portuguesa foi transplantada para o Brasil Império e mesmo para o Brasil República: ‘a criação da realidade pela lei, pelo regulamento’. Ele cita, como exemplo, a criação de vilas, efetuada pela organização administrativa, para só mais tarde contemplar a chegada das

42 Como lembram os eminentes juízes Levi Rosa Tomé e Fabiano Alpheu Barone Barbosa, “Em verdade, o sindicalismo no Brasil, ao menos em suas mais remotas manifestações, não foi concebido para ser uma instância de produção legislativa autônoma, muito menos para participar da dialética levada a efeito pelos corpos intermediários da sociedade. Nos seus primórdios, a intenção estatal era a de coarctar o sindicato, ao invés de libertá-lo. O que se pretendia não era propiciar às classes o poder de estipular suas próprias condições de trabalho, senão que manietá-las, de lhes tolher a própria autonomia” (TOMÉ, Levi Rosa; BARBOSA, Fabiano Alpheu Barone. Sindicato e pluralismo jurídico. In: COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Paulo Henrique de Souza (Org.). *Terceiro setor, ONGs – questões críticas*. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 54-55), o que, penso, continuou pelos anos que se seguiram, chegando ao presente, do que servem de exemplos a própria CF/88, que não liberou os sindicatos e a própria vida/liberdade sindical, nos níveis em que poderia tê-lo feito e a contribuição sindical, que sempre serviu para conter os sindicatos, até a Lei nº 13.467/2017, com sua existência, após, com sua extinção, mas sempre com o escopo de “atar as mãos” dos sindicatos e “amarrar” a atuação sindical, e que não se veja no que vem de ser dito uma qualquer defesa da contribuição sindical, acerca da qual há mesmo um consenso nacional que deveria mesmo ter sido extinta, apenas uma ponderação sobre o uso que sempre se fez da mesma, ao que se acrescenta que a extinção deveria ser feita com a previsão de um escalonamento ou de uma fonte alternativa de receita, não da forma abrupta que o foi, ainda mais mantidas as incumbências antes dadas aos sindicatos, apenas isso!

43 SOUZA, Mériti de. *A experiência da lei e a lei da experiência*. São Paulo: Revan/Fapesp, 1999. p. 35.

populações. A organização política e administrativa das vilas é anterior ao seu próprio estabelecimento e, conseqüentemente, anterior a sua organização social.”

Em verdade, para se ver da real situação por que passa o Brasil no momento atual, há que se examinar/analisar (com sinceridade!) os seguintes aspectos: quantos desempregados há no país? O argumento da “crise” (que esfumaça responsabilidades: de quem a culpa?), só aos trabalhadores atinge, em termos de providências para debelá-la, é dizer, apenas a classe trabalhadora paga a “conta”? Nesse angustiante quadro, é possível/sincero/justo/honesto falar em prestígio à “autonomia privada coletiva”, como algo que justifica/ampara/dá motivo que autorize a prevalência do negociado sobre o legislado? Onde e/ou com base no que se pode afirmar que, não em imaginação, mas em realidade, existe a autonomia privada coletiva? Com o desemprego “comendo solto”, sindicatos fragilizados, consequência direta da assombrosa fragilidade que recaí sobre os trabalhadores e seus contratos de trabalho, cultura do medo, tão intensa e incessantemente usada com o fito de atemorizar os trabalhadores, para que espanquem de suas mentes e espíritos qualquer pensamento em torno de reivindicações por melhores salários e condições de trabalho, críticas orquestradas aos sindicatos e aos trabalhadores que pretendem se sindicalizar e/ou ocupar cargos nos sindicatos, como, de maneira séria, falar em real existência, na prática, de autonomia privada coletiva? Só pode ser brincadeira! Parece que a ideia é a de fazer/deixar com que os empregados se sintam desprotegidos/desamparados/descrentes/desestimulados, acreditando que nem seu sindicato, nem ninguém/nada, poderá auxiliá-los para fazer valer o que a Constituição Federal programou para ele, com a centralidade do trabalho que dispôs em seu texto, e passe a aceitar, resignadamente, tudo o que lhe for imposto e/ou retirado no curso de uma relação de emprego, numa situação, *mutatis mutandis*, como a que era enfrentada pelo consumidor antes da publicação do Código de Defesa do Consumidor, e que assim foi descrita pelo culto Francisco Ricardo Sales Costa, com grande precisão⁴⁴:

“Desestimulado, despreparado e descrente, o consumidor manteve-se inerte décadas a fio na relação de consumo, aceitando com resignação franciscana a ditadura do mercado imposta pelo empresariado. Essa passividade era compreensível. Com efeito, o consumidor não tinha a quem reclamar contra os inúmeros abusos, contra as violências e ilegalidades das quais era vítima no cotidiano da relação de consumo.

44 COSTA, Francisco Ricardo Sales. *Direito contratual frente ao Código de Defesa do Consumidor e Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 109-110.

Sem ter a quem recorrer ante a concepção legal vigente até o advento do Código de Defesa do Consumidor e sem ter quem o defendesse em virtude da posição estatal de espectador ao qual era defeso interferir na relação contratual, o consumidor permaneceu durante décadas à mercê do fornecedor de bens e serviços, que impunha as cláusulas contratuais que bem entendia estabelecendo toda sorte de vantagens em seu favor abusando ostensivamente de sua superioridade econômica.”

Certamente, não é preciso muita imaginação para perceber que, se a Lei nº 13.467/2017 não receber uma interpretação que respeite os princípios e a razão de ser do Direito do Trabalho, e uma intensa atuação sindical, está, no parágrafo acima, desenhado o futuro das relações do trabalho no Brasil e a férrea submissão dos trabalhadores aos desígnios do Mercado, pelas mãos das relações de trabalho!

Prosseguindo, ainda que fosse possível falar na existência de (alguma) autonomia privada coletiva, na espécie (o que me parece não existir, como afirmei nas linhas imediatamente acima), de todo modo, ela não poderia/pode ser vista como direito absoluto (modalidade, de resto, largamente contestada/não aceita, a da possibilidade de existência de direitos absolutos), porquanto, como ensina o mestre Gustavo Tepedino⁴⁵:

“Além disso, a autonomia privada não pode mais ser concebida como direito absoluto, o qual sofreria restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República.”

Portanto, não se concebe, não se pode conceber seu exercício (da autonomia privada) como pura manifestação/exteriorização de poder, sujeitando-se os que se encontram em situação de vulnerabilidade, coarctando-lhe toda condição de intervir na formação do contrato, que é o que, em realidade, se pretende, com uma ou outra exceção, com a Lei nº 13.467/2017.

Além disso, e é algo que não é tão “abertamente” enfrentado, ao reverso do que deveria acontecer, sendo o contrato de trabalho um contrato existencial, por meio do qual o trabalhador busca sua sobrevivência digna (o que, entre nós, é já uma tarefa hercúlea, de realização sobremodo difícil e que poucos

45 TEPEDINO, Gustavo Tepedino. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas* – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Renovar, 2008. p. 404.

conseguem!) e não lucro, vantagens patrimoniais, como admitir que o sindicato possa (*rectius*: seja levado/obrigado a) negociar algo que reduza o nível de sobrevivência dos integrantes de sua categoria? E isso lembrando que viver não é apenas sobreviver/vegetar, sem ter o mínimo para o desenvolvimento de sua personalidade, mas ter uma existência digna, com aquilo que é tido como o preciso/indispensável/necessário, num dado momento, em dada sociedade, para que se atinja essa existência com dignidade; agora, de perguntar (e como seria bom poder fazê-lo olhando no fundo dos olhos de cada um dos que defendem ser possível reduzir, via negociação coletiva, direitos dos trabalhadores!): sendo o sindicato o titular do poder de negociar pela categoria, mas não dos direitos dos trabalhadores à sua subsistência, a uma existência digna, e atento a que, como se disse, ser o contrato de trabalho um contrato existencial, que cuida, justamente, dessas subsistência e existência digna, e quando se sabe que, entre nós, mui raramente um contrato de trabalho propicia a satisfação dessas tão básicas necessidades, do e ao ser humano que vive do seu trabalho, na condição de empregado, como permitir uma redução, via negociação coletiva, desses níveis mínimos? E ainda mais quando se sabe da situação de fragilidade dos sindicatos, decorrente da mais absoluta fragilidade em que se encontram os trabalhadores, na quadra em vivemos, lutando os sindicatos, já antes da edição da Lei nº 13.467/2017, mais para perder o menos que puderem, sendo uma vitória se conseguirem manter o que haviam conquistado anteriormente, como, com alguma sensibilidade e senso de justiça, achar “normal”/“moderno” permitir a retirada de direitos, que, ao fim e ao cabo, é o que se desenha/deseja com a prevalência do negociado sobre o legislado, na forma tão largamente autorizada pela lei que se vem de mencionar?

Um instrumento coletivo não há de ser reputado como um feixe de contratos existenciais e/ou um contrato existencial em âmbito coletivo, atento a que um contrato de trabalho, contrato existencial que é, não perde essa qualidade quando um sindicato negocia condições de trabalho dos e para os integrantes de sua categoria profissional? Se é assim, como creio que seja, a presença/participação/proteção do Estado não pode ser dispensada, para que sejam efetivamente respeitados os limites já impostos por lei e pela Magna Carta e sem os quais não lograrão os trabalhadores o quanto necessário à sua subsistência e dignidade, é dizer, o Estado não pode se ausentar e permitir que, o poder maior – bem maior – do lado patronal, sufoque a atuação do sindicato profissional e com isso acabe por magoar o direito à subsistência, ao desenvolvimento da personalidade, à dignidade e os direitos fundamentais dos trabalhadores, lembrando que, nesse modelo contratual, a maior intervenção do Estado não só é admitida, como necessária, pois, a não ser assim, não só novos direitos não

serão conseguidos pelos trabalhadores, como nem manter os antigos será mais possível, sendo, nesse passo, o momento de evocar a lição de Paulo Roberto Barbosa Ramos, para quem⁴⁶:

“Sem a ideia de limite não há possibilidade de se falar em novos direitos, pois os que hoje se possuem estão ameaçados de extinção, daí a necessidade de se empreender uma batalha para garantia e eficácia dos velhos direitos.”

Daí melhor se entende a advertência desse estudioso que venho de mencionar, a saber: “Negar limites ao poder, seja ele qual for, é negar a ideia de cidadão que se construiu nestes últimos séculos”⁴⁷.

Necessário, outrossim, acrescentar que, com isso, a disciplina insensivelmente imposta pela Lei nº 13.467/2017, se interpretada como tão ardentemente desejam seus defensores, fará com que o Direito do Trabalho, justamente o Direito do Trabalho – que triste ironia –, atraíção/traia, não só os objetivos/finalidades de um contrato existencial/contrato de trabalho, como tudo o que se pretende, com os atuais estudos e a evolução do direito privado atual, a saber, a proteção da pessoa humana, dos mais fracos, dos mais vulneráveis⁴⁸, nesse ramo do Direito, como desde o seu surgimento se sabe, o trabalhador; com os ajustes necessários ao Direito do Trabalho, de ampla aplicação os valiosos e irrefutáveis ensinamentos dos ilustres Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, no sentido de que⁴⁹:

“É a proteção da pessoa humana que orienta o novo direito privado. Nesse sentido, também (mas não apenas) sua dimensão econômica. Porém a ênfase do novo direito privado é o destaque à dimensão existencial da pessoa, de seus interesses extrapatrimoniais, da sua integridade física e psíquica (veja-se, nesse sentido, a revalorização dos direitos da personalidade), da sua afetividade (e suas repercussões jurídicas, especialmente no direito de família – ou das famílias).”

46 RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Discurso jurídico e prática política*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 105.

47 RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Op. cit.*, p. 105.

48 “O estudo da proteção dos vulneráveis se justifica porque, uma vez que um contratante tem o objeto por essencial e o outro contratante visa apenas o lucro, percebe-se que o primeiro se mostrará hipossuficiente/vulnerável, com sua liberdade contratual limitada em decorrência do poderio socioeconômico da outra parte.” (BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 6, p. 24, out./dez. 2015)

49 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. p. 80.

Em outro momento, a eminente Prof^a Cláudia Lima Marques, assim se manifestou: “Realmente, o futuro do direito brasileiro deve começar pela proteção dos mais fracos, dos mais vulneráveis, com diálogo e respeito às diferenças”⁵⁰.

No campo contratual, essas lições chamam a atenção para um fato particularmente importante, e que há de ser evitado, sob pena de frustrar a própria razão de ser do direito, máxime quando se cuide de um contrato existencial, em que mais necessária a observância, quer da solidariedade, que cumpre seja observada, quer da dignidade, que urge seja respeitada, quer da função social do contrato, que não pode ser descurada, tudo para obstar que um contrato se torne um palco de injustiças, como, superiormente, já notaram Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira⁵¹:

“É, porém, na dimensão da solidariedade e da dignidade da pessoa humana que os contratos existenciais devem cumprir a carga hermenêutico-dogmática da função social, porque, mesmo que seja uma operação econômica, o contrato não é palco para injustiças.”

A essa altura, tenho em que não será despidendo recordar o quanto o Direito do Trabalho contribuiu (e, claro, continua contribuindo) para a evolução do estudo do direito, seja do privado, seja no que toca à dignidade da pessoa humana, trazendo, do campo das especulações filosóficas para o do direito, os estudos respectivos; nesse sentido, interessante a lição do preclaro Fernando Noronha, relativamente ao âmbito do direito privado:

“É interessante observar que tal como o Direito Comercial foi o precursor de substanciais mudanças no Direito Civil (por exemplo, enfatizando a importância da riqueza mobiliária, em detrimento dos bens chamados ‘de raiz’, e abolindo formalidades que entravavam as transações, simplificações depois estendidas ao Direito Civil), também foi no Direito do Trabalho que primeiro se manifestaram ideias novas que depois contagiaram o ‘direito comum’ das Obrigações. Assim, da intervenção do Estado para proteção das massas trabalhadoras, passou-se à proteção das massas dos locatários, dos segurados, dos consumidores, etc., todos geralmente obrigados a aceitar contratos desequilibrados. Por outro lado, foi no âmbito do direito do Trabalho que primeiro se revelou a importância de princípios jurídicos hoje essenciais no direito das Obrigações, como a necessidade de tutelar uma relação de equivalência

50 Idem.

51 MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. *Op. cit.*, p. 280.

entre direitos e obrigações das partes contratantes (princípio da justiça, ou do equilíbrio contratual), e a ideia de fazer recair sobre a empresa os riscos resultantes de sua atividade (risco de empresa).”⁵²

Quanto à dignidade da pessoa humana, com amparo em Häberle, ensina o juslaboralista Ipojucan Demétrius Vecchi⁵³,

“Conforme lembra Häberle, foi o movimento trabalhista que trouxe a ideia da dignidade das especulações filosóficas para dentro da prática jurídica. Afirma o autor:

‘Na metade do século XIX a dignidade humana se tornou ‘ideia-motriz-política do movimento trabalhista’. Lassalle exige a melhoria das condições materiais das classes trabalhadoras e que se lhes proporcione uma existência verdadeiramente digna. Proudhon dá um passo adiante, ao incluir a dignidade da pessoa na ideia de justiça. Com isso, o pensamento da dignidade humana abriu-se a uma nova dimensão, a do Direito e da justiça, transitando do reino do ‘pensamento puro’ para a prática jurídica.’”

Agora, ainda que com a alma apertada/afrita, devo indagar: o caminho inverso (retirada de direitos) vai começar pelo Direito do Trabalho também? Virão, depois, mudanças em outras áreas, como o CDC e a lei de locação? O que se poderia esperar de mudanças tanto em um, como na outra, sabendo que em ambos está presente, via de regra, uma disparidade de forças brutal, da mesma forma que num contrato de trabalho? Ou a intenção é a de, “apenas”, retirar direitos dos trabalhadores? E o que justificaria isso? Quais os horizontes que se apresentam/começam a desenhar? De todo modo, a supressão de direitos será sempre um triste retrocesso, uma tentativa de volta ao passado, embora não seja possível esse retorno, pois o que passou já passou e pretender uma volta, jamais seria/será exatamente uma volta, pois, como já se disse, “o caminho em direção ao passado é um caminho que não pode ser trilhado” (Franz Rosenzweig)⁵⁴, será um novo caminho o qual, isso sim, o passado pode já ter demonstrado que, como outros, se trate de um caminho tortuoso e que deva ser evitado!

Insisto em que inviável/reprovável/injustificável/inexplicável sustentar um ramo do Direito posição contrária, distanciando-se/isolando-se dos valores e princípios que informam e funcionam como norte em determinado ordenamento jurídico e/ou ramo do direito deste, quando sem qualquer embasamento em possível mudança/evolução do estado da arte, baseado apenas no desejo

52 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 119.

53 VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Direito material do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2014. v. 1. p. 310.

54 *Apud* SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus termos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5.

de algum segmento, alguma parcela da sociedade, o que o fará/tornará um “direito estranho” à própria comunidade em que teria/terá de atuar, frustrando, destarte, sua razão de ser e, longe de propiciar um mínimo de segurança jurídica, acarretará o seu contrário, sendo fonte de disputas e controvérsias; para comprovação do que vem de ser dito, pode-se mencionar as conclusões do grande Fábio Ulhoa Coelho, que, após constatar o desgaste e o esgarçar do direito comercial e os responsáveis por isso, asseverou⁵⁵:

“A responsabilidade pelo esgarçar dos valores do direito comercial é dos comercialistas, que tardaram a perceber as mudanças introduzidas pela argumentação por princípios na forma como se decidem as demandas judiciais entre nós, depois da Constituição de 1988. A resistência a estas mudanças, embora heroica e competente, não produziu nenhum resultado significativo. O direito comercial, malgrado os esforços doutrinários empreendidos, não consegue firmar-se numa sintonia própria (...) Hoje, convenci-me de que as regras específicas do direito comercial somente serão aplicadas se devidamente amparadas por valores disseminados pela sociedade e introjetados pelos profissionais jurídicos, especialmente os juízes. Para isso, terão crucial importância os princípios próprios da disciplina, mais ainda se vierem a ser enunciados pela ordem positiva.

Em suma, porque os comercialistas brasileiros demoraram para compreender o seu tempo e lugar, os valores do nosso direito comercial acabaram esgarçados; é necessários recosê-los.”

Cuidou, então, o renomado jurista, de notar a necessidade de “Recoser os valores esgarçados do direito comercial”, realçando que isso “significa enunciar, estudar e divulgar os princípios desta disciplina, sintonizando-os com os valores cultivados pela sociedade brasileira contemporânea”⁵⁶.

Ora, o que se pretende com a Reforma é justamente esgarçar o Direito do Trabalho, objetivo para o qual ao art. 611-A cabe notável papel, não exatamente pelo tipo de resistência a que se refere o renomado jurista que se vem de referir, mas por outro mais sutil e que se anela (os que o implementaram) mais letal para os direitos dos trabalhadores, que é sua eliminação disfarçada, como apontado já nas linhas transatas, em exercício da autonomia privada, quer coletiva, quer individual, e também em uma realidade inexistente, sonhada, desejada, mas sem ressonância no cotidiano da esmagadora maioria das relações de trabalho verificadas no Brasil, como também já disse, tudo em flagrante injustiça para

55 COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*: com anotações ao projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19-20.

56 COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 20.

com a classe trabalhadora, como se fosse sua a responsabilidade (e unicamente sua!) por tudo o que de ruim/preocupante, atravessa/passa nosso país; mas, não se deve olvidar que, como bem disse Ricardo Timm de Souza, “Injustiça evoca sofrimento”⁵⁷ e não há sentido em fazer sofrer milhões e milhões de pessoas para beneficiar um ou outro segmento da sociedade!

É preciso afirmar, outrossim, que, ainda que com alguma (pouca/rarefeita) técnica (da Lei nº 13.467/2017), não pode o Direito do Trabalho ser modificado, de maneira a “abdicar de sua função construtiva de uma sociedade mais justa”, tampouco “dispor-se a representar um papel que se ponha contra” sua finalidade, sua razão de ser, na linha do que ensina a insigne jurista Rosa Maria de Andrade Nery, quanto ao direito das obrigações e os contratos⁵⁸, em palavras que devem calar fundo, mormente nesse momento, nos corações dos operadores do direito do trabalho:

“Os institutos do direito de obrigações não podem abdicar de sua função construtiva de uma sociedade mais justa. Não pode o contrato, fruto da mais elaborada técnica jurídica, dispor-se a representar um papel que se ponha contra essa finalidade científica do direito.”

Difícil até denominar e/ou aceitar (as palavras terão dificuldade em serem pronunciadas, pois a mente não aceita os novos dispositivos como verdadeiramente trabalhistas) como de Direito do Trabalho as alterações (grande parte delas) contidas na Lei nº 13.467/2017, por deixar os empregados “órfãos” da proteção que justifica sua existência, proteção essa que é transferida aos interesses empresariais. Não que esses interesses não devam ser protegidos, aliás, a própria legislação trabalhista é um meio de protegê-los, o que a Reforma não enxerga... Como se encaixa o que se passa atualmente no Brasil, com o quadro descrito no final do século passado, pelo grande juslaborista Néstor de Buen Lozano, com vistas às mudanças à época verificadas em seu país, ocasião em que asseverou que⁵⁹: “Difícilmente se podrá denominar derecho del trabajo al producto de las reformas en trámite. Su perfil es netamente neoliberal, lo que supone sustituir la protección al trabajador por la que exige el empresario, dador de trabajo y salarios, de impuestos, de intereses y dividendos para el capitalista, de benéficos para él mismo”. Sendo certo que por outras águas não singra Bosco Ramírez, que afirma que “un derecho que no diese a los trabajadores

57 SOUZA, Ricardo Timm de. *Op. cit.*, p. 5.

58 NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: RT, 2008. p. 249.

59 LOZANO, Néstor de Buen. El futuro del derecho del trabajo. In: FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes (compilador). *Tendencias actuales del derecho*. 2. ed. Fondo de Cultura Económica/Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. 93.

una protección distinta y mayor que la del derecho común no sería derecho del trabajo, sino otra cosa con otra función”⁶⁰.

Fácil perceber que este singelo estudo se amparou, fortemente, no direito comum, e também no direito constitucional, o que se deve, quanto àquele, a sua renovada preocupação com a pessoa e pelo ser sobre o ter, como já exposto nas linhas acima, o que o faz/torna afinado com este, que fez/faz da dignidade da pessoa humana a estrela maior/o norte de nosso ordenamento jurídico, ao que, tanto a um como ao outro, não pode o direito do trabalho ser/estar indiferente, por integrá-lo, o que lhe desautoriza distanciar-se, anos luz, desse ordenamento, como se pertencesse a “outra galáxia”, pois a sua autonomia científica não é carta branca para tornar-se absolutamente independente, separado e mesmo brutalmente rebelde, aos fins perseguidos pelo ordenamento jurídico ao qual está inserido, mormente pelo rumo traçado pela Constituição Federal; lamentavelmente, porém, ao que tudo indica, a Lei nº 13.467/2017 não se importou/ignorou/desafiou/desrespeitou tudo isso!

Com isso, suas disposições se colocam numa gritante e dolorosa (para os trabalhadores!) distância/separação da realidade; não consideram o trabalhador enquanto cidadão que trabalha na condição de empregado, o que provoca insuperável cizânia com o valor/relevância dispensada/atribuída pelo ordenamento jurídico, como um todo, à pessoa humana, ao que ela representa para o próprio ordenamento, justificando-o mesmo, ignorando, então, os cuidados que se impõem, relativamente à dignidade da pessoa humana, aos seus direitos fundamentais, ao desenvolvimento de sua personalidade; e mais, ao passo que o direito comum, bem como o direito constitucional, protegem vigorosamente a pessoa, o ser, a Lei nº 13.467/2017, em lamentável retrocesso, prioriza o ter (de alguns), magoando o ser (de milhões), parece, até, que para o legislador reformista, os arts. 1º, III, e 170, da Constituição Federal, dentre outros, não precisam ser considerados e/ou tem apenas função decorativa, no máximo sugestiva, o que não pode ser admitido, porquanto, como lembra o culto Paulo Nalin em ensinamento atualíssimo, e que fixa a centralidade da pessoa humana, que⁶¹: “O homem, ao menos enquanto perdurar o comando expresso do art. 1º, inciso III, associado ao art. 170, *caput*, todos da Carta, se posiciona no centro das atenções”.

60 RAMÍREZ, Bosco. Para una introducción al derecho del trabajo. Buenos Aires, 2000. p. 21-22, *apud* VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra. *El regreso al derecho civil para la protección del trabajador*. Editorial de la Universidad Católica Argentina – EDUCA, 2004. p. 22.

61 NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 246.

DOCTRINA

Sem dúvida, vários outros argumentos poderiam/podem ser acrescentados aos apresentados para encorpar a fundamentação do que aqui se sustenta, como, *verbi gratia*, a inviabilidade, em respeito à Lei Maior, da redução de direitos por negociação coletiva; entretanto, para além do fato da existência de inúmeros estudos mais aprofundados sobre esses outros argumentos, há limites a serem respeitados na elaboração deste singelo trabalho, de modo que, embora sucintamente, passo a ver da importância das funções do sindicato que, tal qual a instrumentalidade do processo para assegurar o direito material nele pretendido, é vital para a realização de direitos, fundamentais inclusive, mas não só e o que objetiva a Carta Maior para os trabalhadores, é dizer, da semelhança do sentido de instrumentalidade no processo civil e a função dos sindicatos, que a insensível Lei nº 13.467/2017 ignorou.

Com efeito, monto praça na ideia de que possível/cabível/pertinente a comparação da atuação sindical, com a instrumentalidade do processo, lembrando que um sindicato existe para, em alguns casos, possibilitar/contribuir para a formação, em outros, possibilitar/contribuir para a observância de direito já posto, mas em ambos, possibilitar/contribuir para a solução do “litígio”, sempre presente nas relações entre capital e trabalho, atuando, no espaço que para tanto possui e/ou lhe cabe, e que lhe foi/é conferido pela Carta Magna, para a pacificação social, com Justiça! Interessante, nesse passo, evocar lição do inolvidável mestre Carnelutti, como o fez o afamado José Roberto dos Santos Bedaque, no sentido de que⁶²:

“Processo, já dizia Carnelutti, nada mais é do que método de trabalho destinado a possibilitar a formação e a aplicação do direito, bem como a solução do litígio. Em última análise, busca-se, mediante essa via estatal de solução das controvérsias, a pacificação social, proporcionando a quem dela se utiliza a certeza do direito e um resultado, na medida do possível, justo.”

Irrecusável, me parece, a semelhança de atribuições!

No mesmo estudo, o renomado processualista pátrio que se vem de referir, ainda observa: “Nessa linha de raciocínio, Carnelutti afirma ser a relação entre direito e processo representada pelo serviço difícil, inestimável e insubstituível

62 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 01.

prestado por um ao outro, tanto que o direito sem processo não atingiria seu escopo e, em uma palavra, não seria direito”⁶³.

Tão valioso ensinamento abre espaço à seguinte indagação: não seria/é a mesma, logicamente com as adaptações necessárias a essa específica situação, no âmbito do direito do trabalho, a relação entre direitos dos trabalhadores e sindicato, que a que se verifica/se dá entre direito e processo?

Há, outrossim, que se recordar as lições do sempre mencionado, quando de instrumentalidade do processo se cuide, Prof. Cândido Rangel Dinamarco, de que “É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina”⁶⁴, a qual, se vista junto com a de outro eminente processualista Eduardo Couture, que ensina que “La idea de jurisdicción, como la de proceso, es esencialmente teleológica. La jurisdicción por la jurisdicción no existe. Sólo existe como medio de lograr un fin. El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho”⁶⁵, para fins da comparação ora levada a efeito, faz com que se constate e diga que um sindicato não existe, não se justifica, por si só e enquanto por si só apenas, mas pelo que representa para a conquista/manutenção e respeito aos direitos dos trabalhadores, de modo que, quando não se pretende e/ou se enfraquece um sindicato, o que se anela, o que se faz, o que se visa ao fim e ao cabo, é diminuir, é retirar direitos dos trabalhadores!

Partindo dessa constatação, outra naturalmente a ela vem se somar, e que é a de que não adianta a mera existência de um sindicato, como também não basta a de um processo, um e outro, em sua área de existência/atuação, só se justificam, como dito acima, se atuarem, válida e eficazmente, para a solução do “litígio”, contribuindo para a pacificação social, com Justiça! Ou, como já superiormente se observou:

63 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 01.

64 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 1987. p. 206.

65 COUTURE, Eduardo *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 13-14.

DOCTRINA

“Não basta um processo tecnicamente bem concebido. É preciso verificar se ele está produzindo os resultados esperados.”⁶⁶

Assim também não basta permitir/prever a existência de um sindicato, mas é preciso verificar se ele está produzindo os resultados esperados (propiciando melhores condições de trabalho e garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana e a integridade física/psíquica do trabalhador, essa é a sua função, vital para os direitos dos trabalhadores, como vital é para um direito material não observado/respeitado/espontaneamente cumprido o processo e sua instrumentalidade, na visão hodierna que dela se faz/tem!

Nessa linha de raciocínio, de evocar a referência ao mestre José Roberto dos Santos Bedaque, oportunamente feita pelo preclaro Levi Rosa Tomé, em alentado estudo, *verbis*⁶⁷:

“Bedaque reconhece que o direito processual não pode prescindir do direito material, ‘sob pena de transformar aquela ciência num desinteressante sistema de formalidades e prazos’, já que sua razão de ser outra coisa não é, senão ‘assegurar a integridade da ordem jurídica, possibilitando às pessoas os meios adequados para a defesa de seus interesses.’”

Ora, se assim é, há inferir que um sindicato, se não for visto em função do que pode e deve fazer para garantir os direitos dos trabalhadores e tentar mesmo ampliá-los, finalidade essa da qual não poderá/pode prescindir “sob pena de se transformar numa instituição desinteressante”.

Seguindo ainda as lições do magistrado Levi Rosa Tomé, peço vênia para reproduzir a seguinte passagem⁶⁸: “Andrea Proto Pisani fala de ‘interdependência’ entre direito processual e direito substancial, e reconhece que, na verdade, o direito processual não poderia existir sem o direito substancial, assim como este nada seria sem aquele” da qual se infere, sem maiores dificuldades, para o que neste trabalho se afirma que, um sindicato sem os trabalhadores não pode existir e os direitos destes sem o sindicato teriam imensas dificuldades em se manter, sustentar! Ou não seria/é assim?

66 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 02.

67 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo *apud* TOMÉ, Levi Rosa. *Menos forma, mais justiça: a necessária simplificação do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 109.

68 TOMÉ, Levi Rosa. *Menos forma, mais justiça: a necessária simplificação do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 112.

Destarte, do mesmo modo que, “Processo, portanto, é instrumento; deve aproximar-se do direito material, pois o seu objetivo primordial será sempre, a tutela deste; tem grande relevância para a vida das pessoas, para a dignidade humana, para o Estado Democrático de Direito. Mas é meio e não fim”⁶⁹, também essa a função dos sindicatos quanto aos direitos dos trabalhadores, num Estado Democrático de Direito: atuar, com presença sempre marcante, tendo em vista o elevado objetivo de garantir a tutela dos direitos dos trabalhadores, o que terá/tem grande relevância para a vida, a dignidade humana, os direitos fundamentais e o desenvolvimento da personalidade desses mesmos trabalhadores, sendo, pois, um instrumento qualificado/vital para que tão indispensável escopo seja atingido!

Enfim, “É dizer: o processo é importante não pelo que é, mas pelo que pode proporcionar”⁷⁰! Também assim se dá com os sindicatos.

Como derradeiro ponto a ser levantado, trago a alteridade a partir do pensar *autrement*, introduzido pelo grande pensador Emmanuel Lévinas⁷¹ e que o ilustrado Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, sustenta, de maneira muito consistente, ser amplamente compatível/afinado com a Constituição Federal, tendo já diversos julgados, conquanto não referido expressamente a alteridade, privilegiado/atendido a pessoa do Outro, citando alguns, à guisa de exemplo/comprovação em seu livro, e ainda relativamente a estes, disse⁷²:

“É possível constatar uma série de exemplos na jurisprudência contemporânea de nossos tribunais – malgrado não haver expressa indicação como fundamento de suas decisões a partir da hermenêutica da alteridade – sobre os resultados práticos da alteridade, privilegiando, destarte, a pessoa do Outro e, por sua grande importância, sobreleva

69 TOMÉ, Levi Rosa. *Menos forma, mais justiça*: a necessária simplificação do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 112.

70 TOMÉ, Levi Rosa. *Menos forma, mais justiça*: a necessária simplificação do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 113.

71 Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, em valioso livro, dilucida, em nota de rodapé nº 45, que: “Optou-se proposadamente pela utilização da expressão hermenêutica *autrement* porque a sua tradução para a língua portuguesa por *outramente* não resultaria na precisa compreensão do seu verdadeiro sentido e alcance. Como nos ensina Paul Ricoeur, é fundamental no pensamento de Lévinas o conceito de alteridade, ao qual se liga o advérbio *autrement*. Expressões como ‘diferentemente’, ‘de outro modo’, ‘de outra forma’, etc. são insuficientes para traduzir a radicalidade de *autrement* pode induzir à traição e não à versão do pensamento do autor (*Outramente*, p. 5). Exatamente para resguardar a integridade central do pensamento levinasiano, será feito o uso da expressão em francês, preservando-se especificamente o seu sentido nuclear para, de uma só vez, ter em mente o cotejo das noções de alteridade, e da responsabilidade pelo Outro para além do Ser”.

72 CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica*: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 104.

destacar o julgamento da ADI 3.510, mediante a relatoria do Ministro Ayres Brito e maioria de votos do Supremo Tribunal Federal, ao cancelar a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/05, que permite a pesquisa com células-tronco embrionárias, a partir de embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos, frutos de reprodução assistida, para fins de clonagem terapêutica.”

No tocante a sua compatibilidade/afinidade com a Lei Maior, assim se posicionou:

“Nem há que se argumentar, aqui, que o presente discurso infringe a ordem jurídica. É a Constituição Federal que explicita a perspectiva da alteridade em nosso sistema, ao usar um preâmbulo que indica que o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”⁷³

Ora, o trabalhador, aqui, há de ser considerado o Outro, aquele para o qual há de ser voltado o nosso olhar, a nossa atenção e a nossa responsabilidade⁷⁴, e sem isso, uma análise do contrato que vier a ser por ele pactuado, nessa condição, com algum empregador, não estará completo, nem será responsável (no sentido levinasiano); todavia, se visto sob o viés da alteridade, e compreendidas as dificuldades que um trabalhador enfrenta, tanto por ocasião da celebração de um contrato, como durante seu desenvolvimento, ver-se-á que não basta, nem de longe, o pretendido afastamento do Estado das relações de trabalho, pretendido pela Lei nº 13.467/2017, nos moldes tão “enxutos” em que feito, obstando, com isso, a aplicação de uma regulamentação, ainda bem necessária, e ver-se-á mais, ainda, porquanto será possível enxergar (*rectius*: enxergar-se-á), uma tentativa de desvio/esvaziamento da/na centralidade conferida ao trabalho, pela Carta

73 CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica*: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 105.

74 Imperioso, nesse passo, que responsabilidade, na visão levinasiana, abarca um mais alargado campo, porquanto: “Tradicionalmente, a conhecida noção de responsabilidade repousa na subjetividade. Em princípio, alguém somente é responsável por seus próprios atos ou omissões.

A responsabilidade concebida por Lévinas, no entanto, tem sua incidência ampliada, para também abarcar, além dos atos ou omissões pessoais, o Outro. Isto é, a responsabilidade pelo Outro, por aquilo que Eu não fiz ou não me diz respeito.

Trata-se de responsabilidade estruturada a partir da proximidade para com o Outro e de natureza assimétrica, isto é, sem que haja efetiva e verdadeira reciprocidade do Outro para comigo.

Com efeito, responsabilidade pelo Outro implica em responsabilidade por si mesmo enquanto negação da neutralidade, como uma ação que vai além-do-ser, naturalmente pré-originária, e que se posta em torno da questão do humanismo” (CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica*: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 48.

DOUTRINA

Política, que não pode ser “habilmente contornada” com dispositivos de uma legislação ordinária que lhe magoem, o que, a miúdo, é tentado.

Para finalizar essas reflexões, mas deixar em aberto/suscitar o exame de novas possibilidades de se olhar a questão de como devam ser interpretados os dispositivos da Lei nº 13.467/2017 que é o que muito modestamente pretendo, indago, aceito o pensar *autrement*, quem melhor poderá desenvolvê-lo que não os operadores do direito, a quando da interpretação que cotidianamente fazem, e dentre os operadores do direito, quão relevante não será/é, o espaço reservado, no pensar *autrement*, aos operadores do direito do trabalho?⁷⁵

É chegada a hora (*rectius*: já está passando da hora) de pensar no que leva a diferenciações, como a elaborada pelo Professor Antonio Junqueira de Azevedo, entre contratos existenciais e de lucro, para outros, entre situações existenciais, paradigma da essencialidade, na alteridade, no pensar *autrement*, e para além do que aqui mencionado, no direito fundamental à busca da felicidade (já reconhecido pela jurisprudência dos Tribunais pátrios, do Augusto Supremo Tribunal Federal inclusive), o direito fundamental ao lazer e outros, pois, a não ser assim, o Direito irá perdendo/perderá cada vez mais (e cada vez mais rapidamente) sua função e razão de ser no seio da nossa sociedade, não mais tendo/sendo capaz de oferecer as tão almejadas paz e harmonia sociais, perdendo sua capacidade de atuar enxergando os mais vulneráveis, os mais necessitados da sociedade, atuar e olhar que o fazem grande, que o fazem indispensável, que o fazem respeitado!

Argumentos à mesa! Aos estudos e debates jurídicos!

Recebido em: 06/08/2018

Aprovado em: 29/10/2018

75 “Espera-se que o intérprete do sistema normativo, conscientemente, exercite o caminho da alteridade, tendo como ponto de partida, sempre, o Outro. E o resultado de sua interpretação deverá ter como resultado, em regra, a eficácia do direito do Outro.

E quando isso acontecer, se dará, genuinamente, a interpretação *autrement*, embasada no discurso da filosofia levinasiana que tem como linguagem e primeiro fundamento a ética, assentada na responsabilidade pelo Outro que se mostra acolhido concretamente pelo hermeneuta.” (CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica*: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 74)

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHADOR FRONTEIRIÇO E DO REFUGIADO SOB A LUZ DA NOVA LEI DO MIGRANTE (LEI Nº 13.445/2017)

THE LEGAL PROTECTION OF THE BORDERED AND REFUGEE WORKERS UNDER THE NEWLY MIGRANT BRAZILIAN LAW (LAW NO. 13,445/2017)

Enoque Ribeiro dos Santos*
Bernardo Cunha Farina**

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

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Fronteiriço. Trabalho de Refugiados. Lei nº 13.445/2017.

ABSTRACT: This paper addresses the bordered and refugee workers under the perspective of the newly Brazilian migration Law, Law no. 13,445/2017, which promoted relevant and substantial changes in the arena of the bordered and refugees labor law in Brazil. The authors describes the particularities of each concept, as though as examines in detail the panorama that outcomes from the new regulation.

KEYWORDS: Bordered Work. Refugee Work. Labor Law no. 13,445/2017 in Brazil.

Introdução

Este é um momento especialmente importante para refletir nessa temática, pois, enquanto a União Europeia encontra-se pressionada pelas ondas de migrações provenientes da Síria, da Líbia e de outros países africanos, vários países fecham suas fronteiras e outros procuram soluções consensuais, o Brasil revoga o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) e promulga

* *Livre docente e Doutor em Direito pela USP; mestre pela Unesp; professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; desembargador federal do trabalho do TRT 1ª Região.*

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

uma nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), que, em sintonia com a Lei dos Refugiados (Lei nº 9.474/97), provoca uma evolução nos direitos dos migrantes e facilita sua inserção no mercado laboral.

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

1 – Conceito e contexto de trabalhador fronteiriço e do refugiado

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

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

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

“será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontra-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior e III – devido a grave e

DOCTRINA

generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.”

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

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

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

Tratava-se do mesmo conceito adotado pelo revogado Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) que, em seu art. 21, trazia o conceito de trabalhador fronteiriço como sendo aquele natural de país limítrofe, que tenha domicílio em cidade contígua ao território nacional, conferindo-lhe direito de exercer trabalho remunerado e de estudar no Brasil.

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

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

Não obstante, no Mercosul, diferentemente do conceito mais conservador adotado pela ONU e pelo antigo Estatuto do Estrangeiro, os direitos do trabalhador fronteiriço foram ampliados por força de Tratados Internacionais celebrados entre países membros, que lhe conferem permissão legal para exercer

atividade remunerada, frequentar estabelecimento de ensino e residir na cidade fronteiriça do país vizinho, contígua à cidade de seu domicílio original.

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

Neste sentido, oportuno trazer à colação o pensamento de Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes¹, para quem a população da região fronteiriça, ou seja, de ambos os lados da fronteira, não deveria ser tratada de maneira desigual e o processo de integração deveria ser facilitado porque estão compartilhando o mesmo ambiente e são aproximados por necessidades comuns. Consequentemente, colaborar com o vizinho próximo na busca de soluções de todos os tipos tem mais lógica do que esperar soluções de autoridades distantes.

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

1.1 – As cidades-gêmeas

As chamadas cidades-gêmeas são formadas por conjuntos de centros urbanos, frente a frente em uma fronteira internacional, conurbados ou não, que apresentam diferentes níveis de interação, quer seja por fronteira terrestre ou fluvial, diferentes atividades econômicas, variável grau de atração para migrantes e distintos processos históricos.

Trata-se de fenômeno comum em várias regiões do mundo que têm origem numa intensa circulação de pessoas, intercâmbio de serviços, trabalho e mercadorias na região fronteiriça, que, a depender de estratégias comuns, podem ser complementares ou competitivos.

Neste contexto, as cidades-gêmeas representam um polo de atividades econômicas para a região de fronteira, adquirindo grande importância para o desenvolvimento regional. Na medida em que se entrelaçam, seu desenvolvimento passa a ser em conjunto, integrado, porque suas populações e suas ativi-

1 LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. 1. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 46.

dades econômicas mesclam-se, tornando-se praticamente impossível pensar no desenvolvimento de uma das cidades-gêmeas, sem pensar no desenvolvimento da outra. Estrategicamente, quanto mais integradas, maior a probabilidade de tornarem-se polos regionais de desenvolvimento da região de fronteira, tornando-se inevitáveis, por parte do Poder Público, o desenvolvimento de ações diplomáticas e políticas públicas conjuntas.

No entanto, estes aglomerados urbanos internacionais não são formados necessariamente por apenas duas cidades, a exemplo de Barracão, Dionísio Cerqueira e Bernardo de Irigoyen, que formam conurbação de três cidades e o aglomerado urbano formado por Foz do Iguaçu (Brasil), Ciudad del Este (Paraguai) e Puerto Iguazú (Argentina), conhecido como Tríplice Fronteira.

Segundo informações do Ministério da Integração Nacional, existem 588 municípios na faixa de fronteira do Brasil, dos quais 27 municípios formam as chamadas cidades-gêmeas com as respectivas cidades limítrofes dos países vizinhos, sendo que a maior e mais populosa é Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná.

Ademais, conforme é de conhecimento público, expressiva parcela das populações das cidades-gêmeas existentes na faixa de fronteira do Brasil, incluindo-se a da Tríplice Fronteira, exerce o trabalho fronteiriço, razão pela qual o estudo e a compreensão desse fenômeno sociolaboral, e de seu arcabouço legal, é de grande relevância ao Direito, na busca de seu ideal de justiça, e na satisfação dos direitos trabalhistas e previdenciários desse grupo de trabalhadores em situação especial.

2 – A visão da Organização das Nações Unidas

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

Na União Europeia, o tema imigração está instalado no coração da atualidade, sendo a temática um dos assuntos centrais nas próximas campanhas eleitorais².

2 Le migrants, thème déjà central des européennes. *Le Monde*. 06.07.2018. Diz a reportagem: “comment tenir un discours pro-européen, global, sur plusieurs thématiques, sans tomber dans le piège de ses adversaires qui vont tenter de réduire la campagne à ce seul sujet, dans l’espoir de tirer profit du rejet de l’immigration dans une partie de l’opinion? (...) Enquanto o presidente francês Macron e a chan-

Além das posições contraditórias de alguns países como Itália, Grécia e Espanha, que são os destinatários de grande parte dos refugiados³, alguns países centrais, como a Áustria⁴, por meio de seu chanceler, Sebastian Kurz, procuram endurecer a entrada de refugiados e migrantes, alegando questões de segurança pública, especialmente para evitar ondas de ataques terroristas. Recentemente, surgiu até mesmo uma doutrina chamada de Lei penal do inimigo⁵ na Europa,

celar Angela Merken têm uma posição favorável à imigração e ao acolhimento de imigrantes, alguns membros mais radicais do Conselho Europeu, entre eles, a Hungria, propõem manter os imigrantes fora de suas fronteiras. Diz a reportagem: “M. Macron avait tenu un discours très ouvert à propôs des migrants. ‘Nous devons accueillir des réfugiés car c’est notre tradition et notre honneur’, avait-il declare lors de son premier Conseil européen, le 23 juin 2017. ‘Les positions prises par la chancelière Angela Merkel ont été des positions courageuses’, avait-il ajouté à propôs de l’ouverture des frontieres allemandes décidée par Berlin, em 2015. Um discours qui avait résonné chez unie partie des électeurs de gauche”.

- 3 Importante destacar a diferença entre refugiados e migrantes. Na maioria dos países democráticos, é garantido direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência de atividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana, bem como os estrangeiros e os apátridas que receando com fundamento em ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, em virtude desse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual. O direito ao asilo é regulado, em Portugal, pela Lei nº 15/98, de 26 de março, e confere a um indivíduo o direito de, sob certas condições, adquirir o estatuto de refugiado e ser tratado como tal. No Brasil, a temática é regulada pela Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que em seu art. 1º aduz: “será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontra-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior e III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”.
- 4 Migrants: les inquietantes propositions de Vienne. *Le Monde*, 06.07.2018. Segundo a reportagem, a Áustria é governada por uma coalizão de extrema direita e recuperou a presidência rotativa da União Europeia em 01.07.2018 e tem como posição uma visão: “... livre une vision purement sécuritaire de la migration, occultant intégralement son aspect humanitaire. A en croire ce texte, qui a été soumis aux experts nationaux des vingt-huit membres de l’EU lors d’une réunion informelle à Vienne, lundi 2 et mardi 3 juillet, 2018, et que Le Monde a pu consulter, les migrants sont principalement des hommes jeunes et ‘beaucoup sont tout particulièrement sensibles aux idéologies hostiles à la liberte ou qui prônent la violence’. A l’instar des pays du groupe de Visegrad (Hongrie, République tcheque, Slovaquie, Pologne), l’Autriche défend une Europe aux frontieres closes et l’externalisation totale du droit d’asile hors des frontieres de l’EU. Le texte propose de réfléchir à un nouveau ‘systeme de protection’ où ‘aucune demande d’asyle ne sera déposé sur le sol européen’. Avec un objectif, em 2025, de ne garantir l’asile qu’à ceux ‘qui respectent les valeurs de l’EU et ses droits et libertés fondamentales’. Une condition que l’EU n’impose absolument pas aux demandeurs d’asile”
- 5 A lei penal contra o terrorismo já aflora exceções na doutrina dos direitos humanos. O futuro próximo pode fazer a vontade do professor Gunter Jakobs, criador da teoria do direito penal do inimigo. Para ele, o direito penal deve ser dividido em dois sistemas diferentes: o dos cidadãos e o dos inimigos. O cidadão é punido com uma pena por causa de fatos cometidos antes e previstos na lei. O inimigo é punido pelo seu caráter disponível para a transgressão destrutiva da sociedade, por sua periculosidade intrínseca. O terrorismo é o núcleo original inspirador deste modelo. Como tal, o sistema impõe a aplicação de uma pena preventiva em função da periculosidade. Não se pretende corrigir, punir, castigar

como medida preventiva a ser tomada pelos países-membros no sentido de se proteger de ataques terroristas dentro de suas fronteiras.

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

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

Em outra declaração de direitos, a Convenção da ONU sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990, definiu trabalhador fronteiriço como sendo todo trabalhador migrante que conserve sua residência habitual no país vizinho ao que trabalha e para onde retorna a cada dia ou uma vez por semana, nos termos dos artigos 2 e 2.a.

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

3 – Proteção do trabalhador fronteiriço na Constituição Federal e na CLT

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

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

ou reinserir socialmente. Pura e simplesmente pretende-se neutralizar o inimigo através da antecipação da sua ação criminosa. Nesta teoria de medidas de segurança, muito discutida desde o ataque às torres gêmeas do WTC e agora muito a propósito do radicalismo destruidor do Daesh, o processo penal não tem garantias legais, não tem por objetivo a punição de fatos passados, mas a aplicação de uma medida de força antecipada para prevenir futuros crimes.

DOCTRINA

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

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

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

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

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

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho tem proferido decisões assegurando ao trabalhador estrangeiro todos os seus direitos trabalhistas, a despeito de ter entrado informalmente no Brasil e trabalhado sem contrato de trabalho. Especificamente no caso dos trabalhadores fronteiriços, a Sexta Turma do TST já decidiu, por unanimidade, afastar suposta nulidade de contratação de trabalhador fronteiriço paraguaio, decorrente de ausência de sua admissão regular em território nacional, com base no art. 3º do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do Mercosul, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro nos termos do Decreto nº 2.067/96.

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

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

Na realidade, a CLT não contempla expressamente a situação especial do trabalhador fronteiriço, mas apenas faz algumas referências ao trabalhador estrangeiro. Da mesma forma, não menciona nenhuma anotação especial em sua carteira de trabalho e previdência social, o que coube ao Regulamento da Lei de Migração, que será analisado mais adiante, e ao do Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria nº 1/97.

Após o trabalhador fronteiriço obter sua admissão e autorização para trabalho, aplica-se a ele toda a legislação trabalhista pátria.

O art. 359 da CLT estabelece que toda empresa, ao contratar estrangeiro, deve exigir a carteira de identidade de estrangeiro e anotar no registro de empregado seus dados referentes à sua nacionalidade, o que se aplica inclusive ao fronteiriço.

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

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

4 – O trabalhador fronteiriço na nova lei de migração (Lei nº 13.445/2017)

A nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), e seu Regulamento (Decreto nº 9.199/2017), passaram a regular todo processo migratório internacional em território brasileiro, inclusive, de forma geral para toda a faixa de fronteira

DOCTRINA

do Brasil, para o caso dos trabalhadores fronteiriços, tendo revogado o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80).

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

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

Assim, a Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), que entrou em vigor em novembro de 2017, define, em seu art. 1º, § 1º, IV, ser o residente fronteiriço a pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho.

Para facilitar sua livre circulação, lhe confere a possibilidade, mediante requerimento, de obter autorização para realizar atos da vida civil (art. 23), inclusive atividade laboral e estudo (art. 30), circunscritos ao município fronteiriço para o qual vigora (art. 24), não permitindo automaticamente a residência, que deve ser requerida.

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

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

Já de início, mantém a distinção entre imigrante e residente fronteiriço, definindo o fronteiriço como a “pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho” (Lei nº 13.445/2017, art. 1º, § 1º, IV). Manteve-se aqui o mesmo conceito de outros instrumentos jurídicos internacionais.

DOCTRINA

A seguir, eleva à condição de princípio a efetividade dos direitos do residente fronteiriço, reconhecendo que o desenvolvimento e integração regional devem ser regidos por tal efetividade (art. 3º, XVI), o que muito difere do antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) que era, por muitos, considerado anacrônico e em descompasso com as políticas de integração regional do Mercosul.

Caso seja interesse do trabalhador fronteiriço requerer residência, esta poderá ser autorizada, mediante registro que deverá ser solicitado na unidade da Polícia Federal do município onde o residente fronteiriço pretenda exercer atos da vida civil e atividade laboral (art. 30 da Lei nº 13.445/2017 e art. 67, III, do Decreto nº 9.199/2017).

Para ingresso em município fronteiriço brasileiro, o residente fronteiriço deve apresentar documento de viagem (passaporte) ou sua carteira de identidade expedida por órgão oficial do país de sua nacionalidade (art. 86 do Decreto nº 9.199/2017).

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

A autorização acima mencionada poderá ser concedida pelo prazo de cinco anos, podendo ser prorrogada por igual período, ao final do qual poderá ser convertida em autorização por prazo indeterminado (art. 90 do Decreto nº 9.199/2017).

Com intuito de cumprir exigência legal para exercer atividade laboral, poderá ser expedida a CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social, que deve conter a inscrição de sua restrição de validade ao Município para o qual o trabalhador fronteiriço tenha sido autorizado a exercer os direitos previstos na nova Lei de Migração (art. 93 do Decreto nº 9.199/2017).

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

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

DOCTRINA

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

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

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

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

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

Ao final, a Lei nº 13.445/2017 mais uma vez deixa claro que devem ser observadas condições mais benéficas contidas em outras fontes, como podemos extrair dos seguintes artigos:

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

(...)

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

Percebe-se, assim, que a nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) apresenta-se em sintonia com a Lei dos Refugiados (Lei nº 9.474/97), pois

ambas tratam da proteção e integração de trabalhadores imigrantes e refugiados em território nacional, de forma que os mesmos podem obter documentos, trabalhar, estudar, empreender, criar, enfim, desenvolver idênticos direitos civis que qualquer cidadão estrangeiro pode desenvolver em situação regular em nosso território.

De outro lado, a nova Lei de Migração coloca o direito migratório na condição de direito humano fundamental e garante ao migrante, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, instituindo ademais o visto temporário para a acolhida humanitária, a ser concedido ao apátrida ou ao nacional de país que, entre outras possibilidades, se encontre em situação de grave e generalizada violação de direitos humanos, situação que possibilita o reconhecimento da condição de refugiado, segundo a Lei nº 9.474/97⁶.

5 – Direitos dos trabalhadores fronteiriços no Mercosul

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

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

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

A *Declaração Sociolaboral do Mercosul*, de 10 de dezembro de 1988, proclama a adoção de princípios e direitos na área do trabalho, objetivando a igualdade de direitos trabalhistas e de segurança social, independente da nacio-

6 Legislação. UNHCR. ACNUR. Brasil. Pesquisa realizada no site: <www.acnur.org>, em 27.07.2018.

nalidade do trabalhador migrante. É mais um instrumento de proteção jurídica do trabalhador fronteiriço.

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

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

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

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

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

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

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

DOCTRINA

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

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

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

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

Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6.975, de 7 de outubro de 2009, tem por objetivo permitir aos nacionais de um Estado Parte residir no território de outro Estado Parte, mediante a comprovação de sua nacionalidade e apresentação dos requisitos previstos no Acordo.

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

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

Posteriormente, a residência temporária poderá ser transformada em permanente, mediante novo requerimento noventa dias antes do vencimento da

mesma e apresentação de comprovação de meios de vida lícitos que permitam sua subsistência e de seu grupo familiar (art. 5).

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

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

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

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

6 – Acordos bilaterais celebrados pelo Brasil sobre trabalhadores fronteiriços

Outra solução atinente à proteção jurídica dos trabalhadores fronteiriços, mesmo antes da adoção de leis gerais que abranjam todas as situações e sirvam para toda faixa de fronteira do Brasil, tem sido a celebração de acordos bilaterais entre países vizinhos, que contemplem as situações específicas de suas populações em localidades fronteiriças vinculadas. Isto porque o Acordo Internacional pode ter o condão de uniformizar o Direito, e prevenir ou terminar conflitos.

DOCTRINA

O Brasil vem celebrando vários acordos bilaterais com os países vizinhos, cujos objetos abrangem trânsito de mercadorias e de pessoas, segurança, tarifas aduaneiras, políticas voltadas ao combate de prostituição infantil, drogas, dentre outros.

Os acordos relativos aos fronteiriços são regidos por alguns princípios comuns a todos eles, quais sejam: a integração e desenvolvimento regionais, a busca por soluções para o bem-estar da população fronteiriça dos dois países, o reconhecimento de vínculos históricos e culturais, a facilitação da circulação de pessoas e a proteção ao trabalhador fronteiriço.

Os Comitês de Fronteira, formados por iniciativa do Ministério das Relações Exteriores, compostos por autoridades locais, federais, estaduais, consulares e representantes da sociedade civil, possuem o objetivo crucial de implementação e acompanhamento dos acordos bilaterais.

Seus principais objetivos são implementar o acordo, operacionalizar a cooperação entre os países e adotar soluções no âmbito da região fronteiriça abrangida pelo acordo, podendo, inclusive coordenar as ações dos órgãos públicos e entidades privadas para atingir seus objetivos.

Poderão, ainda, propor soluções nas áreas fiscais, policiais, de trânsito e de infraestrutura, saúde, circulação de pessoas e projetos de desenvolvimento comum, como por exemplo, os previstos nos Comitês de Fronteira já criados pelo Brasil com Argentina, Uruguai, Colômbia e Paraguai.

Entretanto, independentemente da existência de Acordos Internacionais, nada impede que os Comitês de Fronteira sejam criados para o desenvolvimento de ações em conjunto, objetivando a cooperação nas áreas de segurança pública na fronteira, cultura, saúde e outras políticas públicas comuns.

Veremos a seguir os Acordos Internacionais celebrados pelo Brasil com Uruguai, Argentina e Bolívia.

O *Acordo Brasil-Uruguai sobre os fronteiriços* foi celebrado em 21 de agosto de 2002 e promulgado pelo Decreto nº 5.105, de 14 de junho de 2004. Tem por objeto: a permissão de residência, estudo e trabalho a nacionais fronteiriços brasileiros e uruguaios, em 9 (nove) municípios brasileiros e 9 (nove) municípios uruguaios, que formam 6 (seis) conurbações.

Aos fronteiriços dessas localidades poderá ser permitido: residir na localidade vizinha; exercer trabalho, ofício ou profissão, com as consequentes obrigações e direitos previdenciários; frequentar estabelecimento de ensino público ou privado.

DOCTRINA

Recentemente, em 26 de julho de 2010, através do Decreto nº 7.239, foi promulgado o ajuste complementar ao Acordo Bilateral Brasil-Uruguai, visando à prestação de serviços de saúde aos fronteiriços residentes nas localidades vinculadas, desde serviços de diagnóstico preventivo até internação e cirurgias.

A prestação dos serviços de saúde poderá ser realizada tanto pelo sistema público de saúde quanto por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, também situadas nas suas localidades vinculadas, contratadas pelos interessados de cada país.

O referido ajuste complementar também prevê o livre trânsito de ambulâncias em ambos os lados da fronteira, tolerância das autoridades quanto ao idioma utilizado na redação dos contratos, que os registros de nascimento e atestados de óbito serão fornecidos pelas partes contratadas diretamente à autoridade consular do país do contratante, livre ajuste da forma de pagamento e que o órgão encarregado da implementação do presente ajuste é a Comissão Binacional Assessora da Saúde na Fronteira Brasil-Uruguai.

Conforme se observa, as relações fronteiriças entre Brasil e Uruguai estão avançadas e são inovadoras na medida em que aos fronteiriços de cada país é assegurado o direito de residência, educação e trabalho, bem como de contratar serviços de saúde pessoal ou empresarial no país vizinho.

O *Acordo Brasil-Argentina sobre as localidades vinculadas* foi celebrado com a Argentina em 30 de novembro de 2005, ainda não ratificado pelo Brasil. Entretanto, tudo indica que será o mais avançado acordo já celebrado sobre o tema no âmbito do Mercosul, abrangendo 10 (dez) municípios brasileiros e 9 (nove) municípios argentinos, num total de 9 (nove) conurbações.

O aludido acordo é destinado aos nacionais de ambos os países e aos residentes de outras nacionalidades. Em seu preâmbulo, declara como principais objetivos facilitar a convivência das localidades fronteiriças vinculadas e impulsionar sua integração através de um tratamento diferenciado à população, em matéria econômica, de trânsito, de regime trabalhista e de acesso aos serviços públicos e de educação.

Para tanto, permite residência, estudo e trabalho aos nacionais argentinos e brasileiros residentes nas localidades fronteiriças vinculadas, institui a Carteira de Trânsito Vicinal Fronteiriço que confere amplo direito de circulação nas localidades vinculadas, permite o exercício de ofício, trabalho ou profissão, com as respectivas obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, de acordo com as leis destinadas aos cidadãos nacionais onde a atividade for desenvolvida.

DOCTRINA

Além disso, confere direito à formação profissional, acesso ao ensino público em condições de reciprocidade, atendimento médico nos serviços públicos, simplificação dos procedimentos de circulação de mercadorias dentro da área fronteiriça.

Outro aspecto relevante é que determina a aceitação de documentos tanto no idioma espanhol quanto no idioma português por parte das autoridades, quando os beneficiários se dirigirem às repartições públicas para peticionar os benefícios dele decorrentes. Neste sentido, as partes não exigirão tradução consular dos documentos necessários à obtenção da Carteira Vicinal de Fronteiriço ou do documento de identificação de veículos.

Entre os aspectos mais inovadores e integradores do acordo encontramos os relativos à educação e ao plano de desenvolvimento urbano e sanitário conjunto.

No que diz respeito à educação, prevê cooperação por meio de intercâmbio de professores e conteúdo programático comum, em algumas disciplinas, principalmente História e Geografia, buscando ressaltar e valorizar os aspectos geográficos e históricos comuns, positivos, que uniram seus habitantes.

Em relação ao plano de desenvolvimento urbano conjunto, prevê que sejam traçadas metas de integração das cidades, de modo a configurar uma conurbação, quanto à infraestrutura, serviços e equipamentos. Neste sentido, prevê a conservação e recuperação de espaços e equipamentos públicos comuns, preservação do meio ambiente e o fortalecimento de sua imagem e identidade cultural.

Sobre a saúde pública, prevê que ambos os países deverão realizar trabalhos conjuntos no combate às epidemias e vigilância sanitária, através de seus órgãos competentes. Tudo indica tratar-se do caminho para a formação de uma identidade cultural e políticas públicas em comum.

O *Acordo Brasil-Bolívia sobre os fronteiriços*, celebrado em 8 de julho de 2004, promulgado pelo Decreto nº 6.737, de 12 de janeiro de 2009, tem por objeto a permissão de residência, estudo e trabalho a nacionais fronteiriços de ambos os países, abrangendo 4 (quatro) municípios brasileiros e 4 (quatro) municípios bolivianos, em 4 (quatro) localidades vinculadas.

Esse acordo estabelece condições semelhantes aos outros já apresentados, tais como, obtenção de documento de identidade especial de fronteiriço que permite residência exclusivamente nos limites territoriais da localidade a que se referir, nas localidades vinculadas; direito ao exercício de trabalho, ofício

ou profissão, com as obrigações previdenciárias e tributárias deles decorrentes; frequência a estabelecimento de ensino público ou privado.

Corroborando o estímulo à integração contido nos demais Acordos, prevê que as autoridades de cada Parte deverão ser tolerantes quanto ao uso do idioma da outra Parte, quando seus beneficiários se dirigirem aos órgãos públicos.

Após a análise desses acordos bilaterais em que o Brasil é signatário conjuntamente com seus vizinhos do Mercosul, fica evidente que os princípios e as regras que a nova Lei de Migração passou a contemplar já eram previstos nesses acordos bilaterais e nos acordos no âmbito do Mercosul.

No que respeita aos acordos internacionais sobre trabalhadores fronteiriços, celebrados com seus vizinhos do Mercosul, a grande lacuna fica por conta da *inexistência de acordo bilateral entre o Brasil e o Paraguai*, apesar dessa faixa de fronteira ser a mais densa em termos populacionais, e a que gera o maior nível de atividade econômica, a exemplo da região formada por Cidade do Leste (Paraguai), Foz do Iguaçu (Brasil) e Porto Iguaçu (Argentina), formando o maior entrelaçamento da América do Sul de cidades fronteiriças.

7 – Seguridade social do trabalhador fronteiriço

A seguridade social dos trabalhadores fronteiriços está abrangida pelo Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul, celebrado em 15 de dezembro de 1977 e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 5.722, de 13 de março de 2006, que permite a contagem do tempo de contribuição relativo ao trabalho exercido em qualquer dos países integrantes do Mercosul, para efeito de aposentadoria por idade ou incapacidade e pensão por morte. Cada país signatário pagará sua parte *pro rata*, proporcional ao tempo de trabalho nele exercido.

Em conformidade com este Acordo, o direito à Seguridade Social é reconhecido aos trabalhadores, seus familiares e assemelhados, que tenham prestado serviços em quaisquer dos Estados Partes, nos mesmos moldes que aos nacionais desses países, sendo tais direitos e obrigações estendidos aos trabalhadores de quaisquer outras nacionalidades residentes nos países do Mercosul.

O trabalhador fica submetido à legislação do Estado Parte onde labora, que a aplicará para todos os efeitos de tempo de trabalho e contribuição, e concederá sua parcela pecuniária, regras estas que são aplicadas igualmente aos fronteiriços. No caso dos fronteiriços, será aplicada a legislação do país onde trabalhar.

DOCTRINA

As autoridades competentes referidas no Acordo são os titulares dos respectivos Ministérios de cada Estado Parte e as entidades gestoras são as respectivas entidades responsáveis pela seguridade social em cada país, o INSS no caso do Brasil.

Além dos períodos de seguro ou contribuição cumpridos nos territórios dos Estados Partes serem considerados para a concessão das prestações pecuniárias, também serão considerados os períodos cumpridos em qualquer outro país, desde que este tenha celebrado acordo bilateral ou multilateral com qualquer dos países do Mercosul.

Os períodos de seguro ou contribuição cumpridos antes da vigência deste Acordo também serão considerados, nos casos em que o trabalhador tenha períodos de contribuição posteriores a essa data e desde que tais períodos anteriores já não tenham sido utilizados para a concessão de prestações pecuniárias em outro país.

O Acordo de Seguridade Social do Mercosul ainda prevê disposições aplicáveis aos regimes de aposentadoria e pensões privadas, determinando que as administradoras de fundos e seguradoras deverão cumprir os mecanismos previstos no acordo, além de cooperação administrativa no que diz respeito a pedidos de exames médicos solicitados por uma Entidade Gestora de um dos Estados Partes, para fins de avaliação de incapacidade temporária ou permanente.

Em relação ao pagamento das prestações pecuniárias, cada Entidade Gestora dos Estados Partes a pagará em sua própria moeda. Para tal finalidade, as Entidades Gestoras devem estabelecer mecanismos de transferência de fundos para o país de residência do beneficiário.

Confirmando a política de aceitação de documentos no idioma original do beneficiário, previsão já consignada nos demais acordos bilaterais celebrados entre o Brasil e seus vizinhos, os documentos que sejam necessários para os fins do presente Acordo não necessitarão de tradução oficial, visto ou legalização pelas autoridades diplomáticas, consulares e de registro público, desde que tenham tramitado com a intervenção de uma Entidade Gestora ou Organismo de Ligação.

Outro ponto relevante diz respeito à possibilidade de os destinatários do presente Acordo requererem seus benefícios, e apresentarem seus documentos comprobatórios de tempo de residência, trabalho e contribuições, perante as autoridades competentes de qualquer dos Estados Partes, mesmo que as tenham cumprido em outro.

Conclusão

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

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

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

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

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

DOCTRINA

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

Oportuno, finalmente, destacar que a nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) apresenta-se em sintonia com a Lei dos Refugiados (Lei nº 9.474/97), pois ambas tratam da proteção e da integração de trabalhadores imigrantes e refugiados em território nacional, de forma que os mesmos podem obter documentos, trabalhar, estudar, empreender, criar, enfim, desenvolver idênticos direitos civis que qualquer cidadão estrangeiro pode desenvolver em situação regular em nosso território.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Bases para uma proposta de desenvolvimento e integração da faixa de fronteira*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2010. Disponível em: <http://www.integracao.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=ab3fdf20-dcf6-43e1-9e64-d6248ebd1353&groupId=10157>. Acesso em: 18 jun. 2014.

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

_____. *Proposta de reestruturação do programa de desenvolvimento da faixa de fronteira*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARDIN, Eric Gustavo. Ação racional e cotidiano: notas para o estudo dos trabalhadores da Tríplice Fronteira. In: SILVA, R. C. Machado e. (Org.); SANTOS, M. E. P. (Org.). *Cenários em perspectiva: diversidades na tríplice fronteira*. Cascavel: Edunioeste, 2011.

COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA DO MERCOSUL. Declaração de Foz do Iguaçu. *I Fórum de Debates sobre Integração Fronteiriça*, 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/mercosul/I_Forum_Foz_Iguacu/declaracao.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

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

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

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

KLAUCK, Samuel. A fronteira do oeste do Paraná: narrativas de desbravamento, imaginários e representações. In: ARRUDA, Gilmar. *Natureza, fronteiras e territórios: imagens e narrativas*. Londrina: Eduel, 2005.

DOCTRINA

LIMA FILHO, Francisco das C. *Trabalhador migrante fronteiriço*. Disponível em: <<http://www.trt24.gov.br/arq/download/biblioteca/24opinioao/Trabalhador%20migrante%20fronteirico.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

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

_____. *Inmigración y derechos humanos: un análisis crítico del caso brasileño*. Curitiba: Juruá, 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. v. I, parte I.

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

_____. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MASSAMBANI, Vânia. *A proteção previdenciária prevista no acordo do Mercosul*. São Paulo: LTr, 2013.

MERCOSUL – MERCADO COMUM DO SUL. *Acordo Multilateral de Seguridad Social do Mercosul*, 1997.

_____. *Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile*, 2002.

_____. *Declaração Sociolaboral do Mercosul*, 1998.

_____. *Protocolo de Cooperação Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa*, 1992.

_____. *Tratado para a Constituição de um Mercado Comum (Tratado de Assunção)*, 1991.

MORENO, Jonas Ratier; AFONSO, Yedda Beatriz Gomes de A. Dysman C. S. Singer. O direito internacional do trabalho e o trabalho transfronteiriço: diagnóstico e perspectivas. *Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul*, Campo Grande, PRT 24^a, v. 1, n. 1, p. 57-74, abr. 2007.

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

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

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. San José de Costa Rica, 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 14 out. 2014.

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

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

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

DOCTRINA

_____. *O dano moral na dispensa do empregado*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2018.

_____. *Processo coletivo do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____; BITTAR, Ricardo. *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____; FARINA, Bernardo Cunha. A igualdade jurídica do trabalhador fronteiriço. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*. São Paulo, LTr, v. 75, n. 04, p. 395-408, abr. 2011.

_____; FARINA, Bernardo Cunha. A igualdade jurídica do trabalhador fronteiriço. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Org.). *Temas contemporâneos de direito material e processual do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____; OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de. O mérito das cidades-gêmeas nos espaços fronteiriços. *Revista OÍDLES*, Málaga, v. 2, n. 5, dec. 2008. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/oidles/05/msmo.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

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

_____. *Direito constitucional do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

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

UN – UNITED NATIONS. *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*. Adopted by General Assembly Resolution 45/158 of 18 December 1990. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/cmw.htm>>. Acesso em: 22 set. 2010.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratados consolidados: Carta dos direitos fundamentais*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2014.

Recebido em: 15/10/2018

Aprovado em: 29/10/2018

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY AND PROTECTION TO WORKER

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva*

RESUMO: O presente estudo apresenta uma compreensão mais acurada sobre a função social da propriedade, o que se faz por meio (i) da aproximação ao desenho conceitual de tal instituto como conteúdo do próprio direito de propriedade, como imperativo ontológico desse direito, (ii) da compreensão da sua dimensão constitucional concreta em dois ordenamentos jurídicos que inovaram ao recepcioná-la – México (1917) e Alemanha (1919) –, (iii) da reflexão sobre sua inserção na experiência constitucional brasileira, (iv) dos novos horizontes legados pelo Código Civil de 2002, e (v) da imbricação entre a função social da propriedade e o valor social dos direitos trabalhistas, abordando mais especificamente seu papel no combate ao trabalho em condições análogas às de escravo.

PALAVRAS-CHAVE: Função Social da Propriedade. Constituição do México de 1917. Constituição de Weimar. Constituição Brasileira de 1988.

ABSTRACT: *This work exposes an accurate comprehension about the social function of property, for what I adopt this sequence: (i) an approximation to the conceptual traces of that institute as content of the property right, as ontological imperative of that right; (ii) an approaching to the constitutional dimension of social function of property in two legal order which innovate by that legal provision – Mexico (1917) and Germany (1919) –; (iii) a thinking about itself insertion on the Brazilian constitutional experience; (iv) a consideration of the new horizons brought by the Civil Code (2002); (v) inferring overlaps between the social function of property and the social value of the labor rights, considering specifically its function against the labor analogous to slavery.*

KEYWORDS: *Social Function. Property Right. Labor Law.*

1 – Nota introdutória

Poder-se-ia imaginar que estudos de direito de propriedade, inclusive no que toca à temática de sua *função social*, interessariam apenas aos estudiosos do ramo do direito civil. Muito pelo contrário, pois o *imperativo*

* Juiz titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP); doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha – Título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP); mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP; professor contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto e da Escola Judicial do TRT-15.

Registro minha gratidão aos alunos da Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto, Eduardo Fernandes Alves dos Santos e Luciano Henrique Caixeta Viana, pelo inestimável apoio na pesquisa bibliográfica.

ontológico da função social da propriedade privada que permeia a tessitura da Constituição brasileira de 1988, tornando essa abordagem imperiosa aos constitucionalistas, irradia efeitos a diversos ramos do Direito, como o direito ambiental e o direito agrário, e em larga medida ao *direito do trabalho*. De se lastimar, portanto, que os juslaboralistas ainda não tenham investigado o alcance dessa matéria no segmento trabalhista.

Nesse artigo, procurarei demonstrar que o atendimento da nobre função social da propriedade, sobretudo no meio rural, é condição *sine qua non* para que o proprietário possa ter seu direito de propriedade garantido pelo Estado. É dizer, se a função social é *conteúdo* do *continente* “propriedade”, o próprio direito material fundamental à propriedade somente estará completo, pleno, se o proprietário, desenvolvendo sua atividade, atender sem subterfúgios ao imperativo constitucional da função social.

Como será demonstrado ao final deste trabalho, sem cumprir na íntegra os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, o proprietário não terá exercido na *essência* seu direito de propriedade, motivo pelo qual estará sujeito, inclusive, a desapropriação ou expropriação, mormente quando submete os laboristas que lhes proporciona o aumento das riquezas a *condições análogas às de escravo*.

Por certo que será necessária uma digressão sobre (i) a ideia-matriz da função social da propriedade, (ii) a boa definição da estrutura conceitual do instituto, (iii) a análise de sua evolução legislativa em fontes internacionais e nacionais, para somente a partir daí se tornar possível (iv) *correlacionar* a observância dos direitos trabalhistas ao cumprimento da função social da propriedade. É o caminho hermenêutico que se propõe na sequência.

2 – A evolução conceitual do direito de propriedade

2.1 – A origem do direito de propriedade

A propriedade privada é tida por muitos como a origem de grande parte dos males que assola a comunidade humana. Não por outra razão, afirma-se que nas comunidades primitivas havia uma coletivização dos bens de consumo – primitivos, por certo –, não havendo necessidade e/ou vontade de apropriação. Contudo, diante da escassez e porque não da cupidez, os seres humanos passaram a se assenhorear de bens e os “livrar” de outras pessoas, em seguida definindo marcos para sua propriedade territorial, *locus* onde poderiam proteger sua família e impedir a intromissão de estranhos.

Destarte, a apropriação de terras e bens da produção rudimentar é a situação humana que deu *origem* a toda a desigualdade que ainda graça no mundo. Vide, por todos, Jean-Jacques Rousseau:

“O primeiro que, tendo cercado um terreno, arriscou-se a dizer: ‘isso é meu’, e encontrou pessoas bastante simples para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil.

(...)

Enquanto os homens se contentaram com suas cabanas rústicas, enquanto se limitaram a coser suas vestimentas de peles com espinhos ou ossos de peixe, a se ornar com plumas e conchas, a pintar o corpo com diversas cores, a aperfeiçoar ou embelezar seus arcos e flechas, a talhar com pedras afiadas algumas embarcações para pescar ou alguns grosseiros instrumentos musicais; enfim, enquanto só se dedicaram a trabalhos que podiam ser feitos por uma só pessoa, e a artes que não exigiam o concurso de várias mãos, eles viveram livres, são, bons e felizes, tanto quanto podiam ser por sua natureza, e continuaram a desfrutar entre si das comodidades de um comércio independente. Mas, a partir do momento em que um homem precisou do auxílio de outro, a partir do momento em que se aperceberam ser útil a um só possuir provisões para dois, *a igualdade desapareceu, a propriedade introduziu-se, o trabalho tornou-se necessário*, e as vastas florestas transformaram-se em campos vicejantes que foi preciso regar com o suor dos homens, e nos quais logo se viu a escravidão e a miséria germinar e crescer com as colheitas.” (ROUSSEAU, 1989, p. 84 e 92-93) (destaques não originais)

Engels, em sua preciosa obra sobre a origem da família, da propriedade privada e do Estado, assinala que a partir do momento em que surgiu o comércio e o dinheiro – moeda para a troca de mercadorias –, surgiu também a *propriedade privada*. A diferença de riqueza entre os diversos chefes de família destruiu as antigas comunidades domésticas *comunistas*, pondo fim ao trabalho comum da terra. “A terra cultivada foi distribuída entre as famílias particulares”, e a transição ao regime de propriedade privada foi se realizando aos poucos, “paralelamente à passagem do matrimônio sindiásmico à monogamia”. Ademais, a propriedade livre e plena do solo passou a implicar também a faculdade de aliená-lo, rompendo-se definitivamente “o vínculo que unia indissolavelmente o proprietário ao solo”. *A alienação da propriedade* foi possível graças à invenção do dinheiro. “A terra, agora, podia tornar-se mercadoria, podia ser vendida ou penhorada”, e, logo em seguida, dada em *hipoteca* para garantir empréstimos,

tornando-se, a hipoteca, um peso para a propriedade imóvel, assim como a prostituição pisa “os calcanhares da monogamia”. E arremata:

“Com a expansão do comércio, o dinheiro, a usura, a propriedade territorial e a hipoteca, progrediram rapidamente a centralização e a concentração das riquezas nas mãos de uma classe pouco numerosa, o que se fez acompanhar do empobrecimento das massas e do aumento numérico dos pobres.” (ENGELS, 1974, p. 184-188)

Com efeito, a propriedade, adquirida e mantida pelo uso da força (inclusive do dinheiro), foi aos poucos ganhando conotação jurídica, surgindo o instituto do *direito de propriedade*, que desde o Direito Romano teve seus contornos bem delineados, especialmente com a definição das chamadas *faculdades* inerentes a esse direito.

De tal modo que a *propriedade clássica* confere ao dono da coisa os mais amplos poderes, inclusive de fazer multiplicar suas riquezas. Daí se dizer que o proprietário é aquele que tem os poderes de usar, gozar, dispor e reaver a coisa de sua propriedade junto a quaisquer pessoas que osem desafiar seu sagrado direito¹. É a consagração de um dos direitos mais caros ao regime capitalista de produção e às pessoas que vivem em Estados que o adotam. Não por outra razão, quando das proclamações de direitos oitocentistas, enfatizou-se que a propriedade se trata de um direito *ontológico, sagrado*.

A propósito, veja-se o que pronunciou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

“Artigo 2. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. *Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.*

(...)

Artigo 17. Sendo *a propriedade um direito inviolável e sagrado*, ninguém pode ser dela privado, exceto quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização.” (COMPARATO, 2003, p. 154-155)
(destaques não originais)

1 Art. 1.228, *caput*, do Código Civil de 2002: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. De se notar que essa clássica definição está presente em praticamente todas as codificações do mundo ocidental, nos países da chamada *civil law*.

DOCTRINA

Até mesmo a Igreja Católica sempre defendeu o direito de propriedade como algo sagrado, um *direito natural do homem*, que estaria acima do próprio sistema legal. Não por outra razão, até na famosa Carta Encíclica *Rerum Novarum*, em que a Igreja se preocupou, por primeira vez, com a *questão operária* – mais por receio do comunismo e das organizações de operários que pretendiam abolir a propriedade privada e instalar a propriedade coletiva –, o Papa Leão XIII fez questão de registrar, em diversas passagens, a supremacia desse direito. A conferir uma delas:

“A economia como meio de conciliação das classes

28. O operário que receber um salário suficiente para acorrer com desafogo às suas necessidades e às da sua família, se for prudente, seguirá o conselho que parece dar-lhe a própria natureza: aplicar-se-á a ser parcimonioso e agirá de forma que, com prudentes economias, vá juntando um pequeno pecúlio, que lhe permita chegar um dia a adquirir um modesto patrimônio.

(...)

Mas uma condição indispensável para que todas estas vantagens se convertam em realidades, é que a propriedade particular não seja esgotada por um excesso de encargos e de impostos. Não é das leis humanas, *mas da natureza, que emana o direito de propriedade individual*; a autoridade pública não o pode pois abolir; o que ela pode é regular-lhe o uso e conciliá-lo com o bem comum.” (Carta Encíclica *Rerum Novarum*, *on line*) (destaques não originais)

2.2 – A função social da propriedade como imperativo ontológico

Bem se vê que a ideia clássica do direito de propriedade o concebe como um direito natural, imanente à condição humana, e praticamente absoluto.

Não obstante, partindo da concepção clássica romanística, sobretudo após o desenvolvimento das teorias jurídicas pelo estudo dos pandectistas alemães, pondera-se que o direito de propriedade *não é absoluto*, encontrando na própria seara do Direito inúmeras limitações, podendo ser citadas, a título meramente exemplificativo, as rígidas regras do chamado direito de vizinhança (arts. 1.277 a 1.313 do Código Civil). Diz-se, inclusive, que a *função social da propriedade* é uma das mais enfáticas limitações previstas no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, manifesta-se a doutrina pátria:

DOCTRINA

“As vigas mestras para a utilização da propriedade estão na Lei Maior. Cabe ao legislador ordinário equacionar o justo equilíbrio entre o individual e o social. (...)”

A propriedade, portanto, tendo em vista sua função social, sofre limitações de várias naturezas (...). É obrigação do proprietário aproveitar seus bens e explorá-los. O proprietário e possuidor, pelo fato de manter uma riqueza, tem o dever social de torná-la operativa.” (VENOSA, 2017, p. 180)

Contudo, a boa doutrina assevera que é mais do que isso. Com efeito, a *função social da propriedade*, mormente com o grau de avanço doutrinário e ampla positivação do instituto, passou a entranhar o *próprio conceito* do direito material. Basta uma leitura atenta da Constituição da República Federativa do Brasil para se concluir pelo acerto dessa assertiva, pois em terras brasileiras se garante o direito de propriedade, mas ela tem de cumprir sua *função social*, que é um *princípio* da ordem econômica e deve ser atendida sob pena de *desapropriação*, pelo menos no âmbito rural, numa interpretação sistemática da ordem constitucional (arts. 5º, XXII e XXIII, 170, II e III, 182, 184 e 186).

Assim que, pelo menos no plano teórico, a função social da propriedade, no Direito brasileiro, deve atender à *ideia precursora* do grande civilista francês, Léon Duguit, que em 1911 já defendia a tese – em conferência proferida na cidade de Buenos Aires – de que o proprietário de bens tem a *obrigação* de cumprir na sociedade uma certa função. “A propriedade não é, pois, o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor de capital” (*apud* HERNÁNDEZ, 2014, p. 79).

Indo à fonte, a lição se torna ainda mais preciosa:

“Todo indivíduo tem a obrigação de desempenhar uma determinada função na sociedade, proporcional ao lugar que ocupa. No entanto, o detentor da riqueza, pelo próprio fato de a possuir, pode realizar alguma tarefa que somente ele pode cumprir. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, em razão do capital que detém. Ele é, portanto, socialmente obrigado a fazer este trabalho e não será protegido socialmente se não o cumprir, na exata medida em que deve ser realizado. *A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza.*” (DUGUIT, 1912, p. 158, tradução livre) (destaques não originais)

Inolvidável, pois, que sob essa ótica o direito de propriedade tem como *conteúdo essencial* o dever jurídico de cumprimento de sua função social. Daí

porque sustento, neste artigo, ser a função social um *imperativo ontológico* do direito de propriedade, haja vista que o proprietário somente terá resguardado e protegido seu direito de forma integral pelo Estado se cumprir o comando constitucional a respeito da *funcionalidade* de seu direito.

A propósito, Sílvio Luís Ferreira da Rocha assevera que, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “a função social da propriedade recebeu expressa designação nos arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2º e 186” (ROCHA, 2005, p. 78). Este autor transcreve síntese esplêndida do grande constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos, que merece ser trazida à colação:

“Para Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal Anotada*, p. 191, os citados dispositivos devem ser interpretados de modo sistemático e, por isso, podem ser compreendidos como realidades conexas, indissociáveis, complementares. Numa palavra, a função social da propriedade, conforme a Constituição de 1988, traduz-se pela investigação do sentido, significado e alcance do conjunto de todos os dispositivos que tratam da matéria. Tais preceitos constitucionais mantêm estreito vínculo de reciprocidade.

Esse conjunto de normas sobre a propriedade comprova que ela não mais consigna simples direito individual. Se viesse prevista apenas como instituição econômica (art. 170, III) já seria o bastante. É o caso das Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art. 62), que enquadram a propriedade no bojo das relações econômicas. Mas o constituinte de 1988 procurou reforçá-la em várias partes do texto, no intuito de não mais vê-la como instituição específica do direito privado, e sim voltada para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.” (ROCHA, 2005, p. 78)

Sobre o instituto da função social da propriedade na Constituição vigente, Sílvio Luís Ferreira da Rocha arremata sua análise esclarecendo como ela se configura *conteúdo do próprio direito*, ou seja, como um *imperativo ontológico*, na expressão que estou adotando neste trabalho. Confira-se:

“A função social da propriedade apresenta-se como ideia valor da propriedade a fixar-lhe o conteúdo e a dirigir-lhe o exercício sempre a um fim social. A concretização dessa ideia valor pode ser feita de vários modos e encontra-se presente em diversos institutos jurídicos.” (ROCHA, 2005, p. 78)

A doutrina da função social da propriedade remonta à ideia precursora de Léon Duguit, como já afirmado anteriormente. Já em início do século XX, aquele

grande jurista francês anunciava a *socialização progressiva da propriedade*². Com efeito, Duguit defendia a ideia de que a propriedade é, em verdade, um *direito-função*, pois o seu titular não pode apenas se deleitar com suas riquezas, mas antes promover o *bem social*³.

“Como é notório, a função social da propriedade constante da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 sofreu forte influência da clássica doutrina de Léon Duguit, ‘para quem a propriedade já não é o direito subjetivo do indivíduo, mas uma função social a ser exercida pelo detentor da riqueza’ (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações...*, 2011, p. 73-74).” (TARTUCE, 2017, p. 138)

Flávio Tartuce, um jurista civil preocupado com essa missão constitucional, adepto da corrente solidarista tão bem exposta por Paulo Lôbo, destaca que este jurista assevera, com acerto, que a função social da propriedade passou a integrar o *próprio conceito (ou conteúdo)* do direito. Veja-se a referência:

“Mais à frente, Paulo Lôbo assevera que, ‘na contemporaneidade, a função social afastou-se da concepção de limites externos, passando a integrar os próprios conteúdos da propriedade e da posse’ (*Direito...*, 2015, p. 111).” (TARTUCE, 2017, p. 140)

Essa diretriz de que a função social da propriedade passa a integrar o próprio *conteúdo essencial* do direito individual é por demais importante⁴. Mas o que importa, nesse passo, é pontuar que o direito fundamental individual de propriedade somente estará atendido – quando exigir uma prestação estatal – ou cumprirá sua função – quando a normativa a impuser, como é o caso – a partir do momento em que seu conteúdo essencial for realizado *por completo*.

Bem por isso, na Espanha, se encaminhou para a diretriz de que a *função social da propriedade* e mesmo da herança formam parte do conteúdo essencial desses direitos; e a propriedade deveria ser protegida pelo Estado apenas quando esse conteúdo fosse observado. Leia-se o art. 33 da Constituição espanhola:

2 Talvez tenha origem nessa ideia o instituto da tributação progressiva, que vai aumentando progressivamente em conformidade com o desatendimento da função social da propriedade.

3 Para promover o bem social, o proprietário deve ofertar trabalho quando isso se mostre necessário à produção de bens, serviços ou de conforto social (moradia, etc.), bens úteis que ele deve fornecer à sociedade, quando o imóvel não é destinado à sua moradia.

4 Na Europa, sobretudo na Espanha e em Portugal, a doutrina constitucionalista já se encontra bem desenvolvida quanto a esse tema, analisado sob duas vertentes: 1ª) o direito fundamental somente será exercido em sua inteireza se o conteúdo mínimo ou essencial do direito for atendido; 2ª) não é possível ao Estado legislar sobre o direito de modo a lhe retirar essa parte essencial, porque isso corresponderia a negar o próprio direito. Infelizmente, não há espaço neste artigo para desenvolver essa temática tão rica.

“Artículo 33 – Derecho a la propiedad.

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos *delimitará su contenido*, de acuerdo con las leyes. (destaques não originais)

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

Para se entender a extensão do quanto aqui se afirma, de se ter em mente que cada direito fundamental tem vários conteúdos (alguns essenciais) que lhe dão conformidade prática⁵. Transplantando essa análise para o campo da função social da propriedade, pode-se afirmar que o direito de propriedade tem como conteúdo essencial – e que lhe dá concretude, portanto – não somente a propriedade em si, mas sua destinação, pois essa propriedade terá que cumprir as *funções econômica, social e ambiental*, como se verá mais adiante. É dizer, para a proteção a esse direito fundamental, o Estado pode exigir do proprietário o cumprimento da função social da propriedade, em toda a abrangência que dá conformidade ao conteúdo do direito.

Essa noção de função social como conteúdo do direito de propriedade implica em uma *dimensão positiva* desse direito, segundo a qual:

“(…) quem não cumpre com essa função social não tem o domínio, não havendo sequer legitimidade ativa para a ação reivindicatória. A função social ganha um sentido positivo, pois deve ser dada uma utilidade coletiva à coisa.” (TARTUCE, 2014, p. 909)

Enfim, esse é o *imperativo ontológico* da função social da propriedade que, neste artigo, se faz questão de enfatizar: a propriedade não é apenas um direito fundamental individual, integrando o próprio direito, como sua parte essencial, portanto, o cumprimento de uma *finalidade social abrangente*, que engloba, inclusive, o atendimento das normas de proteção ao meio ambiente e aos trabalhadores que, com sua força de trabalho, proporcionam o aumento das riquezas individuais e coletivas. Para bem compreender essa assertiva, mister uma análise da evolução da ideia de função social da propriedade, no percurso histórico do avanço legislativo acerca do instituto, em nível internacional e posteriormente no Direito interno. É o que se propõe na sequência.

5 Tome-se como exemplo o direito de liberdade, cujo conteúdo (ou abrangências exigíveis) envolve a livre locomoção, a livre manifestação, a liberdade de pensamento, a liberdade de crença, etc. Com efeito, essas “esferas” da liberdade é que dão conteúdo ao direito individual de liberdade.

3 – As experiências constitucionais em torno da função social da propriedade

A doutrina sempre discorre, ainda que superficialmente, ao tratar da função social da propriedade, sobre as experiências levadas a efeito no México, com a *Constituição de 1917*, a primeira a positivar com intensidade os direitos sociais como direitos fundamentais, e acerca da famosa *Constituição de Weimar*, de 1919. Daí que as experiências mexicana e alemã de início do século XX se mostram muito ricas a essa análise.

José Afonso da Silva bem pontua que a *ordem social* – com os direitos sociais a ela inerentes –, “como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917”. Logo em seguida veio a lume a Constituição alemã de Weimar, que muito influenciou as constituições posteriores, inclusive a brasileira de 1934, a primeira a “inscrever um título sobre a ordem econômica e social” (SILVA, 2006, p. 285).

Destarte, somente no século XX, em 5 de fevereiro de 1917, com a promulgação da (nova) Constituição do México, *mais de 127 anos após a Revolução Francesa*, é que verdadeiramente se deu reconhecimento histórico aos direitos sociais na Lei Fundamental de um país (SILVA, 2008, p. 50). Foi a Constituição mexicana de 1917 “a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos”. E mais, foi a primeira a instituir a *função social da propriedade*, em seu art. 27, lançando, “de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito” (COMPARATO, 2003, p. 174 e 177).

Bem por isso, essa interessante Constituição merece um estudo especial, dada a riquíssima experiência mexicana, tão pouco conhecida no Brasil.

3.1 – As bases da função social da propriedade no México, no regime da Constituição de 1917

A Constituição mexicana de 1917 relaciona a *propriedade privada*, em seu art. 27, com o *interesse público*, impondo ao seu proprietário o ônus de torná-la produtiva, de maneira especial por seu próprio trabalho.

“A fonte ideológica da ‘Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos’, promulgada em 5 de fevereiro de 1917, foi a doutrina anarcossindicalista, que se difundiu no último quartel do século XIX em toda a Europa, mas principalmente na Rússia, na Espanha e na Itália. O pensamento de Mikhail Bakunin muito influenciou Ricardo Flores

Magón, líder do grupo *Regeneración*, que reunia jovens intelectuais contrários à ditadura de Porfirio Díaz. O grupo lançou clandestinamente, em 1906, um manifesto de ampla repercussão, no qual se apresentaram as propostas que viriam a ser as linhas-mestras do texto constitucional de 1917: proibição de reeleição do Presidente da República (Porfirio Díaz havia governado mediante reeleições sucessivas, de 1876 a 1911), garantias para as liberdades individuais e políticas (sistematicamente negadas a todos os opositores do presidente-ditador), quebra do poderio da Igreja Católica, expansão do sistema de educação pública, *reforma agrária e proteção do trabalho assalariado*.” (COMPARATO, 2003, p. 173) (destaques não originais)

Em verdade, a letra fria do art. 27 dessa Constituição dá conta de que a propriedade de todas as terras e águas do território mexicano *pertence originalmente à Nação*, sendo a propriedade privada desses bens uma outorga do poder público, que “tem o direito de transmitir o domínio delas (terras e águas) aos particulares”. E no terceiro parágrafo deste artigo se impõe a *função social da propriedade*, pois a Nação terá, a qualquer tempo, o direito de impor à propriedade privada diretrizes para o atendimento do interesse público, com a finalidade de promover “uma distribuição equitativa da riqueza pública, para alcançar o desenvolvimento equilibrado do país e a melhora das condições de vida da população rural e urbana”. Para se atender esse objetivo, seriam impostas “as medidas necessárias” para implementar “o fracionamento dos latifúndios”, para “a organização e exploração coletiva dos *ejidos* e comunidades”, bem como para “o desenvolvimento da pequena propriedade rural”.

“O mesmo avanço no sentido da proteção da pessoa humana ocorreu com o estatuto da propriedade privada (art. 27). No tocante às ‘terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional’, a Constituição estabeleceu a distinção entre a propriedade originária, que pertence à nação, e a propriedade derivada, que pode ser atribuída aos particulares. Aboliu-se, com isto, o caráter absoluto e ‘sagrado’ da propriedade privada, submetendo-se o seu uso, incondicionalmente, ao bem público, isto é, ao interesse de todo o povo. A nova Constituição criou, assim, o fundamento jurídico para a importante transformação sócio-política provocada pela reforma agrária, a primeira a se realizar no continente latino-americano.” (COMPARATO, 2003, p. 177-178).

E houve, de fato, *uma intensa reforma agrária no México*. Com efeito, essa norma constitucional (art. 27) foi o resultado do movimento revolucionário instalado em 1910, que acabou por derrogar o sistema liberal individualista

da Constituição mexicana de 1857, a qual tratava o direito de propriedade de forma clássica e analítica (um direito absoluto, perpétuo e exclusivo). Como resultado da abolição desse sistema – que era improdutivo –, a Constituição de 1917 foi a consagração do ideário político-social comunitário que se desenvolveu a partir daquele movimento revolucionário⁶ (PÉREZ CASTAÑEDA; MACKINLAY, 2015, p. 47).

Segundo Molina Enríquez (MOLINA ENRÍQUEZ, 1909, p. 92) – um dos intelectuais apoiadores da revolução –, as *haciendas* (latifúndios) eram dominações do capital, com o objetivo de assegurar uma posição social prestigiosa às elites latifundiárias mexicanas, as quais sustentavam seu poder pela dominação das terras, criando um equilíbrio político-social instável, pois o sistema não era produtivo e causava danos à sociedade⁷.

Por isso, a doutrina mexicana afirma que um dos personagens mais influentes em termos ideológicos da revolução mexicana foi Andrés Molina Enríquez, “a quem se reconhece uma espécie de paternidade do artigo 27 da Constituição de 1917, com sua tese da propriedade originária da nação” (CHACÓN HERNÁNDEZ, 2014, p. 80).

Bem se vê que o citado art. 27 determinou que uma das formas de socializar a propriedade, redistribuindo-se as terras dos latifúndios improdutivos, era “a organização e exploração coletiva dos *ejidos* e comunidades”. Com efeito, o principal regime adotado pela Constituição de 1917, com o objetivo declarado de socializar as terras não cultivadas e/ou improdutivas, foi a criação de propriedades comunais (*comunidades*) e a cessão de terras para o domínio coletivo (*ejido*)⁸. A escolha de tais institutos, no Estado mexicano, deveu-se à organização produtivo-cultural herdada das civilizações pré-hispânicas, as

6 A revolução mexicana de 1910 pode ser explicada de maneira singela pelas condições de extrema pobreza da população camponesa, que sofria a dura exploração dos latifundiários (nas *haciendas*). Daí o mote de repartição dos latifúndios em propriedades comunais e *ejidos*, tão enfatizada no art. 27 da Constituição daquele país, Carta Política que é, em suma, *fruto daquela revolução*.

7 “En nuestro país, el ser hacendado significa tener un título de alta posición, de solvencia y de consideraciones sociales, aseguradas y permanentes; pero no significa ser dueño de una negociación productiva. Las haciendas, sin ciertas condiciones de que después hablaremos, no son negocio. Ya hemos indicado esto al afirmar que no atraen el capital extranjero. Después del sentimiento de la dominación que les da su carácter saliente, lo que las mantiene en su estado actual, es la renta fija, permanente y perpetua que producen. (...) En efecto, decimos nosotros, dentro de los límites territoriales de una hacienda, el propietario ejerce la dominación absoluta de un señor feudal. Manda, grita, pega, castiga, encarcela, viola mujeres y hasta mata.” (MOLINA ENRÍQUEZ, 1909, p. 92)

8 *Ejido* é um termo de origem latina que serve para denominar uma parcela de terra (gleba) que era desapropriada e, após passar ao domínio público, era distribuída à população pobre da área rural, para que pudesse usufruir essa terra e fomentar a produção em prol das famílias e da coletividade. Os *ejidos* tiveram um papel fundamental para o sucesso da reforma agrária mexicana.

quais adotavam meios comunais de produção (PÉREZ CASTAÑEDA; MACKINLAY, 2015, p. 47).

A expressão *comunidades (comunidades agrárias)* representa terras cedidas pela Nação à população camponesa pobre, após desapropriação de terras não cultivadas das *haciendas*. De outra mirada, os *ejidos* correspondem à população indígena, tratando-se de terras dos povos originários que tinham documentos comprobatórios concedidos pela Coroa espanhola, os quais reconheciam que esses povos “possuíam essas terras desde tempos imemoriais, guardando assim o ‘estado comunal’ que relaciona com a conservação de sua tradição e costumes”. Na prática, porém, não houve diferença substancial entre comunidades agrárias e *ejidos*, porque a maior parte da população não tinha documentos para comprovar seu estado comunal. De modo que lavradores indígenas e camponeses mestiços passaram a viver nas comunidades e/ou *ejidos*, cuidando de parcelas da área da comunidade, num regime de produção mediante *trabalho coletivo*, embora houvesse tomada de decisões importantes nas assembleias. Assim, o *ejido* foi a figura central da estrutura agrária social do país, pelo menos até 1992, quando a nova Lei Agrária teve como meta principal a privatização dos *ejidos* (CRUZ, 2016, p. 9, 47-51 e 73-76). O objetivo anunciado era o de melhorar a produtividade agrícola mexicana.

No mesmo sentido, a doutrina mexicana observa que, no longo período de 1917 a 1992, “o *ejido* e a comunidade foram regidos pelas mesmas disposições jurídicas e seu funcionamento esteve sujeito a regras homogêneas”. Na realidade, o único diferencial entre ambos os institutos era sua origem histórica e, algumas vezes, “seu tamanho ou a composição ética de seus titulares”. Em suma, tratava-se do mesmo modelo de propriedade, a chamada *propriedade social (ejidal e comunal)*, que, ao lado das propriedades *pública e privada*, consistiam nos três modelos de propriedade do novo sistema agrário inaugurado com a Constituição de 1917 (PÉREZ CASTAÑEDA; MACKINLAY, 2015, p. 49).

Estes dois autores lamentam, contudo, que a *emenda constitucional de 1992* tenha reconfigurado de tal maneira o regime de propriedade das terras, que o *ejido* e a comunidade surgidos com a reforma agrária se tornaram “coisas do passado”. Isso porque a contrarreforma de 1992 transformou o *ejido* “num modelo de propriedade de conteúdo nitidamente individualista e utilitário, ou seja, numa modalidade de propriedade privada clássica”, ao passo que a comunidade agrária foi transformada “num modelo de natureza mista ou híbrida (privada-social)”, praticamente um *tertium genus*. Tudo isso revela que “no México a propriedade social agrária já não existe mais”, o que é de se lamentar, porque em 1989, “ao término da reforma agrária, existia no país um

total de 28.546 núcleos agrários, dos quais 26.380 eram *ejidos* e 2.166 eram comunidades”, ocupando “uma extensão superior à metade do território” do México, com “mais de 3 milhões de proprietários *ejidais* e comunais” (PÉREZ CASTAÑEDA; MACKINLAY, 2015, p. 48).

Estes autores explicam que, até 1992, as propriedades *ejidal* e comunal tinham os seguintes atributos: a) *inalienabilidade* – pois se tratava de propriedade coletiva, havendo, inclusive, a ideia de que os núcleos agrários não eram proprietários das terras, mas meros *usufrutuários* (direito a uso e gozo)⁹; b) *intransmissibilidade* – salvo por *causa mortis*, para garantir a sucessão das terras e seu cultivo; c) *imprescritibilidade* – pois a posse de terceiros não lhes gerava direitos, salvo na posse *qualificada por trabalho do possuidor*; d) *impenhorabilidade* – proibindo-se que as terras pudessem ser oferecidas em garantia (hipoteca), pois as terras eram consideradas bens fora do comércio; e) *indivisibilidade* – característica que proibia a subdivisão das terras. Assim, os camponeses recebiam parcelas de terra para o sustento da entidade familiar e para que as famílias continuassem no campo. Tanto é assim que os beneficiários da reforma agrária tinham as seguintes *obrigações*: 1^a) de manter a terra em permanente exploração; 2^a) de cultivar a parcela de terra recebida com seu *trabalho pessoal* (PÉREZ CASTAÑEDA; MACKINLAY, 2015, p. 50).

Contudo, como já pontuado, em 1992, o Parlamento mexicano modificou o art. 27 da Constituição mexicana “para transformar integralmente as bases do sistema constitucional agrário”, não se tratando de uma reforma superficial, mas que jogou por terra o longo processo de reforma agrária, promovendo uma verdadeira “privatização das terras *ejidais*”. Em suma, “a emenda constitucional de 1992 reconfigurou de maneira radical o sistema de ‘tenencia’ da terra ao converter o *ejido* e a comunidade surgidos com a reforma agrária em coisas do passado”. E, por isso, os autores citados, em estudo de 2015, sustentam que, no México, “a propriedade social agrária já não existe mais”¹⁰ (PÉREZ CASTAÑEDA; MACKINLAY, 2015, p. 47).

9 Nesse regime legal, de propriedade social e coletiva, buscava-se o bem comum, sobreposto aos interesses individuais, num sistema agrário inclusivo (conjuntural), o qual permeava todo o regime de propriedade. E, para garantir o efetivo engajamento dos pequenos proprietários, os *ejidos* e as *comunidades* não podiam ser negociados no mercado de bens imóveis, pois as propriedades *ejidal* e comunal eram bens fora do comércio (PÉREZ CASTAÑEDA; MACKINLAY, 2015, p. 50).

10 No mesmo sentido, veja-se a seguinte conclusão: “Em 1992, a emenda ao artigo 27 foi aprovada por 388 votos a favor e 45 contra. Os objetivos da nova lei eram diminuir o crescimento do minifúndio, promovendo investimentos para aumentar a produção, com a promessa do presidente Salinas de gerar mais empregos e criar organizações para os trabalhadores agrícolas. A emenda veio no bojo de um pacote de reformas neoliberais que incluíam a criação da Zona de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA, incluindo Canadá, México e os Estados Unidos); a privatização de empresas estatais; a desregulamentação dos mercados de produtos

Portanto, a reforma de 1992 foi resultado de novas políticas, fomentadas por organismos internacionais. Com efeito, os autores apontam que essa reforma foi consequência de *recomendações do Banco Mundial* para eliminar as diferenças entre propriedade privada e *ejidal*, permitindo-se a privatização dos *ejidos*, ou a possibilidade de arrendá-los e de usá-los como garantia para empréstimos (hipoteca), não estando os camponeses mais obrigados a trabalhar pessoalmente na terra. Ademais, os camponeses passaram a poder transmitir seus direitos às parcelas de terra (glebas) por meio de contratos comerciais ou mediante associação com outros *ejidarios* ou até mesmo com investidores externos, tudo de modo a incluir o México no Tratado de Livre Comércio com os Estados Unidos e o Canadá (CRUZ, 2016, p. 45).

Sem embargo, o fim do sonho da propriedade social no México não deve produzir resultados satisfatórios¹¹. Por isso, propugna-se por uma *nova reforma agrária no México*, para que a propriedade rural volte a cumprir sua *função social* naquele país¹².

Contudo, com o neoliberalismo inaugurado em fins do século XX, e que se tornou hegemônico¹³ (DELGADO, 2006, p. 21-22), infelizmente não se vislumbra chance de êxito nesse novo ideal mexicano, *por ora*.

agrícolas; a privatização do gerenciamento de irrigação. A reforma de Salinas foi considerada a base para a chamada “modernização” do México, ajustando-se às demandas do NAFTA. Portanto, a reforma do *ejido* não foi um esquema para ressuscitar produtos de subsistência, irrigados apenas pela chuva; esse tipo de agricultura continuaria pouco atrativo para os investidores.

(...)

Críticos da emenda do artigo 27 consideram que suas principais consequências foram a ruptura do contrato social rural, a privatização do *ejido*, a destruição das comunidades agrárias indígenas, a criação de novas formas de concentração fundiária e a expulsão de milhões de famílias rurais para as cidades”. (TANAKA, 2004, *passim*)

- 11 “Debe reconocerse que el hecho de liberar a los campesinos para transmitir sus derechos agrarios, puede generar una tendencia concentradora que, hasta ahora, y pese a los vaticinios que inmediatamente después de la reforma de 1992 se hacían en este sentido, no han alcanzado su clímax. Tal vez la verdadera concentración esté por venir. La concentración de tierras debe, por lógica, generar un ejército de asalariados agrícolas o en su caso, un mayor éxodo a la ciudad o hacia el extranjero”. (CHACÓN HERNÁNDEZ, 2014, p. 76)
- 12 “En efecto, la experiencia de la última reforma estructural al derecho a la tierra no es el verdadero legado histórico, no es lo que queremos ni debemos dejar para las generaciones futuras que vivan en el ámbito rural. Es la reforma agraria lo que los revolucionarios pretendieron para dar sustento a los campesinos y al mismo país. Hoy nos encontramos en una coyuntura en la que debemos enmendar el rumbo de lo que ha sido el mayor fracaso para el sector agropecuario. *Necesitamos una reforma agraria*, no exactamente igual a la de hace un siglo, sino una *nuevo modelo de ordenamiento de la tierra* que, a todos aquellos que no se les pueda asignar, contemple otras maneras de obtener beneficios de la producción. México tiene los recursos naturales, materiales y humanos para lograr ser productivo y fecundo en el sector, pero sobre todo, capaz de llegar a la meta de la soberanía alimentaria. El debate está abierto y lo peor sería cancelarlo” (destaques não originais). (CHACÓN HERNÁNDEZ, 2014, p. 85)
- 13 Sobre o neoliberalismo e a hegemonia do pensamento ultraliberal, colocando em xeque o primado do trabalho, veja-se, por todos: DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

3.2 – A Constituição de Weimar e a função social da propriedade

A experiência vivida pelo povo alemão no início do século XX talvez seja *única* na história. Uma sociedade duramente castigada por uma grande guerra, tentando se reerguer à luz de uma precursora Constituição, que assegurava de modo *mais completo* os direitos fundamentais, sobretudo os de ordem social, mas que, diante dos inúmeros problemas político-econômicos – dentre tantos outros – não teve condições de implementar e/ou consolidar aqueles *embrionários* direitos sociais que mais tarde viriam a ser previstos em todos os ordenamentos constitucionais dos países ocidentais.

De fato, a experiência da primeira República alemã – alicerçada na novel *Constituição de Weimar*, de 1919 – é sempre louvada por todos os estudiosos, em investigações de cunho transversal – nos campos do Direito, da Sociologia, da História, da Economia e um largo, etcétera –, inclusive no que toca ao tema desse estudo, a *função social da propriedade*.

“Instituidora da primeira república alemã, a Constituição dita de Weimar, cidade da Saxônia onde foi elaborada e votada, surgiu como um produto da grande guerra de 1914-1918, que encerrou o ‘longo século XIX’. Promulgada imediatamente após o colapso de uma civilização, ela ressentiu-se desde o início, em sua aplicação, dos tumultos e incertezas inerentes ao momento histórico em que foi concebida.” (COMPARATO, 2003, p. 185)

De saída, é preciso ponderar que, embora a Constituição mexicana de 1917 tenha inaugurado, em termos cronológicos, a tutela constitucional dos direitos sociais, as características sociais e culturais típicas dos Estados Unidos Mexicanos afastou sua norma fundamental da posição de padrão internacionalmente adotado (PINHEIRO, 2006, p. 121).

Além disso, a grande influência de renomados civilistas, principalmente das ideias de Otto von Gierke, e a redação dada pelo Professor Hugo Preuss, seguidor das ideias de Max Weber¹⁴, gerou inúmeros debates na literatura jurídica continental, disseminando as ideias contidas no texto constitucional germânico. Devido a essa profusão de debates, inúmeros países europeus adotaram a *teoria da “função social”*, entre eles, notadamente a Itália (PATTI, 2017, p. 24) e também a Espanha.

14 “O projeto da Constituição de Weimar foi redigido por Hugo Preuss, professor de origem judaica adepto do comunitarismo, até então alijado do centro acadêmico alemão, discípulo de Otto v. Gierke e influenciado por Weber, que era considerado um dos poucos juristas de tendências de esquerda.” (PINHEIRO, 2006, p. 115)

Mister uma breve análise do caldo de anarquia político-econômico-social vivida pela sociedade alemã naqueles anos difíceis das primeiras décadas do século XX, para bem se compreender a necessidade de se implantar uma norma que assegurasse a função social da propriedade – ao lado de outros direitos sociais – e, de outra mirada, a extrema dificuldade de se implementar, *na prática*, esse notável *direito-função*.

De se ponderar que, a despeito das lutas internas, *não houve* na Alemanha *uma revolução* como se deu na Rússia. Os historiadores dão conta de que desde 1915 a extrema esquerda fazia forte oposição à guerra e seu alto custo para o povo alemão. Com a entrada dos Estados Unidos na guerra, em abril de 1917, as coisas pioraram. No final de setembro de 1918, a classe política e o conjunto da população descobrem que a guerra está perdida, o que dá lugar à decomposição do regime imperial e à formação de um governo parlamentar, sob a presidência do príncipe Max de Baden, inclusive por exigência dos Aliados. No início de novembro, o Imperador abdica do trono e *é proclamada a República*, em 9 de novembro de 1918 (KLEIN, 1995, p. 18-25).

Ebert, líder da Social-democracia alemã, foi nomeado Chanceler. Sem embargo, a partir de 10 de novembro, a maior preocupação de Ebert foi a de evitar a ampliação da revolução. Diante das manifestações espartaquistas (grupo *Spartakus*), surge uma greve geral em 6 de janeiro de 1919. A repressão do governo não é imediata. De 9 a 13 de janeiro se contam aos milhares os mortos em Berlim, até que, em 15 de janeiro, Liebknecht e Rosa Luxemburgo – líderes do referido grupo – são assassinados e isso marca o *fim da embrionária revolução alemã*¹⁵. Por isso, afirma-se que a ambiguidade fundamental dessa revolução de novembro de 1918 é que, na realidade, ela jamais ocorreu (KLEIN, 1995, p. 26-27).

Ainda que a revolução alemã tenha terminado antes de ter começado, a *República democrática burguesa* instalada na Alemanha após a Constituição de Weimar, de 1919, foi uma *experiência muito interessante*, à qual se dedicam vários historiadores e estudiosos de outras matérias das ciências humanas. Sem embargo, foram tantas adversidades que a referida República teve que enfrentar que, dizem os historiadores, é quase impossível crer que tenha *sobrevivido por 14 anos*, até a ascensão de Hitler ao poder, em 1933.

E essa República de Weimar tem como *pilar de sustentação* a avançadíssima Constituição que naquela cidade foi proclamada. Convocada a assembleia

15 Veja-se, a propósito, o histórico narrado por Fábio Konder Comparato: COMPARATO, 2003, p. 186-187.

nacional constituinte em 20 de janeiro de 1919, as eleições para essa constituinte foram realizadas em 6 de fevereiro daquele ano, sendo que os partidos socialistas não conseguiram alcançar maioria absoluta, o que pode explicar a natureza um tanto ambígua do texto constitucional, embora este tenha inovado em matéria de *constitucionalismo social*¹⁶.

Com efeito, a segunda parte da Constituição de Weimar é *precursora* ao garantir os direitos sociais fundamentais a uma *mínima igualdade material*, necessária para que haja, de fato, a tão almejada dignidade humana. Ela não somente garantiu direitos sociais, como impôs ao Estado deveres de *implementação* desses direitos, sobretudo do direito à educação pública (art. 145 e ss.) e dos direitos básicos dos trabalhadores (arts. 157 e ss.), assegurando-se, por primeira vez em nível constitucional, o *direito ao trabalho*, pois, a todo alemão, o Estado deveria dar a “possibilidade de prover à sua subsistência pelo seu trabalho” (art. 163, segunda parte). Este direito “implica, claramente, o dever do Estado de desenvolver a política de pleno emprego, cuja necessidade, até mesmo por razões de estabilidade política, foi cruamente ressentida pela recessão dos anos 1930” (COMPARATO, 2003, p. 191-195).

No que concerne à *função social da propriedade*, tema central deste artigo, essa instituição foi marcada naquela Constituição por uma fórmula que se tornou célebre: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ademais, servir ao bem comum” – art. 153, segunda parte – (destaques não originais) (COMPARATO, 2003, p. 191 e 194).

Com efeito, a *função social da propriedade*, no sistema constitucional germânico de 1919, foi prevista em seu art. 153, inclusive com a possibilidade de sua desapropriação para fins de moradia ou agricultura, garantindo-se, em seu art. 155, o “direito a uma habitação sadia”, no Capítulo (ou Seção) V, destinado

16 “O projeto para a Constituição foi redigido por Hugo Preuss, discípulo do historiador do direito e teórico do antigo comunitarismo germânico, Otto v. Gierke. Desde a sua concepção, portanto, a Constituição de Weimar se estruturava contraditoriamente, procurando conciliar ideias pré-medievais com exigências socialistas ou liberais-capitalistas da civilização industrial.

Instalada em 6 de fevereiro de 1919, a assembleia nacional constituinte encerrou seus trabalhos em 31 de julho seguinte, quando foi aprovada a nova Constituição por 272 votos contra 75 e várias abstenções. (...)

Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo”. (COMPARATO, 2003, p. 188-189).

à regulação da *Vida Econômica*. Somam-se a esses direitos sociais, no interior do mesmo capítulo – disciplina de forma inédita –, os direitos *trabalhistas* e de seguridade social: à proteção do trabalho, pois a força de trabalho foi colocada sob a proteção do Estado Central – Reich (art. 157), ao ambiente de trabalho saudável, à proteção da maternidade e a benefícios sociais em caso de velhice, invalidez e de “vicissitudes da vida” (art. 161), ao seguro-desemprego (art. 163, final da segunda parte), bem como o direito de livre associação dos trabalhadores, aliado ao direito de negociação coletiva e de participação na regulação estatal da economia, inclusive para a “regulação das condições de salário e trabalho”, por intermédio dos Conselhos Operários (arts. 124 e 165). (COMPARATO, 2003, p. 191-195; PINHEIRO, 2006, p. 116-117)

Percebe-se, desse modo, uma tutela *ampla e coordenada* dos direitos dos operários, além do incentivo à produção agrícola de pequenas propriedades, as quais recomporiam a produção de alimentos, perdida durante a Primeira Guerra Mundial (SILVERMAN, 1970, p. 131). Com essa finalidade, o Reichskanzler (Chanceler alemão) e o Reichstag (Parlamento alemão) – este com 1/3 das cadeiras ocupadas pelo Partido Social-Democrata, sob a liderança de Hermann Müller, de orientação marxista (MYERSON, 2004, p. 194) – iniciaram uma *política de distribuição de terras*, com áreas que variavam de 600 m² a 1.200 m² (SILVERMAN, 1970, p. 131).

Essas propriedades produtivas foram, por orientação econômica, dispostas próximas às zonas industriais das maiores cidades alemãs, pois, assim, os operários poderiam produzir seus alimentos e, ao mesmo tempo, trabalhar na produção nacional. Essa lógica permitia que os trabalhadores se estabelecessem *próximos ao local de trabalho*, diminuindo seus gastos de locomoção, além de lhes possibilitar a produção de gêneros alimentícios, diminuindo suas despesas básicas e lhes outorgando uma possibilidade de complemento da renda (SILVERMAN, 1970, p. 131).

Esse programa estatal de *funcionalização* das propriedades, com a melhoria da qualidade de vida dos operários e trabalhadores em geral, tinha como pilar a *desapropriação de terras* para dar lugar a assentamentos nas periferias das grandes cidades, desenvolvendo-se a indústria da construção de moradias, resolvendo-se, a um só tempo, os problemas da falta de moradia e do desemprego. No entanto, esse programa dependia em grande medida dos subsídios dos governos (SILVERMAN, *passim*).

Não obstante, há sempre uma forte e eficaz resistência das classes dominantes a qualquer *redistribuição de poder e riquezas*, de modo a se construir uma nova sociedade, mais igualitária e solidária. Daí que, também na Alemanha,

esse programa de inclusão das camadas tradicionalmente excluídas da sociedade encontrou óbice na *interpretação restritiva* da função social da propriedade e do próprio texto constitucional inovador.

“A abertura do Parlamento à participação política das classes sociais menos privilegiadas, as quais passaram a exigir direitos de igualdade com mais força, em contraposição aos interesses da elite econômica dominante, que reivindicava manutenção de seu *status quo*, transformou o Poder Legislativo em alvo de severas críticas.” (AUAD, 2008, p. 338)

Um dos maiores críticos ao novo Parlamento foi o constitucionalista Carl Schmitt, principalmente em sua obra clássica *A Crise da Democracia Parlamentar*. Na referida obra, ele “critica duramente o Parlamento ao apontá-lo como um órgão desestruturado e composto por facções particulares incapazes de garantir, politicamente, a unidade do Estado”. Não por outra razão, Carl Schmitt sustentava que a segunda parte da Constituição de Weimar, exatamente a que previu a existência de direitos sociais fundamentais, “não era dotada de aplicabilidade, já que não garantia um mínimo de conteúdo decisório ao aplicador do Direito e, portanto, deveria ser desconsiderada do ordenamento jurídico” (AUAD, 2008, p. 338). Ganhava foro de relevância, aí, a tese de que os direitos sociais não passam de *direitos programáticos*, que sempre dependem de regulamentação posterior que os torne exigíveis do Estado.

A propósito, os estudiosos indicam as *causas do fracasso* do programa de moradia e reforma agrária da República de Weimar, demonstrando como a própria Suprema Corte alemã acabou por desestimular a “pena” de desapropriação de propriedades improdutivas, além de impedir o afloramento da política habitacional programada pela Constituição de 1919:

“Os governos locais dependiam cada vez mais de seus poderes de desapropriação, que a Constituição de Weimar autorizou, desde que a terra fosse usada para o bem-estar geral e que o proprietário recebesse uma ‘justa compensação’ (*angemessene Entschädigung*). A desapropriação provou ser uma arma muito incerta no programa habitacional do governo. A Suprema Corte Federal declarou inconstitucionais várias leis de desapropriação do Estado, e ninguém parecia saber exatamente no que constituía essa desapropriação. (...) quanto maior o valor da desapropriação fosse definido, mais os municípios teriam que pagar em compensação. (...) a verdadeira questão era quanto os governos municipais poderiam pagar. A concessão de compensações além da capacidade financeira de um município (era insensata) e simplesmente conteve o programa de construção de moradias.” (SILVERMAN, 1970, p. 128; tradução livre)

DOCTRINA

Com a insegurança jurídica gerada quanto à *efetividade da função social da propriedade* na República de Weimar, os programas de incentivo à distribuição da propriedade e à qualificação para o trabalho entraram em crise.

Aliado a isso, em 1929, ocorre a *Quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque*, disseminando o pavor pelo mundo, pois a economia em crise ceifava milhões de empregos, gerava hiperinflação e o círculo vicioso em torno da crise econômica foi o estopim para a morte tão precoce daquela riquíssima experiência de sociedade democrática e solidária.

O grande problema – obviamente que não o único – é que durante a terrível crise que sucedeu à quebra de *Wall Street*, em 1929, os burgueses industriais e os demais capitalistas da sociedade alemã se afastaram cada vez mais da coalizão social-democrata, resistiram às reivindicações dos trabalhadores e se aproximaram da direita ultranacionalista.

Com isso, o *desemprego* cresceu de maneira exponencial – em 1932 ele alcançaria a cifra astronômica de 6 milhões de desempregados –, o que resultou na quebra de um dos maiores bancos alemães, o DanatBank, em 13 de julho de 1931. *Os empresários*, sobretudo os industriais alemães, em vez de insistir na social-democracia, em propiciar condições mais favoráveis aos trabalhadores – sem dúvida *uma das causas do êxito da economia* nos anos anteriores –, passaram a buscar um homem que representasse uma nova política, começando negociações de bastidores que levariam Hitler ao poder em janeiro de 1933, *sepultando a República de Weimar* (KLEIN, 1995, p. 72-85).

De acordo com Peter Gay, em 1932 se constatava o aumento do desemprego, uma miséria crescente, o aumento da violência e sinais progressivos de que a República estava morrendo. O restante é uma história de medo, terrorismo, irresponsabilidade, oportunidades perdidas e traições vergonhosas, que culminaram com a ascensão de Adolf Hitler ao poder¹⁷ (GAY, 1978, p. 180-184).

Assim, a República de Weimar *estava morta por completo*, pois Hitler imediatamente começou a “destruir” a Constituição que havia acabado de jurar defender (LOUREIRO, 2005, p. 165-169). Eric Hobsbawm assinala que a queda da República de Weimar se deve em grande parte à Grande Depressão

17 “Em meados de junho de 1932, o desemprego chegava à casa de 6 milhões de trabalhadores, cerca de 40% da força de trabalho alemã. As eleições de julho levaram o Partido Nacional-Socialista alemão a se tornar o maior partido do parlamento alemão. Seu líder era o austríaco Adolf Hitler (1889-1945). Em janeiro de 1933, na iminência de Hitler se tornar chanceler, o cargo foi oferecido a várias personalidades alemãs, inclusive a Schacht, que o recusou. No final do mês, sem alternativa, dada a força política obtida nas urnas, o presidente alemão, Sr. Hindenburg, nomeia Hitler como novo chanceler” (COUTO; HACKL, 2007, p. 330).

do período entre guerras, que tornou impossível manter o acordo tácito entre Estado, empresários e trabalhadores organizados, que a tinham mantido em funcionamento. A indústria e o governo sentiram que não havia outra opção senão impor cortes econômicos e sociais. *O desemprego em massa fez o resto* (HOBSBAWM, 1995, p. 139-140).

Com a morte da República de Weimar, a humanidade assistiu ao nascimento de uma era sombria da história. O *desmantelamento da função social da propriedade* e a precarização das condições de vida e de trabalho com o triste fim da República de Weimar – ao que pode ser somada a intensa fragmentação social – levaram os alemães a crer num sonho de reconstrução nacional, com a escolha de um modelo totalitário de Estado (AUAD, 2008, p. 338), liderados pelo Reichskanzler Adolf Hitler, dando, assim, início à disseminação da ideologia nazista, que tantos males proporcionou – e ainda proporciona – à humanidade.

3.3 – Evolução histórico-constitucional da função social da propriedade no Brasil

Vistas as linhas gerais do *imperativo ontológico* da função social da propriedade na ordem internacional, com atenção destacada a dois países que tiveram certa primazia em assegurar esse instituto no plano constitucional, é chegado o momento de se proceder a uma investigação da evolução da função social da propriedade nas Constituições brasileiras.

Ainda que o Brasil *nunca tenha levado a sério* o ideal da função social da propriedade, deixando de promover uma reforma agrária que possibilitasse uma justa redistribuição da terra a inúmeros brasileiros¹⁸, é importante destacar que, *em nível constitucional*, a normativa nacional sempre preconizou uma situação distinta, sobretudo após a Constituição-cidadã de 1988, que afetou profunda e positivamente o Código Civil de 2002, como se verá na sequência.

De modo que, a se implementar os comandos positivados que asseguram o cumprimento da função social da propriedade, poder-se-ia, de fato, construir *uma nova sociedade*, mais justa e solidária.

Pois bem, de início, há de se recordar que o instituto da função social da propriedade é muito recente – embora o ideal tenha raízes seculares –, remontando às primeiras formas positivadas na Constituição mexicana de 1917

18 O que provocou um enorme êxodo rural nas décadas de 1970 e 1980, inflando as periferias das cidades e contribuindo para a intensa favelização de grande parte da população pobre, uma das causas da onda cada vez mais crescente de criminalidade que tanto aflige a sociedade brasileira.

e na Constituição de Weimar, como visto anteriormente. De fato, esse conceito pronto e acabado de função social da propriedade foi positivado no século XX. E, no Brasil, não poderia ser diferente, até porque em terras brasileiras sempre houve *muita resistência* à configuração normativa dos direitos sociais, mais ainda à implementação desses direitos. Basta ver o que está a ocorrer com a malsinada Lei da Reforma Trabalhista, que promove um retrocesso jamais visto no terreno dos direitos sociais laborais.

Quanto à *função social da propriedade* nos diplomas constitucionais, o de 1889, a antiga Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, não fazia qualquer menção ao instituto. Naquela primeira Constituição republicana, a disciplina do direito de propriedade ocorreu no âmbito dos direitos (“Declaração de Direitos”, Seção II do Título IV, que tratava “Dos Cidadãos Brasileiros”). Ali não se encontra nenhuma referência à ideia de *função social*, seja como indicação programática, seja como condicionante externo, menos ainda como imperativo ontológico. A reforma constitucional engendrada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 não promoveu nenhuma alteração nessa disciplina constitucional.

Os dispositivos sobre direito de propriedade da Constituição Republicana de 1889 são: (i) art. 72, *caput*: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”; (ii) art. 72, § 17: “O direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

Bem se vê, portanto, que a ordem constitucional da época assegurava o direito de propriedade *clássico*, como direito pleno e praticamente absoluto, excetuando-se a possibilidade de desapropriação por interesse público, que sempre foi preconizada no Direito ao longo da história.

Foi, assim, a Constituição Federal de 1934 *a primeira* a introduzir no país a ideia da função social da propriedade, sob inspiração das Constituições mexicana e de Weimar, mas ainda sem fazer alusão específica ao instituto. Com efeito, *ideia semelhante* à da função social da propriedade salta aos olhos quando: (i) o legislador coloca as disposições do art. 113, § 17, da CF/1934, no capítulo destinado aos “Direitos e Garantias Individuais” (Capítulo II do Título III); (ii) proíbe-se o exercício do direito *contrário a interesse social ou coletivo*, ainda que na forma que seria determinada por lei. A primeira vez, portanto, que surgiu na história constitucional do Brasil conceito *próximo* ao de função social, o foi como indicação programática. A ver:

DOCTRINA

“Art. 113, § 17, da CF/1934: É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.

A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito a indenização ulterior.”

Não houve grande avanço sobre a regra de que o direito de propriedade deveria ser exercido de tal modo que *não contrariasse o interesse social ou coletivo*, um claro indicativo de que a propriedade, de algum modo – nos termos da lei que deveria regulamentar essa norma –, deveria cumprir uma determinada “função social”. Ocorre que a norma teve uma vigência muito curta. Logo foi promulgada a Constituição de 1937, que não repetiu idêntica normativa.

Nessa nova Constituição – de 1937 –, o ordenamento jurídico brasileiro retorna aos padrões da antiga Constituição republicana, desaparecendo qualquer menção no sentido de que a propriedade deveria atender ao interesse social ou coletivo. Para que isso reste claro, transcrevem-se as disposições sobre o direito de propriedade daquela Constituição:

“Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 14. O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.”

Daí que, por essa Constituição, o conteúdo do direito de propriedade deveria ser disciplinado por lei ordinária, na qual se poderiam fixar *limites objetivos* ao exercício do direito. Ocorre que esses limites normalmente são os clássicos do Direito, em regra relacionados ao longo capítulo do direito de vizinhança, previstos na codificação civil – na época, o Código Civil de 1916 –, de modo que a função social da propriedade deveria ser conceituada e/ou definida como parte essencial do conteúdo do próprio direito. Não se tem notícia de que a legislação infraconstitucional tenha, naquele momento histórico, definido esse conteúdo com tal amplitude.

DOCTRINA

No que concerne à Constituição brasileira de 1946, pode-se afirmar que ela traz de volta ao ordenamento jurídico uma *ideia* de função social quando condiciona o exercício do direito de propriedade ao “bem-estar social”, no seu art. 147, *caput*. Além disso, o tratamento dispensado ao direito de propriedade naquela ordem constitucional restou mais complexo, ou menos homogêneo, haja vista que, embora previsto no rol de *Direitos e Garantias Individuais* (art. 141 da CF/1946), seu exercício foi conectado à ordenação social, uma vez que o art. 147 integrava o Título V – *Da Ordem Econômica e Social*:

“Art. 147 da CF/1946: O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

Por certo que o texto constitucional de 1946 é bem mais enfático do que o de 1934, condicionando de forma clara o exercício do direito de propriedade ao *cumprimento do “bem-estar social”*, possibilitando-se, inclusive, que o legislador definisse hipóteses de “justa distribuição da propriedade”, com vistas a atingir uma certa *igualdade material*. Ainda que não tenha havido menção expressa à função social da propriedade, talvez essa possibilidade de redistribuição da propriedade de modo a se alcançar uma justiça social seja até mais abrangente do que a locução formal que assegura o cumprimento da função social da propriedade. Contudo, também aqui não há notícia de que o legislador tenha, ao menos de modo formal, definido hipóteses que permitissem a concretude daquela normativa. Destarte, parece evidente que a *ideia próxima* à de função social tenha sido positivada, no momento em questão, sob a forma de um mero *condicionante externo* ao exercício do direito.

No diploma fundamental de 1967 – paradoxalmente em regime de exceção diante da Ditadura que se instalou a partir de 1964 –, é que pela *primeira vez surge textualmente* a locução “função social da propriedade” na ordem constitucional brasileira, no art. 157, III, daquela Constituição. Essa locução estava inserida no Título III (“Da Ordem Econômica e Social”), assim como se dera com a Constituição de 1946, que previra naquela ordenação específica uma *ideia próxima* do conceito de função social da propriedade. Por certo que a Constituição de 1967 conferiu foro de relevância à função social da propriedade, tratando-a como um *princípio da ordem econômica*. Não obstante, esse ideal não foi catalogado dentre os direitos fundamentais – como o faz a Constituição vigente –, de modo que, embora se trate de um princípio norteador, naquele momento histórico o instituto analisado foi preconizado na forma de um *condi-*

DOCTRINA

cionante externo ao exercício do direito, pensado mais sob o aspecto econômico, e não dos direitos fundamentais de todos. Veja-se a disposição constitucional:

“Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

III – função social da propriedade.”

A reforma constitucional promovida em 1969 não alterou substancialmente as disposições normativas que interessam na abordagem da evolução histórico-constitucional da função social da propriedade. Destarte, aquilo que muitos chamam de Constituição de 1969 – em verdade, Emenda Constitucional nº 1, de 1969 – não merece análise distinta da que já se fez sobre a Constituição de 1967. A função social da propriedade foi mantida como *princípio da ordem econômica e social*, no art. 160, III, diretriz que perdurou até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esta sim – CF/88 – promoveu *significativa modificação* do ordenamento jurídico brasileiro em relação às Constituições anteriores, tanto no conjunto das normas constitucionais quando no instituto específico da função social da propriedade. Não por outra razão é chamada com absoluto acerto de *Constituição-cidadã*, adjetivo que lhe foi atribuído por primeira vez pelo Deputado Ulisses Guimarães, então Presidente da Câmara dos Deputados.

Numa *interpretação sistemática* da novel Constituição – que completará 30 anos no próximo dia 5 de outubro – bem se percebe o quanto ela se preocupou em dotar a Lei Fundamental de *instrumentais propícios* à formação de uma nova sociedade, em que se observem *de fato* os direitos fundamentais, de natureza individual e social, pois a promoção dos direitos sociais básicos é condição *sine qua non* para que os próprios direitos individuais possam ser alcançados em sua plenitude pelo *conjunto* da sociedade brasileira, para que haja paz e harmonia social. Daí que os *valores ontológicos* da vida, da liberdade, da igualdade, da solidariedade, do trabalho – ao lado da educação e da saúde –, enfim, da *dignidade humana*, devem ser a pedra de toque da sociedade que ainda está por ser construída.

Para cumprir esse desiderato, ao lado de vários institutos que podem servir de *mecanismos* à promoção daqueles valores essenciais, assume papel de extrema relevância, nesse teatro da vida, o *imperativo ontológico da função social da propriedade*. Tanto é assim que a normativa constitucional a ele faz menção expressa quando disciplina sobre os direitos e garantias individuais, ao

DOCTRINA

tratar da ordem econômica e social, bem como em diversas outras passagens do texto constitucional, ainda que de forma indireta.

Para que fique claro como a luz do dia que a normativa constitucional de 1988 confere um novo *status* ao instituto da função social da propriedade, alçando-o a direito fundamental e também como parte *essencial do conteúdo* do próprio direito de propriedade, numa conotação individual – sob o prisma de análise do proprietário – e *a um só tempo social*, como direito de todos os circundantes ao cumprimento das diretrizes que dão conformidade prática a essa função, mister uma análise dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria.

Pois bem, logo no Título II, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, está assentado que:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.”

Assim, o direito de propriedade é um dos *mais fundamentais* da ordem jurídica, colocado no mesmo patamar do direito à liberdade, garantindo-se esse direito no rol de direitos individuais, mas, logo em seguida, disciplina-se que essa propriedade – cujo direito deve ser garantido pela ordem jurídica – terá de *cumprir sua função social*, que é a de servir ao atingimento de outros direitos fundamentais – moradia, trabalho, etc. –, em prol da sociedade *como um todo* e não apenas para satisfazer o proprietário. De modo que a propriedade destinada à produção de bens e/ou serviços deve proporcionar isso da melhor forma possível, fazendo circular a riqueza, para que o próprio direito seja garantido pelo sistema.

Mais adiante, quando o constituinte disciplinou sobre a “Ordem Econômica e Financeira”, no Título VII da Constituição da República Federativa do Brasil – como já o fizera a Constituição de 1967 –, elencou a função social da propriedade como um dos *princípios inerentes* à ordenação da atividade econômica. Veja-se:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

DOCTRINA

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

(...)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego.”

É suficiente uma interpretação conjunta ou *sistemática* destes quatro incisos do art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil para se concluir o quão *interconectados* se encontram o instituto da propriedade e o imperativo ontológico de sua função social, sendo um dos instrumentos mais eficazes à consecução desse ideal republicano a *implementação do pleno emprego* – com o respeito aos direitos trabalhistas essenciais, por óbvio –, como um forte mecanismo de se alcançar a promessa constitucional de redução das desigualdades regionais e sociais. Bem se vê, portanto, que há uma *estreita conexão* entre o cumprimento da função social da propriedade e dos *direitos trabalhistas básicos*.

Continuando a análise do texto constitucional, no Capítulo II deste Título VII, que trata da “Política Urbana”, estatui-se que a política de desenvolvimento urbano “tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. E o legislador constituinte deixa muito evidente a *necessidade de cumprimento* da função social da propriedade para que se alcance esse objetivo estratégico:

“Art. 182. (...)

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

Contudo, não há norma que enfatize tanto como deve a função social da propriedade ser cumprida quanto a do *art. 186 da CF/88*, ainda que mencione expressamente apenas a propriedade rural. Vale a pena transcrever esse artigo:

“Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, *simultaneamente*, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

DOCTRINA

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.” (destaques não originais)

Aqui há uma *imbricação inarredável* a demonstrar que a função social da propriedade é um instrumento por demais idôneo a entrelaçar os institutos da *propriedade*, do direito (ao) do *trabalho* e também do *meio ambiente*. O mais interessante ainda é que se trata de três direitos tão distintos – e ao mesmo tempo tão próximos – que cada um deles pertence a uma categoria diferente, na *teoria intergeracional de direitos humanos*. A ver: a *propriedade* como direito individual imprescindível de primeira dimensão, o *trabalho* – e os direitos fundamentais do trabalho – como um dos mais importantes direitos sociais de segunda dimensão e, por fim, o *meio ambiente*, que deve ser preservado para as atuais e futuras gerações, sabidamente um direito fundamental da terceira onda de positivação dos direitos imprescindíveis ao ser humano.

Com efeito, a doutrina manifesta que esse dispositivo constitucional preconiza o atendimento de uma *função socioambiental* por parte do proprietário. Em suma, o proprietário, no exercício do seu direito, deve zelar pelo meio ambiente, utilizando de forma racional e adequada os recursos naturais à sua disposição, mas também dar uma destinação econômica que implique na produção de bens e/ou serviços que favoreçam não somente o seu *bem-estar*, mais igualmente o *dos trabalhadores* que empregam suas energias para a boa consecução do “negócio”, não havendo maneira mais digna e eficaz de atingir esse ideal que não seja a de *observar rigorosamente a normativa de proteção ao trabalho*, com suas regras mínimas consubstanciadas na própria Constituição, em seu art. 7º. Vale notar, uma vez mais, que essa função socioambiental tem caráter intergeracional, voltando-se não somente para os presentes, mas para as gerações futuras.

4 – A função social da propriedade no Código Civil de 2002

Como visto, a função social da propriedade é bem mais abrangente do que se imagina, pelo que se pode haurir de uma leitura atenta da normativa da Constituição da República Federativa do Brasil, havendo uma *tríplice função* da propriedade: econômica, social e ambiental.

DOCTRINA

Mais enfático, ainda, quanto ao entrelaçamento das funções *econômica* – produção de bens e serviços –, *social* – cumprimento dos direitos trabalhistas fundamentais, dentre outros de caráter social – e *ambiental* da propriedade, é o § 1º do art. 1.228 do Código Civil de 2002, nitidamente influenciado pela ordem constitucional que se instalou em 1988. A ver:

“Art. 1.228. (...) § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas *finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados*, de conformidade com o estabelecido em lei especial, *a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*” (destaques não originais)

A doutrina das *funções* econômica, social e ambiental da propriedade atualmente se encontra bem desenvolvida entre os civilistas, mas remonta à doutrina precursora de Léon Duguit, como já se afirmou neste artigo, especialmente no que concerne à função social.

Daí que, para o cumprimento conjunto e harmônico das *funcionalidades* da propriedade – funções econômica, social e ambiental – há de se observar a *legislação protetiva do trabalho humano*. Com efeito, entre os civilistas não é novidade a tese de que se deve dar atenção à *primazia do trabalho* na análise do cumprimento ou não da função social da propriedade. Nesse sentido, o Enunciado nº 507 da V Jornada de Direito Civil:

“Na aplicação do princípio da função social da propriedade imobiliária rural, deve ser observada a cláusula aberta do § 1º do art. 1.228 do Código Civil, que, em consonância com o disposto no art. 5º, inc. XXIII, da Constituição de 1988, permite melhor objetivar a *funcionalização mediante critérios de valoração centrados na primazia do trabalho.*” (destaques não originais)

Como visto anteriormente, a norma do art. 186 da Constituição da República Federativa do Brasil é rigorosa quando determina que a função social da propriedade rural deve ser cumprida com a observância *simultânea* da preservação do meio ambiente e da normativa que regula as *relações de trabalho*, de modo a favorecer o bem-estar de todos, dos proprietários e também dos *trabalhadores*.

Não obstante a norma do art. 186 da CF/88 se refira tão somente à propriedade rural, a doutrina que adota a corrente de pensamento solidarista – ao contrário da vertente individualista – defende a tese de que, embora a diretriz normativa esteja inter-relacionada à propriedade rural, deve ser interpretada

de forma *extensiva*, de modo a se aplicar também às propriedades urbanas, na medida do que couber à realidade. Por óbvio que também o proprietário urbano deve zelar pelo *meio ambiente* do entorno – por isso, várias limitações ao direito de propriedade no que concerne à simples poda ou retirada de árvores –, cumprir uma *finalidade econômica* quando exigível – por exemplo, dando destinação a terrenos baldios ou a imóveis no mercado de locação –, atendendo a um só tempo ao *fim social* (moradia) e, na medida do quanto necessário, contratando trabalhadores para o desenvolvimento de alguma atividade, caso em que deve *cumprir à risca* a legislação trabalhista.

Ao fim e ao cabo, pode-se defender a ideia de que até mesmo o *empregador doméstico*, para cumprir essa normativa fundamental, deve registrar sua empregada e observar com todo o rigor a legislação de proteção ao trabalho doméstico – sobretudo a Lei Complementar nº 150/2015, inclusive no que concerne aos limites de jornada de trabalho, com o registro obrigatório do horário de trabalho por meio idôneo (art. 12 desta Lei) –, para cumprir a função social de sua propriedade e, assim, merecer a proteção do Estado ao seu direito individual.

Trata-se de cumprir, na íntegra, o *princípio da socialidade*, um dos alicerces do Código Civil de 2002, segundo o grande jusfilósofo Miguel Reale, o Coordenador-Geral da Comissão de juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do (novo) Código Civil. Segundo Reale, procurou-se superar o apego do Código Civil de 1916 ao formalismo jurídico, para introduzir na codificação privada os valores éticos do ordenamento jurídico. Daí que a *eticidade*, a *socialidade* e a *operabilidade* se tornaram os *três princípios fundamentais* do novo Código. Quanto à *socialidade*, buscou-se superar o manifesto caráter individualista do Código de 1916, promulgado “para um país ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo”. Já no século XX, houve uma inversão de 180 graus, pois hoje 80% do povo brasileiro vive nas cidades, com igual alteração na “mentalidade reinante”. Hoje, tem-se “o predomínio do social sobre o individual”. Daí o *imperativo da socialidade*, presente na função social do contrato (art. 421), da posse (arts. 1.238 a 1.242) e da propriedade (art. 1.228, § 1º), inclusive com o “caráter revolucionário” do instituto da desapropriação judicial privada, previsto nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil de 2002 (REALE, 2002, p. XXII-XV).

Infelizmente, não haverá espaço neste estudo para aprofundar esse *poder de desapropriação* conferido ao juiz civil, não consagrado em nenhuma outra legislação no direito comparado, fruto da engenhosidade de Miguel Reale, que já na década de 1940 preconizava que a propriedade deve cumprir uma *função social*, especialmente com a valorização do trabalho humano, tanto que uma

DOCTRINA

das formas mais enfáticas de perda da propriedade é a relacionada à *posse-trabalho*, verificada quando o possuidor confere uma destinação ao imóvel (urbano ou rural), tornando-o produtivo por seu trabalho ou de sua família, ali estabelecendo sua moradia (*usucapião por posse-trabalho* – art. 191 da CF; art. 1.239 do CC), ou simplesmente o utilizando para sua moradia ou de sua família (*usucapião pro misero* – art. 183 da CF; art. 1.240 do CC).

Apenas algumas palavras sobre a *desapropriação judicial privada* (§§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil), na “voz” de Miguel Reale:

“(…) Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também *novo conceito de posse*, que se poderia qualificar como sendo de *posse-trabalho*, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro do seu ‘Conselho Consultivo’.” (destaques originais). (*Apud* TARTUCE, 2017, p. 152-153; NERY, 2003, p. 130)

Para que não parem dúvidas sobre a inovação legislativa, vejam-se as disposições:

“Art. 1.228, § 4º, do CC/02: O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, *obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante*.” (destaques não originais)

“Art. 1.228, § 5º, do CC/02: No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

Destarte, para que seja aplicável esse dispositivo, são cinco os requisitos previstos em lei: (i) imóvel de área extensa; (ii) ocupado por uma grande quantidade de pessoas; (iii) por no mínimo cinco anos; (iv) em posse ininterrupta e de boa-fé; (v) *com emprego de trabalho nessa propriedade*. O requisito mais importante, no entanto, é a *posse-trabalho*. Naquele imóvel, um grupo de pessoas terá construído as próprias casas, e empregado tanto *trabalho no desenvolvimento da propriedade* – obras e serviços – que se torna mais justo conceder a essas pessoas a propriedade coletiva do imóvel. Ora, se uma grande propriedade imóvel – no todo ou em parte – é ocupada por inúmeras famílias,

que ali, por *seu trabalho*, formam uma verdadeira comunidade, com casas, pontos de comércio, prestação de serviços – principalmente nas áreas de saúde e educação – e eventualmente até áreas de lazer, ali permanecendo por tanto tempo sem ser incomodadas por um proprietário que sequer aparece e, por óbvio, não cumpre a função social daquela propriedade, é imperativo que o sistema jurídico tenha instrumentos de transferir a propriedade da área a quem de fato exerce o *imperativo ontológico de atribuir funcionalidade ao bem*.

Nessa perspectiva, se pode haver até mesmo desapropriação judicial privada quando o proprietário não cumpre a função social da propriedade e praticamente a abandona, por maior razão, poderá ser exigida desse proprietário a *fiel observância dos direitos trabalhistas* dos empregados que forem contratados para tornar possível o desempenho de uma atividade econômica. Poder-se-ia inclusive pensar numa *forma de desapropriação* quando houver flagrante descumprimento dos mais mezinhos direitos sociais trabalhistas.

Aliás, não é necessário ir longe para encontrar a normativa que isso autoriza. Pelo contrário, a própria Constituição da República Federativa do Brasil já o permite, pelo menos quanto aos imóveis rurais. Assim dispõe o art. 184 da CF/88:

“Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que *não esteja cumprindo sua função social*, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.” (destaques não originais)

Ora, como já enfatizado tantas vezes neste artigo, para cumprir a função social da propriedade rural, o proprietário tem que, *necessariamente*, observar as “disposições que regulam as relações de trabalho” (inciso III do art. 186 da CF/88).

5 – Respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores como forma de se cumprir a função social da propriedade

Falta, apenas, definir um leque de direitos fundamentais dos trabalhadores (rurais ou urbanos) que devem ser atendidos, haja o que houver, custe o que custar, por se tratar de direitos mínimos, ou, na feliz expressão de Mauricio Godinho Delgado, de um *patamar civilizatório mínimo* (DELGADO, 2009, p. 1.321).

Pois bem, como já asseverei alhures:

DOCTRINA

“(…) para que (a pessoa) possa custear todas estas necessidades vitais (alimentação, saúde, moradia, vestuário), inclusive de transporte e lazer, *precisa de trabalho*, não de qualquer um, mas de trabalho em que, primeiro, tenha respeito à sua condição de ser humano, em que se zele por *sua saúde físico-funcional*; segundo, trabalho que lhe assegure a renda mínima para o custeio daquelas necessidades, o que implica, indubitavelmente, *o respeito aos direitos trabalhistas mínimos*, como anotação de sua CTPS (se empregado), pagamento pontual do salário, irreduzibilidade salarial, respeito aos limites diário e semanal de duração do trabalho, concessão de repouso semanal e remunerado, gozo de férias anuais e remuneradas, licença à gestante com o pagamento correspondente, redução dos riscos inerentes ao trabalho, eliminação ou proteção contra os efeitos da insalubridade, da periculosidade e da penosidade, dentre outros.” (SILVA, 2008, p. 79)

No mesmo sentido, veja-se antiga lição do maior jurista social do Brasil, para quem os direitos fundamentais (mínimos) dos trabalhadores são os seguintes:

“(…) salário mínimo; limitação da jornada (adicional de hora extra); adicional noturno; férias anuais e feriadados; décimo terceiro salário; regras de proteção ao salário; proteção contra alterações contratuais por ato exclusivo do empregador; descanso semanal remunerado; verbas indenizatórias na dispensa injusta; aviso prévio; estabilidade provisórias no emprego; FGTS; proteção do trabalho da criança, do adolescente e da mulher; normas de segurança e higiene do trabalho; direito de greve e seguro social contra contingências sociais.” (MAIOR, 2000, p. 140)

Com efeito, é imperioso sustentar que o proprietário rural – e, em grande medida, também o proprietário urbano – somente cumprirá a função social da propriedade se não negligenciar o atendimento desses *direitos mínimos* dos trabalhadores que empregam parte de sua energia vital para o sucesso do empreendimento, *sob pena de desapropriação para fins de reforma agrária*, ainda a ser feita de forma séria no Brasil.

Em suma, deve o empregador (rural ou urbano) respeitar os seguintes direitos fundamentais sociais mínimos: (i) *anotar a CTPS* de seus empregados, para evitar a chaga do trabalho informal, que tantos males causa à sociedade como um todo, sendo este o mínimo de dignidade que pode ser conferido ao trabalhador – ao lado do pagamento do salário –, porque o registro permite a este comprovar sua *identidade profissional*; (ii) efetuar o *pagamento pontual do salário* – observado o mínimo legal ou convencional –, haja vista que o

salário tem incontestável *caráter de subsistência* para a classe trabalhadora; (iii) observar rigorosamente os *limites de jornada de trabalho* – limites diário e semanal, com a imprescindível concessão de repouso semanal (remunerado) e de gozo oportuno das férias anuais (remuneradas) –, inclusive porque se trata de uma das formas *mais eficazes* de proteger a saúde do trabalhador; (iv) adotar medidas – cumprimento das NRs fundamentais aplicáveis – para a *redução dos riscos inerentes ao trabalho*, eliminando, na medida do possível, os efeitos da insalubridade, da periculosidade e da penosidade, ou neutralizando de maneira eficiente esses efeitos.

Não cumprindo o empregador – sobretudo o rural – essa normativa mínima, poderá perder sua propriedade, que seria então *desapropriada por interesse social, para fins de reforma agrária* (art. 184 da CF), por não cumprir a função social da propriedade. Com efeito, nunca é demais lembrar que as ideias aqui defendidas estão em consonância com o texto constitucional, porquanto a norma do art. 186, III, da CF, que dimensiona a função social da propriedade rural, exige a *observância dos direitos trabalhistas*. Dito de outra maneira, a inobservância dos direitos trabalhistas mínimos pode ensejar mesmo a desapropriação do bem em questão.

Pior ainda se esse proprietário mantiver *trabalhadores em condições análogas às de escravo, vilipêndio extremo* dos direitos trabalhistas que dramaticamente sói acontecer, ainda, em pleno século XXII, nesse desigual e injusto país. A propósito, muito bem-vinda a Emenda Constitucional nº 81, de 2014, por meio da qual se alterou a redação do art. 243 da Constituição da República Federativa do Brasil, para se permitir expressamente a temida *expropriação* – sem qualquer indenização ao proprietário – de propriedades urbanas e rurais, quando o seu proprietário reduzir seus trabalhadores à condição de escravos. A leitura do texto constitucional não deixa margem a dúvidas:

“Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas *ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei* serão *expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular*, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins *e da exploração de trabalho escravo* será *confiscado* e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.” (destaques não originais)

Tamanho ilícito como o do trabalho em condições análogas à de escravo vem tipificado no Código Penal Brasileiro (art. 149 do CP), dado que faz notar a dimensão da lesão provocada por essa conduta e o inquestionável interesse público que se revela em seu combate (ação penal pública incondicionada). Trata-se de conceito que abrange não somente (i) trabalho forçado, (ii) restrição de locomoção por dívida contraída, (iii) retenção do trabalhador em razão de vigilância ostensiva, (iv) sonegação de meios de transporte e (v) apoderamento de documentos e bens pessoais do trabalhador, mas também (vi) *jornada exaustiva* e (vii) condições degradantes de trabalho.

Lamentavelmente, é forçoso admitir que “o trabalho em condições análogas à de escravo é um problema ainda muito atual no Brasil” (BRITO FILHO, 2018, p. 137). Embora haja considerável esforço institucional no sentido de prevenir e reprimir essa dura realidade, os combates são numerosos, requerendo persistência e perspicácia que evitem passos em falso. O jurista aqui mencionado, grande especialista no assunto, narra brevemente a *trajetória* que se tem traçado até o presente momento em busca da erradicação¹⁹ de tamanha afronta aos direitos fundamentais e sociais.

“Penso que o ponto inicial, nesse relato, são as inspeções no meio rural, especialmente no sul e no sudeste do Estado do Pará (...), na primeira metade da década de 1990”, valendo mencionar que naquela ocasião o dispositivo penal mencionado acima (art. 149) vigia com sua redação original, ou seja, caracterizava-se apenas “pela identificação de haver ou não trabalho forçado” (BRITO FILHO, 2018, p. 139).

Posteriormente, a partir da segunda metade da década de 1990, ocorreram modificações significativas:

“O Brasil reconheceu que seu território ainda abrigava, mesmo que à margem da lei, o trabalho escravo. Criou-se grupo no Ministério do Trabalho, hoje Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), de caráter nacional e conhecido como Grupo Especial de Fiscalização Móvel, ou, de forma mais reduzida, como ‘Grupo Móvel’. A inspeção mudou sua maneira de agir, assim como mudou a atuação do Ministério

19 “A erradicação do trabalho escravo, embora possa e deva existir como meta, em termos reais não é possível. É que, como os modos de execução são diversos, e os limites entre a normalidade das exigências feitas pelo tomador dos serviços e a ilicitude decorrentes dessas mesmas exigências não têm contornos que não possam ser extrapolados, sempre haverá hipóteses em que o tomador, normalmente pela ganância, pela busca do lucro fácil, será tentado a se desviar do caminho da normalidade para o da ilicitude. O que é importante, então é ter os contornos do que é lícito e do que é ilícito bem-definidos, assim como uma sistemática capaz de evitar, ou de, pelo menos, reprimir as condutas lesivas.” (BRITO FILHO, 2018, p. 140)

Público do Trabalho (MPT). (...) Foi um período com resultados significativos.” (BRITO FILHO, 2018, p. 139-140)

Horizontes foram ampliados quando o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a *Justiça Federal* como *competente* para julgar ações penais instaladas com fulcro no art. 149 do CP, “começando a haver mais celeridade no julgamento das denúncias oferecidas pelo Ministério Público Federal pelo crime de redução da pessoa à condição análoga à de escravo” (BRITO FILHO, 2018, p. 140). Na verdade:

“No Ministério Público Federal, a responsabilidade pela repressão ao Trabalho escravo é dos Procuradores da República. No MPF, conforme informações, e considerando todo o Brasil, havia, em 2014, ‘2.232 investigações em andamento referentes aos crimes relacionados à prática de trabalho escravo, previstos nos arts. 149, 203 e 207 do Código Penal (dados de 2013)’, sendo que “os estados onde há maior foco da prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal (redução a condição análoga à de escravo), são: o Pará, com 295 investigações em andamento, Minas Gerais, com 174, Mato Grosso, com 135 casos e São Paulo, com 125.” (Disponível em: <http://www.trabalhoescravo.mpf.mp.br/trabalho-escravo/atuacao_mpf.html>. Acesso em: 11 jun. 2014) (BRITO FILHO, 2018, p. 140)

Outro *mecanismo relevante* nesse percurso, na seara administrativa, é a “inclusão do tomador de serviços no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, também chamado de *lista suja*”. Criado pelo Ministério do Trabalho e Emprego²⁰, o mecanismo operava cominando “restrições de crédito em órgãos oficiais de fomento, bem como restrições de natureza comercial em geral” (BRITO FILHO, 2018, p. 141), o que se trata de uma resposta muito efetiva, uma vez que “o acesso ao financiamento pode ser uma poderosa ferramenta para desenvolver a economia rural” (DUMÊT FARIA, 2018, p. 133).

Esse mecanismo administrativo foi amplamente questionado e retaliado, chegando a restar prejudicado diante de medida cautelar liminar deferida no bojo da ADI 5.209. Outra Portaria²¹ foi editada e, por não ter produzido efei-

20 Mediante a Portaria nº 540, de 19 de outubro de 2004, posteriormente regulamentado pela Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011.

21 Portaria Interministerial nº 4, de 11 de maio de 2016.

tos devido àquela liminar, sucedeu-se a terceira Portaria²², também objeto de questionamento²³ (BRITO FILHO, 2018, p. 141-142).

Atualmente, portanto, outra batalha se mostra relevante, sobre a abrangência do *conceito de trabalho em condições análogas às de escravo*:

“(...) convive-se com uma nova portaria do Ministério do Trabalho, de nº 1.129, de 13 de outubro de 2017 (...), que pretende, (...) alterar a própria compreensão do que é trabalho em condições análogas à de escravo, submetendo todos os seus modos de execução à violação da liberdade de ir e vir, o que contraria a doutrina e a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal a respeito (...).

Menos mal que o ato normativo encontra-se agora com seus efeitos suspensos por decisão liminar da Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos da ADPF nº 489 em 23 de outubro de 2017.” (BRITO FILHO, 2017, p. 142)

A mais importante medida que pode ser adotada no combate ao trabalho em condições análogas às de escravo, contudo, é o mecanismo da *expropriação*, pois intrinsecamente relacionado ao (des)cumprimento da *função social da propriedade*, o tema central deste trabalho. A reforma constitucional já citada (Emenda Constitucional nº 81, de 5 de junho de 2014), ao alterar o art. 243 da CF/88, embora tenha veiculado algumas impropriedades terminológicas, promoveu a instauração de *efetivo mecanismo* para se coibir essa prática. Não obstante, como o novo texto constitucional se refere a “exploração de trabalho escravo na forma da lei”, torna-se imperioso que a lei tenha um conceito abrangente do que se pode considerar como trabalho escravo, mais apropriadamente, *trabalho em condições análogas à de escravo*.

Assim, a alteração do art. 243 da CF “nasceu sob o signo de uma impropriedade e de uma ameaça” (BRITO FILHO, 2017, p. 143).

“A impropriedade foi inserir a expressão trabalho escravo na disposição constitucional, pois, em regime jurídico que não reconhece escravidão, não há trabalho escravo, e sim trabalho em condições análogas à de escravo (...).

Há também uma ameaça. É que a menção à ‘exploração de trabalho escravo na forma da lei’, que, em perspectiva lógica, só poderia ser o art. 149 do Código Penal, na verdade reflete a tentativa de haver

22 Portaria nº 1.129, de 13 de outubro de 2017.

23 ADPF 489/2017.

regulamentação diversa, e que restrinja as hipóteses em que se reconhece o trabalho em condições análogas à do escravo. O que se quer é retirar duas hipóteses que configuram, sim, trabalho escravo, mas incomodam os representantes dos setores em que há mais ocorrências desse ilícito: a jornada exaustiva e o trabalho em condições degradantes, ou seja, limitar o trabalho escravo a modos em que há violação direta da liberdade de ir e vir, como afirmei ao norte, neste item, e é, claramente, também o que move a Portaria nº 1.129/2017, do Ministério do Trabalho.”²⁴ (BRITO FILHO, 2017, p. 143)

Se aprovados os projetos de lei que pretendem restringir a tipificação de trabalho em condições análogas à de escravo, haverá um *retrocesso sem precedentes* no combate a essa chaga que assola o país, em pleno século XXI, na contramão de toda a evolução constitucional e legal no sentido de se instituírem mecanismos ou instrumentos por meio dos quais se pode exigir do proprietário brasileiro o cumprimento da *função social da propriedade*.

Ora, a *jornada exaustiva*, em mais de 11 (onze) horas diárias, não pode ser permitida em hipótese alguma, por implicar em *risco gravíssimo* de acidentes e sobretudo de adoecimentos ocupacionais, que podem resultar em mortes ou incapacitações definitivas dos trabalhadores²⁵ (SILVA, 2013, *passim*), o que conduz à excessiva oneração dos cofres da Previdência Social, que é custeada por toda a sociedade brasileira. Portanto, há um relevantíssimo *interesse social* em que a função social da propriedade seja de fato atendida, havendo farta comprovação científica dos malefícios das extensas jornadas de trabalho para a vida e a saúde do trabalhador, seus bens mais preciosos e que, portanto, devem ser protegidos por uma atuação *coordenada* dos organismos estatais. Daí que o efetivo respeito aos direitos mínimos dos trabalhadores, dentre eles os *limites*

24 A propósito, o autor citado se refere a dois PLs em trâmite no Congresso Nacional, com o escopo de alterar o tipo do art. 149 do Código Penal. A ver:

“Iniciativa nesse sentido pode ser identificada no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 432, de 2013, em que para os fins do que consta no art. 243 da Constituição da República, pretende-se que o trabalho escravo seja reconhecido somente na ocorrência das seguintes hipóteses: trabalho forçado, restrição de locomoção por dívida contraída, retenção do trabalhador em razão de vigilância ostensiva, sonegação de meios de transporte, e por se apoderar o tomador de documentos e bens pessoais do trabalhador, ou seja, hipóteses já previstas na legislação penal, com exclusão, como dito, da jornada exaustiva e das condições degradantes de trabalho.

(...) há ainda o PL (Projeto de Lei) nº 3.842, de 2012, da Câmara dos Deputados (...). Seu objetivo é alterar o art. 149 do Código Penal Brasileiro, eliminando os seguintes modos de execução: jornada exaustiva, trabalho em condições degradantes, e retenção do trabalhador pelo apoderamento de seus bens ou documentos”. (BRITO FILHO, 2017, p. 143)

25 Para um aprofundamento nesse rico tema, de consultar SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*. São Paulo: LTr, 2013.

de jornada de trabalho, deve formar parte de uma luta incessante dos atores jurídicos, que precisam, na seara trabalhista, investigar mais a *estreita relação* que existe entre o cumprimento da função social da propriedade e a proteção aos direitos laborais básicos.

6 – Considerações finais

A ordem constitucional instaurada pelo marco de 1988 conclama a formulação de um Estado Democrático (e Social) de Direito que garanta um *patamar civilizatório mínimo*; a serviço desse ideal se posta uma série de institutos jurídicos, dentre os quais o da *função social da propriedade*, analisado neste artigo.

Numerosa e abalizada doutrina se produziu no sentido de investigar qual a melhor delimitação desse conceito, chegando-se, atualmente, à noção de que toda propriedade é *continente* de uma função social, sendo esta, portanto, *conteúdo* do próprio direito. É dizer: se há propriedade, então necessariamente haverá uma função social que se cumprir, pois o instituto em foco não é mera limitação de direito real, mas seu conteúdo e essência, um verdadeiro *imperativo ontológico*.

O direito de propriedade absoluto e sagrado, sobre o qual se erigiu o sistema econômico capitalista, numa reviravolta conceitual, é colocado em xeque pelo interesse social no atingimento de ideais mais nobres que o da simples acumulação de riquezas, para que se possa alcançar uma sociedade na qual realmente se garanta a dignidade e a liberdade *real*. Assim, a ordem econômica deveria passar a ser um *mecanismo de conciliar classes antagônicas*, por meio da superação das extremas desigualdades e não pela manutenção de privilégios que impedem uma igualdade mínima.

Experiências constitucionais anteriores, que foram inovadoras ao recepcionar a função social da propriedade como *conteúdo* do próprio direito real, como as do México, a partir de 1917, e da República de Weimar, de 1919 à ascensão de Hitler, dão mostra da *potencialidade* de tal instituto, ainda que também atestem sobre como é necessário bem cuidar de sua integridade e efetividade para evitar que retrocessos no progresso social conduzam ao caos como ponto (semi) final do trajeto, como seu deu com o totalitarismo nazista.

Com efeito, no estudo das primeiras experiências internacionais da “função social” da propriedade em correlação com a “valorização do trabalho”, de se pontuar que todas as “revoluções” supracitadas (revolução mexicana e proclamação da República de Weimar) tiveram como causa a necessidade de *tutela*

de condições humanas mínimas para os trabalhadores (rurais ou operários). Destarte, a função social da propriedade teve como principal objetivo nesses ordenamentos jurídicos, além do benefício da coletividade de trabalhadores, a *pacificação dos conflitos sociais*.

Contudo, infelizmente os avanços sociais logo são seguidos de enormes retrocessos, como se tem visto no Brasil nos últimos anos. A esse respeito, veja-se a bela síntese de Denise Auad, ao analisar o caso de Weimar:

“A Constituição de Weimar abriu as portas para a positivação dos direitos sociais, dando-lhes *status* de norma constitucional, o que foi muito importante para iniciar um processo de conscientização, no mundo ocidental, de que a dignidade humana deve ser garantida pelo Estado; caso contrário, todas as outras disposições de seu ordenamento jurídico restarão prejudicadas.

No entanto, é paradoxal contrapor essa conscientização com a realidade concreta dos Estados. A importância dos direitos sociais é um consenso no plano da teoria; todavia, a prática sinaliza um caminho inverso, ou seja, o aumento da exclusão social e da concentração da riqueza. Apesar dos avanços tecnológicos da modernidade, ainda há, por exemplo, muitas pessoas morrendo de fome no mundo, não pelo fato de não haver alimento suficiente para todos, mas, simplesmente, pelo fato de não possuírem renda para comprar comida. O problema está, portanto, em nossa própria organização social, a qual, na prática, visa muito mais ao lucro, à competição, ao consumo desenfreado do que ao bem-estar humano. Daí porque os discursos de defesa dos direitos sociais incomodam tanto quando há a possibilidade de se tornarem reais.

O episódio de Weimar sinalizou o quanto a sociedade ainda está imatura para a implementação de uma ordem social mais justa, haja vista que, quando a Alemanha teve a possibilidade de escolher um modelo democrático pela via reformista, contida em sua Constituição, de 1919, decidiu pela manutenção dos privilégios das elites econômicas, mesmo às custas da criação de um Estado totalitário, supressor, inclusive das liberdades individuais.” (AUAD, 2008, p. 352)

E no Brasil a situação é ainda mais grave. Apesar da clara normativa a respeito da função social da propriedade na Constituição de 1988, com destaque para seu art. 186, III, no que toca às questões laborais, *nunca houve* uma política séria de exigibilidade do cumprimento desse imperativo ontológico, tanto que nunca houve uma reforma agrária para valer no país, tampouco desapropriação

por descumprimento da função social da propriedade. E a expropriação pela manutenção de trabalhador em condições análogas às de escravo está com os dias contados, a depender da alteração que se der no art. 149 do CP brasileiro.

Não deveria ser assim! O trabalho humano é um *valor tão extraordinário* – e não uma mercadoria como se quis definir com a Lei da Reforma Trabalhista – que deveria ter forte reverberação em todo o sistema jurídico, tanto que, se bem definido e respeitado, pode ter numerosas (e poderosas) implicações, inclusive as de propiciar a *desapropriação* ou a *expropriação* de determinado bem imóvel, pelo descumprimento da legislação trabalhista. Esse ideal não deveria assustar tanto. Se houvesse a compreensão do verdadeiro significado – negativo – de se manter uma relação de trabalho sem o cumprimento da legislação protetiva básica ou de se manter trabalhadores em condições análogas às de escravo, a pauta de reivindicações da sociedade exigiria o fiel cumprimento da função social da propriedade.

É dizer, o imperativo ontológico da função social da propriedade e a garantia de um patamar civilizatório mínimo são *verso e reverso* da mesma medalha. Assim proclama a ordem constitucional brasileira, como se viu ao longo deste trabalho.

De se enfatizar: a função social da propriedade se trata de um *imperativo ontológico sob o prisma constitucional*, conquanto negligenciado na prática, o que talvez seja uma das razões dos sucessivos fracassos dos planos econômicos dos governos de todas as vertentes políticas que têm ocupado o Palácio do Planalto.

Quando a sociedade brasileira exigir o *cumprimento de sua própria Constituição*, a despeito de suas preferências partidárias, poderá ser inaugurado um novo ciclo nesse país, com desenvolvimento sustentável, pois a observância da função social da propriedade tornará possível uma maior circulação de riquezas, o respeito ao meio ambiente e, principalmente, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, onde o respeito aos direitos do trabalho propicie a *dignidade de todos*.

Afinal, uma propriedade que não cumpre sua função social, na dramática prosa real brasileira, é como *uma árvore que não realiza fotossíntese* (social), definha, e consigo aflige também a saúde do *habitat* em que se situa. Quando a sociedade colocar em prática os vários mecanismos que dão vida à função social dos bens jurídicos – propriedade, contrato, empresa etc. –, quando realmente se atingir a eficácia plena desse *imperativo ontológico*, então todos poderão cantar que “nossos bosques têm mais vida”, e nossos campos, mais flores.

Referências bibliográficas

- AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição federal brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, n. 1, p. 337-355, dez. 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67809/70417>>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- BRITO FILHO, José Cláudio. A responsabilidade social de bancos e o trabalho escravo. In: GOMES, Rafael de Araújo *et al.* *A responsabilidade social das instituições financeiras e a garantia dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CARTA ENCÍCLICA “RERUM NOVARUM”, do Sumo Pontífice Papa Leão XIII, *Sobre a condição dos operários*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- CHACÓN HERNÁNDEZ, David. La propiedad social en México, ¿vuelta a la función social para resolver la crisis del agro? *Estudios Agrarios*, Cidade do México, v. 20, n. 55-56, p. 71-86, out. 2014. Disponível em: <http://www.pa.gob.mx/publica/rev_55-56/analisis/la%20propiedad%20social.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COUTO, Joaquim Miguel; HACKL, Gilberto. Hjalmar Schacht e a economia alemã (1920-1950). *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 16, n. 3, p. 311-441, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ecos/v16n3/02.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- CRUZ, Alida Corey Arango. *Ejidros e comunidades agrárias em Oaxaca, México: um estudo histórico, legal e da realidade atual*. Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada na Universidade Federal de Santa Maria, Centro de Ciências Rurais, Programa de Pós-Graduação em Extensão Rural, RS, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/8929/CRUZ%2c%20ALIDA%20COREY%20ARANGO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 jul. 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- DUGUIT, Pierre Marie Nicolas Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris: s.n., 1912.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974.
- FARIA, Thais Dumêt. Trabalho decente, a OIT e instituições financeiras: um diálogo para a justiça social. In: GOMES, Rafael de Araújo *et al.* *A responsabilidade social das instituições financeiras e a garantia dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- GAY, P. *A cultura de Weimar*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- HOBSBAWM, E. J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KLEIN, C. *Weimar*. São Paulo: Perspectiva, 1995.

DOCTRINA

LOUREIRO, I. M. *A revolução alemã, 1918-1923*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

MOLINA ENRÍQUEZ, Andrés. *Los grandes problemas nacionales*. Cidade do México: Impr. de A. Carranza e Hijos, 1909. In: Biblioteca Virtual Universal. Disponível em: <<https://www.biblioteca.org.ar/libros/155877.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

MYERSON, Roger B. Political economics and the Weimar disaster. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Berlim, v. 160, n. 2, p. 187-2009, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.ingentaconnect.com/contentone/mohr/jite/2004/00000160/00000002/art00001#>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

NERY Jr., Nelson. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

PATTI, Salvatore. La funzione sociale nella 'civilistica italiana' dell'ultimo secolo. *Romatrepress*, Roma, p. 23-32, jan. 2017. Disponível em: <<http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/503/500>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

PÉREZ CASTAÑEDA, Juan Carlos; MACKINLAY, Horacio. *¿Existe aún la propiedad social agraria en México?* Polis, Cidade do México, v. 11, n. 1, p. 45-82, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/polis/v11n1/1870-2333-polis-11-01-00045.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 169, n. 43, p. 101-126, mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

REALE, Miguel. Prefácio. In: *Novo Código Civil brasileiro: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o Código Civil de 1916*. São Paulo: RT, 2002.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da Rocha. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília; São Paulo: Ática, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*. São Paulo: LTr, 2013.

_____. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVERMAN, Dan P. A Pledge Unredeemed: The housing crisis in Weimar Germany. *Central European History*, Cambridge, v. 3, n. 1/2, p. 112-139, jun. 1970. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/E320C5639132FE4E2C-C8219A1FB51955/S0008938900015168a.pdf/pledge_unredeemed_the_housing_crisis_in_weimar_germany.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2018.

DOUTRINA

TANAKA, Laura Saldívar. A reforma agrária mexicana: do *ejido* a privatização. In: MARTINS, Mônica Dias (Org.). *O Banco Mundial e a terra: ofensiva e resistência na América Latina, África e Ásia*. São Paulo: Viramundo, 2004, p. 121-144.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: reais*. São Paulo: Atlas, 2017.

Recebido em: 09/09/2018

Aprovado em: 29/10/2018

A TRANSPARÊNCIA COMO MEDIDA DE COMBATE ÀS PRÁTICAS DE TRABALHO ESCRAVO EM CADEIAS PRODUTIVAS

TRANSPARENCY AS A MEASURE TO COMBAT LABOR PRACTICES SLAVE IN PRODUCTION CHAINS

Gabriela Neves Delgado*
Maurício Ferreira Brito**

RESUMO: Com este artigo pretende-se destacar a transparência como importante instrumento para a prevenção e erradicação do trabalho escravo em cadeias produtivas. Para tanto, analisa-se a *Modern Slavery Act* inglesa, do ano de 2015, e os deveres de transparência impostos às corporações, bem como os mecanismos internos, públicos e privados, relacionados à publicidade para erradicação da escravidão moderna. Conclui-se pelo imperativo de aclarar as cadeias produtivas, com obrigações às empresas, sindicatos e Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Cadeias Produtivas. Transparência. Trabalho Escravo.

ABSTRACT: *This article intends to highlight transparency as an important instrument to prevent and eradicate slave labor in productive chains. In order to do so, we analyze the British Modern Slavery Act of 2015 and the transparency duties imposed on corporations as well as the internal public and private mechanisms related to publicity for the eradication of modern slavery. It concludes by the imperative to clarify the productive chains, with obligations to the companies, labor unions and State.*

KEYWORDS: *Labor Law. Productive Chains. Transparency. Slavery.*

Desde 2015 vigora, na Inglaterra, a Lei da Escravidão Moderna (*Modern Slavery Act*¹), legislação inédita do gênero na Europa, com previsão de nove duras sanções para os exploradores de trabalho escravo, inclusive a prisão perpétua nos casos mais graves.

* Professora associada de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UnB; vice-diretora da Faculdade de Direito da UnB; coordenadora do grupo de pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB-CNPq); pós-doutora em Sociologia do Trabalho pela UNICAMP; doutora em Filosofia do Direito pela UFMG; mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas; advogada.

** Doutorando em Direito pela UnB; membro dos grupos de pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” e “Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, do Comércio Internacional e Direitos Humanos” (UnB-CNPq); mestre e especialista em Direito; procurador do trabalho.

1 Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>>.

DOCTRINA

Entre os diversos mecanismos previstos no novo diploma jurídico, merece destaque o imperativo de transparência exigido das empresas para demonstrar a fiscalização e não ocorrência de trabalho escravo ou de tráfico de pessoas em suas cadeias produtivas (Parte 6 do *Modern Slavery Act*).

Chama atenção, na Parte 6 da Lei da Escravidão Moderna britânica, o dever das organizações comerciais de publicar, a cada ano financeiro, um relatório com a declaração das medidas tomadas durante aquele exercício para assegurar que práticas de escravidão e de tráfico de pessoas não ocorram em quaisquer de suas cadeias de fornecimento ou em alguma parte específica do seu negócio.

O atestado de transparência também pode incluir informações sobre: a) as políticas internas empresariais adotadas para o combate à escravidão e ao tráfico de pessoas; b) os processos de *compliance* relacionados à escravidão e ao tráfico de pessoas nos negócios e cadeias de produção; c) os riscos de ocorrência de trabalho escravo e tráfico de pessoas em etapas da cadeia produtiva; d) as medidas adotadas para se avaliar e gerenciar tais riscos; e) a conscientização e capacitação de empregados.

Ainda conforme a Parte 6 do *Modern Slavery Act*, caberá à organização econômica publicar, no seu endereço eletrônico e em lugar de destaque na página inicial, a declaração de combate às práticas de escravidão e tráfico de pessoas. Na ausência de endereço eletrônico, deverá fornecer declaração de idêntico teor a qualquer interessado que a solicite por escrito.

Uma breve análise da Parte 6 do *Modern Slavery Act* evidencia o esforço do Reino Unido em formatar um diploma normativo moderno, pautado na fixação de uma política pública inédita de transparência e fiscalização de ocorrências de trabalho escravo e tráfico de pessoas em cadeias produtivas.

Nesse compasso, em outubro de 2018, o Reino Unido publicou o *Annual Report on Modern Slavery*², e documentou o pioneirismo e a importância de se obrigar corporações empresariais a informar os passos adotados para erradicar o trabalho escravo em suas cadeias produtivas.

Partindo-se para o cenário jurídico interno, verifica-se que o Brasil também apresenta políticas de destaque relacionadas à transparência como instrumento para prevenção, enfrentamento e controle das práticas de escravidão contemporâneas, notadamente o Cadastro de Empregadores³ que tenham

2 Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/2018-uk-annual-report-on-modern-slavery>>.

3 O Cadastro de Empregadores é usualmente identificado pela expressão “lista suja”.

DOCTRINA

submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo, sendo este um dos temas da ADPF 489/DF, pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, e que recebeu parecer da Procuradoria-Geral da República em 25.10.2018⁴.

Neste parecer, entre os vários pontos elucidados, a Procuradoria-Geral da República reforçou a necessidade de manutenção, no caso brasileiro, de políticas de transparência e publicidade para o recrudescimento das ações nacionais de combate ao trabalho escravo, mediante o “empoderamento dos agentes competentes a fazê-lo, inclusive com a manutenção da intitulada ‘lista suja’”, apresentando como paradigma o “Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”, sentenciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 20 de outubro de 2016⁵. De fato, por ocasião do julgamento internacional, a Corte Interamericana destacou a “lista suja” como uma das relevantes políticas públicas adotadas pelo Estado brasileiro após os compromissos internacionais assumidos em 1995⁶.

O Cadastro de Empregadores que exploram mão de obra escrava foi instituído em 2003, por meio da Portaria nº 1.234, devendo o Ministério do Trabalho publicar e atualizar, desde então, a lista de empregadores que escravizam trabalhadores em seus negócios.

Este registro se justifica, na perspectiva constitucional, porque reflete, em sua dinâmica constitutiva, os *direitos fundamentais à informação* (art. 5º, XXXIII), à *publicidade* (art. 5º, LX; art. 37, *caput* e § 1º), à *transparência pública* e à *moralidade administrativa* (art. 37, *caput* e § 4º), corroborando para a promoção da ética e probidade em todos os setores, públicos e privados, do Brasil.

Ainda dentro do aspecto constitucional, a *função social da empresa* possui sustentáculo tanto no viés da livre iniciativa (art. 1º, IV, c/c o art. 170, III), como na perspectiva de garantia individual (art. 5º, XXIII), e igualmente fundamenta a transparência na prevenção e erradicação do combate ao trabalho escravo.

Na dimensão infraconstitucional, segue a Lei de Acesso à Informação, nº 12.257/2011, que determina o amplo acesso e divulgação (art. 6º, I), independentemente de solicitações (art. 3º, II), proporcionando o controle social da

4 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338929576&ext=.pdf>>.

5 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>.

6 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>, p. 115-116.

DOCTRINA

Administração Pública (art. 3º, V), de todo ato administrativo e informações de interesse público⁷.

Tais fundamentos servem de alicerce (assim como o exemplo do *Modern Slavery Act* britânico, na perspectiva do direito comparado), para levar aos particulares, notadamente às grandes corporações empresariais brasileiras, o dever de transparência e de fiscalização em suas cadeias produtivas, com o intuito de prevenir e erradicar o trabalho escravo.

À luz dessas premissas, o passo seguinte deve ser dado na direção do aperfeiçoamento e aprofundamento das medidas de transparência nas cadeias produtivas. Para além da espera do agir do Estado brasileiro, que conta com amplo supedâneo constitucional e quem sabe se aproximando da exitosa experiência inglesa, as próprias corporações empresariais, independentemente de qualquer novo regramento heterônomo, já deveriam buscar fórmulas para gerenciar o risco de trabalho análogo ao de escravo em suas cadeias produtivas, valendo-se de medidas de *compliance*, adequando, para tal desiderato, seus regulamentos internos e códigos de conduta.

Também os sindicatos, especialmente em setores sensíveis pela óptica do trabalho escravo, devem se mobilizar a favor da fixação de cláusulas sociais nos instrumentos coletivos negociados, referentes aos deveres empresariais de conhecimento, conscientização, prevenção e erradicação do trabalho escravo nas cadeias produtivas.

Por certo, os mecanismos de transparência e controle devem ser variados, sobretudo se considerada a complexidade e extensão das cadeias produtivas. Medidas de transparência seguramente contribuem e contribuirão para o alcance da máxima eficiência do sistema de proteção ao trabalho e de combate às práticas de escravidão contemporânea no Brasil.

Recebido em: 15/10/2018

Aprovado em: 29/10/2018

7 Há no âmbito do Poder Executivo Federal até mesmo um Portal da Transparência (www.portaltransparencia.gov.br), no qual são mantidas informações públicas sobre a atuação governamental.

LICENÇA-MATERNIDADE E A BUSCA DA IGUALDADE DE GÊNERO NO AMBIENTE DE TRABALHO

MATERNITY LICENSE AND THE SEEK FOR GENDER EQUALITY IN THE WORK ENVIRONMENT

Adriana Vasconcelos de Paula e Silva*

RESUMO: Este trabalho visa analisar a licença-maternidade e a licença-paternidade no Direito brasileiro. O objetivo é entender como a legislação influencia (para melhor ou para pior) a situação da mulher no mercado de trabalho. Para tanto, promovemos um estudo comparativo entre a legislação brasileira e a sueca, bem como se dedica uma seção para avaliar a implementação, sob o ponto de vista jurídico, de uma licença única de natureza familiar, tal qual no ordenamento sueco. Posto que a Suécia é um dos Estados com menor desigualdade de gênero, a pesquisa pode ser referencial para a melhoria das políticas públicas brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: Licença-Maternidade. Legislação da Suécia. Licença Única. Desigualdade de Gênero.

ABSTRACT: The work aims to analyze maternity and paternity leave in Brazil. Our main goal is to understand how legislation influences – for better or for worse – women's position in the labour market. A comparative study between Brazilian and Swedish legislation is developed; in addition, one section is dedicated to evaluate if it is legally possible to create a single parental leave, as in Sweden. Given that Sweden has one of the lowest gender discrimination rates, the research could be used to improve Brazilian public policy.

KEYWORDS: Maternity Leave. Swedish Legislation. Single Parental Leave. Gender Discrimination.

1 – Introdução

É conhecida de longa data a desigualdade existente entre homens e mulheres no mercado de trabalho. Uma das mais recentes e extensas pesquisas sobre o tema foi realizada pela ONU Mulheres, entidade criada pela Organização das Nações Unidas para cuidar da questão de igualdade de gênero.

* Procuradora do Estado de Mato Grosso; graduada em Direito pela Universidade Federal em Minas Gerais e pós-graduada pela Universidade Cândido Mendes; foi membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional em Direitos Humanos (GEDI-DH) de 2008 a 2009.

DOCTRINA

O Relatório¹ fruto daquela pesquisa trouxe alguns dados impressionantes:

- a diferença de participação na força de trabalho entre homens e mulheres é de cerca de 26%;
- a média de diferença salarial entre homens e mulheres é de 24%;
- as mulheres chegam a despender 2,5 vezes mais tempo com o trabalho doméstico do que os homens.

A partir dessas estatísticas, coloca-se a seguinte questão: *a legislação trabalhista brasileira sobre licença-maternidade contribui para a diferença de tratamento de gêneros no ambiente de trabalho?*

Trata-se de tema espinhoso, e que, infelizmente, não recebeu a devida atenção da comunidade jurídica brasileira. Nada obstante, é o problema que a pesquisa pretende enfrentar.

2 – Evolução histórica da licença-parental no Brasil

2.1 – A licença-maternidade

A história da mulher no mercado de trabalho brasileiro é bastante recente, considerando que sua entrada efetiva ocorreu muitos anos após a dos homens.

Até 1962, a mulher casada dependia de autorização do marido para exercer atividade profissional, conforme redação original do art. 233 do Código Civil de 1916:

“Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

(...)

IV – O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal.”

Somente a partir da edição da Lei nº 4.121/62 reconheceu-se o direito da mulher exercer livremente o trabalho – ao menos no plano jurídico.

1 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU MULHERES. *Relatório Progresso das Mulheres no Mundo 2015-2016*: transformar as economias para realizar direitos, Nova Iorque, 2015. Disponível em: <<http://progress.unwomen.org/en/2015/#collapseThree>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

DOCTRINA

No que concerne especificamente à licença-maternidade, esta surgiu com a publicação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, porém ainda sem natureza previdenciária².

Os arts. 392 e 393 da CLT, em sua redação original, delineavam a licença-maternidade da seguinte forma:

“Art. 392. É proibido o trabalho da mulher grávida no período de seis (6) semanas antes e seis semanas depois do parto.

§ 1º Para os fins previstos neste artigo, o afastamento da empregada de seu trabalho será determinado pelo atestado médico a que alude o art. 375, que deverá ser visado pelo empregador.

§ 2º Em casos excepcionais, os períodos de repouso antes e depois do parto poderão ser aumentados de mais duas (2) semanas cada um, mediante atestado médico, dado na forma do parágrafo anterior.

Art. 393. Durante o período a que se refere o artigo anterior, a mulher terá direito aos salários integrais, calculados de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.

Parágrafo único. A concessão de auxílio-maternidade por parte de instituição de previdência social não isenta o empregador da obrigação a que alude o artigo.”

O modelo então adotado tinha dois pontos sensíveis: (i) o empregador era responsável pelo pagamento do salário da gestante durante o período de afastamento; e (ii) não havia garantia de estabilidade. Na prática, portanto, as mulheres grávidas eram frequentemente demitidas pelos empregadores.

Com o advento da Lei Federal nº 6.136/74, a licença-maternidade foi transformada em prestação da Previdência Social.

É inegável, entretanto, que a maior evolução do tema ocorreu com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 (CR/88). A licença-maternidade foi incluída no rol de direitos sociais, além de também ser lembrada na Seção referente à Previdência Social:

2 CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. *Especial Licença-Maternidade 2* – Evolução das leis e costumes sobre licença-maternidade no Brasil, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/347647-ESPECIAL-LICEN%C3%87A-MATERNIDADE-2--EVOLU%C3%87Y%C3%83O-DAS-LEIS-E-COSTUMES-SOBRE-LICEN%C3%87A-MATERNIDADE-NO-BRASIL-%2806%2702%27%27%29.html>>. Acesso em 25.02.2017.

DOCTRINA

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

(...)

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

(...)

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante.”

Atualmente, portanto, a mulher tem direito a uma licença de 120 (cento e vinte) dias, durante os quais sua remuneração será arcada pela Previdência Social. Haverá estabilidade provisória para a gestante, pelo prazo de cinco meses (art. 10 do ADCT), ao menos enquanto a Lei Complementar a que se refere o art. 7º, I, não for editada.

“Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.”

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

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”

Registra-se, por fim, que, no caso de empresa participante do Programa Empresa Cidadã (art. 1º, I, da Lei nº 11.770/08), a licença-maternidade pode ser prorrogada por mais sessenta dias.

2.2 – A licença-paternidade

Em âmbito nacional, a licença-paternidade também foi concebida pela CLT. O art. 473, originalmente, continha um parágrafo único com a seguinte redação:

“Art. 473. (...)

Parágrafo único. Em caso de nascimento de filho, o empregado poderá faltar um dia de trabalho e no correr da primeira semana, para o fim de efetuar o registro civil, sem prejuízo de salário.”

Curiosamente, a própria lei já explicava propósito da licença: providenciar o registro civil da criança. Aparentemente, o legislador entendia que esta seria a única função do pai após o nascimento do filho.

No momento de elaboração da atual Constituição, a dilação do prazo da licença-paternidade foi motivo de debate – e piada – entre os congressistas presentes. No dia 26 de fevereiro de 1988, foi inserida em pauta a votação de aditivo ao art. 7º, XVII, do Projeto da Constituição, cuja redação estendia sua duração de um para oito dias.

Segundo consta do Diário da Assembleia Constituinte e das gravações de áudio daquela data³, o anúncio da proposta gerou gargalhadas entre os presentes, tendo o Presidente da Mesa, Deputado Ulysses Guimarães, proferido as seguintes palavras:

“Trata-se de uma homenagem ao homem gestante.

(Palmas.)

Como justificativa da proposição, podíamos lembrar o que disse o talentoso Chico Anísio: há o dia da mãe, e do dia do homem é precisamente nove meses antes do dia da mãe.

Acho que ela não precisa ser justificada, porque é evidente a alegria dos homens que aqui se encontram diante desta proposição.”

Um dos autores do Projeto, o Deputado Alceni Guerra pediu a palavra antes da votação. Em um discurso inflamado – e que acabou comovendo os demais parlamentares – Guerra discorreu sobre seu trabalho como médico, os atendimentos que realizou para uma gestante pobre que faleceu durante o parto

3 GUERRA, Alceni. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*: discursos e notas taquigráficas. Brasília: 26 de fevereiro de 1988. Discurso proferido perante a Assembleia Constituinte. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/191anc26fev1988.pdf#page=37>>. Acesso em: 27 fev. 2017. O áudio do discurso pode ser acessado em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sEwyHKZQHfQ>>.

e a difícil gravidez enfrentada por sua esposa. Ressaltou a lamentável situação de mulheres que, quando impossibilitadas de dar assistência aos filhos, não podiam contar com o apoio do pai.

A Emenda acabou sendo aprovada – muito embora não tenha sido o prazo de oito dias que prevaleceu. Conforme se observa pela redação final do art. 7º, XIX, a definição do prazo da licença foi relegada para lei ordinária (não editada até a presente data) – enquanto não sobreviesse a disciplina legal, seria de cinco dias (art. 10, § 1º, do ADCT).

Em síntese, o que motivou o constituinte a promover um singelo aumento da licença foi a possibilidade excepcional de a mãe adoecer após o parto – como se somente tal situação pudesse despertar a necessidade de maiores cuidados da criança pelo pai.

Recentemente, o art. 1º, II, da Lei nº 11.770/08, com a redação dada pela Lei nº 13.257/2016, possibilitou a prorrogação da licença para 20 dias, mas apenas para empresa participante do Programa Empresa Cidadã. De acordo com informações oficiais do ano de 2012, menos de 10% das empresas brasileiras haviam feito a adesão⁴.

2.3 – Comparativo: licença-maternidade e paternidade na Europa

Os quadros comparativos a seguir confrontam as licenças maternidade e paternidade na Europa. Os dados foram extraídos de uma pesquisa desenvolvida pelo Parlamento Europeu em 2015⁵, para analisar as políticas de gênero nos países membros.

A partir desses dados comparativos, podem-se traçar duas conclusões iniciais, que serão importantes para o presente trabalho.

O Brasil acompanha a maioria dos países europeus no que concerne à licença-maternidade, já que a barra *average* (média, em tradução livre), no Quadro 1, indica uma duração em torno de 20 semanas (140 dias).

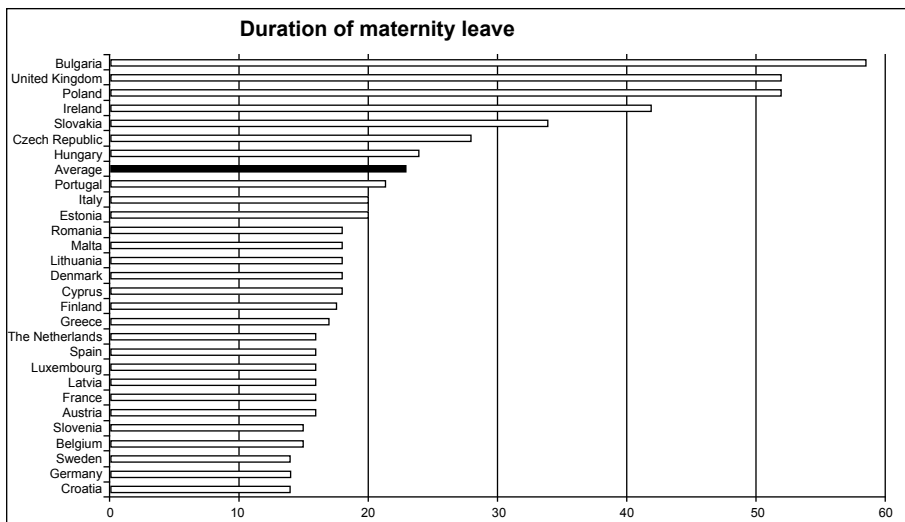
Por outro lado, o país está entre os que concedem licença-paternidade breve – embora seja interessante observar que há uma variação bem maior da duração da licença-paternidade entre o conjunto dos países comparados.

4 PORTAL BRASIL. *Menos de 10% das empresas concedem licença-maternidade de 6 meses*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/02/menos-de-10-das-empresas-concedem-licenca-maternidade-de-6-meses>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

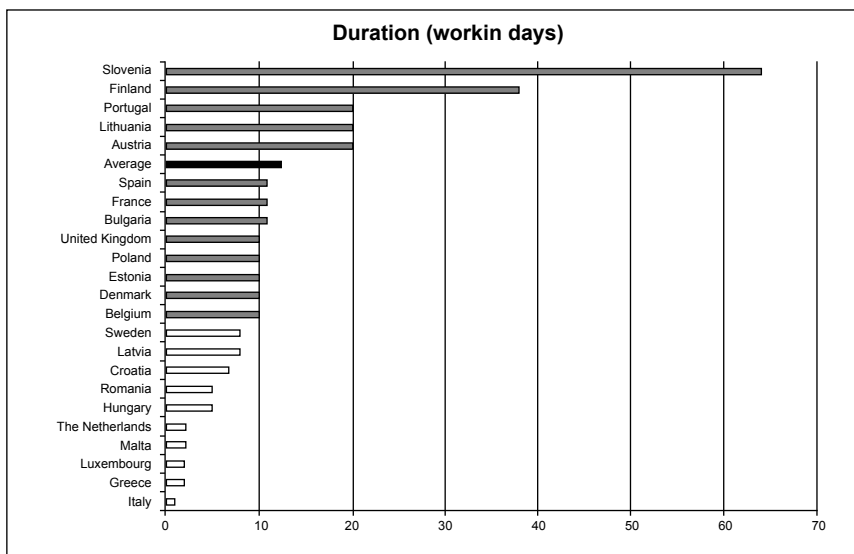
5 EUROPEAN PARLIAMENT. *Maternity, paternity and parental leave: data related to duration and compensation rates in the European Union*, Bruxelas, 2015. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509999/IPOL_STU\(2015\)509999_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509999/IPOL_STU(2015)509999_EN.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2017.

DOCTRINA

Quadro 1 – Licença-maternidade (duração em semanas)



Quadro 2 – Licença-paternidade (duração em dias)



3 – Evolução da licença-parental na Suécia

3.1 – A Suécia na década de 1930

Na década de 1930, a Suécia enfrentava uma situação que se tornou recorrente em parte da Europa: o acentuado declínio da taxa de natalidade.

Desde o ano de 1810, o país havia experimentado um grande crescimento populacional, devido à queda da mortalidade. Tempos depois, contudo, ocorreu uma correspondente queda da natalidade, que atingiu seu ápice em 1930⁶.

Assim, em um futuro próximo, a população seria composta por uma minoria jovem, responsável por sustentar os cidadãos mais velhos. Evidentemente, este quadro seria prejudicial para a economia, reduzindo a produtividade e os investimentos locais. A partir de então, surgiu a dúvida: qual a política pública adequada para resolver o problema?

Em retrospectiva histórica, Karin Andersson⁷ indicou uma das primeiras políticas públicas adotadas: uma lei que ficou popularmente conhecida como *Lex Hinke*, em 1910. O diploma remonta a uma palestra ofertada pelo ativista Hinke Bergegren em Estocolmo, na qual apresentou diversos métodos contraceptivos. O evento ficou conhecido, em tradução livre, como “Amor sem Crianças” (*Kärlek utan Barn*).

O Parlamento sueco, composto majoritariamente por conservadores, editou a referida lei em resposta, banindo qualquer tipo de educação pública ou anúncios sobre anticoncepcionais.

Além da questão moral, uma das justificativas da lei era justamente o declínio populacional. O entendimento do Legislativo era de que a disseminação de métodos contraceptivos iria desestimular as famílias suecas a terem filhos.

Aquela política acabou causando alguns efeitos colaterais, como o aumento do número de abortos ilegais, já que a ausência de educação sexual é uma causa comum da gravidez indesejada.

Em 1934, os sociólogos Alva e Gunnar Myrdal publicaram o livro *Kris i befolkningsfrågan* (Crise na Questão Populacional, em tradução livre), que se tornaria um clássico do tema.

Segundo Linda Haas⁸, os Myrdals rejeitavam o controle familiar pelo Estado e entendiam que a “Lex Hinke” deveria ser revogada. Defendiam que

6 KÄLVEMARK, Ann-Sofie. *Sweden in the 1930s: population development, population debate and policy implications* (Chapter 2). More children of better quality? Aspects on Swedish population policy in the 1930's, Uppsala, 2002 (publicação on-line). Disponível em: <<https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10224/3533/kalvemark.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 1º mar. 2017.

7 ANDERSSON, Karin. *The Swedish anti contraceptive law 1910-1938: showing how the pro contraceptive discourse advocate change* (Tese de Mestrado), Lund University, Faculty of Social Sciences, Suécia, 2012. Disponível em <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=3053058&fileId=3053061>>. Acesso em: 1º mar. 2017.

8 HAAS, Linda. *Equal parenthood and social policy: a study of parental leave in Sweden*. Albany: State University of New York Press, 1992. p. 20.

a questão da crise de natalidade deveria ser solucionada por um plano público que auxiliasse a conciliação de trabalho e vida familiar. Esta diretiva deveria ser seguida especialmente para as mulheres, a fim de que o Governo, ao invés de dificultar sua entrada no mercado de trabalho, incentivasse a combinação entre emprego e maternidade.

O chamado Estado Social, na Suécia, foi implementado sob forte influência da obra dos Myrdals, já na década de trinta. Sem entrar nos pormenores das reformas legislativas, foi neste momento em que a licença-maternidade começou a ganhar importância, com a ideia de que a mulher deveria ter um afastamento temporário e remunerado do trabalho, a fim de cuidar de seu filho, porém sem o risco de perder o emprego.

3.2 – Igualdade de gênero como política pública

Apesar das mudanças promovidas, as mulheres não estavam, de fato, presentes no mercado de trabalho. Mais do que alterações legislativas, havia a questão cultural: as mulheres eram socialmente vistas como aptas para a vida doméstica, enquanto aos homens cabia o papel de provedor do lar.

Haas⁹ aponta o crescimento da economia sueca nos anos 1960 como o momento chave de transformação do trabalho feminino. A expansão industrial e o incremento do setor público criaram um excesso de empregos que não era preenchido pela população masculina. Noutras palavras: o afastamento das mulheres do mercado de trabalho se tornou algo economicamente ruim, além de um entrave relevante para o desenvolvimento nacional.

Assim, o Governo sueco deu mais um passo: criou programas para incentivar mulheres (e mães) a trabalharem. Dentre eles, podem-se citar programas vocacionais para mulheres, abolição de leis restritivas ao trabalho feminino, incentivo para que mulheres ocupassem profissões “não tradicionais” e para que meninas se interessassem por matérias escolares de cunho científico. Ou seja, a igualdade de gênero no trabalho tornou-se uma prioridade do Estado sueco (e pode-se dizer que o é até hoje).

O *site* oficial do Governo da Suécia aponta três reformas como essenciais na promoção da igualdade de gênero¹⁰:

9 *Ibidem*, p. 26.

10 GOVERNMENT OFFICES OF SWEDEN. *Gender equality policy in Sweden*. Suécia, 2016. Disponível em: <<http://www.government.se/4afec2/contentassets/efcc5a15ef154522a872d8e46ad69148/161219-infokit-uppdatering2.pdf>>. Acesso em: 1º mar. 2017.

- separação das rendas do casal para fins de tributação (1971): foi um incentivo para que ambos os cônjuges trabalhassem;
- desenvolvimento de creches e pré-escolas públicas (1974);
- criação de uma licença-parental, sem distinção de gênero (1974).

Esta última medida que, como anunciado, consiste no objeto principal deste estudo, e que será desenvolvido a seguir. O que deve ser salientado, neste momento, é que o próprio Governo sueco reconhece a importância da licença-parental unificada para a conquista de isonomia entre homens e mulheres. A política familiar apoia um modelo de família com dois provedores, que é considerado pedra de toque da igualdade¹¹.

3.3 – Primeira reforma da licença-maternidade

A primeira reforma da licença-maternidade ocorreu no contexto de re-discussão do lugar da mulher no mercado de trabalho.

As primeiras políticas de inclusão, da década de 1930, tinham como centro o modelo da dupla jornada: a mulher deveria ter o apoio do Estado para balancear trabalho e vida doméstica. Embora este pensamento represente um inegável avanço, ele ainda padece de um preconceito: a premissa de que os afazeres domésticos (especialmente o cuidado dos filhos) são atividades femininas.

No contexto da década de 1960, quando se iniciou um efetivo esforço de inclusão das mulheres no trabalho, seu papel na família começou a ser questionado, principalmente pelo movimento feminista sueco.

Muitos historiadores apontam como marco inicial do debate a publicação de um artigo chamado *Kvinnans villkorliga frigivning* (em tradução livre, “A Emancipação Condicional da Mulher”). Nele, a autora, Eva Moberg, critica a aptidão natural atribuída às mulheres sobre a maternidade. Segundo Moberg (*apud* HASS, 1992, p. 38-39):

“Em verdade, não há conexão biológica alguma entre a função de dar à luz e cuidar de uma criança e a função de lavar suas roupas, preparar seu alimento e tentar dar a melhor criação para que ela se torne uma boa pessoa (...) O conceito de duplo papel tem um efeito pernicioso a longo prazo. Ele perpetua a ideia de que mulheres têm o dever inato de prote-

11 *Idem*.

ção de crianças, da família e de cuidado do lar (...) Homens e mulheres têm um mesmo papel principal: o de seres humanos.”¹² (tradução livre)

Outros textos no mesmo sentido levaram a uma discussão cada vez mais profunda sobre o dogma da posição da mulher na família, e foi sob influência desse movimento que a Suécia realizou a primeira reforma da licença-maternidade.

Em 1974, a Suécia foi o primeiro país a unificar as licenças maternidade e paternidade, de forma que ambos os genitores pudessem cuidar dos filhos sem prejuízo do emprego.

Conforme relatado por Anders Chronholm¹³, a partir da Reforma de 1974, o pai poderia, além de 10 dias de licença para si, dividir o período de licença de seis meses concedido à mãe. Além disso, os pais receberam dez dias extras de licença, por ano, para cuidar dos filhos que estivessem doentes. Este período, também, poderia ser dividido entre o casal da forma que entendesse melhor.

Mais do que alteração legal, é inegável o efeito simbólico que a transformação da licença significa. A licença-parental deixa de ser um direito individual do pai ou da mãe, e passa a ser um direito familiar. E, com isso, a lei deixou de pré-fixar qual a função que cada genitor deve exercer – cabe ao casal decidir.

3.4 – Reforma de 1995: a quota não transferível do pai

À medida que o novo sistema era implementado, estatísticas demonstraram que as mães utilizavam a maior parte (ou toda) da licença. Mais uma vez, ficou clara a influência cultural: ainda que oferecida a oportunidade de divisão equânime de tempo, a maioria dos casais atribuía à mulher os afazeres domésticos e aos homens a função de provedor. E isto ocorria apesar dos esforços do Poder Público em promover mais participação feminina no ambiente de trabalho.

Diante dessas circunstâncias, após sucessivas reformas que haviam modificado apenas a duração da licença-parental, a Suécia realizou outra mudança significativa na base do sistema.

12 MOBERG, Eva. The conditional emancipation of women, 1962. In: HAAS, Linda. *Equal parenthood and social policy: a study of parental leave in Sweden*. Albany: State University of New York Press, 1992. p. 38-39. Infelizmente, após pesquisa exaustiva, não foi possível localizar uma versão em inglês ou francês do texto original de Moberg.

13 CHRONHOLM, Anders. Fathers' experience of shared parental leave in Sweden. *Recherches Sociologiques et Anthropologiques*, Louvain-la-Neuve, vol. XXXVIII, n. 2, 2007. Disponível em: <<https://rsa.revues.org/456>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

Em 1995, foi introduzida a chamada quota do pai (popularmente conhecida em inglês como *Daddy Quota* ou *Daddy Month*): dentro da licença-parental, trinta dias deveriam ser destinados aos homens, não transferíveis para as mulheres. A quota não era mandatória; porém, caso observada, a remuneração da licença seria maior¹⁴. A vantagem pecuniária acabou servindo como um forte incentivo.

A medida, contudo, não passou imune de críticas. Afinal, se o objetivo do Estado era promover a liberdade familiar na distribuição do trabalho, parecia contraditório “forçar” o homem a permanecer em casa.

Essa polêmica é alvo de fortes debates na Noruega, país de origem da ideia das quotas (e que também adota a licença-parental unificada). Como resultado, há uma perceptível variação sobre o lapso temporal da quota.

Em 1993, criou-se a regra de que, dentro do total da licença, no mínimo quatro semanas seriam do pai. O período da quota foi gradualmente aumentando até atingir quatorze semanas; contudo, em julho de 2014, foi reduzido para 10 semanas¹⁵.

Nada obstante, a Suécia seguiu um caminho diferente. Em 2002, a quota paternal passou a ser de dois meses; e, mais recentemente, em 2016, aumentou para três meses¹⁶. A experiência indica, portanto, que a Suécia considera a quota um fator positivo.

3.5 – Cenário atual

Concluída a digressão histórica, a situação da Suécia é a seguinte:¹⁷

Atualmente, a licença-parental é de 480 dias, remunerados, dos quais 90 devem ser desfrutados pelo pai e 90 pela mãe. O período restante pode ser repartido como os genitores preferirem.

14 STATISTICS SWEDEN. *Women and men in Sweden: facts and figures*, Suécia, 2006. Disponível em: http://www.scb.se/statistik/_publikationer/le0202_2006a01_br_x10st0602.pdf. Acesso em: 2 mar. 2017.

15 GENDER IN NORWAY. *The Father's Quota*. Noruega, 2014. Disponível em: http://www.gender.no/Topics/13/sub_topics?path=5/964. Acesso em: 2 mar. 2017.

16 GOVERNMENT OFFICES OF SWEDEN. *Gender equality policy in Sweden*. Suécia, 2016. Disponível em: <http://www.government.se/4afec2/contentassets/efcc5a15ef154522a872d8e46ad69148/161219-infokit-uppdatering2.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2017.

17 FÖRSÄKRINGSKASSAN (Seguridade Social da Suécia). *Parental benefit*. Suécia, 2017. Disponível em: https://www.forsakringskassan.se/privatpers/foralder/nar_barnet_ar_fott/foraldrapenning!/ut/p/z0/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAfjjo8ziTTxcnA3dnQ28_U2DXQwczTwDDcOCXY1CDc31g1Pz9AuyHRUBTbm8uw!!/. Acesso em: 3 mar. 2017.

4 – Resultados da experiência sueca

O impacto social da reforma do sistema de licenças pode ser analisado a partir das estatísticas dos órgãos oficiais da Suécia, eis que, regra geral, elas consideram a divisão de gênero como referencial¹⁸.

Como já mencionado, após a instituição de uma licença única, em 1974, observou-se que as mães continuavam a desfrutar da maior parte (ou da totalidade) do período de afastamento. O Quadro 3, a seguir, traz a distribuição dos dias da licença, percentualmente, entre homens e mulheres, por ano¹⁹.

Quadro 3 – Evolução da distribuição dos dias de licença-parental, percentualmente, entre mulheres (W) e homens (M)

Days for which parental allowance paid for care of children, 1974–2015

Number of days in 1 000s and sex distribution (%)

Year	Parental allowance			Temporary parental		
	Number	Sex distribution		Number	Sex distribution	
		W	M		W	M
1974	19 017	100	0	689	60	40
1980	27 020	95	5	3 042	63	37
1985	33 193	94	6	4 156	67	33
1990	48 292	93	7	5 731	66	34
1995	47 026	90	10	4 890	68	32
2000	35 661	88	12	4 403	66	34
2005	42 659	80	20	4 421	64	36
2010	49 719	77	23	4 657	64	36
2015	53 177	74	26	6 069	62	38

Number of days with partial benefit is re-calculated to entire days.

Source: Swedish Social Insurance Agency

Até meados da década de 1990, o percentual dos homens é baixo – varia de 0% a 10%. Provavelmente a instituição da quota paternal, em 1995, foi o principal fator responsável pela mudança deste quadro. Em dez anos, o percentual masculino dobra.

Atualmente, pais suecos utilizam cerca de 25% (um quarto) da licença. É um percentual que parece pequeno quando comparado aos esforços do Estado para aproximar os homens da vida doméstica, mas bastante significativo quando comparado às licenças paternidade em outros países (inclusive o Brasil).

18 THE COUNCIL FOR OFFICIAL STATISTICS. *Official statistics of Sweden: Annual Report 2012*, Suécia, 2012, art. 14, p. 74. Disponível em: <http://www.scb.se/statistik/_publikationer/OV9999_2012A01_BR_X43BR1301ENG.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2017.

19 STATISTICS SWEDEN. *Women and men in Sweden: facts and figures*, Suécia, 2006, p. 38. Disponível em: <http://www.scb.se/statistik/_publikationer/1e0202_2006a01_br_x10st0602.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2017.

DOCTRINA

Para além dos números, diversos estudos foram feitos (inclusive subsidiados pelo próprio Governo sueco), a fim de avaliar a relação entre a licença única e a redução da diferença de gênero. Tudo indica que, de fato, existe uma ligação entre os dois.

O órgão oficial de estatísticas (*Statistics Sweden*), em estudo consolidado em 2016²⁰, levantou as seguintes informações²¹:

– na faixa de 25 a 44 anos, 54% das mulheres possuem Educação Superior (este percentual era de 28% na década de 1990);

– as mulheres representavam apenas 24% dos estudantes de Pós-Graduação entre 1985 e 1986. Em 2014-2015, elas se tornaram quase 50%;

– durante a semana, mulheres costumam empregar uma média de 26 horas em trabalhos não remunerados (aqui incluídos os afazeres domésticos). No início da década de 1990, eram 33 horas médias;

– em 2015, considerando a faixa etária de 20 a 64 anos, a presença feminina no mercado de trabalho foi aproximadamente 83,7%, com desemprego relativo de 6,4% (uma média bem próxima dos homens).

Quando entrevistados, homens que fizeram uso da licença remunerada para ficar em casa com os filhos por um período maior afirmaram que²²:

– a experiência os tornou mais conscientes da extensão do trabalho doméstico, tornando sua divisão mais igualitária;

– perceberam que o trabalho doméstico também está ligado à função de ser pai, pois é importante manter a casa limpa pelo bem da criança.

O fato de o pai usar a licença também é apontado como causa do aumento de renda e melhora da autoestima de mães suecas²³.

20 *Ibidem*, p. 27, 32, 35, 46 e 47

21 O site oficial do Governo da Suécia define a igualdade de gênero como pilar daquela sociedade; assim, existe uma grande variedade de dados e estatísticas que consideram o gênero como referencial. Muitas destas informações podem ser utilizadas para subsidiar nossa conclusão.

22 CHRONHOLM, Anders. Fathers' experience of shared parental leave in Sweden. *Recherches Sociologiques et Anthropologiques*, Louvain-la-Neuve, vol. XXXVIII, n. 2, 2007, p. 18-20. Disponível em: <<https://rsa.revues.org/456>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

23 Nesse sentido:

S.H. Why Swedish men take so much paternity leave. *The Economist*. Londres, 22 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2014/07/economist-explains-15>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

BENNHOLD, Katrin. In Sweden, men can have it all. *The New York Times*. Nova Iorque, 9 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2010/06/10/world/europe/10iht-sweden.html>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

Evidentemente, não se pode afirmar que a licença compartilhada é a única medida que gerou tais resultados. Porém, é um passo muito importante.

Isso porque o nascimento de um bebê muda a rotina de uma casa, demandando mais atenção e dedicação dos adultos responsáveis. Se esta obrigação for centrada unicamente na figura da mulher, é inevitável que ela fique sobrecarregada e perca produtividade no trabalho. Consequentemente, haverá menos mulheres em posições de chefia ou em cursos de aprimoramento profissional.

A Suécia vislumbrou esse problema muito cedo em sua história, e desde a década de 1930 busca solucionar a equação mulher e trabalho. Pode não ter atingido a igualdade ainda, mas certamente é um dos países mais avançados no tema.

5 – Perspectivas para o Brasil

O objetivo deste tópico é avaliar o que poderia ser aproveitado da experiência sueca no cenário brasileiro. Embora sejam países muito diferentes, acredita-se que o modelo da licença única poderia ser adotado no Brasil, com as devidas adaptações.

5.1 – A contradição do modelo brasileiro

De acordo com o art. 226 da CR/88, a família é instituição que goza de proteção do Estado, não podendo este intervir no seu núcleo.

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

O Estado brasileiro, portanto, parece respeitar a liberdade familiar. Diz-se “parece” porque, na verdade, não o faz.

Quando o constituinte fixou uma licença para a mãe (relativamente longa) e uma para o pai (muito curta), há uma mensagem implícita: a mãe deve ficar em casa e o pai deve voltar para o trabalho. Não há espaço para outro tipo de organização familiar; é esta dinâmica que a Constituição impôs para todas as famílias brasileiras.

É por isso que se diz que a família não está, de fato, imune à interferência estatal. A própria Constituição, por via transversa, impôs o modelo de família que entende mais adequado. Modelo este que está presente não só na lei, mas arraigado na cultura nacional.

Prova disso é o apego que a mídia brasileira tem pela figura da mulher-dupla jornada – aquela que concilia perfeitamente os afazeres domésticos e o trabalho. Publicidade e produções televisivas a colocam como o símbolo da mulher moderna, o ideal a ser atingido. Basta um olhar na prática, entretanto, para perceber que se trata de um arquétipo idealizado, impossível de existir.

Primeiro porque não existe uma aptidão natural para gerenciar uma casa e trabalhar fora, simultaneamente. Tanto é assim que, tradicionalmente, atribui-se a primeira função à mulher e, a segunda, ao homem. A duas, não se pode ignorar o tempo e energia que as atividades domésticas exigem – especialmente se houver filhos envolvidos.

Uma pesquisa recente da Universidade de Estadual de Campinas (Unicamp)²⁴ revelou que as mulheres com filhos chegam a empregar entre 20 e 25 horas em afazeres do lar. Somando esta cifra à jornada semanal máxima do trabalhador brasileiro (44 horas²⁵), tem-se uma assustadora média de 64 a 69 horas de trabalho semanais.

O paradigma da dupla jornada, portanto, longe de ser um reconhecimento da força feminina, é um entrave para evolução da mulher no mercado de trabalho. Não por acaso se fala muito da dupla jornada da mulher que é mãe, mas o mesmo não se aplica ao homem que é pai.

5.2 – Possibilidade jurídica de unificação da licença-paternidade e maternidade

Entende-se que, considerando o ordenamento jurídico atual, é possível a transformação da licença-paternidade e maternidade em uma licença única, desde que observados certos requisitos.

24 ALVES FILHO, Manuel. Tudo como antes. *Jornal da Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP*. Campinas, 27 de fevereiro de 2015 a 8 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/ju/617/tudo-como-antes>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

25 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) 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”.

DOCTRINA

De início, é intuitivo que uma reforma dessa natureza deve ser operada por meio de Emenda à Constituição, visto que licença-maternidade e paternidade são matérias formalmente constitucionais. Assim, há que se observar o rigoroso rito previsto no art. 60.

Lado outro, pode-se questionar se emenda nesse sentido violaria o Princípio da Vedação ao Retrocesso. Afirma Luís Roberto Barroso²⁶:

“(...) o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substantiva ou equivalente. Isto é, a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada.”

Na linha proposta pelo jurista, pode-se concluir que a unificação da licença-parental, por si só, não representa retrocesso social. É que, na verdade, não está sendo retirado um direito da mulher ou do homem; eles estão recebendo a prerrogativa de dispor do direito como entenderem melhor.

Além disso, a criação de uma licença sem distinção de gênero diminui a discriminação de arranjos familiares não tradicionais (como casais homoafetivos ou formados por mães solteiras). Não será mais necessário identificar um indivíduo como “pai” e um como “mãe”; o benefício será destinado à família enquanto unidade.

Ressalva-se, apenas, que o período total da nova licença não poderia ser inferior à soma das atuais licenças paternidade e maternidade (5 dias + 120 dias = 125 dias). É que, como estes lapsos temporais são conquistas sociais, haverá retrocesso na sua diminuição.

5.3 – Constitucionalidade da criação de quotas

Passamos agora a um ponto mais delicado: a possível alegação de inconstitucionalidade na criação de quotas de licença-parental para serem usufruídas pelos homens.

26 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 381. No trecho citado, o autor refere-se especificamente à revogação de normas infraconstitucionais que fere o princípio da vedação ao retrocesso. Acredita-se, porém, que o mesmo raciocínio é válido para reformas constitucionais.

DOCTRINA

Como mencionado, discute-se muito na Noruega se a quota viola a liberdade familiar. Julie Brodtkorb, uma das líderes do Partido Conservador Norueguês Høyre, afirma que²⁷:

“Cada família é única e cabe a ela decidir como organizar o dia a dia da criança, não ao Estado. Com a *pappapermisjon* [quota do pai], a política invadiu a vida familiar. O sistema é muito rígido. (...) Você precisa confiar nas famílias.” (tradução livre)

Concordamos, em parte, com o argumento. É verdade que, em um Estado Democrático, não se pode obrigar legalmente este ou aquele membro da família a tomar responsabilidade nas tarefas domésticas.

Porém, também não se pode negar o peso da cultura: simplesmente criar uma licença única, de livre disposição, não fará com que os homens desfrutem dela. A tendência, como demonstrou a experiência na Suécia, é que a mãe fique com a maior parte dos dias disponíveis.

Para resolver o dilema, entende-se que o Estado brasileiro deve adotar uma solução intermediária: não forçar os homens a tirar a licença, porém conceder algum tipo de vantagem àqueles que o fizerem. Por exemplo, a quota poderia ser um mês extra de licença, que só poderia ser utilizado pelo pai ou ofertar algum benefício para o empregador do pai, tal qual uma redução de tributos incidentes na atividade empresária.

Agindo dessa forma, o Estado estaria incentivando uma conduta que atende ao interesse público, sem, ao mesmo tempo, intervir de maneira desproporcional na esfera privada.

Soluciona-se, por conseguinte, a questão da constitucionalidade da medida.

6 – Conclusões

Ante todo o exposto, cabe realizar as conclusões do presente estudo, sem pretensões de esgotamento do tema.

Entende-se que a fusão das licenças maternidade e paternidade é juridicamente possível e necessária no contexto brasileiro.

27 CHEMIN, Anne. Norway, the fatherland – Paternity leave law helps to create more equal households. *The Guardian*. Londres, 19 de julho de 2011 (publicado originalmente no jornal *Le Monde*). Disponível em: <<https://www.theguardian.com/money/2011/jul/19/norway-dads-paternity-leave-chemin>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

DOCTRINA

A inspiração de políticas públicas no modelo da mulher de dupla jornada, na verdade, prejudica a busca da igualdade de gêneros no trabalho. Igualmente, o tratamento da licença-paternidade como um direito individual do homem (e não da família) também é prejudicial. Ao unificar o sistema de licenças, pai e mãe passam a ser vistos como núcleo familiar, na qual as funções devem ser divididas igualmente.

Cumpra registrar, ainda, que o Estado brasileiro precisa assumir com mais seriedade a busca da igualdade de gênero enquanto política pública. Com efeito, o debate sobre a situação da mulher no Brasil parece ficar muito restrito ao combate à violência. Não que este seja um tema que mereça menos atenção (pelo contrário, ainda há muito o que se avançar). Mas esta não é a única vertente da desigualdade de gênero.

A isonomia no campo do trabalho é um tema subestimado no Brasil. A própria CLT, ao tratar da proteção da mulher, o faz de forma lacônica, ora trazendo disposições genéricas²⁸, ora se restringindo à questão física²⁹.

Apenas para efeito comparativo, a página inicial do sítio eletrônico da Suécia já traz o tema igualdade de gênero em destaque, sendo possível obter diversos materiais sobre o assunto. O *site* oficial do Planalto³⁰ não contém nenhum material deste tipo que seja de acesso rápido. A busca pelas notícias mais recentes também não revelou nenhuma reportagem a respeito.

Enfim, o Estado brasileiro ainda tem um longo caminho a percorrer se pretende almejar a igualdade material entre homens e mulheres insculpida no art. 5º, I, da Constituição.

Em conclusão, gostaria de fazer uso das palavras de Grete Berget, Ministra de Estado norueguesa à época em que o país aprovou a primeira quota

28 “Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

(...)

V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;”

29 “Art. 390. Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional.

Parágrafo único – Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos.”

30 Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>.

de licença para os pais. É uma síntese do pensamento que deu início a esta pesquisa³¹:

“Vivemos em uma sociedade em que a distribuição de papéis era clara: homens trabalhavam e mulheres cuidavam da família. Agora que mulheres adentraram no mercado de trabalho, os homens precisam assumir sua parte nas responsabilidades familiares. Isto é igualdade.”
(tradução livre)

Referências bibliográficas

ALVES FILHO, Manuel. Tudo como antes. *Jornal da Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP*. Campinas, 27 de fevereiro de 2015 a 8 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/ju/617/tudo-como-antes>>.

ANDERSSON, Karin. *The Swedish anti contraceptive law 1910-1938: showing how the pro contraceptive discourse advocate change* (Tese de Mestrado), Lund University, Faculty of Social Sciences, Suécia, 2012. Disponível em <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=3053058&fileId=3053061>>.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENNHOLD, Katrin. In Sweden, men can have it all. *The New York Times*. Nova Iorque, 9 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2010/06/10/world/europe/10iht-sweden.html>>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

_____. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>.

_____. *Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962*. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>.

_____. *Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974*. Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm>.

_____. *Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008*. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11770.htm>.

31 CHEMIN, Anne. Norway, the fatherland – Paternity leave law helps to create more equal households. *The Guardian*. Londres, 19 de julho de 2011 (publicado originalmente no jornal Le Monde). Disponível em: <<https://www.theguardian.com/money/2011/jul/19/norway-dads-paternity-leave-chemin>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

DOCTRINA

_____. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. *Especial Licença-Maternidade 2 – Evolução das leis e costumes sobre licença-maternidade no Brasil*, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/347647-ESPECIAL-LICEN%C3%87A-MATERNIDADE-2--EVOLU%C3%87%C3%83O-DAS-LEIS-E-COSTUMES-SOBRE-LICEN%C3%87A-MATERNIDADE-NO-BRASIL-%2806%2702%27%27%29.html>>.

CHEMIN, Anne. Norway, the fatherland – Paternity leave law helps to create more equal households. *The Guardian*. Londres, 19 de julho de 2011 (publicado originalmente no jornal Le Monde). Disponível em: <<https://www.theguardian.com/money/2011/jul/19/norway-dads-paternity-leave-chemin>>.

CHRONHOLM, Anders. Fathers' experience of shared parental leave in Sweden. *Recherches Sociologiques et Anthropologiques*, Louvain-la-Neuve, vol. XXXVIII, n. 2, 2007. Disponível em: <<https://rsa.revues.org/456>>.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Maternity, paternity and parental leave: data related to duration and compensation rates in the European Union*, Bruxelas, 2015. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509999/IPOL_STU\(2015\)509999_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509999/IPOL_STU(2015)509999_EN.pdf)>.

FÖRSÄKRINGSKASSAN (Seguridade Social da Suécia). *Parental benefit*. Suécia, 2017. Disponível em: <[https://www.forsakringskassan.se/privatpers/foralder/nar_barnet_ar_fott/foraldrapenning!/ut/p/z/0/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAfIjo8ziTTxcnA3dnQ28_U2DXQwezTwDDcOCXY1CDc31g1Pz9AuyHRUBTbm8uw!/>](https://www.forsakringskassan.se/privatpers/foralder/nar_barnet_ar_fott/foraldrapenning!/ut/p/z/0/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAfIjo8ziTTxcnA3dnQ28_U2DXQwezTwDDcOCXY1CDc31g1Pz9AuyHRUBTbm8uw!/)

GENDER IN NORWAY. *The Father's Quota*. Noruega, 2014. Disponível em: <http://www.gender.no/Topics/13/sub_topics?path=5/964>.

GOVERNMENT OFFICES OF SWEDEN. *Gender equality policy in Sweden*. Suécia, 2016. Disponível em: <<http://www.government.se/4afec2/contentassets/efcc5a15ef154522a872d8e46ad69148/161219-infokit-uppdatering2.pdf>>.

GUERRA, Alcení. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*: discursos e notas taquigráficas. Brasília: 26 de fevereiro de 1988. Discurso proferido perante a Assembleia Constituinte. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/191anc26fev1988.pdf#page=37>>. Áudio disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sEwyHKZQHfQ>>.

HAAS, Linda. *Equal parenthood and social policy: a study of parental leave in Sweden*. Albany: State University of New York Press, 1992.

KÄLVEMARK, Ann-Sofie. *Sweden in the 1930's: population development, population debate and policy implications* (Chapter 2). More children of better quality? Aspects on Swedish population policy in the 1930's, Uppsala, 2002 (publicação on-line). Disponível em: <<https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10224/3533/kalvemark.pdf?sequence=1.A>>.

DOCTRINA

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU MULHERES. *Relatório Progresso das Mulheres no Mundo 2015-2016: transformar as economias para realizar direitos*, Nova Iorque, 2015. Disponível em: <<http://progress.unwomen.org/en/2015/#collapseThree>>.

PORTAL BRASIL. *Menos de 10% das empresas concedem licença-maternidade de 6 meses*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/02/menos-de-10-das-empresas-concedem-licenca-maternidade-de-6-meses>>.

S.H. Why Swedish men take so much paternity leave. *The Economist*. Londres, 22 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2014/07/economist-explains-15>>.

STATISTICS SWEDEN. *Women and men in Sweden: facts and figures*, Suécia, 2006. Disponível em: <http://www.scb.se/statistik/_publikationer/le0202_2006a01_br_x10st0602.pdf>.

THE COUNCIL FOR OFFICIAL STATISTICS. *Official statistics of Sweden: Annual Report 2012*, Suécia, 2012. Disponível em: <http://www.scb.se/statistik/_publikationer/OV9999_2012A01_BR_X43BR1301ENG.pdf>.

Recebido em: 07/10/2018

Aprovado em: 29/10/2018

A CONVENÇÃO Nº 137 DA OIT E O FUTURO DO TRABALHO PORTUÁRIO NO BRASIL

ILO CONVENTION NO. 137 AND THE FUTURE OF PORT WORK IN BRAZIL

Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho*
Lucas Rênio da Silva**

RESUMO: Muito tem sido falado em termos de 4ª Revolução Industrial. Nos portos brasileiros, a mecanização e a automação avançaram de modo significativo nas três últimas décadas e, a exemplo do que já se verifica na Europa e na Ásia, esse processo de evolução tecnológica tende a se intensificar. O planejamento sobre o futuro da relação Capital-Trabalho nos portos brasileiros passa necessariamente pelas diretrizes contidas na Convenção OIT nº 137 e na Recomendação OIT nº 145.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Portuário no Brasil. **Convenção OIT nº 137. Recomendação OIT nº 145.** Automação e Mecanização das Operações Portuárias.

ABSTRACT: Much has been said in terms of the 4th Industrial Revolution in the Brazilian ports mechanization and automation have advanced significantly in the last three decades, as in Europe and Asia, and this process of technological evolution tends to intensify. The planning of the future of the Capital-Labor relationship in Brazilian ports necessarily passes through the guidelines contained in ILO Convention no. 137 and ILO Recommendation no. 145.

KEYWORDS: Port Work in Brazil. ILO Convention no. 137. Recommendation ILO no. 145. Automation and Mechanization of Port Operations.

1 – Introdução

Os portos são importantes para o desenvolvimento econômico de um país de vocação marítima como o Brasil, pelo menos em relação à extensão de sua costa.

* *Procurador do trabalho; coordenador da Coordenadoria Nacional do Trabalho Portuário e Aquaviário do Ministério Público do Trabalho; doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC de São Paulo; mestre em Direito Previdenciário pela PUC-SP; especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo; especialista em Relações Internacionais pela UCAM-RJ; bacharel em Ciências Náuticas pela Escola de Formação de Oficiais da Marinha Mercante do Rio de Janeiro.*

** *Advogado, sócio da Advocacia Ruy de Mello Miller, com atuação especializada na área trabalhista sindical, coletiva e portuária; especialista em Direito e Processo do Trabalho pela USP (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco); especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); coautor do livro “Direito portuário – Regulação e trabalho na Lei nº 12.815/13”.*

Embora o modal aquaviário seja subaproveitado no Brasil, fruto de decisões estratégicas equivocadas dos responsáveis pelas políticas de transporte, ainda assim o transporte marítimo responde pelo maior volume de carga transportada no comércio exterior.

E tudo que advém do comércio exterior, pela via marítima, necessariamente passa pelos portos nacionais. Portanto, não há como negar ser o setor portuário estrategicamente relevante para o Brasil, sob diversas perspectivas.

A atividade portuária, pela dinâmica imposta ao setor, tem observado, ao longo da segunda metade do século XX, uma verdadeira revolução no que se refere ao processos de movimentação de carga.

Não apenas pela introdução do contêiner, ponto de chegada da unitização da carga geral, mas sobretudo pela mecanização dos processos de carga e descarga dos granéis sólidos e líquidos.

O presente estudo tem como objetivo principal analisar os impactos dos modernos processos de movimentação de carga nos portos brasileiros e a perspectiva trazida pela Convenção nº 137 da Organização Internacional do Trabalho de garantia da busca de emprego permanente aos trabalhadores portuários avulsos.

2 – Um panorama evolutivo do trabalho portuário

O porto é o espaço em que ocorrem transferências de cargas e/ou pessoas derivadas do meio aquaviário.

Antes de adentrar no tema específico do artigo, parece relevante afirmar, com suporte em Wayne K. Talley, professor de economia e diretor do “Maritime Institute” na Universidade Old Dominion em Norfolk, Virgínia (Estados Unidos) que “um porto é um ‘motor’ para o desenvolvimento econômico regional ao aumentar a empregabilidade, a renda do trabalho, os ganhos empresariais, e tributos na região”¹.

A atividade portuária está umbilicalmente ligada à indústria do transporte marítimo. Pode-se, inclusive, afirmar que os dois setores estão simbioticamente interligados, o que significa dizer que a existência de um depende da existência do outro.

1 “A port is an ‘engine’ for regional economic development by increasing employment, labor incomes, business earnings, and taxes in the region” (tradução livre dos autores). TALLEY, Wayne K. *Port economics*. London e New York: Routledge, 2009. p. 7.

DOCTRINA

Ligada aos primórdios da humanidade, a navegação teve papel destacado no processo histórico de desenvolvimento cultural, comercial, industrial e econômico das sociedades ao redor do mundo. O uso mercantil do transporte marítimo foi certamente a mola propulsora dessa realidade.

Em retrospectiva histórica sobre o tema, Flávia Lanari descreve que, no século V a.C., os fenícios formavam uma potência marítima nas relações comerciais da Antiguidade clássica com atuação que se estendia “(...) pelos Mares Egeu, Mármara e Negro e indo até a Sicília (...) na Sardenha, na Córsega, em todo o norte da África e Península Ibérica, indo para o norte da Europa até o Mar Báltico e para o sul até as Ilhas Canárias”².

Ronaldo Fleury e Cristiano Paixão destacam que, à altura do período situado entre 3100 e 2900 a.C., “os portos fluviais já tinham finalidade mercantil na Mesopotâmia e que na Grécia antiga o comércio marítimo foi determinante para a sobrevivência e a expansão daquela civilização”³.

O labor humano se manifestava na construção das embarcações, na propulsão das mesmas e no carregamento e descarregamento de mercadorias nos portos. Personificavam-se numa só figura o trabalho marítimo e o portuário, contexto no qual os marinheiros ficavam responsáveis pelos embarques e desembarques das cargas. A partir de um determinado momento, porém, o labor portuário se descolou do marítimo e passou a fazer parte de uma realidade social independente.

Essa ocorrência histórica foi destacada pela Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do Proc. RODC – 2017400-75.2004.5.02.0000:

“Se, nos primórdios da navegação comercial, as embarcações levavam seus próprios estivadores, para carga e descarga da mercadoria nos portos, a evolução posterior, visando à redução dos custos, foi a de contratar o pessoal dos portos para essas fainas, reduzindo a tripulação dos navios mercantes.”

A referida ilação atribui um caráter econômico à gênese da divisão entre Trabalho Marítimo e Trabalho Portuário. Lançando um olhar diferente sobre o nascimento do Trabalho Portuário como categoria autônoma, Francisco Edivar Carvalho aponta que:

2 LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 22.

3 PAIXÃO, Cristiano; FLEURY, Ronaldo Curado. *Trabalho portuário: a modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil*. São Paulo: Método, 2008. p. 16.

DOCTRINA

“As tripulações dos navios mercantes, após longos e cansativos dias de mar, quando atracavam nos portos, repassavam o carregamento ou descarregamento das mercadorias a outros trabalhadores com o intuito de gozarem merecido descanso e, assim, recomporem suas energias para novamente suportarem os longos e cansativos dias a bordo ao singrarem os oceanos, resultando em oportunidades de trabalho para aqueles que tinham nos portos sua fonte de renda.”⁴

Também é possível inferir que a evolução das embarcações, notadamente da sua forma de propulsão, provocou uma diminuição na quantidade de tripulantes e estes, em número reduzido, passaram a ser incapazes de realizar adequadamente o serviço portuário. Provavelmente uma parte dos tripulantes que perderam o trabalho a bordo dos navios passou a oferecer sua força de trabalho nos portos.

No Brasil, Maria de Fátima Ferreira Queiróz, Rosana Machin e Marcia Couto relatam que a “atividade do Porto de Santos nasce praticamente com o próprio início da civilização brasileira, pois já em 1554 o porto (...) exportava açúcar por seus extensos trapiches”⁵.

Num primeiro momento, é bem provável que tenha havido exploração dos índios por parte dos portugueses no embarque de produtos como o pau-brasil. Passada tal fase histórica, o trabalho portuário passou a ser imposto aos escravos até o final do século XIX e início do século XX, quando, com a abolição da escravatura, os imigrantes passaram a figurar predominantemente na carga, descarga e armazenamento das mercadorias.

Maria de Fátima Ferreira Queiróz, Rosana Machin e Marcia Couto sintetizam esse processo histórico, que se desenrolou ao longo de séculos:

“Estudos históricos demonstram que a força de trabalho nos portos brasileiros tem origem com o trabalho de escravos e ex-escravos. Erica Arantes, ao estudar os negros no porto do Rio de Janeiro nos primeiros anos do século XX, aponta que estes, ‘(...) desde os tempos da escravidão, encontraram no porto um ambiente propício ao trabalho. O serviço, por ser dinamizado principalmente através da mão de obra avulsa, fazia do porto um local privilegiado onde escravos de ganho poderiam conseguir o jornal do senhor. Mesmo depois da abolição, os negros continuaram

4 CARVALHO, Francisco Edivar. *Trabalho portuário avulso antes e depois da lei de modernização dos portos*. São Paulo: LTr, 2005. p. 11.

5 FERREIRA QUEIRÓZ, Maria de Fátima; MACHIN, Rosana; COUTO, Marcia Thereza. *Porto de Santos. Saúde e trabalho em tempos de modernização*. São Paulo: Fap-Unifesp, 2015. p. 41.

dominando o cenário do cais, apesar das constantes levadas de imigrantes que chegavam na cidade⁶. Essa condição histórica deu à zona portuária do Rio de Janeiro a denominação de Pequena África, e o negro se estabeleceu como carregador no sistema de ganho. Na Bahia, em 1857, a maioria dos negros de Salvador, escravos ou não, trabalhava na rua, ou entre a casa e a rua. Os senhores de escravos ofereciam seus servos para os trabalhos avulsos (...) A origem do trabalho portuário em Santos não difere daquela do restante do país. As tarefas eram realizadas por trabalhadores negros no sistema de ganho (...) A movimentação era feita por ex-escravos e trabalhadores livres que transportavam nas costas todo tipo de produto (...) Após a alforria, concedida pela Lei Áurea em 1888, a quantia paga aos donos como aluguel passou a ser paga aos próprios escravos (...) As mudanças na composição étnica no trabalho portuário ocorrem principalmente com a chegada dos imigrantes, entre o final do século XIX e início do século XX (...) o porto de Santos foi a principal porta de entrada dos imigrantes europeus e asiáticos que vieram para o Brasil, sobretudo para o estado de São Paulo. A cidade litorânea abrigou centenas de imigrantes pobres, dedicados a profissões como carroceiros, pedreiros, alfaiates, caixeiros e trabalhadores portuários. O porto de Santos atraiu um importante contingente imigrante, que concorria à tomada de trabalho.”⁶

Desde o seu nascedouro o Trabalho Portuário se desenvolveu de modo marcadamente braçal, com o emprego de grande esforço físico e a necessidade de numerosos ternos/contingentes de trabalhadores para dar conta do embarque, desembarque e armazenamento das cargas. Essa realidade vigorou por séculos nos portos de todo o mundo. Na Inglaterra, por exemplo, Eric Hobsbawm historia que:

“Tecnicamente falando, o trabalho da estiva era espantosamente primitivo em 1889. Naturalmente, é verdade que a irregularidade essencial das chegadas e partidas dos navios impõe limites até hoje à racionalização e à mecanização da faina portuária, mas no fim da década de 1880 não havia, em absoluto, com exceção dos cais, guindastes, guinchos e ferrovias de beira de cais, virtualmente nenhum equipamento mecânico. A revolução técnica que iria mecanizar a carga e descarga de grãos e carvão, e até certo ponto da madeira, não foi iniciada seriamente senão no fim da década de 1890 e começo da de 1900, e o seu progresso

6 FERREIRA QUEIRÓZ, Maria de Fátima; MACHIN, Rosana; COUTO, Marcia Thereza. *Op. cit.*, p. 38-40.

foi lento. A melhor descrição do trabalho nas docas de Londres em 1908 dificilmente menciona equipamento mecânico, exceto no Cais Vitória (trigo, carne congelada e carvão), e, mesmo em 1914, muito içamento de carvão em Liverpool era feito em cestas manuais, enquanto a descarga de grãos por sacos estava longe de ser extinta em Bristol, mesmo após a mecanização da Primeira Guerra Mundial (...) Tecnicamente, as docas de Liverpool, tais como descritas por Sexton no fim da década de 1880, como as docas de Gênova no mesmo período, estavam mais próximas do ofício dos carregadores centro-africanos do que da indústria moderna.”⁷

No Brasil, esse cenário rudimentar ainda era forte no início do século XX. A figura emblemática de Jacinto, “o Sansão do cais santista”⁸, espelhava a realidade geral do Trabalho Portuário no Brasil.

A movimentação braçal de sacarias nos terminais e navios só começou a ser efetivamente eliminada na segunda metade do século XX, com o surgimento do contêiner, portêineres, sistemas de correias transportadoras e *shiploaders*.

Esses equipamentos substituíram a mão de obra de milhares de trabalhadores que se avolumavam em longas filas para carregar ou descarregar navios. Com efeito, a evolução tecnológica do aparelhamento portuário e das embarcações reduziu sensivelmente a necessidade de participação humana nos métodos de manipulação das cargas. Conforme relata Francisco Carlos de Moraes Silva,

“Com a evolução comercial, industrial, de transportes e comunicações, as antigas gerações de navios, atendendo às necessidades tecnológicas, foram sendo substituídas, culminando por atingir a modernização dos dias atuais. Nos últimos decênios, a evolução se fez sentir de forma acentuada, com a entrada, em tráfego, de navios *full-containers*. A introdução do *container*, de maneira intensiva, em todos os principais tráfegos mundiais, modificou radicalmente a filosofia da operação portuária. Seguiram-se os navios *roll-on/roll-off*, agora já em terceira ou quarta geração, modernos transportadores de automóveis, graneleiros, petroleiros combinados e outros navios sofisticados, providos de aparelhagens coerentes com as necessidades do tráfego. Esses modernos navios vieram simplificar as operações, de forma que a intervenção humana passou a ser menos exigida... operações anteriores que necessitavam de 12 (doze)

7 HOBBSAWM, Eric. J. *Os trabalhadores*: estudo sobre a história do operariado. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 38-40.

8 Trabalhador que se tornou um mito no Porto de Santos ao ser fotografado com cinco sacas de café nas costas (cerca de 300 – trezentos – quilos ao todo). Naquela época, por volta do ano 1.900, o trabalho braçal era indispensável para o embarque e desembarque das mercadorias.

DOCTRINA

a 15 (quinze) trabalhadores para serem executadas – hoje podem ser realizadas com apenas 4 (quatro) ou 5 (cinco) pessoas.”⁹

No caso específico do Brasil essa realidade se confirmou à medida que as instalações e equipamentos foram modernizados com a injeção de capital privado.

A exemplo do que aconteceu em outros setores produtivos, essa mutação das operações portuárias foi puxada pela globalização social e econômica. Pode-se dizer que é uma questão de sobrevivência, pois os Países que não se adaptam ao processo evolutivo mundial ficam à margem do progresso econômico.

Consequentemente, os avanços sociais sofrem prejuízos. No Brasil essa necessidade é ainda maior, pois seu comércio exterior depende quase que integralmente do setor portuário¹⁰.

A modernização das operações portuárias exige que o sistema de trabalho se apresente evoluído, preparado para atender às constantes transformações da logística internacional. Dentro dessa concepção, o trabalho portuário contemporâneo é marcado por uma atuação mais especializada e dinâmica. Isto significa que as vagas para o trabalho braçal (com alto esforço físico) estão se tornando cada vez mais escassas. Por outro lado, as oportunidades de natureza técnica aumentam em termos de número e grau de importância (Ex.: operação e manutenção de equipamentos, processamento de dados informatizados, etc.).

Considerando a transição lenta de um modelo tradicional de movimentação de carga, com número elevado de trabalhadores, para um modelo automatizado, é imposto ao Estado e à sociedade, como um todo, o ônus de flexibilizar, em certa medida, o princípio da livre iniciativa, a fim de acomodar os trabalhadores portuários que venham a ficar sem trabalho.

9 SILVA, Francisco Carlos de Moraes. *Direito portuário*. Considerações sobre a lei de modernização dos portos (Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993). Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 20.

10 Conforme divulgado no *site* da extinta Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, cuja competência foi transferida para o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, “o setor portuário é responsável por mais de 90% das exportações do País” e “Os portos foram os grandes protagonistas das exportações brasileiras no ano passado. Do total de 637,6 milhões de toneladas de produtos vendidos e levados ao exterior em 2015, segundo os dados divulgados pela Secretaria de Comércio Exterior (Secex) do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), 95,9% saíram por via marítima e 2,7% por via fluvial”. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/sistema-portuario-nacional>>. Acesso em: 8 jan. 2015; <<http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/noticias/portos-do-brasil-movimentam-98-6-das-exportacoes-em-2015>>. Acesso em: 26 out. 2015.

3 – As mudanças de paradigmas no trabalho portuário

Para cumprir o objetivo central do presente estudo, embora se reconheça que o tema é de complexidade ímpar, limitar-se-á a abordar a questão à luz do emprego do trabalho humano na movimentação de cargas nos portos, tomando-se como base os reflexos da automação e a necessidade de se pensar alternativas para absorção do contingente excedente de trabalhadores portuários.

A partir dessas premissas, afirma-se que os **aparelhos e técnicas de movimentação de carga** sofrem influência direta dos tipos de navios empregados no comércio exterior, levando a repercussões recíprocas no emprego do trabalho humano, seja na indústria portuária, seja na indústria da navegação.

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, a indústria da navegação e, por consequência, o setor portuário, vem passando por um acelerado processo de mutação tecnológica.

“Mudança tecnológica, enquanto isso, coloca-se no coração de quase tudo que impulsionou o avanço sem precedente dos sistemas de navegação e portuário entre os anos de 1950s e 1980s. Navios graneleiros para óleo e *commodities* secas teriam sido impossíveis sem a importante percepção acerca do carregamento, *stress* e seu gerenciamento através do progresso em relação aos *designs* dos navios e técnicas de construção. Eles também teriam sido sem sentido sem os avanços tecnológicos no manuseio que permitiram as *commodities* a granel serem embarcadas, desembarcadas, organizadas e armazenadas nas áreas portuárias em uma escala bem maior, e com muito maior eficiência, que previamente possível. A containerização ecoou e reforçou tudo isso: novos tipos de navios baseados em concepções radicalmente diferentes de *designs*; uma revolução na natureza e capacidade dos guindastes de cais; e igualmente impressionantes avanços em outros equipamentos de manuseio para aumentar a velocidade, racionalidade – e, portanto, o custo – da armazenagem no cais.”¹¹

11 “Technological change, meanwhile, lay at heart of almost everything that had driven the unprecedented advance of shipping and port systems between the 1950s and the 1980s. Bulk carriers for oil and dry commodities would have been impossible without major new insights into loads, stresses and their management through progress with ship design and construction techniques. They would also have been pointless without technological advances in handling that enabled bulk commodities to be loaded, unloaded, organized and stored in port areas on a much greater scale, and with far greater efficiency, than had previously been possible. Containerisation echoed and reinforced all this: new types of ship based on radically different design concepts; a revolution in the nature and capacity of the quayside crane; and equally impressive advances in other handling equipment to improve the speed, rationality – and therefore the cost – of quayside storage” (tradução livre dos autores). PINDER, David; SLACK, Brian. Contemporary contexts for shipping and ports. In: PINDER, David; SLACK, Brian (Ed.). *Shipping and ports in the twenty-first century: globalization, technological change and the environment*. London e New York: Routledge, 2004. p. 3.

A introdução do *container* reflete bem essa realidade, como se pode ver do estudo apresentado por Sander Magalhães Lacerda:

“A introdução de contêineres para o transporte marítimo de cargas, a partir da década de 1960, modificou a operação tanto das empresas de navegação quanto das áreas portuárias. A oferta de serviços de transporte marítimo de contêineres tornou-se progressivamente concentrada, devido à necessidade de vultosos gastos de capital para a aquisição dos grandes e modernos navios porta-contêineres, e as empresas de navegação expandiram sua atuação do trecho marítimo do transporte para os trechos terrestres, oferecendo serviços logísticos porta-a-porta. Nos portos, a principal modificação foi a drástica redução da quantidade de mão de obra necessária para o manuseio de cargas e para as operações de embarque e desembarque. O acondicionamento das cargas nos contêineres pode ser descentralizado e realizado na origem das mercadorias, nas fábricas, ou por meio de serviços especializados, dentro ou fora das áreas dos portos. Como resultado, o tempo necessário para transportar as cargas dentro do porto e embarcá-las nos navios foi reduzido.”¹²

Destarte, ambas as indústrias sofrem os impactos da automação que, por sua vez, influi no nível de empregabilidade nos setores. Diminui-se o número de tripulantes necessários para operarem os navios e reduzem-se os ternos de trabalhadores portuários para a movimentação de cargas nos portos.

Como destacado acima, durante muito tempo eram os próprios tripulantes dos navios os responsáveis pelo carregamento e descarregamento das mercadorias. Com o passar do tempo, e com a evolução da indústria da navegação, a tripulação deixou de exercer essas atividades, tornando-se necessária a existência de trabalhadores em terra para a execução dessas operações.

Por sua vez, não fazia sentido que os armadores de navios mantivessem trabalhadores fixos nos mais diversos portos demandados por suas embarcações, contratados especificamente para movimentação das cargas transportadas. Surge, então, o trabalhador portuário, que no Brasil passou a ser exercido na dinâmica do trabalho avulso, com exceção dos trabalhadores das empresas docas, que prestavam serviços, em regra, para o Poder Público.

“O tomador dos serviços, que é o armador do navio, não tinha condições, nem interesse, em manter um grupo de trabalhadores contratados com vínculo permanente e com exclusividade para a movimentação

12 LACERDA, Sander Magalhães. Navegação e portos no transporte de contêineres. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 22, p. 215-243, dez. 2004, p. 217.

da carga nos portos. A explicação é relativamente simples: as empresas de navegação prestam serviços de transporte de mercadorias, contratando com o dono da carga onde quer que ele se encontre. Assim, onde houver carga, o navio será colocado à disposição do embarcador para transportá-la para o porto indicado no contrato como destino. Desta forma, a grande mobilidade do navio e, em diversos casos sem portos fixos de escala, gerou a necessidade de uma forma de utilização de mão de obra adaptada a esta peculiaridade.”¹³

Lógico que essa explicação é bem simplista e não revela toda a complexidade do trabalho portuário, sobretudo por abranger mais de 100 anos de história. Contudo, cabe observar que estamos diante do fechamento de um ciclo importante, com as grandes empresas de navegação enveredando também nas operações portuárias, passando a ser exploradoras, elas mesmas, de instalações portuárias¹⁴.

No âmbito da Marinha Mercante, ocorre a diminuição da tripulação, na medida em que os navios vão sendo automatizados, afetando o número de marítimos empregados nos navios, seja na seção de convés, seja na seção de máquinas, além da extinção de algumas categorias, como ocorreu com os oficiais de radiocomunicações no final da década de 1980.

Por sua vez, o trabalho portuário sofre os impactos da automação dos equipamentos de movimentação de carga, reduzindo as equipes empregadas nas operações portuárias, os denominados ternos.

Na verdade, o aumento da capacidade de carga transportada nos navios, tanto em volume quanto em massa, impôs alterações na forma de movimentação das mercadorias nos portos. A força humana empregada diretamente nessas fainas¹⁵ foi substituída pelos mais diversos equipamentos de movimentação de carga.

A nova realidade dos portos gerou intensa discussão do modelo portuário nacional no início da década de 1990, permitindo, mesmo diante das tensões geradas pelo processo legislativo, a adoção de um novo marco regulatório por

13 PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. O trabalho portuário no Brasil e no direito comparado. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). *Estudos aprofundados do Ministério Público do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. p. 936-937.

14 Logicamente que essa nova dinâmica repercute significativamente no setor portuário. Há grandes empresas de navegação de atuação mundial que integram a estrutura societária de terminais portuários, influenciando na frequência de navios em terminais localizados no mesmo complexo portuário. Essa nova realidade pode influenciar, inclusive, nas decisões estratégicas do setor, repercutindo na livre competição.

15 Denominação para trabalho realizado no âmbito portuário e aquaviário.

intermédio da promulgação da Lei nº 8.630, de 1993, denominada de Lei de Modernização dos Portos.

Portanto, a partir do processo reformador do setor portuário, é possível afirmar que as mudanças trazidas pela nova legislação em 1993, e não sendo diferente com o novo marco regulatório a partir de 2013 (Lei nº 12.815/2013), tiveram como objetivos precípuos atender aos anseios políticos e econômicos dentro de uma nova concepção do Estado (Estado Gerencial em dimensão mínima), em um ambiente mais amplo de reformas ao longo da década de 1990.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, em estudo sobre a nova regulação portuária, fazendo referência ainda à Lei nº 8.630/93, destacam que o advento deste novo regime jurídico tinha por objetivo:

“(1) atrair investimentos privados, modernizando as infraestruturas portuárias brasileiras; (2) fomentar a concorrência entre os terminais portuários, produzindo externalidades positivas para o setor e buscando atingir a eficiência por meio da competição; (3) angariar recursos para o Poder Público, por meio do arrendamento das instalações portuárias; e (4) extinguir o monopólio da gestão dos trabalhadores portuários.”¹⁶

Como se percebe dos objetivos citados acima, ao lado das questões relacionadas aos benefícios potenciais advindos da melhoria da infraestrutura portuária para o Brasil, um dos pontos centrais é justamente a mudança da forma de gestão da mão de obra portuária, notadamente a retirada do monopólio de fornecimento de trabalhadores avulsos pelas entidades sindicais.

Pode-se afirmar que o processo de modernização dos portos passava, necessariamente, pelo trabalho portuário, de uma forma geral e, em especial, pelo reconhecimento da necessidade de redimensionamento dos quadros de trabalhadores portuários avulsos existentes nos portos brasileiros.

Trabalhador portuário avulso (TPA) é aquele que presta serviços a diversos tomadores, sem a configuração da relação de emprego, na atividade de movimentação de carga nos portos, com a intermediação de um órgão gestor de mão de obra, regido por legislação específica.

Importante observar que, nessa definição, a não configuração de relação de emprego se dá em relação ao tomador do serviço final, que é o armador do navio, na medida em que o TPA irá trabalhar a bordo de navios de diversos

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 14.

armadores, nacionais e estrangeiros. Os tomadores do trabalho portuário não serão os mesmos, em regra, em cada vez que o avulso se engajar na atividade.

O operador portuário, que é a pessoa jurídica responsável por exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado, quando utilizar o trabalho avulso, também não formará com o TPA uma relação de emprego, embora a lei permita a contratação de trabalhador portuário com vínculo empregatício, desde que seja garantia a “exclusividade” em relação aos avulsos “registrados” no sistema.

Analisando as disposições da Lei nº 8.630/93, é possível concluir que houve a sistematização dos trabalhadores portuários em seis grupos, concentrando nesse diploma legal as disposições sobre o trabalho portuário, que se encontravam, até então, na CLT (capatazia e estiva) e dispersas em diversos diplomas legais (demais atividades):

“Art. 26. O trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício a prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.” (Lei nº 8.630/93)

À luz dessa lei, era possível sustentar, inclusive, a existência de uma divisão funcional das fainas nos portos enfeixadas no gênero trabalhador portuário, que poderia exercer as funções de estiva, capatazia, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância, na medida em que houve a previsão do instituto da multifuncionalidade.

“Art. 57. No prazo de cinco anos contados a partir da publicação desta lei, a prestação de serviços por trabalhadores portuários deve buscar, progressivamente, a multifuncionalidade do trabalho, visando adequá-lo aos modernos processos de manipulação de cargas e aumentar a sua produtividade.

§ 1º Os contratos, as convenções e os acordos coletivos de trabalho deverão estabelecer os processos de implantação progressiva da multifuncionalidade do trabalho portuário de que trata o *caput* deste artigo.

§ 2º Para os efeitos do disposto neste artigo a multifuncionalidade deve abranger as atividades de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, vigilância de embarcações e bloco.” (Lei nº 8.630/93)

DOCTRINA

Por intermédio dessa análise sistêmica, não existiriam categorias diferenciadas de trabalhadores portuários, mas uma divisão de funções entre os portuários. Miriam Ramoniga, escrevendo à luz da Lei nº 8.630/93, afirmou que os trabalhadores operacionais que antes da promulgação dessa lei pertenciam a diversas categorias, com a edição da referida lei estariam “agrupados em uma única categoria, qual seja, a dos trabalhadores portuários avulsos¹⁷, que podem ser cadastrados e registrados no OGMO”¹⁸.

O art. 57, § 3º, da Lei nº 8.630/93¹⁹ dispôs sobre cada uma das atividades exercidas pelos trabalhadores portuários:

“I – *Capatazia*: a atividade de movimentação de mercadorias nas instalações de uso público, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;

II – *Estiva*: a atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga das mesmas, quando realizados com equipamentos de bordo;

III – *Conferência de carga*: a contagem de volumes, anotação de suas características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência do manifesto, e demais serviços correlatos, nas operações de carregamento e descarga de embarcações;

IV – *Conserto de carga*: o reparo e restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição;

V – *Vigilância de embarcações*: a atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação;

17 Entendemos que a categoria é de trabalhador portuário, sendo que a forma de utilização do trabalho do portuário pode ser na modalidade avulsa ou com vínculo empregatício por prazo indeterminado.

18 RAMONIGA, Miriam. A relevância do Órgão Gestor de Mão de Obra para a atividade portuária. Uma análise do trabalho portuário avulso. In: CASTRO Jr., Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). *Direito portuário, regulação e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 142.

19 O art. 40, § 1º, da Lei nº 12.815/2013, de forma similar, trata de cada uma das atividades portuárias.

VI – *Bloco*: a atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos.”

Seguindo a mesma sistemática da Lei nº 8.630/93, a nova legislação portuária expressamente prevê que o trabalho nos portos pode ser exercido por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.

Em outra análise, logo após a edição da Medida Provisória nº 595, de 2012, que viria a ser convertida na Lei nº 12.815/2013, foi destacado o seguinte:

“O Poder Executivo e o Poder Legislativo, de onde provieram, respectivamente, a Medida Provisória nº 595/2012 e a Lei nº 12.815/2013, na qual ela se converteu, poderiam ter corrigido algumas questões da legislação que revogaram, em atenção à evolução por que passou a aplicação da Lei nº 8.630/93 no plano fático, mas preferiram repetir os textos revogados. E um desses pontos é justamente a contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício. O art. 40, § 2º, da Lei nº 12.815/2013 dispõe que os trabalhadores com vínculo empregatício devem ser selecionados ‘exclusivamente dentre trabalhadores portuários avulsos registrados’. E os cadastrados, estariam excluídos do acesso ao emprego? E se não existissem trabalhadores avulsos do sistema interessados na vinculação? Será que o acesso ao emprego, exclusivamente, aos avulsos registrados atende ao interesse público primário ou atende ao interesse coletivo (ou individual) dessa categoria de trabalhadores? Ainda relevante verificar que, dentro da categoria dos avulsos portuários, beneficiar-se-iam, em tese, apenas aqueles registrados, com exclusão dos cadastrados, caso a interpretação seja a literal (a mais pobre de todas as formas de interpretar o texto legal).”²⁰

20 PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. *Op. cit.*, p. 945. Francisco Edivar Carvalho e Sílvia Pires Bastos Costa enfrentam essa questão da contratação do trabalhador avulso com vínculo empregatício revelando existir certa resistência à vinculação: “Os TPA ‘registrados’ se opõem à contratação em face da discrepância de remuneração existente entre aquela que eles recebem como avulso (que é bem maior) e a que receberiam do operador portuário como empregado (que é bem menor). (...) É importante assinalar que o art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.719/98 veda ao OGMO ceder trabalhador ‘cadastrado’ em caráter permanente a operador portuário. A intenção, neste caso, foi preservar o trabalho dos ‘registrados’, posto que a contratação de cadastrados poderia retirar oportunidades de trabalho deles. No entanto, existem fainas nos portos que os ‘registrados’ não querem realizar, seja pela baixa remuneração, seja por serem perigosas ou insalubres. São exemplos a movimentação de sacarias soltas e o recheio de granéis sólidos ou porões dos navios. *In casu*, a contratação de trabalhadores cadastrados em nada prejudicaria os registrados e o serviço continuaria sendo feito por trabalhadores do sistema” (CARVALHO, Francisco Edivar; COSTA, Sílvia Pires Bastos. *Abordagem prática do trabalho portuário e avulso*. São Paulo: LTr, 2015. p. 55).

Em razão de sua especificidade e relevância, a Organização Internacional do Trabalho editou algumas convenções sobre as condições de trabalho no setor portuário, entre elas a Convenção nº 137, aprovada em 25 de junho de 1973, na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra. Essa convenção, que versa sobre as repercussões sociais dos novos métodos de manipulação de cargas nos portos, foi aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 29, de 1993, e promulgado pelo Decreto nº 1.574, de 1995²¹. O objetivo da Convenção, conforme destacado por Ronaldo Fleury e Cristiano Paixão, é a

“proteção do trabalhador portuário diante de todo o processo de automação, flexibilização e redução de quadros que marcou, a partir da década de 1970, toda a Europa Ocidental, bem como as Américas, e acabou afetando o trabalho portuário no mundo inteiro. (...) a Convenção nº 137 da OIT visa a regulamentar esse processo de redução de quadros, preservando o mínimo de direitos para os trabalhadores portuários remanescentes. (...) salvo algumas exceções no contexto internacional, pertence ao passado a mítica imagem do carregamento de navios com trabalhadores sujeitos à escalação de pranchas, ostentando sobre as costas sacarias pesadíssimas. Cargas que demoravam semanas para serem operadas, atualmente são dispostas em contêineres ou *pallets*, e o seu embarque ou desembarque não ultrapassa um dia sequer, exigindo menor número de trabalhadores e esforço físico também menor.”²²

A Convenção nº 137 da Organização Internacional do Trabalho também dispõe que o Estado deve estimular que seja assegurado aos portuários, na medida do possível, um emprego permanente ou regular (art. 2º) e que os portuários matriculados terão prioridade para a obtenção de trabalho nos portos (art. 3º).

“Artigo 2

1. Incumbe à política nacional estimular todos os setores interessados para que assegurem aos portuários, na medida do possível, um emprego permanente ou regular.

2. Em todo caso, um mínimo de períodos de emprego ou um mínimo de renda deve ser assegurado aos portuários, sendo que sua

21 Nessa oportunidade, foi também aprovada a Recomendação nº 145, que versa sobre o mesmo tema da Convenção, explicitando diversos de seus dispositivos. As convenções são tratados internacionais, passíveis de ratificação pelos países-membros da OIT, enquanto que as recomendações são fonte material de direito, cuja função é incentivar o legislador de cada país a adotar, internamente, os seus preceitos. Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 180-182.

22 PAIXÃO, Cristiano; FLEURY, Ronaldo Curado. *Op. cit.*, p. 20 e 22.

DOCTRINA

extensão e natureza dependerão da situação econômica e social do país ou do porto de que se tratar.

Artigo 3

1. Registros serão estabelecidos e mantidos em dia para todas as categorias profissionais de portuários na forma determinada pela legislação ou a prática nacionais.

2. Os portuários matriculados terão prioridade para a obtenção de trabalho nos portos.

3. Os portuários matriculados deverão estar prontos para trabalhar de acordo com o que for determinado pela legislação ou a prática nacionais.”

Ao se analisar o disposto no artigo 2 da Convenção nº 137 da OIT, sempre se pensou que o emprego ou trabalho a ser assegurado aos trabalhadores portuários avulsos seria, necessariamente, na atividade de movimentação de carga.

Os esforços hermenêuticos, nos últimos vinte anos, giraram em torno da exclusividade ou da prioridade conferida aos trabalhadores registrados ou cadastrados para contratação com vínculo empregatício por prazo indeterminado pelos operadores portuários ou titulares de instalações portuárias privativas²³.

Essa questão não será enfrentada no presente estudo considerando que se busca conferir uma visão mais ampla do trabalho que possa ser destinado aos trabalhadores portuários, ou seja, olhando-se para as inúmeras atividades que existem no complexo portuário, que gravitam em torno da atividade final de embarque e desembarque de carga.

Voltando ao artigo 2 da Convenção nº 137 da OIT, o dispositivo prescreve incumbir à política nacional estimular todos os setores interessados para que assegurem aos portuários, na medida do possível, um emprego permanente ou regular.

Em nenhum momento o texto da norma convencional restringiu a espécie de trabalho que deve ser assegurado ao trabalhador portuário, ou seja, que o emprego destinado a esses trabalhadores fosse exclusivamente na movimentação de carga nos navios (carregamento e descarregamento).

Como se sabe, a interpretação literal é a mais pobre, mas dela não pode se afastar o jurista, mormente no sistema a que se filia o direito brasileiro. O texto escrito é a base que permite ao intérprete construir a norma jurídica.

23 Terminais de uso privativo conforme definido pela Lei nº 8.630/93.

Essa afirmativa pode parecer óbvia até mesmo para o acadêmico neófito, mas recentemente parece importante reafirmar que a norma jurídica não se confunde com o texto legal e que existem normas com diferentes conteúdos axiológicos.

O que se busca com essa norma, conjugando-a com o artigo 3 da Convenção nº 137 da OIT (que dispõe que os portuários matriculados terão prioridade para a obtenção de trabalho nos portos) é assegurar que os avulsos possam ter acesso a um emprego permanente, afastando a incerteza da existência de trabalho no porto.

Aqui é preciso destacar um ponto importante: o trabalho avulso não se confunde com o trabalho eventual. A confusão na doutrina é grande, conforme aponta Alice Monteiro de Barros e advém, segundo a autora, da confusão introduzida pela legislação²⁴. Os autores que escrevem cursos de direito do trabalho normalmente abordam o trabalho avulso e do trabalho eventual em sequência.

O legislador trata do trabalho avulso, basicamente, misturando-se conceitos da legislação portuária, previdenciária e da Lei nº 12.023, de 27 de agosto de 2009. Para Luciano Martinez, trabalhador avulso é aquele cuja prestação do serviço é episódica,

“não sabendo seu tomador (e nem mesmo o próprio trabalhador eventual) quando a atividade se repetirá. No trabalho eventual os contratantes não estabelecem qualquer projeto para o futuro. Eles não sabem e não discutem quanto à continuidade da prestação, que, em regra, é pontual e instantânea.”²⁵

Obviamente isso não ocorre na atividade portuária. O trabalho do avulso portuário é essencial para o tomador de serviços e se repetirá sempre que houver carga a ser movimentada no porto. Mesmo que o operador portuário, ou o titular da instalação portuária privada, não saiba qual o trabalhador avulso que se engajará na faina requisitada, é certo que haverá algum TPA escalado para a realização da operação, podendo inclusive haver repetição do trabalhador, respeitando o rodízio²⁶.

Ronaldo Fleury e Cristiano Paixão compreendem o espírito do trabalho avulso portuário, ao enfrentarem a questão da alegada discricionariedade do engajamento no trabalho:

24 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 222-224.

25 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 151.

26 O rodízio está previsto, expressamente, no art. 5º da Lei nº 9.719, de 1998.

DOCTRINA

“Se ao trabalhador avulso são assegurados os mesmos direitos previstos aos empregados²⁷, não seria lógico tratá-lo, para efeito de obrigações, como um trabalhador eventual, ou seja, não é admissível o raciocínio de que o avulso ‘trabalha quando quer’, mas sim de que ‘ele trabalha quando tem serviço’.”²⁸

Esse entendimento parte da premissa de que as oportunidades de trabalho, dependendo da frequência de navios demandando o porto, podem ser insuficientes para permitir que todos os trabalhadores matriculados no OGMO tenham assegurado efetivo acesso ao trabalho.

Se inexistir sazonalidade na movimentação de carga containerizada, isso não ocorre com as *commodities*, sobretudo aquelas provenientes do agronegócio.

Mesmo em portos não submetidos à sazonalidade, um inchamento dos quadros de trabalhadores avulsos pode inviabilizar o acesso ao trabalho em nível de garantia de ingressos asseguradores do mínimo existencial.

Nesse sentido, deve-se estimular, como política setorial, o acesso dos TPAs ao emprego por prazo indeterminado, cumprindo as diretrizes da OIT previstas em sua Convenção nº 137, bem como convergindo ao pleno emprego, como princípio da ordem econômica (art. 170 da Constituição da República de 1988).

4 – Uma “nova” realidade nos portos: a 4ª revolução industrial

Nas últimas cinco décadas, a logística portuária tem experimentado profundas revoluções tecnológicas, e a “4ª Revolução Industrial” caminha a passos largos nos sistemas operacionais dos portos.

Num contexto de “Logística 4.0” que já se apresenta como realidade no plano internacional, terminais portuários totalmente automatizados dispensam quase que integralmente a participação humana em suas operações: *terminal tractors* transitam no costado dos navios e no pátio sem motoristas, “Portêine-res” são teleguiados, etc.

Esse tipo de Terminal, existente em portos da Europa e da Ásia, ficou conhecido como Terminal Fantasma (*Ghost Terminal*) em virtude da ausência de seres humanos no cais. No plano intermodal, já existem testes bem-sucedidos de locomotivas autônomas que fazem o transporte ferroviário entre o local de

27 Conforme prescrito expressamente no art. 7º, inciso XXXIV, da CRFB/88: igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

28 PAIXÃO, Cristiano; FLEURY, Ronaldo Curado. *Op. cit.*, p. 82.

produção e o terminal portuário, além de projetos que conectam navios não tripulados a terminais automatizados.

Esse panorama é mais impactante do que a invenção do contêiner e gera disrupção nos paradigmas que dominaram, por séculos, a atividade marítimo-portuária, refletindo diretamente nas relações entre Trabalho e Capital.

É público e notório, no Brasil e no mundo, que há cada vez menos espaço para a participação humana nas operações portuárias.

Pesquisas indicam que, no Porto de Santos, por exemplo, o terno de Estivadores para a movimentação de contêineres com pórticos mecanizados/ automatizados era composto, em média, por 10 (dez) trabalhadores no ano de 1997. Essa quantidade foi passando por reduções graduais até que, em 2012, o terno de estiva chegou ao número de 5 (cinco) trabalhadores nas operações com Guindaste MHC, e 4 (quatro) trabalhadores nas operações com Portêineres. A propósito, existem operações cujo nível de automação dispensa totalmente a intervenção de trabalho braçal (por exemplo, no embarque de granéis).

No plano internacional, essa redução da dependência de esforço humano nas operações é ainda mais drástica. Pesquisas apontam que no Porto de Roterdã, na década de 1960, a introdução dos contêineres na logística marítimo-portuária significou uma diminuição de aproximadamente 80% (oitenta por cento) no contingente de estivadores que era necessário para movimentar as cargas. No século XXI, esse mesmo Porto de Roterdã já se notabiliza pela automação na movimentação de contêineres, sendo pioneiro dentre os terminais fantasmas existentes no mundo.

Estudos revelam que os *ghost terminals* geram os seguintes índices (aproximadamente): redução de 50% no contingente de trabalhadores, economia de 70% nos custos trabalhistas e aumento de 30% na eficiência operacional. Um exemplo sintomático desse cenário está na mão de obra necessária para dirigir carretas/*terminal tractors*. Enquanto no Brasil os motoristas/operadores ainda são indispensáveis e representam significativa parcela dos quadros de colaboradores, nos terminais fantasmas esses veículos transitam de forma autônoma com rotas definidas por programas de computador. São “plataformas com rodas”, sequer possuem cabines. A operação é programada e gerenciada por um pequeno grupo de trabalhadores especializados que ficam numa torre de controle.

Na década de 1970, quando formatou a Convenção nº 137 e a Recomendação nº 145, a OIT já previa de modo bem realista que os “Novos Métodos de Processamento de Carga nos Portos” acarretariam em drástica redução dos

contingentes de Portuários. Nesse cenário, as referidas normas da OIT estabeleceram que as medidas mais adequadas para atenuar os efeitos da automação passariam principalmente por (1) antecipação de aposentadorias, (2) planos de desligamento e (3) readaptação funcional.

No tocante à “antecipação de aposentadorias”, a Lei nº 12.815/2013 foi um retrocesso em comparação com a Lei nº 8.630/93. O artigo 4 da Convenção nº 137 da OIT preceitua que “os efetivos dos registros serão periodicamente revistos a fim de fixá-los em um nível que corresponda às necessidades do porto. Quando uma redução dos efetivos de um registro se tornar necessária, todas as medidas úteis serão tomadas, com a finalidade de prevenir ou atenuar os efeitos prejudiciais aos portuários”.

A Recomendação nº 145 da OIT, por sua vez, propõe “a redução da idade para a aposentadoria ou a ajuda com vistas à aposentadoria voluntária, mediante a concessão de pensões, complementações aos valores das aposentadorias pagas pelo Estado ou indenizações” (art. 19, item *d*).

A Lei nº 8.630/93 dispunha que a inscrição do Trabalhador Avulso se extinguiu automaticamente pela aposentadoria (art. 27, § 3º). Entretanto, a Lei nº 12.815/2013 quebrou essa sistemática e passou a prever apenas duas causas para a extinção da matrícula: morte e cancelamento (por infração disciplinar). Essa modificação gera desequilíbrio, diminuindo as oportunidades de ganho para os Trabalhadores ativos que, ao contrário dos aposentados, não têm outra fonte de renda.

Quanto aos “planos de desligamento”, a Lei nº 8.630/93 previu uma série de medidas nesse sentido, tendo criado até mesmo incentivos financeiros para o cancelamento de matrícula. Na Lei nº 12.815/2013 continuam constando como atribuições do Órgão de Gestão de Mão de Obra (OGMO) a “criação de programas de realocação e de cancelamento do registro” e o repasse de “contribuições destinadas a incentivar o cancelamento do registro e a aposentadoria voluntária”. Em linhas gerais, porém, poucas iniciativas nesse sentido foram adotadas; e quando ocorreram não tiveram o alcance e a eficácia necessários para solucionar a questão.

João Bebiano Prates²⁹, ao falar sobre a “reestruturação portuária de 1993 em Portugal”, destacou que o “Pacto de Concertação Social no Sector Portuário” assinado por Governo, Empresários e Sindicatos de Trabalhadores previu como essenciais as seguintes medidas:

29 Disponível em: <http://retedigital.com/wp-content/themes/rete/pdfs/portus/Portus_6/A_reestruturacao_C3%A7%C3%A3o_portu%C3%A1ria_de_1993_em_Portugal.pdf>. Acesso: 20 jun. 2018.

DOCTRINA

“Licenciamento dos trabalhadores portuários excedentários, o que foi concretizado com a saída de 1.201 trabalhadores, representando mais de 60% do total do efectivo dos portos. As indemnizações atribuídas pela desvinculação tiveram por base, essencialmente, a remuneração mensal auferida e a antiguidade dos trabalhadores no sector, em conformidade com a legislação aplicável aos despedimentos colectivos; Controlo das novas admissões de trabalhadores portuários, por forma a evitar a repetição de novos excedentes no futuro, e, ao mesmo tempo, estabelecer, nos termos da lei, requisitos de certificação profissional dos novos trabalhadores, condicionada, designadamente, à frequência de cursos de formação profissional aprovados pelo Instituto do Trabalho Portuário (ITP).”

O contingente de Portuários que existia até a segunda metade do século XX no Brasil já não tem mais razão de ser nos dias atuais. Perdeu a lógica há bastante tempo, gerando situações anacrônicas com ternos excessivos, funções não cumpridas, etc. Reduções já aconteceram de 1993 até aqui, mas a quantidade de Trabalhadores Portuários Avulsos no sistema OGMO ainda é excessiva e precisa diminuir através das medidas propostas pela OIT e pela Lei dos Portos.

A automação dos terminais portuários brasileiros crescerá nas próximas décadas, pois, do contrário, o país ficará marginalizado nas trocas comerciais globalizadas. Nesse sentido, futuramente, o Brasil terá *ghost terminals* e o Trabalho Portuário que hoje conhecemos será profundamente modificado. Algumas décadas ainda se passarão até que a automação dos portos brasileiros alcance os níveis dos *ghost terminals* europeus e asiáticos. O impacto social será menor se as medidas previstas pelas normas da OIT começarem a ser discutidas e implementadas desde já; algo que foi feito de modo muito insipiente nesses últimos 25 anos de modernização portuária brasileira.

A “readaptação funcional” é tema relevante nessa reflexão sobre o futuro. Merecem destaque as seguintes disposições da Recomendação OIT nº 145:

“18.1) Quando diminuir a demanda de determinadas categorias de portuários deveria ser feito todo o possível para manter esses trabalhadores nos empregos da indústria portuária, dando-lhes a necessária oportunidade de readaptação profissional para trabalhar em outras categorias; essa readaptação deveria ser facilitada com suficiente antecedência, em qualquer mudança prevista nos métodos de trabalho.

2) Se fosse inevitável reduzir o volume total de inscritos deveriam ser feitos todos os esforços necessários para ajudar os portuários a

conseguir outro emprego, colocando à sua disposição os serviços de re-
adaptação profissional e a assistência dos serviços públicos do emprego.”

E não estamos falando aqui de treinamento e qualificação voltados aos métodos operacionais já existentes no Brasil. Esse quesito, que também carece de melhorias e tem sido objeto de propostas para reformulação do atual sistema “PREPOM – Marinha do Brasil”, é uma necessidade do presente.

Para o futuro do qual estamos falando, porém, o treinamento e a qualificação sobre os quais se fala hoje não terão serventia.

As atividades operacionais hoje existentes serão totalmente modificadas, e grande parte delas deixará de existir (caso dos motoristas de carreta/operadores de *terminal tractor*, por exemplo). Atualmente, os terminais brasileiros apresentam uma proporção muito maior de empregados operacionais do que de empregados administrativos. Daqui a algumas décadas esse cenário ficará invertido, e até mesmo as etapas operacionais serão realizadas por trabalhadores que ficarão em ambiente administrativo (torres de controle, como acontece em Roterdã).

O porto é muito mais do que a sua ponta final, do que a atividade finalística de carga e descarga de embarcações no cais... Entre o *gate* de entrada e o navio existem diversas atividades que geram e continuarão gerando postos de trabalho (manutenção de equipamentos, limpeza, segurança, informática, faturamento, relacionamento com clientes, etc.). Nos portos brasileiros já existem casos de Operadores de Equipamentos que se tornaram Gestores Administrativos, de Estivadores que passaram a trabalhar como Técnicos em torre de controle de navegação, etc.

Embora não haja obrigatoriedade legal, uma interpretação conceitual ampliada poderia ser adotada quanto ao espírito do artigo 3 da Convenção OIT nº 137: “Os portuários matriculados terão prioridade para a obtenção de trabalho nos portos”.

5 – Conclusão

No planejamento do futuro, poderiam ser discutidos meios para que, esgotadas a “antecipação de aposentadorias” e os “planos de desligamento”, o grupo ainda restante de Trabalhadores do sistema OGMO fosse gradativamente ocupando o “trabalho nos portos”; “trabalho” em sentido lato, e não apenas na acepção estrita do labor operacional.

DOCTRINA

Isso passaria por uma necessária conscientização dos próprios trabalhadores portuários e seus sindicatos, no sentido de compreenderem que, num futuro inevitável, o seu “trabalho nos portos” não será mais no navio, no cais, no pátio e talvez nem mesmo na operação (!).

Esse planejamento requererá um amplo debate pela via da conciliação, a exemplo do que ocorreu em Portugal através do “Pacto de Concertação Social no Sector Portuário” de 1993.

A atuação promocional do Ministério Público do Trabalho, em especial da Coordenadoria Nacional do Trabalho Portuário e Aquaviário, poderia contribuir em grande escala no diálogo social entre Capital, Trabalho e Poder Executivo.

Referências bibliográficas

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- CARVALHO, Francisco Edivar. *Trabalho portuário avulso antes e depois da lei de modernização dos portos*. São Paulo: LTr, 2005.
- _____; COSTA, Sílvia Pires Bastos. *Abordagem prática do trabalho portuário e avulso*. São Paulo: LTr, 2015.
- FERREIRA QUEIRÓZ, Maria de Fátima; MACHIN, Rosana; COUTO, Marcia Thereza. *Porto de Santos: saúde e trabalho em tempos de modernização*. São Paulo: Fap-Unifesp, 2015.
- HOBSBAWM, Eric. J. *Os trabalhadores: estudo sobre a história do operariado*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- LACERDA, Sander Magalhães. Navegação e portos no transporte de contêineres. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 22, p. 215-243, dez. 2004.
- LANARI, Flávia de Vasconcelos. *Direito marítimo: contratos e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- PAIXÃO, Cristiano; FLEURY, Ronaldo Curado. *Trabalho portuário: a modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil*. São Paulo: Método, 2008.
- PINDER, David; SLACK, Brian. Contemporary contexts for shipping and ports. In: PINDER, David; SLACK, Brian (Ed.). *Shipping and ports in the twenty-first century: globalization, technological change and the environment*. London e New York: Routledge, 2004.
- PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. O trabalho portuário no Brasil e no direito comparado. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). *Estudos aprofundados do Ministério Público do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

DOCTRINA

RAMONIGA, Miriam. A relevância do Órgão Gestor de Mão de Obra para a atividade portuária. Uma análise do trabalho portuário avulso. In: CASTRO Jr., Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). *Direito portuário, regulação e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Francisco Carlos de Moraes. *Direito portuário: considerações sobre a lei de modernização dos portos (Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

TALLEY, Wayne K. *Port economics*. London e New York: Routledge, 2009.

Recebido em: 15/10/2018

Aprovado em: 29/10/2018

CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS DE TRABALHO

ARBITRATION CLAUSE IN LABOR CONTRACTS

Lucymara Ursola Turesso Zavolski*
Ana Paula Pavelski**

RESUMO: O presente estudo teve por objetivo analisar a cláusula arbitral nos contratos de trabalho, especificamente quanto ao seu formato e o conteúdo passível de julgamento pelo juízo arbitral, notadamente considerando a limitação existente quando envolve direitos trabalhistas. A justificativa deste estudo tem como respaldo a significativa mudança provocada após a aprovação da Lei nº 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, que permitiu, com a inclusão do art. 507-A na Consolidação das Leis do Trabalho, a inserção, no contrato de trabalho de determinados empregados, de cláusula compromissória de arbitragem. Consequentemente, em primeiro plano, analisou-se a arbitragem dentro do ordenamento jurídico brasileiro, para, após, analisar o formato admissível da cláusula arbitral dentro do contrato de trabalho e o seu possível conteúdo afeto ao direito material do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Cláusula Arbitral. Dissídios Individuais Trabalhistas.

ABSTRACT: The objective of this study was to analyze the arbitration clause in labor contracts, specifically in terms of its format and the content that can be judged by the arbitral tribunal, especially considering the limitations that exist when it involves macroeconomic rights. The justification of this study is supported by the significant change brought after the approval of the Law no. 13.467/2017, called Labor Reform, which allowed, with the inclusion of article 507-A in the Consolidation of Labor Laws, the insertion in the employment contract of certain employees of arbitration clause. Consequently, in the foreground, the arbitration was analyzed within the Brazilian legal system, to pass an analysis the permissible format of the arbitration clause within the contract of employment and its possible content affecting the material labor law.

KEYWORDS: Arbitrage. Arbitration Clause. Individual Labor Disputes.

* *Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Curitiba; graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba; experiência com pesquisa nas áreas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, Direito Internacional do Trabalho, Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.*

** *Mestre em Direito Empresarial e Cidadania Pelo Unicuritiba; especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Unicuritiba; graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba – Unicuritiba; coordenadora da Especialização em Direito e Processo do Trabalho do Unicuritiba; professora da graduação em Direito do Unicuritiba professora da Escola da Magistratura do Trabalho – Ematra 9º Região; professora de cursos preparatórios para Exame de Ordem e concursos; advogada.*

1 – Introdução

Com advento da Lei nº 13.467/2018, a então intitulada Reforma Trabalhista, diversos dispositivos foram incluídos no bojo da Consolidação das Leis do Trabalho e outros tantos sofreram alterações substanciais. À revelia dos justtrabalhistas, bem verdade que a mudança mais sensível está além do texto legal, vez que com a Reforma Trabalhista, aquele modelo que primava pelo empregado como parte hipossuficiente no vínculo empregatício cedeu espaço para a tão reconhecida e valorada autonomia privada, conferindo maior liberdade para as partes contratantes. Entretanto, a vulnerabilidade, agora um tanto mitigada, ainda assim perdura como espinha dorsal do Direito do Trabalho.

Dentre as inovações legislativas, merece especial relevo a previsão constante no art. 507-A da CLT, que trata da hipótese de o empregado com remuneração acima de duas vezes o valor do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social¹, incluir cláusula compromissória arbitral quando da celebração do contrato de trabalho, afastando, por conseguinte, a competência da jurisdição estatal para dirimir eventual litígio.

Veja-se que a inclusão desta previsão é representativa para quebrar a concepção, um tanto equivocada, sobre a (in)disponibilidade total dos direitos trabalhistas, o que representaria, para alguns, um entrave real que impediria o uso da arbitragem para dirimir conflitos trabalhistas.

Em vista disso, como contextualização inicial, o presente estudo apresenta o modelo de arbitragem adotado no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente as diretrizes básicas traçadas pela Lei nº 9.307/96, além de dados concretos e objetivos de estudos realizados que confirmam os benefícios, tanto para sociedade, quanto para as partes envolvidas no conflito, da adoção da arbitragem como modelo alternativo de resolução de conflitos. Sem esgotar o tema, entretanto, pela relevância na compreensão da temática, trazemos à baila os principais argumentos apontados pela doutrina e jurisprudência como possível entrave à aplicação do procedimento arbitral para dirimir demandas trabalhistas.

Outrossim, na sequência, são analisados os elementos essenciais e característicos na formação do contrato de trabalho e o modelo admissível de cláusula arbitral e seu possível conteúdo quanto ao direito material que poderá ser apreciado e julgado pelo juízo arbitral.

1 O que totaliza a importância de R\$ 11.261,60.

2 – Da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro

Em linhas gerais, a arbitragem é um método alternativo de resolução de conflitos em que as partes, por ato volitivo e consensual, elegem um terceiro imparcial – que pode ser um árbitro ou até mesmo um tribunal arbitral – o qual terá a incumbência de solucionar a controvérsia com observância da legislação pertinente ao caso (CAHALI, 2017, p. 119). Em outras palavras, a arbitragem pode ser entendida como “um meio adequado para a solução de determinados casos, dadas as características peculiares de certas disputas” (CAHALI, 2017, p. 34-35), tendo em vista a especificidade na formação dos árbitros e das câmaras arbitrais, o que assegura maior confiabilidade nas decisões.

Como resultado da submissão do conflito à arbitragem, será proferida uma sentença arbitral, a qual detém a mesma eficácia de uma sentença judicial, vez que, pelo regramento constante na normativa processual civil², é considerada como título executivo judicial. Inclusive, é justamente neste ponto que reside a principal diferença existente entre a arbitragem e os outros métodos de resolução³ de conflitos (mediação e conciliação) (GUERRA, 2013, p. 11).

Vale ressaltar que o procedimento arbitral não significa ausência de jurisdição por dois fatores principais, quais sejam: (i) a legislação confere ao árbitro poderes e atribuições para viabilizar a condução do procedimento arbitral e, (ii) a obrigatoriedade quanto ao cumprimento da sentença arbitral, mesmo na hipótese de contrariedade dos interesses das partes envolvidas. Nesse sentido, Cahali (2017, p. 131) pontua:

“O árbitro exerce, sem dúvida, ação cognitiva na atividade julgadora, no sentido de reconhecer e aplicar o direito ao caso concreto. Os argumentos trazidos pelas partes são avaliados de acordo com todo o contexto probatório, e, com base nestes elementos, analisadas as questões de fato e de direito, obedecidas as regras de direito material e processual, promove-se o julgamento do litígio, tal qual se faz no judiciário, ensejando em uma e outra hipótese a coisa julgada.”

Neste cenário, inevitável a democratização da Justiça por meio de instrumentos alternativos de resolução dos conflitos, vez que nos países de-

2 O art. 515 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece os títulos executivos judiciais. Entre eles consta no inciso VII a sentença arbitral.

3 A arbitragem se distingue da mediação e da conciliação, na medida em que não tem a intervenção do Estado. Na mediação, o terceiro, neutro e imparcial, auxilia as partes a entender o conflito e, assim, permitir que as próprias partes encontrem a solução, ao passo que na conciliação, a função do conciliador é de orientar e indicar a solução para resolver o conflito. Como resultado, as partes formalizam acordo que é homologado pelo Poder Judiciário.

envolvidos⁴, o monopólio estatal da administração da Justiça é contrário a um contexto de progresso econômico (ANDRIGHI, 1996, p. 149), tendo em vista o incremento da complexidade das relações jurídicas que passam a ser estabelecidas.

A proposta é superar a crença, um tanto retrógrada, de que apenas o magistrado – enquanto representante do poder estatal – detém competência para resolver os conflitos, porquanto é o momento de valoração, aceitação e que se busca valorar, aceitar, integralizar e promover técnicas extrajudiciais para composição de litígios, com intuito de atender a demanda na mesma proporção da complexidade dos casos apresentados e, assim, contribuir com “momento da universalização e integração” (ANDRIGHI, 1996, p. 27).

Nesta ordem de ideias, a necessidade de romper com a visão arcaica que confere ao Poder Judiciário o monopólio da solução dos conflitos, concretiza, em alguma medida, a pacificação social, através da admissão de outros meios de resolução de conflitos, a exemplo da arbitragem, a qual é tida pela doutrina e pela prática jurídica como meio confiável, célere e altamente eficaz (ANDRIGHI, 1996, p.11).

Pertinente consignar os pontos positivos da utilização da arbitragem na resolução de conflitos, como nos apresenta Nancy Andriighi (1996, p. 23), a saber:

“(...) ousamos afirmar que os reais motivos que induzem as partes a optar pela arbitragem são: a ausência de formas excessivamente solenes; a possibilidade de julgar segundos os princípios da equidade, *ex aequo et bono*, ou de escolher, com absoluta liberdade, a lei a ser aplicada ao caso concreto; garantia da neutralidade dos árbitros na solução dos litígios envolvendo partes de nacionalidades diferentes, bem como da especialização e experiência dos árbitros.”

Os dados da pesquisa realizada para o Comitê Brasileiro de Arbitragem, relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud (2011, p. 11), apontam, em primeiro lugar, com 37%, que a principal vantagem da utilização da arbitragem é a celeridade (tempo) para obtenção de uma solução definitiva; em segundo, com 27%, o caráter técnico e a qualidade das decisões; e, por

4 Nesta linha, Elaine Christina Gomes Condado (2008, p. 86), pondera que: “A arbitragem caracteriza-se como instrumento processual constituído de princípios, que se harmoniza com as exigências de desenvolvimento econômico, financeiro e social, presentes na atualidade, em que o tempo passou a ser fator considerado preponderante na realização dos negócios, por exercer influência positiva ou negativa em seus resultados”.

fim, em terceiro lugar, com 10%, a possibilidade de indicar ou participar da escolha do árbitro.

Ademais, registra-se que este método heterocompositivo de solução de conflitos é altamente recomendado para conflitos complexos (CAHALI, 2017, p. 119), vez que o julgamento arbitral é feito em instância única, isto é, não há instância recursal, considerando o pressuposto de que as partes escolheram, previamente, os árbitros responsáveis para exame do caso (CAHALI, 2017, p. 120-121).

Como visto, os dados apenas reforçam, positivamente, a inclusão deste método como forma de resolução de conflitos, mormente considerando-se o alto grau de efetividade e execução das sentenças arbitrais. Isto porque tal procedimento, embora tenha um formalismo mitigado, permite a participação ativa das partes e, conseqüentemente, a credibilidade e exequibilidade da sentença arbitral ocorre efetivamente, o que gera efetivo benefício para os indivíduos envolvidos pelo grau de satisfação com a solução alcançada pelo juiz arbitral.

Com aprovação do Código de Processo Civil de 2015, a cultura de litigiosidade tende a diminuir com a obrigatoriedade da submissão prévia do conflito ao método heterocompositivo de resolução de conflitos – mediação e conciliação.

Nesta linha, ressalta-se que o posicionamento oficial do Conselho Nacional de Justiça é de promover, cada vez mais, o espaço para os métodos alternativos (conciliação, mediação e arbitragem), posto que esta é a via para evitar um futuro colapso da estrutura do Poder Judiciário. Inclusive, o último relatório do Conselho Nacional de Justiça indica o crescimento exponencial da utilização da conciliação para resolução dos conflitos na seara trabalhista, pois no ano de 2016, cerca de 40% dos processos em fase de conhecimento foram solucionados por meio de conciliação (CNJ, 2017, p. 125-130).

Privilegiando a adoção de uma acepção alinhada com uma ordem jurídica justa e acessível, oportuno considerar que a arbitragem deve ser vista como meio efetivo de acesso à justiça⁵, direito fundamental consagrado na Constituição da República de 1988, vez que na atualidade não prospera a vinculação direta do acesso à justiça com o acesso aos tribunais. Com isso, a Lei de Arbitragem, ao colocar lado a lado a jurisdição estatal com a privada, a escolha do jurisdicionado (CONDADO, 2008, p. 86), além de permitir uma maior democracia na escolha, permite mais uma opção, alternativa, efetiva, para solução dos conflitos.

5 Para Elaine Christina Gomes Condado (2008, p. 86), a arbitragem deve ser considerada como um direito subjetivo fundamental do cidadão compreendido na categoria de direito processual de quarta geração.

DOCTRINA

Nessa linha, Elaine Christina Gomes Condado (2008, p. 84-85) pondera que o Estado que propicia a adoção de métodos alternativos como forma de resolução de conflitos promove uma maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional ao diminuir os obstáculos enfrentados pelos cidadãos, ampliando, substancialmente, o acesso à justiça.

Alinhada com esta perspectiva, o que se tem é que a arbitragem promove a autonomia do indivíduo com concretização da democracia, pois amplia o acesso à justiça suprimindo as exigências da sociedade atual, como meio ágil e eficaz na solução dos conflitos, se distanciando da pouca efetividade da tutela prestada pelo Estado (CONDADO, 2008, p. 87-88).

Ora, é fato que a prestação jurisdicional não atende aos anseios da sociedade, na medida em que a morosidade na resolução do litígio juntamente com a desproporcionalidade do custo inerente ao processo judicial inibem não só o desenvolvimento econômico como também o social.

Registra-se que o procedimento arbitral é detentor de máxima confiabilidade, com respaldo legal, propriamente na Lei nº 9.307/96, a qual dispõe sobre as limitações para atuação dos árbitros, além das garantias processuais das partes, com a previsão, ainda, de hipótese de ação anulatória das sentenças arbitrais, o que permite o controle, em alguma medida, pelo Poder Judiciário, o que fortalece ainda mais o instituto, sua aplicação e confiabilidade (GABBAY, Daniela; ALVES, Rafael; LEMES, Selma, 2009, p. 69).

Corroboram os dados coletados na pesquisa promovida pela Fundação Getúlio Vargas, concluiu que o alto grau de confiabilidade do procedimento arbitral considera: (i) o número expressivo quanto ao cumprimento voluntário das sentenças arbitrais; e (ii) o número de invalidação da sentença arbitral é considerado mínimo. Nesta pesquisa, das 678 decisões relativas à aplicação da Lei nº 9.307/96 (desconsiderando 112 decisões do Tribunal de Justiça de Goiás)⁶, houve invalidação de sentenças arbitrais em apenas 14 casos (GABBAY, Daniela; ALVES, Rafael; LEMES, Selma, 2009, p. 65-69).

Pelos elementos explanados, sabe-se que a arbitragem surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 9.307/96, com o fito de assegurar às partes garantias processuais mínimas, como, por exemplo, as participações ativas com a escolha do árbitro imparcial, bem como o respeito aos princípios constitucionais (ANDRIGHI, 1996, p. 23). Justamente por esta razão,

6 Segundo os dados constantes no relatório de pesquisa, estas 112 decisões que foram desconsideradas, pertencem ao Tribunal de Justiça de Goiás, em virtude das particularidades da utilização da arbitragem neste Estado (GABBAY, Daniela; ALVES, Rafael; LEMES, Selma, 2009, p. 65).

cabe aos operadores do direito utilizar mais deste instituto, conferindo maior credibilidade à arbitragem, principalmente por apresentar uma superioridade tanto na qualidade nas sentenças arbitrais quanto na formação especializada dos árbitros, o que reduz, consideravelmente, o número de erros nas decisões arbitrais (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p. 8-9).

Todavia, embora esteja em franca expansão a utilização do procedimento arbitral no âmbito das relações civis e comerciais, a arbitragem na seara trabalhista para dirimir dissídios individuais⁷ encontra resistência tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais, pois se considera que o procedimento arbitral seria contraposto aos princípios do direito do trabalho e os ditames da dignidade da pessoa humana e aos direitos sociais. A limitação residiria substancialmente na impossibilidade da arbitragem apreciar tais matérias, considerando a inderrogabilidade e indisponibilidade destes direitos antes da extinção do contrato de trabalho (DISSENHA, 2008, p. 163-164).

Oportuno, portanto, esclarecer em que medida é possível compreender sobre a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, justamente para delimitar o campo de aplicação da arbitragem e do possível conteúdo que a cláusula arbitral poderá abordar, até mesmo para não ser objeto de ação anulatória.

2.1 – A (in)disponibilidade dos direitos trabalhistas

A resistência de parte da doutrina quanto à aplicação da arbitragem nos dissídios individuais encontra fundamento em três premissas, quais sejam: (i) a omissão no texto constitucional que previu apenas arbitragem para resolução de conflitos coletivos; (ii) a afronta ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, do juiz natural, do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição; (iii) a indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

A discussão acerca da indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas é o argumento mais aceito e debatido pela doutrina especializada, sobretudo porque o art. 1º da Lei nº 9.307/96 sinaliza que a arbitragem apenas pode ser utilizada para resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Contudo, é irrefutável que as normativas desta seara são protetivas, pois o direito do trabalho, quando do seu surgimento no século XIX, teve como

7 Isto porque há previsão de aplicação da arbitragem nos dissídios coletivos, nos termos do art. 114, §§ 1º e 2º.

objetivo conferir maior civilidade na exploração da mão de obra obreira, eliminando as formas mais perversas de exploração (GODINHO, 2015, p. 79 e 83).

Neste sentido, Nuredin Allan (2018, p. 136) milita favoravelmente à indisponibilidade absoluta dos direitos trabalhistas, considerando o caráter histórico e civilizatório deste ramo, e por constituir a principal forma de equalizar a relação estabelecida entre empregado e empregador diante da hipotética vulnerabilidade existente na relação empregatícia – do empregado em face do empregador.

Assim, haveria verdadeiro obstáculo, quase intransponível, da aplicação da arbitragem aos contratos de trabalho por força dos arts. 9º, 444 e 468 da CLT, tendo em vista que a indisponibilidade inata (DELGADO, 2015, p. 193-194) destes direitos impediria qualquer ato de renúncia ou transação pelo empregado. Nesta temática, com maestria, Aldacy Rachid Coutinho (2000, p. 11) nos esclarece que:

“a indisponibilidade absoluta decorre da tutela do trabalho por envolver direitos fundamentais, voltada ao indivíduo como integrante de uma classe social ou de uma categoria profissional e, assim, são absolutamente nulos os atos praticados em contrariedade com as regras jurídicas que sobre esses dispõem, tais como o direito de greve, anotação da CTPS, salário mínimo; a indisponibilidade relativa, por tratar de interesse individual, determinaria ao empregado tutelado a defesa por iniciativa sua, como na hipótese do salário, nos termos do art. 468, da Consolidação das Leis do Trabalho, em que acarreta uma nulidade relativa.”

Neste momento, importante distinguir a noção de direitos patrimoniais e direitos indisponíveis. Os primeiros permitem uma apreciação econômica objetiva, ao passo que os direitos indisponíveis não permitem negociação, pois são irrenunciáveis (DISSENHA, 2011, p. 151-152) e, assim sendo, não são “passíveis de atos de disposição translativos ou extintivos pelo titular, com vistas à salvaguarda de direitos” (COUTINHO, 2000, p. 9).

Evidente que os direitos trabalhistas possuem caráter de ordem pública, contudo, pelo crescente aumento dos instrumentos de negociação coletiva, houve uma considerável diminuição do princípio da irrenunciabilidade, diante da flexibilidade prevista no texto constitucional quanto à possibilidade de redução de jornada e de salário prevista no art. 7º, e fazendo com que possa sustentar que não há indisponibilidade absoluta de direitos nestes casos (DISSENHA, 2011, p. 154-155).

Vale dizer, portanto, que este argumento da indisponibilidade absoluta⁸ dos direitos trabalhistas não subsiste, na medida em que alguns direitos são suscetíveis de apreciação econômica e por apresentarem conteúdo econômico e não representarem um padrão civilizatório mínimo, plenamente admissível a transação destes direitos (ROQUE, p. 8). Neste ponto, Dallegrave Neto (2018, p. 168) assevera que:

“A indisponibilidade de direitos para efeitos de cabimento da Arbitragem se aproxima do que Plá Rodriguez denomina de ‘intransigibilidade’. Vale dizer: a impossibilidade de sacrificar algum direito mesmo havendo concessões recíprocas. Boa parte dos direitos tidos como irrenunciáveis durante o curso do contrato, torna-se, *a posteriori*, passível de transação, sobretudo quando se converte em crédito trabalhista. Nesta medida, pode-se dizer que, com raras exceções (a exemplo de créditos previdenciários e fiscais), os chamados direitos trabalhistas irrenunciáveis tornam-se disponíveis, quando convertidos em créditos sujeitos à transação, ou quando ausente a subordinação do trabalhador.”

Impende ressaltar, entretanto, que a normativa trabalhista reconhece, em alguma medida, a disponibilidade dos direitos trabalhistas ao permitir especificamente no art. 23 da Lei nº 8.630/93 a possibilidade do uso da arbitragem em litígios de trabalhadores portuários, além da prática já institucionalizada da conciliação pela Justiça Laboral. Ora, “Se pode conciliar é porque se trata de direitos disponíveis. Logo, sobre eles também cabe a jurisdição arbitral” (DALLEGRAVE NETO, 2018, p. 169).

A limitação, portanto, do uso da arbitragem seria tão somente quanto àquelas matérias de ordem pública⁹ absoluta e direitos de personalidade, sendo plenamente admissível, por consequência, sobre repercussões patrimoniais de natureza indenizatória (DISSENHA, 2007, p. 159).

Acrescenta-se, ainda, a visão de que a disponibilidade ou não de direitos trabalhistas nem seria o cerne da questão, na medida em que para arbitrabilidade seria necessário verificar apenas a possibilidade das partes – empregado e empregador – “colocarem termo aos conflitos trabalhistas” (SILVA, 2018, p. 195).

8 A indisponibilidade absoluta é de amplitude maior no direito individual do que no direito coletivo – dada a possibilidade de negociação coletiva por meio dos instrumentos coletivos – e seriam apenas nas hipóteses de tutela de direitos que refletissem interesse público – como, por exemplo, normativas atinentes à medicina do trabalho, salário mínimo (DELGADO, 2015, p. 208).

9 Acrescenta-se que norma de ordem pública não acarreta a indisponibilidade do direito, tampouco impede a submissão do conflito à via arbitral, mas tão somente a solução por equidade (ROQUE, p. 12).

Assim, após o término do vínculo de emprego, evidente que não há mais o peso da subordinação jurídica existente na relação empregatícia, o que permite ao empregado, no exercício pleno da sua liberdade pós-contratual, optar, validamente, pela submissão de eventual conflito ao procedimento arbitral (SILVA, 2018, p. 208).

Com a definição destas linhas iniciais, entende-se que, embora o Direito do Trabalho, em seu bojo, tenha como finalidade a construção de normas protetivas ao obreiro, ainda assim, é plenamente admissível arbitragem para dirimir dissídios individuais pelos fundamentos, conforme se estudará a seguir.

2.2 – A viabilidade da aplicação da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas

A arbitragem para dirimir conflitos de natureza individual no âmbito trabalhista é viável e precisa ser incorporada na prática pelos operadores de direito. Para isso, é relevante desconstruir a descredibilidade que insiste pairar sobre este método alternativo de composição de conflitos, em vista das suas vantagens, bem como por representar uma ampliação ao acesso à justiça com todas as garantias processuais constitucionais.

Urge, portanto, a desconstrução da figura do Estado como provedor e protetivo do empregado, privilegiando a utilização do procedimento arbitral para favorecer a inclusão e construção de uma cultura democrática e pacífica na resolução dos conflitos.

É preciso olhar objetivamente para o instituto e valorizar as vantagens para as partes, podendo até mesmo ser encarado como instrumento de desenvolvimento social, com real diminuição de litigância. Inclusive, esta é a campanha defendida pelo CNJ, que confere protagonismo aos métodos alternativos de resolução de conflitos, como mediação, arbitragem e conciliação. Nesta linha, Dallegrave Neto (2018, p. 176) assinala assertivamente que:

“(…) a arbitragem, enquanto técnica de solução de litígios, pode se revelar mais vantajosa às partes quando comparada com os novos percalços introduzidos na Justiça do Trabalho pela malsinada Reforma Trabalhista. Para tanto, importa que os operadores do Direito superem seus preconceitos e desconfianças, descortinando uma possibilidade célere, segura e adequada aos novos tempos pós-modernos.”

No mesmo sentido, Guilherme Amaral (2018) complementa que a arbitragem na seara trabalhista contribuiria “para uma melhor distribuição de justiça.

Celeridade, especialidade, busca de verdade real e desideologização da justiça são apenas alguns de tantos benefícios que o uso da arbitragem pode trazer”.

Oportuno registrar lições positivas encontradas no direito comparado com a finalidade de retirar o estigma que ainda paira sobre os reais benefícios alcançados pela utilização deste método alternativo para resolução de conflitos, com destaque propriamente para a funcionalidade e celeridade. Neste ponto, nos Estados Unidos, no ano de 2005, foi registrado (AMARAL, 2018) como tempo médio de um ano para resolução de conflitos entre empregados e empregadores.

Observa-se que em outros países este método alternativo de resolução de conflitos é igualmente bem aproveitado e explorado. Na Grã-Bretanha, por exemplo, existe uma certa obrigatoriedade moral na utilização da arbitragem para solucionar conflitos entre sindicatos e empregadores, enquanto que na Nova Zelândia a obrigatoriedade é legal (LORENTZ, 2002, p. 39-45). Ao passo que no México, os conflitos trabalhistas, por previsão constitucional, são submetidos a uma junta de conciliação e arbitragem, a qual é composta por representantes dos empregados e empregadores e do governo. Caso a sentença arbitral proferida pela junta não seja cumprida, o contrato será considerado extinto e caberá à parte a obrigação de pagar uma indenização (DISSENHA, 2007, p. 190).

Pelo exposto, nota-se que o discurso sobre os supostos malefícios da arbitragem, ainda predominante tanto na doutrina quanto na jurisprudência, para dirimir conflitos na seara trabalhista não encontra respaldo sequer na prática, quanto menos em dados levantados em pesquisas recentes. Ademais, vale consignar que a Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2002, p. 18), no Relatório intitulado *Justicia Laboral y Medios Alternativos de Solución de Conflictos Colectivos e Individuales del Trabajo*, defende a promoção da modernização nos modelos de resolução dos conflitos, senão vejamos:

“Os países da região devem trabalhar de forma unívoca na modernização das formas de resolver as situações de conflito que ocorrem no campo das relações de trabalho, admitindo que esses eventos não devem ser considerados como eventos não relacionados ao mundo do trabalho, mas expressões de seus conteúdo. Isso pressupõe uma visão positiva do conflito e admitindo que o seu desencadeamento não deve ser motivo de rejeição, repressão ou dissimulação, mas de aplicação de um critério positivo de superação.” (OIT, 2002, p. 18)

Necessário, portanto, privilegiar uma interpretação integrativa naquilo que seja admissível e que não viole os princípios norteadores do direito do trabalho.

DOCTRINA

O fato é que com aprovação da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.456/2017 (denominada Reforma Trabalhista), mormente pelo dispositivo 507-A, passou a admitir, restritamente na hipótese traçada no dispositivo, da possibilidade de inclusão, no contrato de trabalho, de cláusula compromissória arbitral.

Neste particular, o autor Manuel Teixeira (2017, p. 45) sustenta a inconstitucionalidade do art. 507-A da CLT em vista do direito de ação consagrado pelo art. 5º da Constituição da República, pois, segundo esse autor:

“O direito de ação está assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e figura como uma das mais importantes conquistas dos Estados Democráticos de Direito. Dir-se-á, talvez, que o preceptivo constitucional mencionado está dirigido apenas ao legislador, não à parte, de tal modo que, embora a Lei não possa excluir a apreciação do Poder Judiciário qualquer ameaça ou lesão a direito, a parte pode renunciar ao direito de ação, significa dizer, afastar a atuação jurisdicional do Estado.”

Perfilha na mesma linha a tese defendida por Nuredin Allan (2018, p. 138), pois, para este autor, a arbitragem não é compatível com a estrutura do direito do trabalho e tampouco contribui para manutenção da estrutura da justiça especializada. Assim, assinala que:

“A impossibilidade de exercício da autonomia da vontade, de maneira absoluta, tendo em vista as características da relação de emprego, torna furtiva a adoção da arbitragem, sobretudo porque esta é pautada em princípio de liberdade e de igualdade negocial. Inexiste, pois, dentro da relação de emprego, trabalhador hipersuficiente. Além disso, sempre bom recordar que o modelo de arbitragem é comumente empregado no direito anglo-saxônico, cuja base estrutural se apresenta diametralmente oposta às linhas de procedimentos utilizadas em nosso sistema.”

Entretanto, essa linha de pensamento não privilegia uma redução da litigiosidade e tampouco contribui para compreensão e aplicação efetiva do instituto da arbitragem. É preciso considerar que os métodos alternativos de resolução de conflitos são formas de contribuir para o aperfeiçoamento na prestação jurisdicional, tendo em vista que os casos de maior complexidade e de matérias indisponíveis seriam de competência do Poder Judiciário, cabendo ao procedimento arbitral julgar demandas sem maior relevo (DISSENHA, 2011, p. 123).

Assim, inadmissível o rechaço perpetrado pela célula de juristas conservadores por mera especulação e desconfiança, sem fundamento, da efetividade do

instituto, tendo em vista que um ordenamento jurídico neste modelo que insistem em manter é incompatível com uma sociedade e com o fortalecimento das suas instituições jurídicas sem comprometer o desenvolvimento econômico do país.

Como balizas iniciais, Dallegrave Neto (2018, p. 176-177) sustenta a observância de duas recomendações, quais sejam: (i) as partes devem, obrigatoriamente, estar assistidas por advogados; (ii) em vista da natureza de ordem pública das normativas trabalhistas, o impedimento do julgamento arbitral por equidade. Perfilha na mesma linha os apontamentos do Guilherme Amaral (2018), com o acréscimo da ideia da necessidade de intermediação de uma instituição arbitral previamente constituída sem qualquer tipo de vinculação aos órgãos de classe, bem como a publicidade do procedimento a fim de assegurar maior segurança jurídica e conferir credibilidade ao instituto.

Não obstante, como hipótese de viabilizar o uso deste método e, ao mesmo tempo, assegurar ao empregado a observância dos direitos mínimos, é plenamente possível e concebível a atuação do Ministério Público do Trabalho como árbitro, tendo em vista a previsão constante no art. 83, inciso XI, da Lei Complementar nº 75/93, vez que a legislação não restringe, neste caso, a atuação do *Parquet* apenas em dissídios de índole coletiva (LORENTZ, 2002, p. 48).

Com isso em mente, buscou-se, neste capítulo, explanar os principais pontos que circundam a temática da arbitragem para resolução de conflitos individuais trabalhistas. Considerando as linhas definidas e o objetivo central da presente pesquisa, importante analisar os elementos principais do contrato de trabalho para, posteriormente, examinar especificamente sobre a cláusula compromissória arbitral no contrato de trabalho.

3 – O contrato de trabalho

Para uma análise estrita dos termos admissíveis na cláusula arbitral nos contratos de trabalho, pertinente, inicialmente, portanto, abordar os elementos caracterizadores do contrato de trabalho, seu formato e as cláusulas admissíveis, para, posteriormente, analisar objetivamente o conteúdo da possível cláusula arbitral nos contratos de trabalho.

É relevante conceber e colocar em prática que o microsistema trabalhista não pode ser entendido de forma isolada e tampouco autônoma, pois o “Direito do Trabalho deve voltar-se para os institutos de Direito Civil que sejam compatíveis com seus objetivos e na proposta de concretização de valores constitucionais” (SOUZA, 2007, p. 197).

DOCTRINA

Em vista disso, deve-se considerar a função social do contrato de trabalho, interpretação esta que vai além de uma acepção eminentemente jurídica ou econômica, mas, sim, integrativa com os princípios norteadores do Direito do Trabalho e com os valores constitucionais.

Assim sendo, impende destacar que o contrato de trabalho é o principal instrumento de concretização do direito do trabalho contemporâneo, pois é por meio deste negócio jurídico que é validada, pelo ordenamento jurídico, a utilização da mão de obra com a devida contraprestação (VIEIRA, 2012, p. 32-33).

A Consolidação das Leis do Trabalho define, no art. 442, o contrato de trabalho como um “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Todavia, esta definição é incompleta por não contemplar os elementos caracterizadores da relação empregatícia, quais sejam: pessoa natural, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

A doutrina supre essa deficiência com a conceituação do contrato de trabalho. Assim, para Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 44), o contrato de trabalho é “negócio jurídico expresso ou tácito, mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado, a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços”. Nessa linha, Vieira (2012, p. 49) define tal contrato como um “pacto de direito privado, sinalagmático e consensual, celebrado *intuito personae* em relação ao empregado, e de trato sucessivo e de atividade, dotado de onerosidade, alteridade e complexidade”.

No entanto, Vieira (2012, p. 38) diferencia o contrato de trabalho de relação de emprego, pois enquanto aquele seria resultado da pactuação entre os sujeitos, na relação de emprego não haveria elemento volitivo por ser mais instantânea.

Veja-se que os elementos essenciais imprescindíveis à formação de qualquer contrato são regulamentados pela lei civilista, a qual exige, para validade e eficácia do ato jurídico, a presença dos elementos naturais (capacidade das partes, licitude do objeto, higidez da manifestação da vontade e a forma prescrita ou não em lei), além dos elementos circunstanciais que são variáveis.

Via de regra, a legislação não impõe a observância de formalidade estrita, vez que a relação empregatícia e, por consequência, o contrato de trabalho é celebrado consensualmente pelas partes que, no exercício da sua autonomia privada, estipulam livremente as cláusulas deste vínculo e, por isso, o contrato pode ser até mesmo tácito (VIEIRA, 2012, p. 52-53).

Concernente à licitude do objeto, exige-se que a prestação de serviço, isto é, que a atividade a ser desenvolvida pelo empregado seja lícita para que não ocorra hipótese de nulidade do contrato do trabalho com as consequências jurídicas atinentes.

Ainda, o contrato de trabalho é de trato sucessivo pois as prestações centrais correspondem basicamente na prestação de serviço (mão de obra) pelo trabalhador e a correspondente contraprestação (verba salarial) pelo empregador, as quais se sucedem no tempo ao longo prazo contratual (VIEIRA, 2012, p. 50)

A onerosidade encontra-se também presente, pois cada parte contribui com suas obrigações mensuráveis, com transferência recíproca de riquezas – na medida em que há a disponibilidade da força de trabalho pelo empregado e pagamento de salário pelo empregador (VIEIRA, 2012, p. 50).

Como elementos específicos, isto é, aqueles inerentes à relação empregatícia, tem-se que o contrato de trabalho é *intuitu personae*, uma vez que foram as características pessoais (intelectuais ou físicas) daquele empregado que foram consideradas para contratação, o que impede, conseqüentemente, a substituição por outro sujeito.

Por fim, quanto à alteridade, este elemento indica que os riscos e resultados do negócio são arcados exclusivamente pelo empregador, impossibilitando a transferência dos riscos inerentes ao empreendimento para o empregado (VIEIRA, 2012, p. 50).

3.1 – Da especificidade do sujeito contratual

A cláusula compromissória arbitral, como prevista pela legislação, via de regra, não poderá ser incluída em qualquer contrato, mas tão somente apenas nos contratos daqueles empregados que se enquadram no critério econômico como previsto na redação do dispositivo, a saber:

“Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

Ora, o requisito é objetivo: a percepção de salário superior ao limite previsto pela legislação autoriza o empregado a pactuar cláusula compromissória de arbitragem.

Dallegrave (2018, p. 160-161) alerta que o critério eleito é simplista ao considerar uma ideia de subordinação pela dependência econômica e, assim sendo, caberá ao intérprete não ficar restrito apenas a este quesito quando inquirir sobre real possibilidade de cláusula compromissória pelo empregado, devendo ater-se sobre outros requisitos plenamente perceptíveis por aqueles que desempenham funções diferenciadas, características de “altos empregados”.

Todavia, para o mesmo autor (DALLEGRAVE NETO, 2018, p. 164), os demais trabalhadores, como os autônomos, estagiários, entre outros, não estariam sujeitos à limitação prevista no artigo supra, sendo completamente admissível a arbitragem geral mais ampla, “independente do valor remuneratório de modalidade especial para a convenção de arbitragem”.

Já Antônio Álvares da Silva e George Augusto Mendes e Silva (2017, p. 4), ressaltam que os empregados enquadrados neste alto grau de hierarquia possuem instrução suficiente para compreender o procedimento arbitral, não subsistindo, por conseguinte, nenhum argumento contrário quanto à aplicação deste dispositivo. Assim, prosseguem:

“Em outras palavras, não é possível defender-se que *Chief Executive Officers* (CEOs), *Chief Financial Officers* (CFOs) e diretores de uma forma geral, que detêm maior autonomia na negociação dos seus contratos de trabalho e recebem remunerações substancialmente maiores que a média, gozam da mesma situação de hipossuficiência que a dos demais trabalhadores.” (SILVA; MENDES E SILVA, 2017, p. 4)

No entanto, Manuel Teixeira (2017, p. 46) entende que o simples fato de o empregado receber salário superior ao limite previsto para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não significa dizer que “possua descortino suficiente para prever as consequências da aceitação da cláusula compromissória”.

Não obstante, pertinente para uma visão mais ampla com relação à própria possibilidade de previsão de cláusulas contratuais, cumpre ressaltar que a Reforma também trouxe a figura do empregado hipersuficiente, como consta na redação do parágrafo único do art. 444, qual seja:

“Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação,

com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

Por uma análise, veja-se que a disposição legislativa que permite a inclusão de cláusula arbitral foi mais branda pois não exigiu o requisito objetivo do empregado ser portador de diploma de ensino superior.

Como bem anota Dallegrave Neto (2018, p. 161), o legislador da Reforma não foi feliz quando diferenciou, sem motivo fundante, este empregado que não detém o *status* de empregado hipersuficiente, nos termos do art. 444, parágrafo único, da CLT. A esquizofrenia legislativa reside no fato de que, para fixação do conteúdo contratual, o dispositivo exige, além do critério econômico (salário superior à dobra do teto previdenciário), o curso superior, ao passo que para firmar cláusula compromissória exige tão somente o preenchimento do critério econômico.

Para Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 157-160), a autonomia destes empregados para negociar cláusulas com conteúdo previsto no art. 611-A, com aplicação até mesmo de uma lógica civil, é questionável, pois no direito do trabalho não seria admissível e tampouco compatível a preponderância da autonomia da vontade privada, tendo em vista a preponderância dos direitos constitucionais.

Em nota técnica, o Ministério Público do Trabalho (2017, p. 34) sustenta a inconstitucionalidade deste dispositivo que permite a livre negociação do conteúdo do contrato de trabalho subordinado, em vista da evidente (in)flexibilidade dos direitos trabalhistas, vez que a Constituição não permite derrogação ao princípio de proteção social, pelo legislador ordinário, “seja por critério de remuneração ou de formação acadêmica”.

Assim, o legislador ordinário, ao eleger como critério para enquadrar o empregado como hipersuficiente o fator econômico e o diploma superior, desconsidera completamente a subordinação jurídica existente entre empregado e empregador, o que comprometeria a liberdade para livre estipulação das cláusulas contratuais e, que, portanto, ao negar a proteção mínima prevista pela Constituição, constituiria prática discriminatória pela violação ao art. 7º, incisos V e XXXII¹⁰.

10 Insta ressaltar que a hipossuficiência do empregado na relação empregatícia precisa ser reconsiderada diante do caso concreto, pois é plenamente possível e admissível, em determinados casos, que o empregado tenha ampla capacidade e liberdade para estipular, juntamente com o empregador, o conteúdo das cláusulas do contrato de trabalho. Nessa linha, Luiz Silva (2018, p. 208) assinala que: “a hipossu-

Entretanto, é preciso sobrepujar esta visão tradicional, em vista da nova possibilidade que a arbitragem permite e que “poderá ser bem aproveitada pelas partes, sobretudo pela celeridade, rigor técnico e confidencialidade que o instituto propicia” (DALLEGRAVE, 2017, p. 161).

Com isso, um novo modelo de resolução de conflitos trabalhistas passa a ser admissível, com plena participação dos empregados que agora podem exercer com maior liberdade sua autonomia contratual com a pactuação de comum acordo de cláusula compromissória arbitral, contribuindo, de sobremaneira, para redução da cultura do litígio. Não obstante, frisa-se que é plenamente aconselhável que o empregado, por cautela, tenha assessoria de um advogado quando da celebração desta cláusula.

4 – Cláusula arbitral nos contratos de trabalho

Após esmiuçar a adequação e a vantagem de aplicação da arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos trabalhistas, pertinente inquirir especificamente sobre o formato e os elementos básicos que devem compor esta cláusula, bem como identificar o conteúdo de direito material do trabalho, que poderá ser submetida ao procedimento arbitral.

Inicialmente, vale consignar que a cláusula arbitral – ao estipular a submissão ao procedimento arbitral na eventual hipótese de litígio atinente ao contrato – é classificada pela doutrina como negócio jurídico processual¹¹ e, assim sendo, produz tanto efeitos negativos, ao negar a jurisdição estatal, quanto efeitos positivos, ao aceitar atribuir jurisdição ao processo arbitral. (CARMONA, 2009, p. 109).

Neste sentido, Cahali (2017, p. 157) define a cláusula compromissória como:

“A cláusula compromissória é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela arbitragem. Tem caráter preventivo, na medida em que as partes estão na expectativa de contratar e honrar seus compromissos contratuais, porém, desde então,

ficência legalmente estabelecida do empregado não o torna incapaz. É possível que sua vontade seja, de fato, exprimida em condições de liberdade substancial. Logo, para efeitos jurídicos, a ênfase deve estar, aí sim, na mitigação da subordinação que geralmente se constata naqueles contratos. É esse o único traço diferenciador que merece ser levado em conta pelo direito, e não a presunção (leia-se, preceito) acerca do grau de intelectualidade ou da condição socioeconômica das pessoas”.

11 Depois de longa discussão e investigação pela doutrina quanto à natureza jurídica, o entendimento predominante é de que a cláusula compromissória é um acordo de vontades – negócio jurídico – até mesmo podendo ser um contrato autônomo (CHAVES, 2010, p. 80)

deixam previsto que eventual conflito decorrente do contrato deverá ser resolvido por arbitragem, não pelo Judiciário.”

A cláusula compromissória, por afastar a competência estatal para resolver o litígio, deve conter alguns elementos essenciais – tais como, o consentimento, a capacidade das partes, o objeto e a forma – para que seja reputada como válida e permita, por conseguinte, a instalação do procedimento arbitral (CHAVES, 2010, p. 76).

Cumprе ressaltar que a vinculação das partes que celebraram a cláusula compromissória representa uma certa autonomia negocial, caracterizando-se como negócio jurídico, o que assegura, inclusive, autonomia em relação ao contrato, diante da sua “plena juridicidade” (SAMPAIO, 2011, p. 187).

Registra-se que a Lei de Arbitragem não deixou margem para discussão quanto à autonomia da cláusula arbitral nos contratos, como consta na redação do art. 4^o¹² da Lei nº 9.307/96. Inclusive, é possível a celebração da cláusula em contrato separado com efeitos sobre o contrato principal. Embora a nulidade do contrato não leve à nulidade da cláusula compromissória (CHAVES, p. 81-83).

Veja-se que, o vínculo arbitral há uma convergência de interesses, pois as partes, de comum acordo, estabelecem a cláusula arbitral, o que é caracterizado pela doutrina como um negócio jurídico dispositivo e construtivo, o que, evidentemente, favorece tanto o desenvolvimento do procedimento em si quanto o cumprimento da sentença arbitral (SAMPAIO, 2011, p. 185).

Tendo em vista sua natureza, é de extrema relevância que exista, entre as partes contratantes – notadamente empregado e empregador – uma relação de fидúcia, posto que o conteúdo da cláusula compromissória tem o condão de prever, além do conteúdo que será apreciado pelo juízo arbitral, as regras próprias do procedimento arbitral (para além daquelas previstas pela legislação) (SAMPAIO, 2011, p. 173).

A cláusula compromissória, para ser considerada válida, não pode ser vazia, isto é, as partes devem indicar as relações abrangidas (qual contrato, as matérias que serão submetidas ao juízo arbitral, o número de árbitros, lei aplicável, entre outros) (CHAVES, 2010, p. 81 e 164-165), além de apresentar os elementos necessários para dar início à arbitragem, como, por exemplo, indicação da câmara arbitral escolhida pelas partes, entre outros (CAHALI, 2017, p. 161). Contudo, não há exigência, pela lei, que a cláusula especifique como

12 “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

será o procedimento arbitral, sendo admissível essa previsão em documento apartado, sem afetar a validade do pactuado.

O que não se admite, entretanto, é a cláusula vazia, também denominada patológica, a qual não contém nenhum dos elementos essenciais, o que acaba por prejudicar as partes vinculadas que não possuem sequer as informações mínimas para dar início ao procedimento arbitral, tendo em vista que, se houver resistência por qualquer das partes, deverá ser proposta uma ação judicial para que, por meio de sentença judicial, seja instituído o juízo arbitral (SAMPAIO, 2011, p. 168).

A despeito de a legislação trabalhista autorizar a celebração de contrato de trabalho sem formalidade (vez que é admissível até mesmo contrato tácito), entende-se pela especificidade da cláusula arbitral, sobretudo por afastar a competência da jurisdição estatal para apreciar dissídio individual de índole trabalhista.

Nesta toada, Dallegrave Neto (2018, p. 164-166) adverte que o legislador foi específico ao autorizar a celebração de cláusula compromissória de arbitragem, isto é, aquela que é convencionalizada pelas partes, antes da ocorrência do dano, não subsistindo, conseqüentemente, espaço, na seara trabalhista, para compromisso arbitral¹³.

No tocante ao conteúdo de direito material (do trabalho) que poderá ser objeto de apreciação pelo juízo arbitral, considerando os princípios norteadores do Direito do Trabalho, pode ser admissível discussão acerca de direitos economicamente mensuráveis, com salvaguarda, conseqüentemente, das normativas de natureza de ordem pública, como, por exemplo, normas de segurança e medicina do trabalho.

Apenas a título exemplificativo, para além da discussão sobre a flexibilidade introduzida pela Reforma, podemos mencionar as hipóteses traçadas tanto no art. 611-A quanto no art. 611-B, visto que tratam de direitos que permitem uma aferição patrimonial (ou econômica) objetiva, com o resguardo daqueles direitos que não admitem a arbitrabilidade (CARVALHO, 2017, p. 83).

5 – Considerações finais

A presente pesquisa buscou demonstrar que o modelo de sociedade que anseia por desenvolvimento social e econômico não pode esperar do Poder

13 Compromisso arbitral se distingue da cláusula arbitral na medida em que aquele pode ser celebrado a qualquer momento, seja após extinção do vínculo jurídico seja quando deflagrado o conflito.

DOCTRINA

Judiciário julgamento de todas as demandas com excelência e celeridade. Fato é que a prestação jurisdicional, como monopólio estatal, está em declínio. É real, tanto que o Conselho Nacional de Justiça adotou como política institucional a promoção da inclusão (e aceitação pelos operadores do direito) dos métodos alternativos para resolução dos conflitos.

É um caminho com horizonte promissor, sem possibilidade de retorno ao *status quo ante*. Não seria diferente no âmbito juslaboral, que precisa superar os paradigmas até então considerados intocáveis para acolher a arbitragem como um método efetivo, eficaz e célere para resolução de conflitos, contribuindo, assim, para o desenvolvimento social com a redução da cultura do litígio.

Não obstante, concernente ao conteúdo da cláusula arbitral nos contratos de trabalho, depreende-se do conteúdo explanado que a cláusula, para ser considerada válida, deve observar alguns requisitos, quais sejam: (i) deve ser, necessariamente, escrita; (ii) não pode ser cláusula vazia, isto é, precisa prever todos os elementos para instalação do procedimento arbitral (como, por exemplo, a escolha de árbitro, lei aplicável, quais direitos serão passíveis de discussão no juízo arbitral, entre outras especificidades do caso concreto); (iii) não poderá ser objeto de negociação qualquer estipulação constante em norma de natureza de ordem pública; e, (iv) a previsão para dirimir conflitos, pelo juízo arbitral, deve estar restrita a direitos trabalhistas que são passíveis de mensuração econômica, com salvaguarda dos direitos de ordem pública.

Referências bibliográficas

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Arbitragem no Brasil*: pesquisa CBar-Ipsos. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & Ipsos, 2011. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

ALEM, Fabio Pedro. Arbitragem. In: BONFIM, Edilson Mougenot (Coord.). *Coleção prática do direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALLAN, Nuredin Ahmad. A arbitragem e a figura do trabalhador hipersuficiente. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 35, n. 409, p. 133-139. jan. 2018.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Arbitragem nos conflitos trabalhistas individuais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/guilherme-amaral-arbitragem-conflitos-trabalhistas-individuais>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A arbitragem: solução alternativa de conflitos. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*, n. 2, p. 149-173, maio/ago. 1996.

BRAGHETTA, Adriana; GABBAY, Daniela Monteiro; PITOMBO, Eleonora Coelho; ALVES, Rafael Francisco; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). Arbitragem e Poder Judiciário: uma radiografia dos casos de arbitragem que chegam ao judiciário brasileiro. *Cadernos Direito FGV*, v. 6. n. 6, nov. 2009.

DOCTRINA

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. *Lei nº 13.105, de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação*. 6. ed. São Paulo: RT, 2017.

CAMPOS, André Gambier. *Conflitos laborais no Brasil: a justiça do trabalho e as alternativas de resolução*. 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHAVES, Isadora Costa. *Da cláusula compromissória nos contratos brasileiros*. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

CONDADO, Elaine Christina Gomes. *A arbitragem como instrumento eficaz de acesso à justiça*. 254 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a-659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A indisponibilidade de direitos trabalhistas. *Revista da Faculdade da UFPR*, 2000, v. 33, p. 9-17.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GARCIA, Phelippe Henrique Cordeiro. *Arbitragem em dissídios individuais de trabalho*. Disponível em: <http://ead.trt21.jus.br/pluginfile.php/5765/mod_resource/content/1/Revista%20TRT21%20-%202018.pdf#page=159>. Acesso em: 29 maio 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DISSENHA, Leila Andressa. *Arbitragem e conflitos trabalhistas: panorama nacional e experiência comparada*. 232 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

_____. *Arbitragem e conflitos trabalhistas: receios e expectativas pós reforma, 2017*. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/111512/2017_dissenha_leila_arbitragem_conflitos.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 jun.2018.

DISSENHA, Leila Andressa. *Lei laboral de arbitragem*. 200 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem e Poder Judiciário*. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2866/working%2520paper%252042.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

LONGA, Daniel Pinheiro. *A possibilidade de se utilizar da arbitragem como meio de resolução de conflitos trabalhistas envolvendo funcionários de alto escalão*. Direito UNIFACS – Debate

DOUTRINA

Virtual, n. 172, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3342>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas*: comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem. São Paulo: LTr, 2002.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Arbitragem em conflitos individuais do trabalho: a experiência mundial. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 68, n. 1, p. 181-189, 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Nota técnica n. 8*. 28 de junho de 2017. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/ce4b9848-f7e4-47378d816b3c6470e4ad/Nota+t%C3%A9cnica+n%C2%BA+8.2017.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 4 abr. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OIT. *Justicia Laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo*. Oficina Internacional de Trabajo, 2002. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1149/dt_149.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 8 abr. 2018.

OLIVEIRA, Lourival José de; FIGUEIREDO, Mayra Freire de. A reforma trabalhista e liberdade contratual: o direito ao trabalho construído sob a perspectiva puramente econômica. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 93-121, set./dez. 2017.

PEREIRA Jr., Antonio Jorge; SERRA, Miguel Arcanjo. A (im)possibilidade da arbitragem nos dissídios individuais do direito do trabalho. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 106, n. 986, p. 127-145, dez. 2017.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *A economia da arbitragem*: escolha racional e geração de valor. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n1/a02v4n1>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. *Novos paradigmas e perspectivas para a arbitragem de dissídios individuais no direito do trabalho*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6cc6e45d2f9cf66f>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

SILVA, Antônio Álvares da; SILVA, George Augusto Mendes e. Arbitragem nos dissídios individuais de trabalho dos altos empregados. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, v. 81, n. 7, p. 775-779, jul. 2017.

SILVA, Camila Paronetti. Da arbitragem nos conflitos individuais do trabalho. *Caderno de Iniciação Científica*, n. 6, 2015. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/CIC/article/view/626>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

SILVA, Luiz Augusto da. Arbitragem trabalhista e o problema da liberdade. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 15, v. 56, jan./mar. 2018.

TEIXEIRA, Sergio Torres. Vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho: superando mitos e apontando caminhos à luz da Lei nº 13.467, de 2017. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 44, n. 187, p. 51-89, mar. 2018.

VIEIRA, Adriana de Souza. Limites à negociação individual no contrato de trabalho. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Recebido em: 11/10/2018

Aprovado em: 29/10/2018