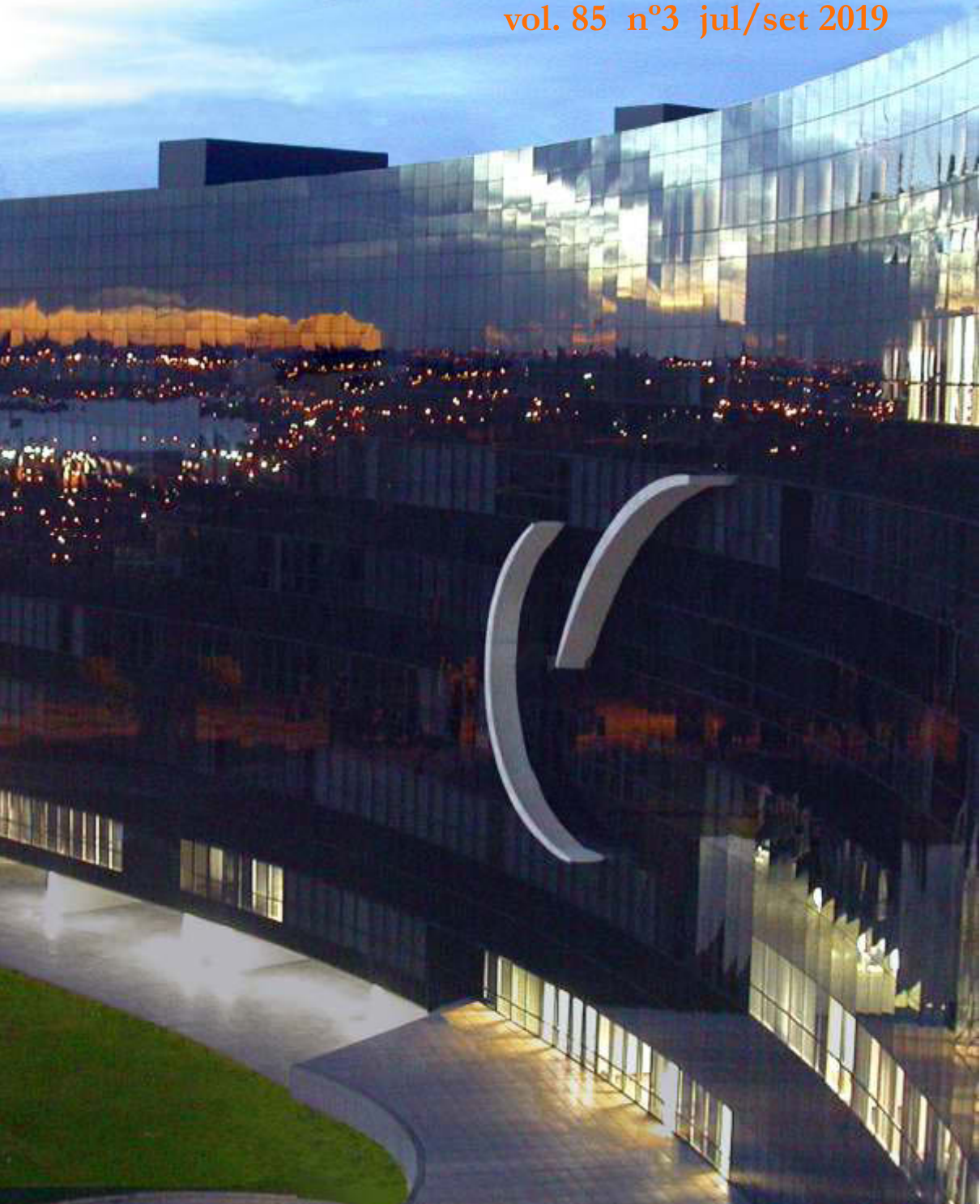


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 85 nº3 jul/set 2019



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

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

Ano 85 – nº 3 – jul. a set. – 2019

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

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

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

v.

Trimestral.

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

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

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

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

ISSN 0103-7978

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

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Virgínia Ramos Veríssimo

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

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

Editoração Eletrônica: LexMagister

Tiragem: 700 exemplares

Os artigos publicados nesta Revista não traduzem necessariamente a opinião institucional do Tribunal Superior do Trabalho. A publicação dos textos obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. A seleção de artigos ocorre a cada trimestre por meio de edital convocatório elaborado pela Comissão de Documentação do TST e publicado no endereço eletrônico: <http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/revista-do-tst>.

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
Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

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 José Roberto Freire Pimenta
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministro Breno Medeiros
Ministro Alexandre Luiz Ramos
Ministro Luiz José Dezena da Silva

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 Guilherme Augusto Caputo Bastos
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 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
Ministro Alexandre Luiz Ramos

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 Luiz José Dezena da Silva
Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

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

Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

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



Evandro Pereira Valadão Lopes

Sumário

Editorial.....	15
1. Aprendizagem desportiva (formação desportiva) x aprendizagem trabalhista <i>Sports learning x labor learning</i> <i>Alexandre Agra Belmonte</i>	19
2. As negociações coletivas e as horas <i>in itinere</i> : critérios para aplicação do entendimento vinculante do STF acerca do negociado sobre o legislado <i>The union's negotiations and "in itinere hours": criteria to apply STF understanding on the negotiation over ther law</i> <i>Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e Renata Queiroz Dutra</i>	32
3. O instituto da mediação no contexto jurídico luso-brasileiro <i>The institute of mediation in the Luso-Brazilian legal context</i> <i>Roberto Nobrega de Almeida Filho</i>	49
4. Decisão do Supremo na ADI 5.938: os valores materiais e processuais envolvidos na proteção à maternidade <i>Supreme Court Decision in ADI 5,938: the material and process values involved in maternity protection</i> <i>Roberta Ferme e Rodrigo Trindade</i>	72
5. O assédio simbólico enquanto espécie de assédio moral <i>Symbolic harassment as a kind of moral harassment</i> <i>Paulo Sérgio Jakutis</i>	89
6. Processo judicial em meio eletrônico e ampliação do acesso à justiça <i>Electronic judicial procedure and access to justice</i> <i>Camila Miranda de Moraes, Natércia Sampaio Siqueira e Naira Pinheiro Rabelo de Alencar</i>	118
7. A jurisprudência trabalhista e a efetividade normativa do Direito Ambiental do Trabalho <i>The labor jurisprudence and the effectiveness of the Enviornmental Labor Law</i> <i>Fernando Maciel</i>	155
8. Adoecimento mental do trabalhador: um olhar sistêmico <i>Mental illnesses of workers: a systematic look</i> <i>Andrea Keust Bandeira de Melo e Laura Pedrosa Caldas</i>	176

9. Do trabalho às famílias: por onde perpassa o Direito <i>From work to families: wherever rights go</i> <i>Carolina de Castro Iannotti e Marcella Pagani</i>	191
10. A responsabilidade trabalhista na sucessão em contratos de concessão de serviços públicos <i>Labor liability in succession in contracts for the concession of public services</i> <i>Viviann Brito Mattos e Diego Freitas Leite Pinto</i>	205
11. A proteção ao trabalho da mulher gestante e lactante nas atividades insalubres <i>The protection to the work of pregnant and lactating women in the unhealthy activities</i> <i>Cristina Schmidt Silva Portéro, Vanessa Ester Ferreira Nunes e Carolina Mesquita Vieira</i>	229
12. Inteligência e sua atuação nos núcleos da pesquisa patrimonial e segurança judiciária <i>Intelligence and its performance in the research centers of labor courts and the judicial security</i> <i>Marcelo Canizares Schettini Seabra e Antonio Donizete Ferreira da Silva</i>	251
13. Direitos e garantias fundamentais e “O Conto da Aia”: uma análise constitucional dos direitos dos trabalhadores frente à democracia <i>Fundamental rights and guarantees and “The Handmaid’s Tale”: a constitutional review of worker’s right to democracy</i> <i>Bruna Scotti Abreu</i>	271

Editorial

Tempos de efervescência de ideais são aqueles que se seguem a qualquer mudança legislativa de vulto. Como aplicar a nova lei? Quais as suas virtudes? Quais as suas deficiências? As posições variam desde a hermenêutica mais restritiva até a mais ampliativa, não apenas levada a cabo pelos Tribunais, mas especialmente pela doutrina, que já se adianta a analisar de plano a nova lei, teoricamente, enquanto a jurisprudência a materializa nos casos concretos.

Muito se tem debatido e escrito sobre as inovações da reforma trabalhista levada a cabo no Brasil pelas Leis ns. 13.429 e 13.467/2017, e ainda estamos em tempos de efervescência, que não cessarão tão cedo, especialmente no aguardo do posicionamento do TST, como órgão uniformizador da jurisprudência trabalhista, e do STF, no exercício do controle de constitucionalidade das leis.

A *Revista do TST* tem sido veículo de especial relevância na divulgação de ideias e entendimentos sobre a reforma trabalhista, pelo número elevado de artigos que tem recebido e pela qualidade desses artigos. Desde que adotou a sistemática de abertura de edital para recebimento de artigos, a *Revista do TST* tem recebido, para cada edição, artigos inéditos e suficientes para publicar num ano inteiro de edições.

Para este número, foram selecionados 13 dos 58 artigos apresentados, em sistemática de seleção em que ao menos 2 dos 3 ministros que compõem a Comissão da Revista tenham votado para publicação. Os demais artigos, conforme consta do edital, são repassados a outras revistas tradicionais do meio laboral, com autorização dos autores, para não deixar de se divulgar o pensamento da comunidade jurídica trabalhista que bate às portas da *Revista do TST*, buscando espaço de divulgação de suas ideias.

Neste 3º número do ano de 2019, contamos com artigos de 2 ministros da Corte, abordando temáticas atualíssimas, como são as dos limites da autonomia negocial coletiva (Min. Vieira de Mello Filho) e da aprendizagem desportiva (Min. Alexandre Agra Belmonte).

Também outros juízes do trabalho tiveram seus estudos selecionados, abrangendo temática que vão da mediação, processo judicial eletrônico, assédio simbólico, até a questão da proteção à maternidade à luz da jurisprudência do STF.

Elemento que prestigia a Revista é a titulação acadêmica dos autores dos artigos selecionados, a maioria doutores. Dentre estes, dois de especial

interesse: adoecimento mental do trabalhador e sobre a relação trabalho e família. No entanto, também mestres e especialistas tiveram artigos selecionados, pela atualidade e abordagem da matéria, como no caso da análise dos direitos trabalhistas à luz do seriado *Handmaid's Tale* ou o tema do *Home Office*.

Em suma, elevando a cada número a qualidade da Revista e sua procura por autores e leitores, esperamos que ela preste o serviço de promover um maior aprofundamento nos grandes e atuais temas do Direito e do Processo do Trabalho em nosso país.

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho

Presidente da Comissão da Revista do TST

Doutrina

APRENDIZAGEM DESPORTIVA (FORMAÇÃO DESPORTIVA) X APRENDIZAGEM TRABALHISTA

SPORTS LEARNING X LABOR LEARNING

Alexandre Agra Belmonte*

RESUMO: O artigo visa diferenciar a formação desportiva da aprendizagem trabalhista, que são institutos jurídicos distintos na forma, nos objetivos, no conteúdo e nos efeitos.

PALAVRAS-CHAVE: Formação Desportiva *Versus* Aprendizagem Trabalhista. Contrato de Formação Desportiva *Versus* Contrato de Aprendizagem.

ABSTRACT: *The article aims at differentiating the training of junior athletes from labor apprenticeship, which are distinct legal institutes in form, objectives, legal rules and effects.*

KEYWORDS: *Training of Junior Athletes Versus Labor Apprenticeship. Contract of Junior Athletes Versus Contract of Labor Apprenticeship.*

1 – Introdução

Comumente se confunde aprendizagem desportiva com aprendizagem trabalhista, embora sejam institutos jurídicos totalmente distintos na forma, nos objetivos e nas obrigações e que só têm em comum o fato de que a idade inicial é a de 14 (quatorze) anos.

Infelizmente, essa confusão tem levado a decisões que aplicam a lei trabalhista a situações que são de formação de atletas, regidas pela lei civil e ao equívoco legislativo de fixar na idade de 14 (quatorze) anos o início da formação do atleta, provocando o êxodo de talentosos atletas mirins do país ou o começo tardio do atleta numa atividade que exige a aquisição de conhecimentos táticos, técnicos e condicionamento físico e psicológico desde a mais tenra idade.

Antes de adentrarmos na questão propriamente dita, objeto deste artigo, é preciso situá-la, numa investigação holística, em relação ao ordenamento jurídico pátrio e às peculiaridades do país, incluindo o sistema educacional existente.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; doutor em Justiça e Sociedade; mestre em Direito das Relações Sociais; especialista em Direito Privado Aprofundado; vice-presidente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; vice-presidente da Academia Nacional de Direito Desportivo; professor de graduação e mestrado do IESB; coordenador pela FGV da área trabalhista do exame nacional da OAB.*

2 – As modalidades de desporto e suas manifestações

Inicialmente, o art. 3º da Lei nº 9.615/98, a chamada Lei Pelé, classificou o desporto em três modalidades: educacional, de participação e de rendimento.

Definiu desporto educacional como o praticado na educação básica e superior e também em formas assistemáticas de educação, com a finalidade de formar o indivíduo para o exercício da cidadania e a prática do lazer, mas sem necessariamente visar à seletividade e à hipercompetitividade de seus praticantes.

A Lei Pelé definiu o desporto de participação como o praticado sem regras oficiais e caracterizado pela liberdade lúdica. Essa modalidade de desporto visa à integração do indivíduo na plenitude da vida social, na promoção da saúde, educação e na preservação ambiental (maratonas, canoagem).

Por fim, definiu o desporto de rendimento como o praticado de forma profissional ou não profissional, subordinado a regras nacionais e internacionais. A sua prática visa resultados e a integração de pessoas e comunidades (futebol, vôlei, basquete e outras modalidades do gênero).

O art. 1º da Lei nº 9.615/98 destaca que o desporto brasileiro abrange práticas formais e não formais. No § 1º estabelece que a formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto. E, no § 2º, que a prática desportiva não formal é caracterizada pela liberdade lúdica de seus praticantes.

Em 2013, o Decreto nº 7.984/2013 regulamentou a Lei nº 9.615/98, diante da substancial alteração feita na Lei em 2011.

Quanto ao desporto educacional previsto na Lei Pelé, o decreto o regulamentou, dividindo-o em esporte formação e esporte escolar (art. 3º, § 1º).

Nos termos do decreto, partindo da ideia da existência de formas assistemáticas de educação, definiu esporte formação, fundado em princípios socioeducativos, como o praticado dentro ou fora das escolas, com a finalidade de inclusão, coeducação, participação e promoção da saúde (art. 3º, § 1º, I).

Quanto ao esporte escolar, o restringiu ao praticado dentro das escolas, com a finalidade específica de ampliar as potencialidades para a prática do esporte de rendimento dos alunos que revelam ter talentos esportivos (art. 3º, § 1º, II).

DOCTRINA

Suprindo a omissão da lei que buscou regulamentar, o Decreto também deixou claro que o esporte escolar, diante dos seus objetivos de ampliação da potencialidade dos alunos talentosos, pode ser praticado em competições, eventos, programas de formação, treinamento, complementação educacional, integração cívica e cidadã por entidades de administração do desporto ou vinculadas, instituições públicas ou privadas que desenvolvem programas educacionais e instituições de educação de qualquer nível (art. 3º, § 2º).

Finalmente, o Decreto deixou patente que competição profissional é aquela promovida para obter renda, disputada por atletas profissionais cuja remuneração decorra de contrato especial de trabalho desportivo (art. 43). Deixou, portanto, implícita a distinção em relação às competições não profissionais, que o esporte educacional pode ter por um de seus objetivos.

Nos termos do art. 4º, II, do Decreto, o desporto de rendimento pode ser organizado e praticado de modo não profissional, identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato especial de trabalho desportivo, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio.

Em 2015, posteriormente ao Decreto regulamentador do desporto educacional, a Lei Pelé incluiu no art. 3º mais uma modalidade de desporto. Além dos tipos educacional, de participação e de rendimento, inicialmente referidos, inseriu na lei o de formação, e o definiu como o caracterizado pelo fomento e aquisição inicial dos conhecimentos desportivos que garantam competência técnica na intervenção desportiva. O seu objetivo é o de promover o aperfeiçoamento qualitativo e quantitativo da prática desportiva em termos recreativos, competitivos ou de alta competição.

Ao incluir a formação como modalidade autônoma de desporto, o legislador destacou a sua importância na iniciação esportiva do atleta. Deu-lhe contornos distintos do desporto educacional e deixou claro que a sua prática tem por finalidade específica aperfeiçoar a capacidade técnica do atleta em formação para fins recreativos, competitivos ou de alta competição.

Tudo somado, verifica-se que tanto o desporto educacional de esporte escolar como o de formação servem para a iniciação na prática desportiva. Visam, ambos, ao aperfeiçoamento da capacidade técnica para a prática do desporto de participação ou de rendimento, conforme o interesse do atleta iniciante.

Todavia, o desporto de formação, embora não olvide da assistência educacional, é desvinculado do objetivo educacional. A sua finalidade específica é o aperfeiçoamento da capacidade técnica do atleta em formação.

DOCTRINA

Já o educacional não visa à seletividade e à hipercompetitividade de seus praticantes. Contenta-se com a prática destinada ao exercício da cidadania e do lazer, sem prejuízo, em se tratando do esporte escolar, de atividades voltadas para o desenvolvimento de potencialidades dos alunos que revelam ter talentos esportivos.

As escolinhas de clubes esportivos ou de lazer podem estar inseridas no desporto de mera participação, no de formação ou até mesmo no educacional, mediante formas assistemáticas de educação. Depende do seu objetivo.

Quanto aos centros de formação de atletas mantidos pelos clubes nas categorias de base ou por entidades formadoras, em qualquer modalidade desportiva, pertencem ao desporto de formação.

Antes da modificação legislativa, que em boa hora inseriu na Lei Pelé o desporto de formação como categoria específica, esses centros de formação, que não têm objetivos educacionais, incluíam-se, por falta de opção, no desporto de rendimento, diante da hiperseletividade e a hipercompetitividade inerentes aos respectivos programas.

3 – Idade mínima para firmar contrato especial de trabalho desportivo

A partir dos 16 anos de idade, o atleta não profissional, advindo do desporto educacional ou do desporto de formação, poderá firmar com a entidade de prática desportiva o primeiro contrato especial de trabalho desportivo. Nessa hipótese, tornar-se-á profissional.

Nas atividades desportivas *individuais*, o atleta maior de 16 (dezesseis) anos pode, como autônomo, auferir rendimentos por conta e por meio de contrato de natureza civil com a entidade de prática desportiva (art. 28-A, *caput* e § 3º). Nos termos do § 1º do citado artigo de lei, o vínculo desportivo do atleta autônomo de modalidade desportiva individual com a entidade de prática desportiva resulta de inscrição para participar de competição e não implica reconhecimento de relação empregatícia. E o § 3º dispõe que essa autonomia não se aplica às modalidades esportivas *coletivas*.

Nos termos da lei trabalhista, até os 18 anos de idade o menor precisa de assistência do responsável.

Todavia, conforme o art. 5º, parágrafo único, do Código Civil, posterior, portanto, ao dispositivo da CLT, cessará, para os menores, a incapacidade pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego,

desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Daí resulta que, se o contrato firmado com assistência do responsável com entidade de prática desportiva resultar em economia própria, estará automaticamente emancipado por força de lei, podendo dali para a frente praticar por conta própria todos os atos da vida civil.

4 – Atletas em formação

4.1 – Aprendizagem trabalhista e aprendizagem desportiva

A aprendizagem trabalhista tem previsão no art. 428, §§ 1º e 3º, da CLT e é formalizada mediante contrato escrito, especial, por prazo determinado não superior a dois anos.

Por meio desse contrato, o empregador se compromete a assegurar ao aprendiz, com idade maior de 14 anos e menor de 24 anos, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico.

O empregador pode ser a entidade de prática desportiva ou mesmo a entidade de administração, eis que a aprendizagem trabalhista não diz respeito apenas à atividade desportiva. O menor pode ser contratado para exercer outras atividades, de natureza administrativa ou burocrática. Não precisa ser atleta para ser aprendiz, e essas entidades precisam absorver cotas de menores aprendizes por força do art. 429 da CLT.

A aprendizagem trabalhista requer inscrição em programa desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica e o aprendiz se compromete a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

A formação técnico-profissional a que se refere a lei caracteriza-se pelas atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho.

Todavia, essa aprendizagem trabalhista, que requer contrato formal de trabalho com obrigações trabalhistas compatíveis definidas em lei, não se confunde com a aprendizagem desportiva.

A aprendizagem desportiva é prevista para o atleta não profissional em formação, maior de 14 e menor de 21 anos de idade, formalizada por meio de contrato civil, com previsão de recebimento de auxílio financeiro da entidade

de prática desportiva formadora, sob a forma de bolsa de aprendizagem, sem que seja gerado vínculo empregatício entre as partes (art. 29, § 4º, da Lei nº 9.615/98).

Quanto aos objetivos, lapsos temporais de idade, aproveitamento na atividade desportiva, tipo de contrato e obrigações a ele inerentes, e efeitos jurídicos são diferentes da aprendizagem trabalhista.

Enfim, aprendizagem trabalhista é uma coisa e aprendizagem desportiva é outra, uma gerando vínculo de emprego e obrigações trabalhistas e a outra não.

4.2 – Conteúdo do contrato de formação desportiva

Como já demonstrado, formação trabalhista e formação desportiva são distintas. Ambas iniciam no Brasil com 14 anos de idade, mas a forma de vinculação contratual e a finalidade são diferentes entre elas. Uma requer vínculo de emprego, cumprimento de requisitos, incluindo convênio com o sistema educacional e obrigações trabalhistas definidas em lei. A outra requer bolsa de aprendizagem por meio de contrato civil para específica formação desportiva, mediante o atendimento dos requisitos impostos à entidade desportiva de formação.

É lógico que o atleta em formação desportiva tem obrigações e que a vinculação dele com a entidade de prática formadora se afasta das meras atividades lúdicas. Caso contrário, não haveria contrato formal, de natureza civil, ao qual o menor se vincula, estabelecendo créditos e débitos, ou seja, de direitos e deveres obrigacionais de prestações de dar, fazer e não fazer. O problema está, portanto, no conteúdo das obrigações e não no fato de estabelecer obrigações.

A Lei Pelé é silente a respeito do conteúdo desse contrato, o que mais facilmente permitiria diferenciá-lo do contrato de aprendizagem trabalhista.

Contudo, é evidente que faz parte das obrigações nele contidas a submissão aos horários de treinos e jogos, bem como o cumprimento de obrigações de condicionamento físico e concentração. Afinal, estamos falando de quem está se preparando para ser atleta.

O atleta em formação desportiva, embora participe de competições que são necessárias para a sua formação técnica e tática, só não disputa campeonatos inerentes ao desporto de rendimento. Até mesmo quando é atleta do sistema educacional participa de treinamentos e competições.

Outrossim, embora dirigidas ao atleta profissional, a formação visa ao aprendizado técnico, tático e ético desportivos, bem como ao investimento no

DOCTRINA

condicionamento físico, pelo que, *com as devidas adaptações*, o disposto no art. 35 da Lei Pelé também é aplicável ao atleta em formação desportiva.

Com efeito, cumpre-lhe participar dos jogos, treinos, estágios e outras sessões preparatórias com a aplicação e dedicação correspondentes às suas condições psicofísicas e técnicas; preservar as condições físicas que lhes permitam atuar na formação, submetendo-se aos exames médicos e tratamentos clínicos necessários à prática desportiva; exercitar a atividade desportiva de acordo com as regras da respectiva modalidade desportiva e as normas que regem a disciplina e a ética desportivas.

Diante do silêncio da Lei Pelé e buscando esclarecer as obrigações do atleta em formação, o Decreto regulamentador estabelece no art. 51 que o contrato de formação desportiva poderá conter as seguintes obrigações do atleta:

“I – observar as cláusulas do contrato de formação desportiva;

II – cumprir o programa de treinamento e o horário de capacitação determinados pela entidade formadora;

III – assistir às aulas teóricas e práticas programadas pela entidade formadora, com satisfatório aproveitamento;

IV – apresentar-se nas competições desportivas preparatórias e oficiais, nas condições, horários e locais estabelecidos pela entidade de prática desportiva contratante;

V – permanecer, sempre que necessário, em regime de concentração, observado o limite semanal de três dias consecutivos;

VI – assistir às aulas da instituição educacional em que matriculado e apresentar frequência e aproveitamento satisfatórios; e

VII – respeitar as normas internas da entidade formadora.”

A diferença entre as obrigações inerentes ao contrato de formação desportiva e o contrato de trabalho do aprendiz está, portanto, no conteúdo: no de aprendizagem trabalhista, cuja inserção poderá ocorrer até mesmo para o desempenho de atividades não atléticas, haverá obrigação de trabalhar e não a de puramente se capacitar; terá obrigação de cumprimento de horário de trabalho com duração de, no máximo, seis horas diárias; colocará o seu tempo à disposição do empregador em relação ao horário estipulado e será fiscalizado; terá obrigação supervisionada de desempenho compatível com a função; terá subordinação e estará sujeito a punições de natureza trabalhista; e, ainda, fará jus a retribuição de natureza salarial não inferior ao salário mínimo.

DOCTRINA

No contrato de formação desportiva, o tempo diário dedicado à formação do atleta não pode superar 4 (quatro) horas por dia e deve ser ajustado aos horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante (art. 29, § 3º, *f*, da Lei nº 9.615/98); não há subordinação, e sim o cumprimento de obrigações voltadas para as atividades desportivas; não há retribuição de natureza salarial.

Evidentemente, nada impede a fraude, ou seja, que o conteúdo do contrato de formação desportiva possa levar à caracterização do contrato de aprendizagem trabalhista, se nele incluídas cláusulas que revelem a presença dos elementos caracterizadores de uma relação de emprego de aprendiz de ofício.

4.3 – Atletas advindos de entidades formadoras

A idade mínima no Brasil para o início da formação desportiva é de 14 anos (art. 29, § 4º, Lei nº 9.615/98).

Quando o atleta advém de entidade de prática desportiva que cuidou de sua formação, esta terá o direito de assinar com ele, a partir de 16 (dezesesseis) anos de idade, o primeiro contrato especial de trabalho desportivo, cujo prazo não poderá ser superior a 5 (cinco) anos (art. 29, *caput*, da Lei Pelé).

Como o regulamento da FIFA limita a três anos o prazo contratual, as entidades de administração do desporto realizam o registro de contrato de menor pelo prazo máximo de três anos.

A entidade nacional de administração do desporto certificará como entidade de prática desportiva formadora aquela que comprovadamente preencha os requisitos estabelecidos na lei (§ 3º do art. 29 da Lei nº 9.615/98).

É considerada formadora de atleta a entidade de prática desportiva que atenda aos requisitos estabelecidos no § 2º do art. 29 da Lei Pelé:

“I – forneça aos atletas programas de treinamento nas categorias de base e complementação educacional; e

II – satisfaça cumulativamente os seguintes requisitos:

a) estar o atleta em formação inscrito por ela na respectiva entidade regional de administração do desporto há, pelo menos, 1 (um) ano;

b) comprovar que, efetivamente, o atleta em formação está inscrito em competições oficiais;

c) garantir assistência educacional, psicológica, médica e odontológica, assim como alimentação, transporte e convivência familiar;

DOCTRINA

d) manter alojamento e instalações desportivas adequados, sobretudo em matéria de alimentação, higiene, segurança e salubridade;

e) manter corpo de profissionais especializados em formação tecnicodesportiva;

f) ajustar o tempo destinado à efetiva atividade de formação do atleta, não superior a 4 (quatro) horas por dia, aos horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante, além de propiciar-lhe a matrícula escolar, com exigência de frequência e satisfatório aproveitamento;

g) ser a formação do atleta gratuita e às expensas da entidade de prática desportiva;

h) comprovar que participa anualmente de competições organizadas por entidade de administração do desporto em, pelo menos, 2 (duas) categorias da respectiva modalidade desportiva; e

i) garantir que o período de seleção não coincida com os horários escolares.”

O contrato de formação desportiva a que se refere o § 4º deste artigo deverá incluir, obrigatoriamente, identificação das partes e dos seus representantes legais, duração do contrato, direitos e deveres das partes contratantes, inclusive garantia de seguro de vida e de acidentes pessoais para cobrir as atividades do atleta contratado; e especificação dos itens de gasto para fins de cálculo da indenização com a formação desportiva (§ 6º).

4.4 – Proteção às entidades desportivas formadoras

Desde que o atleta em formação esteja regularmente registrado e vinculado à entidade de prática desportiva formadora, a entidade formadora recebe da lei proteção quanto aos gastos efetuados na formação do atleta.

Assim é que a entidade de prática desportiva formadora fará jus a valor indenizatório se ficar impossibilitada de assinar o primeiro contrato especial de trabalho desportivo por oposição do atleta, ou quando ele se vincular, sob qualquer forma, a outra entidade de prática desportiva, sem autorização expressa da entidade de prática desportiva formadora que nele investiu tempo e recursos (§ 5º do art. 29).

A indenização será limitada ao montante correspondente a 200 (duzentas) vezes os gastos comprovadamente efetuados com a formação do atleta, especificados no contrato (§ 5º, II).

DOCTRINA

O pagamento do valor indenizatório somente poderá ser efetuado por outra entidade de prática desportiva e deverá ser efetivado diretamente à entidade de prática desportiva formadora no prazo máximo de 15 (quinze) dias, contados da data da vinculação do atleta à nova entidade de prática desportiva. Sem o que não será permitido novo registro do atleta em entidade de administração do desporto (§ 5º, III).

A entidade de prática desportiva formadora e detentora do primeiro contrato especial de trabalho desportivo com o atleta por ela profissionalizado terá o direito de preferência para a primeira renovação deste contrato, cujo prazo não poderá ser superior a 3 (três) anos, salvo se para equiparação de proposta de terceiro (§ 7º).

Para assegurar seu direito de preferência, a entidade de prática desportiva formadora e detentora do primeiro contrato especial de trabalho desportivo deverá apresentar, até 45 (quarenta e cinco) dias antes do término do contrato em curso, proposta ao atleta, de cujo teor deverá ser cientificada a correspondente entidade regional de administração do desporto. A proposta deverá indicar as novas condições contratuais e os salários ofertados. Caberá ao atleta apresentar resposta à entidade de prática desportiva formadora, de cujo teor deverá ser notificada a referida entidade de administração, no prazo de 15 (quinze) dias contados da data do recebimento da proposta, sob pena de aceitação tácita (§ 7º).

Conforme o § 9º do art. 29, na hipótese de outra entidade de prática desportiva resolver oferecer proposta mais vantajosa ao atleta vinculado à entidade de prática desportiva que o formou, deve-se observar o seguinte:

“I – a entidade proponente deverá apresentar à entidade de prática desportiva formadora proposta, fazendo dela constar todas as condições remuneratórias;

II – a entidade proponente deverá dar conhecimento da proposta à correspondente entidade regional de administração; e

III – a entidade de prática desportiva formadora poderá, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da proposta, comunicar se exercerá o direito de preferência de que trata o § 7º, nas mesmas condições oferecidas.”

A entidade de administração do desporto deverá publicar o recebimento das propostas nos seus meios oficiais de divulgação, no prazo de 5 (cinco) dias contados da data do recebimento (§ 10).

DOCTRINA

Caso a entidade de prática desportiva formadora ofereça as mesmas condições, e, ainda assim, o atleta se oponha à renovação do primeiro contrato especial de trabalho desportivo, ela poderá exigir da nova entidade de prática desportiva contratante o valor indenizatório correspondente a, no máximo, 200 (duzentas) vezes o valor do salário mensal constante da proposta (§ 11).

5 – A questão da idade mínima de início da formação desportiva

A formação visa ao aprendizado técnico, tático e ético desportivos, bem como ao investimento no condicionamento físico do atleta.

O Brasil é um país carente em termos educacionais. Essa carência inicia nos problemas de mobilidade urbana para se chegar à escola, passa pela má qualidade dos professores e dos currículos e desemboca na evasão escolar acentuada, por falta de políticas públicas que incentivem a inclusão e a permanência do menor nas escolas. Não fosse isso, até poderia haver interação entre o desporto educacional e o desporto de formação, mas a realidade é que os índices de evasão escolar no ensino fundamental e no ensino médio são assombrosos. Não bastasse, muitas escolas ou não praticam o desporto educacional ou o praticam sob a ótica da educação física, obstando o desenvolvimento de potencialidades em alunos com talentos esportivos.

Nessas condições, pretender que a formação desportiva tenha início aos 14 (quatorze) anos de idade é negar a realidade de que essa idade, para a maioria dos brasileiros, é avançada para a preparação física, psicológica, tática, técnica e até ética para a prática desportiva, mormente em se tratando de práticas desportivas que dependem de condicionamento físico progressivo desde a mais tenra idade.

O início da formação desportiva com a idade de 12 (doze) anos e que não se confunde com a formação trabalhista, admitida até mesmo pela FIFA e adotada por vários países, atenderia, parcialmente, aos objetivos da formação desportiva.

Ainda assim, o Brasil estaria atrás dos países que investem no desporto educacional como preparatório da futura formação desportiva. Países que levam do Brasil com a família menores de oito anos de idade que revelam ter talentos desportivos.

6 – Conclusão

A formação desportiva não se confunde com o contrato de aprendizagem, inexistindo razões que justifiquem a iniciação somente a partir da idade de 14

DOCTRINA

(quatorze) anos. Trabalho infantil e formação desportiva não se confundem. Doze anos seria a idade adequada para o início da formação, como ocorre em vários países europeus e nos Estados Unidos da América, onde o desporto educacional, praticado desde a mais tenra idade, interage ou até se confunde com o desporto de formação.

Todavia, para atender à realidade brasileira, aos requisitos para a prática da maioria das modalidades desportivas individuais e coletivas, formar prata da casa, evitar o êxodo de atletas para o exterior e competir no cenário internacional com as mesmas armas, é necessária a previsão de uma etapa preparatória de fundamentação para o esporte, com carga diária de até 3 (três) horas, abrangendo menores a partir de 8 (oito) anos de idade, em que seriam conjugadas atividades lúdicas com atividades de pré-formação, com obrigações compatíveis com esse tipo de formação, suprimindo, assim, as deficiências de infraestrutura do país e de gestão pública educacional brasileiras.

É lógico que há risco de evasão escolar, profissionalização precoce, exploração e abuso sexual, danos à integridade física, de aliciadores e de distanciamento da convivência familiar, mas esse risco na idade de 14 (quatorze) anos também existe. O risco de formar somente a partir de 14 (quatorze) anos atletas que não adquiriram compleição física para o esporte escolhido e conhecimentos técnicos e táticos para enfrentar o alto impacto da atividade; de utilização de menores que poderiam estar se dedicando a uma atividade desportiva em vez de mendigarem em sinais de trânsito; e de êxodo das escolas por falta de objetivo e de acompanhamento, é ainda muito maior.

Logo, para a viabilização dessa etapa e afastamento dos riscos, admitir-se-ia a realização de convênios entre as entidades de prática desportiva (por meio das escolinhas) e as instituições de ensino credenciadas, públicas e privadas, condicionando a manutenção do menor em pré-formação à manutenção de médias escolares positivas e assiduidade como aluno na instituição de ensino e ao acompanhamento pelos pais ou responsáveis.

Caso contrário, continuaremos a enfrentar o êxodo e a ver um Brasil com atletas cada vez menos competitivos no âmbito internacional, porque estamos lutando com armas inadequadas para enfrentar a concorrência. No futebol, estamos há muito tempo experimentando competições cada vez menos atraentes no âmbito interno pela falta, ou exportação de craques brasileiros para o exterior, criando, em pleno território nacional, torcedores de times estrangeiros, que só se interessam pelos campeonatos desenvolvidos no exterior, porque os brasileiros não são mais atraentes.

DOCTRINA

Basta dizer que os times de futebol no Brasil precisam formar equipes para cada competição à custa de pagamento de cláusulas indenizatórias a outras agremiações, por falta de jogadores pratas da casa, formados pelos clubes a partir de uma idade incompatível com a realidade do desporto. O que contribui ainda mais para comprometer os seus orçamentos a cada campeonato, já onerados com as sucessivas viagens do campeonato brasileiro e sul-americano, despesas de hospedagem e concentração, material desportivo, pagamento dos atletas e tributos, em valores que comumente terminam não sendo cobertos por patrocínio, direito de arena, partilha de direito de imagem e renda de jogos, fazendo com que as agremiações acumulem dívidas impagáveis.

Tudo isso sem levar em conta que no Brasil as agremiações costumam ser constituídas como associações sem fins lucrativos, que querem, mediante a arrecadação de mensalidades de sócios, ser clubes que ofertam vôlei, basquete, futebol de salão, piscina, jogos de salão e ainda investir no bilionário terreno do futebol, mantendo um ultrapassado sistema presidencial de cartolagem.

Referências

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Arts. 428 a 433. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 3 jun. 2019.

_____. *Decreto nº 7.984/2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7984.htm>. Acesso em: 3 jun. 2019.

_____. *Lei nº 9.615/98*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm>. Acesso em: 3 jun. 2019.

Recebido em: 04/06/2019

Aprovado em: 24/06/2019

AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS E AS HORAS *IN ITINERE*: CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO VINCULANTE DO STF ACERCA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

THE UNIONS' NEGOTIATIONS AND "IN ITINERE HOURS": CRITERIA TO APPLY STF UNDERSTANDING ON THE NEGOTIATION OVER THE LAW

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho*

Renata Queiroz Dutra**

RESUMO: Este artigo tem por objetivo refletir sobre a questão da validade das negociações coletivas que autorizavam a supressão do pagamento das horas *in itinere*, anteriormente à revogação do referido direito pela Lei nº 13.467/2017. O estudo da questão revelou que esse tema suscitou, no âmbito da Justiça do Trabalho e também do STF, debates que interessam ao estabelecimento de critérios de validade dos processos negociais que implicam a flexibilização de direitos de trabalhistas. Nesse sentido, o estudo das fundamentações desenvolvidas em relação ao caso das horas *in itinere* permite abstrações conceituais que podem auxiliar na compreensão e elucidação de controvérsias acerca da validade de negociações coletivas que versem sobre outros direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Negociação Coletiva. Jurisprudência. Horas *In Itinere*.

ABSTRACT: This article aims to reflect on the validity of union's collective bargaining, which authorized the elimination of the payment of "in itinere hours", prior to the revocation of this right by Law no. 13,467/17. The study of the issue revealed that this topic rose, in the scope of Labor Justice and also of Brazilian Constitutional Court, debates that are interested in establishing criteria of validity of the negotiation processes that imply the flexibilization of labor rights. In this sense, the study of the foundations developed in relation to the case of "in itinere hours" allows conceptual abstractions that can help in the understanding and elucidation of other controversies about the validity of collective bargaining that deal with other rights.

KEYWORDS: Unions' Negotiations. Jurisprudence. In Itinere Hours.

* Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; graduado em Direito pela UFMG.

** Doutora e mestra em Direito, Estado e Constituição (UnB); professora adjunta da Faculdade de Direito da UFBA (graduação e pós-graduação); analista judiciária do TST.

1 – Introdução

Este artigo científico tem por objetivo refletir especificamente sobre a questão da validade das negociações coletivas que autorizavam a supressão do pagamento das horas *in itinere*, anteriormente à revogação do referido direito pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

Em que pese o tema das horas *in itinere* esteja suplantado pela nova redação do art. 58, § 2º, da Lei nº 13.467/2017, a sua relevância se justifica em face do passivo de processos judiciais referentes a contratos de trabalho desenvolvidos anteriormente à edição da Lei nº 13.467/2017.

Ademais, o estudo da questão revelou que esse tema específico suscitou, no âmbito da Justiça do Trabalho, debates que interessam notadamente ao estabelecimento de critérios de validade dos processos negociais que implicam a flexibilização de direitos de trabalhistas. Nesse sentido, o estudo das fundamentações desenvolvidas em relação ao caso das horas *in itinere* permite abstrações conceituais que podem instrumentalizar e auxiliar na compreensão e elucidação de controvérsias acerca da validade de negociações coletivas que versem sobre outros direitos.

O tema adquire relevância em face, também, do diálogo entre a jurisprudência construída pelo TST e a jurisprudência recentemente produzida pelo Supremo Tribunal Federal – antes mesmo da reforma trabalhista – acerca dos limites e possibilidades de prevalência do negociado sobre o legislado (REs 590.415 e 895.795).

Assim, partindo do pressuposto de que os fundamentos lançados pelo STF nos julgamentos dos REs 590.415 e 895.795 não podem ser aplicados sem mediações que contemplem as peculiaridades das situações concretas submetidas à apreciação do Poder Judiciário, e a partir da compreensão analítica e doutrinária das situações jurídicas que envolvem debate sobre a validade ou invalidade das negociações coletivas que suprimem o pagamento das horas *in itinere*, este artigo se propõe a confrontar conceitos, requisitos e parâmetros construídos a partir da exegese constitucional, a fim de lançar luzes sobre potenciais critérios para a aplicação do entendimento vinculante do STF acerca da possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado.

2 – Os limites da autonomia negocial coletiva

A discussão sobre os limites da autonomia negocial coletiva não pode ser feita de forma apartada da compreensão a respeito das recentes transformações do trabalho e do sindicalismo na última quadra do sistema capitalista,

nem mesmo da modificação das funções que a própria negociação coletiva ostenta nesse contexto.

Se nos primórdios do surgimento do direito do trabalho a negociação coletiva ocupou a missão fulcral de reivindicação, criação e renovação permanente dos direitos trabalhistas, sob a égide do neoliberalismo, tal função tem recorrentemente se transformado numa missão de flexibilização do direito do trabalho. Nessa linha, a autoridade do pensamento de Sayonara Grillo:

“As grandes tendências de reconfigurações institucionais na regulação laboral se exprimem por meio de técnicas normativas específicas. No esquema tradicional, enquanto as relações entre lei e convênio coletivo estabeleciam uma possibilidade de derrogação *in mellius* e de inderrogabilidade *in pejus* das regras estatais, exprimindo a característica de plasticidade aquisitiva do Direito laboral, hoje esta relação se modifica. E, por isso, a luta operária sempre buscou afirmar a prevalência do pactuado coletivamente sobre o legislado, e contemporaneamente repensa tal relação complexa.”¹

É nesse cenário, associado à grave crise de representatividade do sindicalismo brasileiro – que não pode ser ignorada nem presumidamente superada em função da observância de procedimentos assembleares formais, já que as condições democrática e representativa são substanciais, nos termos da Constituição da República –, que deve ser enfrentada a delicada problemática concernente aos limites da negociação coletiva.

Se é verdade que o respeito e reconhecimento de outras esferas criativas de direitos que não o Estado são consequências do paradigma do Estado Democrático de Direito, de compatibilização entre os valores da liberdade e da igualdade, no reconhecimento da autonomia dos sujeitos e de suas organizações representativas², por outro lado, é importante reconhecer que a efetivação desse ideal não se dá a partir de abstrações, mas, sim, de contextos, estruturas e institucionalidades concretas. Envolve, portanto, pensar a autenticidade dessa autonomia considerando as peculiaridades de um dado mercado de trabalho, de uma dada estrutura sindical e de um dado cenário de reestruturação produtiva e desregulação do trabalho.

1 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008. p. 120.

2 FRAZÃO, Ana. *Empresa e sociedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DOCTRINA

Nessa esteira, não se pode perder de vista, em se tratando do caso brasileiro, que se está diante de um contexto em que a taxa média de sindicalização é de 17% dos trabalhadores e em que as negociações coletivas têm alcançado desempenhos insatisfatórios do ponto de vista da aquisição de direitos e vantagens trabalhistas (de acordo com o DIEESE, por exemplo, de todas as negociações coletivas efetivas no primeiro semestre de 2016 apenas 24% das negociações celebradas no período contribuíram para aumentos reais de salários dos obreiros; 37% dos trabalhadores alcançaram, no período, reajustes representativos de mera reposição da inflação e 39% celebraram acordos com reajustes em percentuais inferiores ao percentual inflacionário)³.

Essas peculiaridades podem ser acentuadas ou mitigadas em realidades sociais específicas, mas, diante de uma sociedade que se desenvolve de modo desigual e na qual a concretização igualitária dos valores da cidadania é um desafio sistêmico, como é a capitalista, alguns parâmetros devem ser considerados.

A ideia de uma autonomia negocial absoluta é indefensável, sobretudo sob a égide de um Estado Democrático de Direito. Tal perspectiva não é admissível nem sequer em ramos exclusivamente privados do sistema jurídico, nos quais se presume a simetria entre as partes contratantes, como é o caso do Direito Civil, hoje constitucionalizado, e, por isso mesmo, inundado pelos postulados da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

Não se poderia cogitar de uma negociação coletiva apta a suprimir, por exemplo, os limites etários mínimos para o trabalho, ou mesmo a condição de liberdade de trabalhar. Essas limitações decorrem de compromissos constitucionais e supranacionais de ordem fundamental, não podendo ser suplantados por uma negociação privada.

Vale lembrar que até mesmo o constituinte se vinculou a compromissos fundamentais aos quais a representação política democrática não pode se furtar, como o são as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF/88). Assim sendo, com muito mais razão, as representações sindicais, consideradas todas as fragilidades e déficits de representatividade na atual conjuntura, estão limitadas a compromissos jurídico-político fundamentais formulados pela sociedade brasileira em relação à proteção do trabalho digno.

Não por outra razão, a mídia registra recente cobrança da Organização Internacional do Trabalho, em relação ao Estado brasileiro, a respeito de pon-

3 DIEESE. *Balanço das negociações dos reajustes salariais do 1º semestre de 2016*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2016/estPesq81balancoReajustes1semestre2016.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2019.

tos da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) em que o negociado prevalece sobre o legislado⁴.

O Procurador do Trabalho Renan Kalil, em artigo publicado, registra o entendimento da Comissão de Peritos da Organização Internacional do Trabalho a respeito da prevalência do negociado sobre o legislado, sem limitações:

“O Comitê de Peritos analisou a aplicação da Convenção nº 98 da OIT – que é uma das Convenções mais importantes da Organização – no Brasil e comentou a proposta de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a prevalência do negociado sobre o legislado para estabelecer condições abaixo das previstas em lei.

Os comentários não deixam dúvidas sobre o que significa a valorização da negociação coletiva, no âmbito das Convenções ns. 98 e 154 da OIT, e dos efeitos negativos da Reforma Trabalhista.

De acordo com o relatório, ‘o Comitê lembra que o objetivo geral das Convenções ns. 98, 151 e 154 é de promover a negociação coletiva sob a perspectiva de tratativas de condições de trabalho mais favoráveis que as fixadas em lei’, assim como ‘o Comitê enfatiza que a definição de negociação coletiva como um processo que pretende melhorar a proteção dos trabalhadores garantida em lei foi reconhecida nos trabalhos preparatórios para a Convenção nº 154’.

Como consequência do negociado sobre o legislado, coloca que ‘do ponto de vista prático, o Comitê considera que a introdução de medida para permitir a redução do piso legal por meio de negociação coletiva possui o efeito de afastar o exercício da negociação coletiva e pode enfraquecer a sua legitimidade no longo prazo’.

Finalmente, o relatório aponta que medidas dessa natureza ‘seriam contrárias ao objetivo de promover negociação coletiva livre e voluntária, nos termos da Convenção’.⁵

Portanto, a mesma Organização Internacional do Trabalho que, por meio das Convenções ns. 98 e 154, fomenta amplamente o processo de negociação democrática entre empregados e empregadores, com potencial de ampliação e oxigenação do direito do trabalho, delimita quais temas podem ser remetidos

4 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/oit-recomenda-governo-brasileiro-que-reviset-rechos-da-reforma-trabalhista-22375718>>. Acesso em: 30 maio 2019.

5 KALIL, Renan Bernardi. *A reforma trabalhista, o Brasil e a comunidade internacional*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/23/reforma-trabalhista-o-brasil-e-comunidade-internacional/>>. Acesso em: 30 maio 2019.

ao processo negocial e não abre mão do respeito à sua Declaração de Princípios Fundamentais (dentre eles, a liberdade sindical plena) e dos postulados que orientam o conceito de Trabalho Decente.

Não sobeja destacar que, em harmonia com esses posicionamentos, a OIT também entende que a plenitude do processo negocial coletivo se vincula à efetiva liberdade sindical, cujos termos estão assentados na Convenção nº 87, à qual o Brasil não adere. Portanto, as condições por meio das quais estão estruturadas as organizações sindicais são pressupostos para o estabelecimento da amplitude e dos limites da negociação coletiva.

A existência de limites jurídicos e condições de validade para a autonomia coletiva da vontade, portanto, decorre da exegese Constitucional e do sistema internacional de proteção ao trabalho.

Debater e estabelecer quais são esses limites negociais tem sido o desafio constante da Justiça do Trabalho, na construção de uma jurisprudência que acompanha as transformações sociais e acumula conhecimento a respeito das relações coletivas de trabalho no Brasil.

Em relação à dinâmica entre legislação e negociações coletivas, embora gestada em um modelo que pode ser considerado de inspiração autoritária ou autocrática, a CLT, em matéria de Direito Coletivo do Trabalho, foi fortemente renovada pela Constituição Federal, que, a partir de sua promulgação, inaugura um modelo privatístico subordinado em nosso país, com as contradições e avanços inerentes ao processo de democratização⁶.

A partir daí, fica assegurada autonomia para os sindicatos celebrarem negociações coletivas, com reconhecimento estatal de seu teor (art. 7º, XXVI, da CF/88), mas sem que tais pactuações estejam infensas ao controle jurisdicional.

Se assegura à negociação coletiva a esfera da ampliação de direitos, bem como a esfera da flexibilização, nos temas em que a Constituição Federal expressamente autorizou (redução salarial, compensação de jornada de trabalho e elasticidade das jornadas dos turnos ininterruptos de revezamento)⁷, consagrando-se o princípio da adequação setorial negociada.

A par dessas autorizações, foram sendo desenvolvidos, também em compasso com os postulados e princípios constitucionais, parâmetros para o exercício dessas faculdades.

6 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

7 DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. Acordos coletivos de trabalho: possibilidades e limites firmados pela Constituição Federal de 1988. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Trabalho, Constituição e cidadania*. São Paulo: LTr, 2014.

DOCTRINA

O primeiro limite objetivo que se coloca às negociações é o de que elas efetivamente consistam em transações, ou seja, acordos efetivados por meio de concessões recíprocas a respeito de parcelas sobre as quais paira alguma incerteza jurídica. Não se cogita de “negociação” quando se estabelece acordo, com concessões mútuas, a respeito do que é certo e líquido enquanto direito, ainda que desse ato possam advir vantagens de outras ordens. Tal prática se qualifica como ato de renúncia e não adquire razão de ser em uma ordem jurídica justarabalista marcada pela imperatividade dos direitos concernentes ao trabalho e na qual a negociação coletiva, como transação que é, ostenta função de complementação, atualização e avanço da legislação heterônoma.

A transação, para se qualificar como tal, deve incidir sobre parcelas em relação as quais paira alguma incerteza, como era o caso das próprias horas *in itinere* antes da edição da Lei nº 10.243/03: construção jurisprudencial que eram, as horas de trajeto podiam ser negociadas com o empregador, justamente por não pender sobre elas a certeza jurídica de um direito assegurado pela legislação estatal heterônoma.

É possível ter certeza quanto ao direito, mas incerteza quanto à sua quantificação, oportunidade em que esta última se torna negociável, embora o direito de fundo, como um todo, não o seja. Nesse sentido também a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que admitia negociação entre sindicato dos trabalhadores e empregador, após a Lei nº 10.243/03, para fixar um tempo médio de horas de trajeto, negociando a quantificação desse direito⁸.

Superada a questão da natureza da negociação, é necessário que a transação seja efetivada sobre parcela sobre a qual não se tem certeza e que consista em direito de indisponibilidade relativa.

Assim se diz porquanto é consectário lógico do princípio da imperatividade das normas trabalhistas que estas tenham conteúdo indisponível. Algumas delas ostentam indisponibilidade absoluta – é o caso do limite etário para o trabalho, das normas de saúde e segurança, do salário mínimo, entre outras –, ao passo que outras parcelas se revestem de indisponibilidade meramente relativa, abrindo campo para a autonomia negocial coletiva.

As normas de indisponibilidade absoluta estariam a compor aquilo que Mauricio Godinho Delgado denomina de “patamar civilizatório mínimo” do Direito do Trabalho:

8 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR-136-84.2010.5.15.0072, SBDI-1, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 30.08.2013.

“No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado essencialmente por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, da CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.”⁹

Portanto, a partir da construção doutrinária que assenta os parâmetros elementares para o exercício da autonomia coletiva, é possível passar ao exame da situação da negociação das horas de trajeto.

3 – Esfera de disponibilidade negocial e a remuneração das horas de trajeto

Quando se discute a respeito da validade da negociação concernente à remuneração das horas de trajeto, é necessário primeiramente ponderar a respeito de que tipo de parcela se pretende transacionar para posteriormente submeter a esta categoria a cognição doutrinária adequada.

Importante ressaltar que, diferente do que ocorre no direito privado de modo geral, a noção de indisponibilidade dos direitos trabalhistas não está relacionada automaticamente à ideia de conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial dos direitos envolvidos.

Isso porque o salário, não obstante seu caráter alimentar e, portanto, sua essencialidade à subsistência do trabalhador, é pago, prioritariamente, em dinheiro. Inobstante, essa parcela é reputada impenhorável, irrenunciável e indisponível pela doutrina jurídica trabalhista e pela própria legislação. É a essencialidade do direito à manutenção da vida do trabalhador e de sua família, que diz da sua indisponibilidade, e não o seu caráter patrimonial. Trata-se, assim, de um patrimônio existencial mínimo, que se aproxima da zona de fundamentalidade dos direitos extrapatrimoniais.

É certo que a Constituição da República, já incorporando preceitos da flexibilização do direito do trabalho, assentou, no art. 7º, VI, que o salário

9 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 177.

poderia ser reduzido por meio de negociação coletiva. Entretanto, também é certa a excepcionalidade dessa medida na ordem jurídica trabalhista e constitucional, bem como no próprio direito comparado.

A negociação coletiva para redução do salário sempre foi tratada como medida extrema, demandando contrapartidas específicas (notadamente a garantia do emprego) e justificativas contextuais de natureza grave, como o risco de dispensas coletivas.

Nesse sentido, a lúcida contribuição de Gabriela Neves Delgado acerca do tema:

“A Constituição Federal de 1988 permite, via negociação coletiva, que haja a redução salarial. Evidentemente que há limites para tal poder negocial coletivo, sob pena de a mesma Constituição ter criado a possibilidade de a sociedade civil desestruturar profundamente o mesmo direito do trabalho que a Carta Magna incentivou.

Entre tais limites desponta o fixado, por exemplo, pela Lei nº 4.923, de 1965, que estipula circunstâncias adversas específicas, incidindo sobre a empresa para viabilizar a redução, além de estabelecer limites temporais estreitos à regra redutora.

Outro limite que se pode inferir da Constituição é a necessidade de a negociação coletiva contrapor à diminuição salarial outras vantagens trabalhistas efetivas (como a garantia do emprego, ilustrativamente). É que a Carta Magna inspira-se na ideia de negociação, mas não na ideia de renúncia a direitos trabalhistas (considerada a orientação, inclusive, do princípio da disponibilidade de direitos).”¹⁰

Também Ricardo Macedo de Brito Pereira encampa essa compreensão do caráter excepcional e delicado da negociação coletiva para redução de salários:

“A regra é a irredutibilidade do salário, que se insere dentro do princípio da proteção. Para que a exceção prevaleça e produza efeitos válidos, é necessário que ela observe tal princípio. A redução do salário, como medida drástica que afeta condição fundamental de trabalho, só se justifica se a empresa passa realmente por situação econômico-financeira grave, comprovada mediante informações fornecidas ao sindicato profissional. Constatada a necessidade da providência, é necessário verificar sua idoneidade e adequação, no sentido de certificar que outras medidas mais amenas, como flexibilização da jornada de trabalho, suspensão

10 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 224.

dos contratos de trabalho para capacitação dos trabalhadores, não serão suficientes para resolver os problemas da empresa. Além disso, deve-se exigir algo em contrapartida. Se os trabalhadores vão contribuir para o empresário superar momento de crise, por lapso temporal determinado, nada mais razoável do que resguardar os empregados pelo período correspondente à redução salarial. Por todas essas razões é que a medida mais danosa aos trabalhadores, que é a dispensa coletiva, só pode ser considerada válida mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho.”

Portanto, é a partir da doutrina trabalhista, amparada nas referências e parâmetros normativos infraconstitucionais (a exemplo da Lei nº 4.923/65) e constitucionais, que são entendidos os limites contextuais e as exigências de contrapartida para uma negociação coletiva que implique redução salarial. A legitimidade do acordo e o papel do sindicato na negociação definem os limites e possibilidades do conteúdo do ato negocial¹¹.

Bem assim, nas controvérsias judiciais em que se debate a validade de instrumento negocial coletivo por meio do qual foi suprimido o pagamento de horas *in itinere*, o que se tem é um debate sobre *redução salarial*, matéria cuja possibilidade de flexibilização é colocada de modo excepcional na ordem jurídica, condicionada a situações econômicas empresariais graves e específicas, a limitações temporais e a contrapartidas substanciais.

As horas *in itinere*, tal como previstas anteriormente à Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), constituíam exceção ao modo de cômputo da jornada de trabalho definido pela legislação brasileira.

No Brasil, o art. 4º da CLT opta pelo cômputo da jornada de trabalho em função do tempo à disposição do empregador, não integrando neste o tempo de deslocamento. Excepcionalmente, a legislação previdenciária o fez, para considerar o tempo de deslocamento como tempo passível de ocorrência de acidentes de trabalho: é o caso dos acidentes de trajeto, equiparados para todos os fins previdenciários aos acidentes de trabalho (art. 21, VI, *d*, da Lei nº 8.213/91).

De outro lado, a jurisprudência trabalhista, posteriormente incorporada pela legislação estatal heterônoma (redação do art. 58, § 2º, da CLT, anteriormente à alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017), passou a entender que os períodos de deslocamento efetivados pelo empregador (fornecimento da condução) e no seu próprio interesse (porque o local é de difícil acesso ou não

11 DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. Acordos coletivos de trabalho: possibilidades e limites firmados pela Constituição Federal de 1988. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Trabalho, Constituição e cidadania*. São Paulo: LTr, 2014. p. 374.

servido por transporte público) deveriam ser computados na jornada de trabalho desses empregados específicos, porque os riscos da atividade econômica, à luz do art. 2º da CLT, correm por conta de quem emprega e a circunstância específica do local de difícil acesso/não servido por transporte público torna o acréscimo de tempo de deslocamento um ônus do empregador. Essa a *ratio* que orienta a Súmula nº 90 do TST, posteriormente incorporada pelo teor do art. 58, § 2º, da CLT.

Como exposto, após a edição da Lei nº 13.467/2017, o direito à remuneração das horas de trajeto, ainda que excepcionalmente, foi suprimido do ordenamento jurídico, passando a constar do art. 58, § 2º, da CLT que “o tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador”.

Entretanto, a controvérsia prevalece em relação às causas trabalhistas referentes a contratos de trabalho pactuados anteriormente à vigência da Lei nº 13.467/2017 e que se encontram pendentes de julgamento pelo Poder Judiciário, no qual se controverte sobre a validade de negociações coletivas que suprimiam o pagamento de horas *in itinere*.

A consequência que se extrai, a par da discussão conceitual desenvolvida, é que, se o reconhecimento do direito às horas de trajeto representava uma forma de cômputo especial da jornada de trabalho dos empregados alcançados pela redação original do art. 58, § 2º, da CLT, o tempo despendido no deslocamento era parte da jornada e, portanto, o pagamento correspondente a esse período representava *salário*. A negociação coletiva que suprimia o pagamento das horas de trajeto sem suprimir o correspondente tempo de jornada de trabalho implicava, portanto, *redução salarial*.

Assim, há que se considerar a excepcionalidade da situação e há que se ponderar que a contrapartida negocial e o caráter vantajoso da negociação coletiva somente podem ser avaliados em perspectiva histórica (considerando o acúmulo de direitos negociados pelas categorias) e contextual.

4 – A jurisprudência do STF sobre o tema

Tal conclusão é alcançada também tomando como referência a jurisprudência recente do STF a respeito do tema, que confrontou alguns parâmetros já consolidados da jurisprudência da Corte Superior trabalhista, mas que – como não poderia deixar de ser, em se tratando da guardiã da Constituição – não

o fez sem fixar outros parâmetros validadores do processo negocial coletivo trabalhista.

A matéria foi enfrentada, num matiz mais geral, pela *ratio decidendi* da RE 590.415, da Relatoria do Ministro Barroso, quando do julgamento da matéria concernente à quitação do contrato de trabalho pela adesão do empregado ao Plano de Demissão Voluntária negociado pelo sindicato. Nessa oportunidade, o relator assentou:

“26. A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de auto-compreensão e como exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. É, portanto, um mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social.

27. O reverso também parece ser procedente. A concepção paternalista que recusa à categoria dos trabalhadores a possibilidade de tomar as suas próprias decisões, de aprender com seus próprios erros, contribui para a permanente atrofia de suas capacidades cívicas e, por consequência, para a exclusão de parcela considerável da população do debate público.

28. Nessa linha, não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho. Tal ingerência viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam as suas próprias vidas. Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais.

29. Além disso, o voluntário cumprimento dos acordos coletivos e, sobretudo, a atuação das partes com lealdade e transparência em sua interpretação e execução são fundamentais para a preservação de um ambiente de confiança essencial ao diálogo e à negociação. O reiterado descumprimento dos acordos provoca seu descrédito como instrumento de solução de conflitos coletivos e faz com que a perspectiva do des-

DOCTRINA

cumprimento seja incluída na avaliação dos custos e dos benefícios de se optar por essa forma de solução de conflito, podendo conduzir à sua não utilização ou à sua oneração, em prejuízo dos próprios trabalhadores.”¹²

Ainda que de forma inconclusiva, o Ministro Relator no STF deixou claro, todavia, que a autonomia coletiva encontraria limites na indisponibilidade dos direitos sociais trabalhistas:

“25. Por fim, de acordo com o *princípio da adequação setorial negociada*, as regras autônomas juscoletivas 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. Embora, o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que estão protegidos contra a negociação *in pejus* os direitos que correspondam a um ‘patamar civilizatório mínimo’, *como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho, etc.* Enquanto tal patamar civilizatório mínimo deveria ser preservado pela legislação heterônoma, os direitos que o excedem sujeitar-se-iam à negociação coletiva, que, justamente por isso, constituiria um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia e a diferenciadas conjunturas econômicas.”¹³

E, ainda, comentando aquele caso concreto, registrou a necessidade de respeitar exatamente o caráter indisponível e a certeza jurídica de determinados direitos, preservando-os da negociação coletiva:

“38. Por outro lado, ao aderir ao PDI, a reclamante não abriu mão de parcelas indisponíveis, que constituíssem ‘patamar civilizatório mínimo’ do trabalhador. Não se sujeitou a condições aviltantes de trabalho (ao contrário, encerrou a relação de trabalho). Não atentou contra a saúde ou a segurança no trabalho. Não abriu mão de ter a sua CNTP assinada. Apenas transacionou eventuais direitos de caráter patrimonial ainda pendentes, que justamente por serem ‘eventuais’ eram incertos, configurando *res dubia*, e optou por receber, em seu lugar, de forma certa e imediata, a importância correspondente a 78 (setenta e oito) vezes o

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 590.415*. Plenário. DJE 29.05.2015. Ata nº 78/2015. DJE n. 101, divulgado em 28.05.2015.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 590.415*. Plenário. DJE 29.05.2015. Ata nº 78/2015. DJE n. 101, divulgado em 28.05.2015.

valor da maior remuneração que percebeu no Banco. Teve garantida, ainda, a manutenção do plano de saúde pelo prazo de 1 (um) ano, a contar do seu desligamento. Não há que se falar, portanto, em renúncia a direito indisponível.”¹⁴

Embora fique clara a retomada de posição do STF no sentido de questionar alguns aspectos da jurisprudência do TST a respeito dos limites da negociação coletiva, manifestando aquela Corte Suprema a intenção de alargar o espaço negocial, não se pode perder de vista que a missão Constitucional da Corte Suprema impõe que tal abertura seja feita de modo criterioso e atento aos compromissos constitucionais em matéria trabalhista.

Nessa mesma linha, registro que em decisão monocrática proferida em 13.09.2016 (publicação no DJe), e posteriormente confirmada pela Segunda Turma do STF em sede de Agravo regimental (acórdão publicado no DJe de 23.05.2017), o Ministro Teori Zavascki lançou as seguintes razões de decidir sobre situação análoga à debatida neste artigo:

“3. No presente caso, a recorrente firmou acordo coletivo de trabalho com o sindicato da categoria à qual pertence a parte recorrida para que fosse suprimido o pagamento das horas *in itinere* e, em contrapartida, fossem concedidas outras vantagens aos empregados, ‘tais como *‘fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos; pagamento do salário-família além do limite legal; fornecimento de repositores energéticos; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva’ (fl. 7, doc. 29).*

O Tribunal de origem entendeu, todavia, pela invalidade do acordo coletivo de trabalho, uma vez que o direito às horas *in itinere* seria indisponível em razão do que dispõe o art. 58, § 2º, da CLT:

(...)

O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. *Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a*

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 590.415. Plenário. DJe 29.05.2015. Ata nº 78/2015. DJe n. 101, divulgado em 28.05.2015.

validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.

Registre-se que a própria Constituição Federal admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida. *Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical.*¹⁵

Nesse julgado, mais específico em relação à matéria examinada, embora significativamente mais conciso na análise, extrai-se que o Relator admitiu a redução salarial em comento, considerando as vantagens obtidas em contrapartida à renúncia salarial e a legitimidade da vontade sindical.

5 – Considerações finais

Seja sob o prisma do julgamento do RE 590.415, seja sob o prisma mais flexível em relação ao conteúdo da negociação estampado no julgamento do RE 895.759, é possível entender que toda e qualquer negociação em que se suprima o pagamento de horas *in itinere* está, imediatamente, amoldada à situação analisada no precedente.

Primeiramente, é imprescindível, para subsunção à conclusão do precedente, que haja manifestação a respeito dos termos e condições assembleares em que se deu a aprovação do acordo. Assim, é necessário aferir, sob o aspecto formal, a representatividade e legitimidade da negociação coletiva no caso concreto.

Segundo, uma vez que no caso paradigma o Relator afirmou que as vantagens identificadas na negociação coletiva seriam suficientes (entendendo-se, por suposto, que não seria qualquer vantagem que justificaria a redução salarial) à compensação do rebaixamento salarial, é imprescindível, para subsunção de outros casos concretos à mesma conclusão: a) comparar, em conteúdo e

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 895.759/PE. Decisão monocrática. Rel. Min. Teori Zavascki. DJE n. 195, divulgado em 12.09.2016.

DOCTRINA

qualidade, as vantagens supostamente obtidas nessa negociação coletiva com aquelas identificadas pelo STF no RE 895.759, eis que podem se tratar de parcelas distintas e uma vez que não foram oferecidos parâmetros objetivos para a aferição da “suficiência” da contrapartida; b) identificar menção ao momento histórico da afirmação de cada uma das vantagens no processo negocial coletivo, a fim de ser possível relacioná-las à supressão de salário efetivada nessa negociação específica; e c) aferir o cenário das outras cláusulas concessivas ou restritivas de direitos constantes do instrumento negociado, a fim de confirmar se as vantagens supostamente obtidas fazem contrapartida especificamente à medida extrema da redução salarial ou se também se contrapõem a outras restrições de direitos.

Assim, somente considerado uma análise do cenário fático de cada situação concreta, comprometida com a representatividade, legitimidade e com a equidade das transações realizadas no espaço da negociação coletiva (que assim se qualifica quando o processo negocial é vantajoso para ambas as partes), será possível concluir que a redução salarial levada a cabo por meio da supressão do pagamento das horas de trajeto tenha implicado vantagem compensatória aos trabalhadores implicados no processo de negociação, *critério adotado pelo Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento da validade de negociações coletivas desta natureza*.

Portanto, seja pela construção jurisprudencial histórica desta Corte Trabalhista e pela construção doutrinária consolidada que ampara o direito do trabalho, no sentido de refutar processos de renúncia no âmbito negocial e no sentido de restringir a situações excepcionalíssimas e contrapartidas vultosas a redução salarial empreendida por meio da negociação coletiva; seja pela recente jurisprudência do STF, no sentido de ampliar os espaços da negociação coletiva a partir dos parâmetros que aquela própria Corte propôs, é importante tomar como referência, para a aplicação do entendimento vinculante do STF acerca do tema, os seguintes parâmetros propostos acima.

Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 590.415*. Plenário. DJE 29.05.2015. Ata nº 78/2015. DJE n. 101, divulgado em 28.05.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 895.759/PE*. Decisão monocrática. Rel. Min. Teori Zavascki. DJE n. 195, divulgado em 12.09.2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR-136-84.2010.5.15.0072, SBDI-1, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 30.08.2013.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DOCTRINA

_____; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. Acordos coletivos de trabalho: possibilidades e limites firmados pela Constituição Federal de 1988. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Trabalho, Constituição e cidadania*. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

DIEESE. *Balanco das negociações dos reajustes salariais do 1º semestre de 2016*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2016/estPesq81balancoReajustes1semestre2016.pdf>>.

FRAZÃO, Ana. *Empresa e sociedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

KALIL, Renan Bernardi. *A reforma trabalhista, o Brasil e a comunidade internacional*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/23/reforma-trabalhista-o-brasil-e-comunidade-internacional/>>.

NASCIMENTO, Bárbara. OIT recomenda a governo brasileiro que revise trechos da reforma trabalhista. *O Globo*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/oit-recomenda-governo-brasileiro-que-revise-trechos-da-reforma-trabalhista-22375718>>.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. A nova Súmula nº 277 do TST: reflexos na negociação coletiva e no poder normativo da Justiça do Trabalho. *Revista da LTr*, abr. 2013, p. 395-401.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

Recebido em: 31/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO CONTEXTO JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO

THE INSTITUTE OF MEDIATION IN THE LUSO-BRAZILIAN LEGAL CONTEXT

Roberto Nobrega de Almeida Filho*

RESUMO: O presente estudo tem por escopo analisar o instituto da mediação nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro e sua característica como política pública alternativa de resolução de litígios, suas convergências e finalidades próprias, tendo em vista a crise de insuficiência do Poder Judiciário para disciplinar e solucionar os conflitos derivados da vida em sociedade, agravados especialmente pela demora na finalização dos processos. Será dada ênfase ao procedimento de mediação privada (civil) no âmbito interno dos dois países. Pretendemos apresentar à comunidade jurídica um panorama geral sobre as leis de mediação em Portugal e no Brasil, especialmente os procedimentos desenvolvidos fora do sistema público, e seus efeitos nos litígios privados, cujo arcabouço legal traduz uma nova modalidade jurídica de método consensual para resolução de conflitos de forma mais simples, barata e célere, além de contribuir explicita e benéficamente para a divulgação da cultura de pacificação social, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Na presente investigação aplicamos o método da pesquisa bibliográfica, obtida em revistas jurídicas, textos disponibilizados em mídia eletrônica e livros relacionados ao tema em pauta.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos. Autonomia da Vontade. Mediador. Princípios. Pacificação Social.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the institute of mediation in Portuguese and Brazilian legal systems and its characteristic as an alternative public policy for the resolution of disputes, their convergence and their own purposes, in view of the crisis of insufficiency of the Judiciary to discipline and solve the Conflicts arising from life in society, especially exacerbated by the delay in finalizing the processes. Emphasis will be placed on the private (civil) mediation procedure within the two countries. In this dissertation we intend to present to the legal community an overview of the mediation laws in Portugal and Brazil, especially the procedures developed outside the public system, and their effects in private litigation, whose legal framework translates a new legal modality of consensual method of resolution Of conflicts in a simpler, cheaper and faster way, besides contributing explicitly and beneficially to the dissemination of the culture of social pacification, without the need of intervention of the Judiciary Power. In the present investigation we applied the method of bibliographic research, obtained from legal journals and texts made available in electronic media and books related to the topic at hand.

KEYWORDS: Mediation. Extrajudicial Ways to Solve Conflicts. Autonomy of the Will. Mediator. Principles. Social Pacification.

* Desembargador federal do trabalho – TRT 15; mestre em Ciências Jurídico-Forenses pela Faculdade de Direito de Coimbra.

Este estudo propõe analisar – de forma sintética e não exauriente – o instituto da mediação de conflitos tanto nos sistemas jurídicos de Portugal quanto do Brasil, tendo em vista que por suas características a mediação, especialmente a *extrajudicial*, é uma importante alternativa de resolução de litígios. A crise de insuficiência que afeta o Poder Judiciário para disciplinar e solucionar os conflitos da vida em sociedade, agravados especialmente pela demora na finalização dos processos, pode ser amenizada com o procedimento de mediação privada nos dois países.

No decorrer deste artigo serão analisadas as vantagens desse método consensual para resolução de conflitos, o qual, de forma mais simples, barata e célere, poderá resolver as controvérsias sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Diante da crise de eficácia da justiça, alimentada pelo crescente e contínuo acervo processual dos tribunais, a mediação se apresenta, então, como a melhor alternativa ou a mais ajustada, rápida e prática para a solução consensual dos conflitos.

Ao final, percebemos que a mediação em Portugal e no Brasil é um mecanismo de gestão de conflitos e disputas que tem por objetivo garantir uma forma ágil de acesso à Justiça, uma vez que a demora no encerramento dos processos e os correlatos desgastes emocional e financeiro não condizem mais com o senso de justiça reclamado pela sociedade.

Transcrevemos, a seguir, o conceito de mediação disposto nas legislações portuguesa (Lei nº 29/2013, de 19 de abril) e brasileira (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015), respetivamente.

Na Lei portuguesa nº 29/2013, de 19 de abril, artigo 2.º, temos as seguintes definições:

“Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por:

a) ‘Mediação’ a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos;

b) ‘Mediador de conflitos’ um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.”

A Lei brasileira nº 13.140, de 26 de junho de 2015, art. 1º:

“(…) dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

DOCTRINA

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

Na Constituição lusa, os meios não judiciais de resolução de litígios têm previsão no artigo 202.º, nº 4: “A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”.

No Brasil, a constitucionalidade da mediação afere-se logo pela leitura do próprio preâmbulo da Carta Magna, que proclama, dentre outras diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas, a mensagem de solução pacífica das controvérsias, nos seguintes termos: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

A referida exortação deve ser interpretada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário a responsabilidade exclusiva para solução de todas as controvérsias e, partindo desse fundamento essencial e institucional, fica claro que, além da jurisdição estatal, não está excluída a opção de resolução dos conflitos pelos métodos alternativos, cujos objetivos primordiais são a solução e/ou prevenção de litígios e a promoção da paz social.

Na legislação infraconstitucional brasileira, encontramos a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em vigor desde 18 de março de 2016, que regula o novel Código de Processo Civil e estabelece o instituto da mediação no âmbito do Poder Judiciário, sem exclusão de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais para resolução de conflitos, nos termos do art. 3º, § 2º: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, e § 3º: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, e no art. 175: “As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica”.

DOCTRINA

Por sua vez, o art. 334 do aludido CPC determina: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”.

Da mesma forma, o Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), conforme seu art. 851: “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que possam contratar”, já indicava a preocupação do legislador brasileiro na busca por instrumentos extrajudiciais para solução de controvérsias a serem dirimidas pelos próprios interessados.

Também se faz necessário nos referirmos à Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, que instituiu a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses e prescreve expressamente no parágrafo único do seu art. 1º: “Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão” (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>).

A citada Resolução foi aprovada em 29 de novembro de 2010 e idealizada com o objetivo de se estabelecer uma política nacional de resolução adequada de conflitos e na perspectiva da criação de ambiente não adversarial de solução das disputas, conforme proposição constante no Manual de Mediação Judicial¹.

Expostas as normatizações legais do instituto em questão em ambos os ordenamentos, pedimos vênia, antes de continuarmos a discorrer sobre o mesmo assunto, para fazermos uma breve referência histórica ao termo mediação. Outrora em sinonímia com “conciliação”, desde 1603 essa possibilidade já constava do Código legal português – Ordenações Filipinas – cuja vigência no Brasil perdurou até a proclamação da independência em 1822, e essa sábia premonição está consagrada nas disposições constantes no Livro III, T. 20, § 1º. Vejamos: “E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem

1 AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015.

DOCTRINA

concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso (...)”.

Pois bem, feita a singela referência histórica à técnica da mediação como forma extrajudicial de resolução de litígios, vale acentuar que esse método de soluções consensuais ditadas pelas próprias partes é classificado pela doutrina como Resolução Alternativa de Litígios – RAL, sob considerável influência do direito norte-americano (Alternative Dispute Resolution – ADR).

Em suma, essa modalidade não judicial de resolução de conflitos objetiva propiciar aos eventuais litigantes uma solução consensual da controvérsia surgida, baseada na vontade das partes, e de forma complementar à via judicial, sem que isto interfira no direito de acesso aos tribunais e, obviamente, implique em limitação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição assegurado aos cidadãos portugueses e brasileiros (artigo 20.º, nº 1, da CRP e art. 5º, XXXV, da CRFB)².

O próprio significado do termo mediação já indica que se trata de um meio não adversarial de resolução de conflitos, e dentre as diversas definições doutrinárias do instituto em questão, destacamos a de Marques (2011, p. 45), que explica tratar-se de:

“(…) um expediente de harmonia com o qual, ocorrendo um conflito de interesses, os litigantes usam estruturas de autocomposição do respetivo litígio, que o mesmo é dizer que o resultado compositivo é produto do poder de autodeterminação da vontade consensual dos litigantes das pretensões a compor, exactamente quando esse resultado é obtido com auxílio de terceiros auxiliares, os mediadores. A solução do conflito que opõe as partes é assim uma solução amigável e concertada.”

Por sua vez, Serpa (1999, p. 90-91) define:

“(…) a mediação não é uma estrutura que deva ser imposta a nenhuma disputa para propiciar solução, sendo um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor neutro assiste aos disputantes na solução das questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora de contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância delas.”

2 CRP: “Artigo 20.º (...) 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (...)”.

CRFB: “Art. 5º (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

DOCTRINA

Essas conceituações estão em consonância com as previsões legais portuguesa e brasileira, na medida em que no artigo 2.º, *a*, da Lei nº 29/2013 e no art. 1.º, parágrafo único, da Lei brasileira nº 13.140/2015 constam os três elementos estruturantes do instituto em pauta, a saber: a) um mecanismo de resolução alternativa (adequada) do conflito; b) voluntariedade dos interessados; e c) presença de um mediador imparcial e desprovido de poderes decisórios que auxilia as partes na obtenção de um acordo.

A partir desses três eixos é possível deduzir que as mencionadas legislações coincidem nas suas finalidades precípua, pois ambas preveem que a mediação é um meio extrajudicial de resolução de litígios intermediada por um terceiro (mediador) sem poderes impositivos sobre os mediados, cuja tarefa é a de auxiliá-los na tentativa de chegarem a uma composição.

Os princípios da mediação na lei portuguesa estão assentados no artigo 3.º e discriminados nos artigos 4.º até o 9.º, designadamente a voluntariedade (4.º), confidencialidade (5.º), igualdade e imparcialidade (6.º), independência (7.º), competência e responsabilidade (8.º) e executoriedade (9.º). Na legislação do Brasil estão elencados no art. 2º, I a VIII: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

O princípio da voluntariedade, de acordo com os doutos, é a base da mediação, sua vantagem consiste na desnecessidade de submissão obrigatória a esse método, ou seja, o interessado poderá participar ou não do procedimento, eventual recusa não será considerada ofensa ao dever de cooperação previsto na lei adjetiva.

Em ambas as legislações verificamos essa premissa comum da voluntariedade³; no caso brasileiro, traduzida na autonomia da vontade (art. 2º, V, *c/c* o § 2º)⁴, que corresponde à liberdade dos interessados na escolha (espontânea) do processo de mediação para, desse modo, resolverem suas pendências da forma que melhor lhes convier dentro dos limites legais e sem qualquer intervenção impositiva de terceiros. Também lhes é franqueada a possibilidade de

3 Lei nº 29/2013: “Artigo 4.º (...) 1 – O procedimento de mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento. 2 – Durante o procedimento de mediação, as partes podem, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, revogar o seu consentimento para a participação no referido procedimento”.

4 “Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) V – autonomia da vontade das partes (...) § 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.”

desistência desse sistema a qualquer momento, sem consequências negativas⁵. Ressaltamos, ainda, a garantia assegurada de livre acesso ao Judiciário, se essa for a opção mesmo durante o transcorrer do procedimento.

Por outro lado, insta acentuar outro aspecto importantíssimo sobre o princípio da voluntariedade, eis que tal preceito não importa em um substitutivo ao sistema judicial, pois, na realidade, a relação que se estabelece é de adequação e complementaridade à jurisdição. Quando falamos em adequação, referimo-nos especificamente àqueles casos que apresentam os pressupostos de mediabilidade do conflito – patrimonialidade dos interesses e transigibilidade dos direitos – estampados no artigo 11.º, nºs 1 e 2, da Lei nº 29/2013.

No ordenamento brasileiro as hipóteses vocacionadas à autocomposição são aferidas nos termos do art. 3º da Lei nº 13.140/2015, ou seja, “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (...) § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”. Essa adequação se dá a partir da perspectiva de que a mediação será a melhor alternativa ou a mais ajustada, rápida e prática para a solução consensual dos conflitos, de tal sorte que, preenchidos os citados critérios de mediabilidade, a insistência na judicialização direta implicará na opção mais inadequada.

Por sua vez, a vertente da complementaridade ao sistema judicial decorre da dependência a esse mesmo sistema para garantir a exequibilidade das decisões celebradas no âmbito extrajudicial de resolução de conflitos, em consonância com o princípio da executoriedade⁶ previsto no artigo 9.º da Lei nº 29/2013, de 19 de abril, e na lei brasileira no parágrafo único de seu art. 20⁷.

Prosseguindo sobre os princípios consagrados em ambas as legislações ora estudadas, fazemos referência ao princípio da confidencialidade, previsto

5 Lei nº 29/2013: “Artigo 4.º (...) 3 – A recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não consubstancia violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil”.

6 “Artigo 9.º (...) 1 – Tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação: a) Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos; d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo ministério da Justiça.”

7 “Art. 20. (...) Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.”

nos artigos 5.º e 18.º, n.º 3, da Lei n.º 29/2013⁸; arts. 2.º, VII, e 30, § 1.º, da Lei n.º 13.140/2015⁹, e art. 166, § 1.º, do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015), *verbis*: “A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso de procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”.

A previsão de confidencialidade nas legislações em pauta diz respeito à obrigatoriedade de se manter o sigilo de todos os assuntos tratados no curso das sessões de mediação, e alcança especialmente o mediador que não pode divulgar as informações sigilosas a estranhos ao procedimento em questão (dimensão externa) e tampouco às partes nelas envolvidas (dimensão interna), como se infere da regra disposta no art. 31 da Lei brasileira (n.º 13.140/2015), *in verbis*: “Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado”, também constante do Estatuto Processual Civil brasileiro, no § 2.º do art. 166, *verbis*: “Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação”.

Cabe ressaltar também que a abrangência do princípio da confidencialidade é ampla e atinge todos os que participaram do procedimento em questão, conforme se verifica pelas disposições constantes no n.º 3¹⁰ do artigo 18.º e artigo 28.º¹¹ da Lei n.º 29/2013.

Na Lei brasileira n.º 13.140/2015, essa obrigação também está presente no art. 30, § 1.º, já transcrito e no acima reproduzido § 2.º do art. 166 do Código de

8 “Artigo 5.º (...) 1 – O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem. 2 – As informações prestadas a título confidencial ao mediador de conflitos por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu conhecimento, às restantes partes envolvidas no procedimento.”

“Artigo 18.º (...) 3 – Todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade.”

9 “Art. 2.º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) VII – confidencialidade (...)”

“Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação. § 1.º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação.”

10 “3 – Todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade.”

11 “Artigo 28.º (...) Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 5.º, o mediador de conflitos não pode ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento de mediação.”

Processo Civil. Ambos vedam a exposição pública de fatos, temas e propostas discutidos durante a mediação, inclusive a divulgação em processo arbitral e/ou judicial, a não ser que as partes expressamente decidam levantar o indigitado sigilo, ou quando decorrer de imposição legal ou, ainda, se for necessário para o cumprimento do acordo celebrado em mediação.

Repetimos, *ad nauseam*, o citado § 1º e seus incisos I a IV do art. 30 da Lei nº 13.140/2015, e o § 2º do art. 166 do Código de Processo Civil brasileiro, tal qual a norma portuguesa similar (artigos 5.º, nºs 1 e 2, 18.º, n.º 3, e 28.º), são expressos em estender o dever de confidencialidade a todos os atores que participaram da mediação (mediador, partes, prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas que, direta ou indiretamente, tenham participado do procedimento) e essa obrigação alcança não só as informações conhecidas, mas também todo o conteúdo das sessões, nomeadamente “(...) os documentos trocados, as palavras dirigidas pelas partes e pelo mediador, as propostas de solução formuladas no seio das sessões” (LOPES; PATRÃO, 2014, p. 41).

Em ambas as legislações analisadas, verifica-se que o princípio da confidencialidade não é absoluto – aliás, como todos os demais – e sofre restrições quando estejam em causa razões de ordem pública, conforme disposto no artigo 5.º, n.º 3, da Lei lusa¹², e no Brasil essa exceção consta no art. 30. Na vertente portuguesa, as restrições são mais detalhadas e abrangem a proteção do interesse superior da criança e da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa. Na lei brasileira, a obrigatoriedade de sigilo cede nos casos de comunicação relativa à ocorrência de crime de ação pública – hipóteses que nos parecem redundantes, pois naturalmente se encontram inseridas no âmbito do interesse público, independentemente do eventual sucesso da mediação.

De todo o exposto, já é possível inferir uma vantagem significativa do procedimento de mediação, que é a ausência de exposição pública do litígio, pois não haverá necessidade da intervenção de terceiros estranhos, como testemunhas ou peritos, e, não havendo divulgação da questão litigiosa, a imagem externa dos contendores restará preservada.

Privacidade, indubitavelmente, é um aspecto relevantíssimo no mundo atual dos negócios, na economia globalizada em geral ou no mercado financeiro,

12 Lei nº 29/2013: “Artigo 5.º (...) 3 – O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses”.

especialmente nos casos de conflitos empresariais de alta repercussão econômica. A impressão transmitida será de segurança, solidez e estabilidade dos litigantes, quer sejam pessoas naturais, quer sejam empresas, mesmo estando em curso o indigitado procedimento.

Uma consequência natural, derivada do princípio da confidencialidade, que delimita o ofício do mediador, é o seu impedimento para atuar como testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada com o procedimento de mediação (artigo 28.º da Lei nº 29/2013), regra essa repetida no contexto brasileiro, conforme arts. 6º e 7º da Lei nº 13.140/2015¹³ e § 2º do art. 166 do CPC.

Diante dessas vedações legais, concluímos que caso o mediador venha a ser convocado para prestar depoimento, em sede judicial ou arbitral, a respeito de assunto conhecido em procedimento de mediação, ele deverá abster-se, a não ser que se trate dos temas abrigados nas exceções previstas nos artigos *sub examine*.

Analisaremos agora o princípio estabelecido no artigo 9.º, nºs 1, *a a e*, e 4¹⁴, da Lei nº 29/2013, e no parágrafo único do art. 20¹⁵ da Lei brasileira (nº 13.140/2015).

De um modo geral, podemos obter que o princípio em pauta estabelece os requisitos legais necessários para conferir força executiva ao ajuste obtido em procedimento de mediação.

Pedimos vênia novamente para invocar a lucidez jurídica de Garcia (2015, p. 179), que analisou minuciosamente os pressupostos inerentes desse preceito primordial, assentando:

13 “Art. 6º O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.”

“Art. 7º O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.”

14 “Artigo 9.º (...) 1 – Tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação: a) Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos; d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça. (...) 4 – Tem igualmente força executiva o acordo de mediação obtido por via de mediação realizada noutro Estado membro da União Europeia que respeite o disposto nas alíneas *ad*) do n.º 1, se o ordenamento jurídico desse Estado também lhe atribuir força executiva”.

15 “Art. 20. (...) Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.”

“O princípio da executóriedade, previsto no artigo 9.º, estabelece os requisitos a que deve obedecer o acordo alcançado pelas partes (nos termos do artigo 20.º) para que lhe seja conferido força executiva quando a mediação corre fora dos sistemas públicos e em fase não judicial do litígio. O acordo alcançado em fase judicial, com suspensão da instância, é homologado pelo juiz do processo, como estabelece o n.º 5 do artigo 273.º do CPC. Desenvolvendo-se a mediação nos julgados de paz, o acordo é homologado pelo juiz de paz, nos termos do artigo 56.º, n.º 1, da Lei nº 78/2001 (alterada pela Lei nº 54/2013). O acordo obtido em mediação civil e comercial, no âmbito do procedimento regulado na Lei nº 29/2013, com a participação de mediador inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça, e com observância dos demais requisitos estabelecidos no n.º 1 do artigo 9.º tem força executiva própria, ou seja, sem necessidade de homologação judicial. Este título executivo deverá, assim, inscrever-se entre os previstos na al. d) do n.º 1 do artigo 703.º do CPC, ‘os documentos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva’. Apesar de o acordo assim alcançado ter força executiva, as partes têm a faculdade de submeter a acordo a homologação judicial, nos termos do artigo 14.º, apresentando o pedido conjuntamente em qualquer tribunal competente em razão da matéria.”

Em vista da clarividência dessa lição, seriam desnecessárias outras considerações, todavia cumpre destacar que, em nosso ponto de vista, um dos motivos primordiais da eficácia executiva conferida ao acordo lavrado em mediação é justamente incentivar as partes a optarem pelos mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, em sintonia fina, portanto, com a ideia original de celeridade e efetividade do procedimento.

Oportunamente, ressaltamos, ainda, que os contendores poderão submeter à homologação judicial o acordo obtido em mediação – já dotado de executóriedade nos termos do artigo 9.º, n.º 1, *a* e *e*, e nº 4, da Lei nº 29/2013 – conforme a norma disposta no verbete 14º, n.º 1, *verbis*: “nos casos em que a lei não determina a sua obrigação, as partes têm a faculdade de requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial”.

Na legislação brasileira, adotou-se o mesmo critério de conferir eficácia executiva aos acordos de mediação, como se constata pelas disposições contidas no parágrafo único do art. 20, ratificado pelo art. 515, II e III¹⁶, do Código

16 “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste título: (...) II – a decisão homologatória de autocomposição judicial; III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza.”

de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), cujo inciso III é dirigido aos casos de acordos celebrados em mediação extrajudicial. Caso não haja homologação, o termo final do acordo constituir-se-á título executivo extrajudicial, nos termos do parágrafo único do art. 20 da Lei nº 13.140/2015.

O artigo 10.^o¹⁷ da Lei nº 29/2013 especifica que os litígios mediáveis em Portugal são aqueles de natureza civil e comercial, com exclusão dos litígios passíveis de mediação familiar, laboral e penal que são regulados por legislações específicas sobre tais matérias.

No Brasil, o art. 1º da Lei nº 13.140/2015 define o conceito legal da mediação “como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. Por sua vez, o art. 3º da mesma lei de regência dispõe: “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”, enquanto o parágrafo único do art. 42 prescreve: “a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria”; diante dessas balizas legais podemos concluir, então, que as questões de caráter civil, comercial, administrativa e fiscal estão inseridas no âmbito de aplicação da lei brasileira, excetuando-se as de natureza laboral.

Por oportuno, ressaltamos uma diferença importante entre a legislação lusa – que exclui do seu âmbito de aplicação a apreciação das causas de natureza administrativa e fiscal – e a congênere brasileira (Lei nº 13.140/2015), que dedicou o Capítulo II, Seções I e II, arts. 32 a 40 para disciplinar as condições que regem a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

Em relação ao objeto – cabimento da mediação em conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação – entendemos que a redação usada na norma em destaque¹⁸ pode suscitar dúvidas em relação ao seu alcance.

Genericamente, entende-se por direito indisponível aquele que é relativo a um interesse público, como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade, ou seja, são direitos indisponíveis aqueles aos quais os seus titulares não têm qualquer poder de disposição, pois nascem, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente da vontade dos titulares. A partir dessa

17 “Artigo 10.º Âmbito de aplicação. 1 – O disposto no presente capítulo é aplicável à mediação de litígios em matéria civil e comercial realizada em Portugal.”

18 Lei nº 13.140/2015: “Art. 3º (...) § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

premissa, inferimos que o comando contido no § 2º do art. 3º da Lei brasileira viabiliza, em caso de consenso entre partes sobre direitos indisponíveis, porém transigíveis, a submissão da avença ao crivo do juiz, com oitiva do Ministério Público.

Feitas as singelas distinções entre os dois conceitos acima – disponibilidade e indisponibilidade de direitos – chegamos à seguinte conclusão: não se pode confundir indisponibilidade com intransigibilidade, pois esta somente se verifica nas hipóteses em que a lei categoricamente veda a transação. Sendo assim, repetimos: inexistindo tal restrição, nas demais situações litigiosas que envolvam direitos indisponíveis, porém transigíveis, o acordo deverá, obrigatoriamente, ser submetido à apreciação do juiz, com intervenção do Ministério Público.

O artigo 12.º, n.ºs 1 a 4, da Lei nº 29/2013 estabelece as regras que regem a convenção de mediação no ordenamento português, e a primeira disposição¹⁹ reza que as partes podem prever contratualmente que os eventuais litígios decorrentes do contrato sejam submetidos à mediação.

A segunda prescrição²⁰ da mesma norma determina que a mediação adote a forma escrita, sob pena de invalidade da convenção, pois se trata de formalidade *ad substantiam*, a teor da disposição contida no n.º 3²¹. Além da exigência de forma escrita, também servirão para instrumentalizar a convenção outras manifestações exteriorizadas por qualquer meio escrito, como cartas, telegramas, *e-mail* e outros recursos eletrônicos.

O principal efeito (negativo temporário) processual que decorre da indigitada convenção está previsto no n.º 4²², especificamente a suspensão da instância, exceção dilatória a ser invocada pelo réu que pretenda constituir o procedimento em questão até o momento da apresentação da sua primeira impugnação. Desse modo, caso alguma das partes desrespeite a convenção e resolva recorrer diretamente aos tribunais, caberá ao réu suscitar à exceção em

19 “Artigo 12.º (...) 1 – As partes podem prever, no âmbito de um contrato, que os litígios eventuais emergentes dessa relação jurídica contratual sejam submetidos a mediação.”

20 “Artigo 12.º (...) 2 – A convenção referida no número anterior deve adotar a forma escrita, considerando-se esta exigência satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrônicos de comunicação.”

21 “Artigo 12.º (...) 3 – É nula a convenção de mediação celebrada em violação do dispositivo nos números anteriores ou no artigo anterior.”

22 “Artigo 12.º (...) 4 – O tribunal no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de mediação deve, a requerimento do réu deduzido até o momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, suspender a instância e remeter o processo para mediação.”

tela e assim bloquear a competência do tribunal judicial para conhecer do litígio, que deverá ser redirecionado para o procedimento de mediação.

Nesse mesmo sentido, a dicção de Garcia (2015, p. 181), que ao discorrer sobre os efeitos da convenção sintetizou-os nestes termos:

“A convenção de mediação produz, para os seus subscritores, aquilo a que poderemos chamar um efeito negativo temporário, ou seja, uma inibição da competência do tribunal judicial para conhecer do mérito da causa, quando seja proposta ação em tribunal e o réu, na sua contestação, invoque a existência da convenção, produzindo-se a suspensão da instância e remessa do processo para mediação, nos termos do n.º 4 do artigo 12.º. Caso alguma das partes recuse iniciar ou continuar o procedimento de mediação, como o princípio da voluntariedade lhe permite, a instância judicial será conseqüentemente retomada.”

Convém salientar, ainda, que na legislação adjetiva lusa também encontramos a previsão de suspensão de instância, por ordem do juiz, em qualquer estado da causa, nas situações em que ele julgar mais conveniente, a não ser que haja oposição de uma das partes; caso não haja, o acordo alcançado será homologado em consonância com os termos do artigo 273.º, n.ºs 1 a 5, do Código de Processo Civil lusitano.

No sistema brasileiro, à semelhança do português, nas disposições comuns do procedimento de mediação a suspensão da instância está prevista no *caput* do art. 16 da Lei nº 13.140/2015: “ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do conflito”, inclusive com suspensão do prazo prescricional²³, enquanto transcorrer o procedimento em questão.

Na mediação extrajudicial também encontramos a indigitada “suspensão” derivada de cláusula contratual, conforme disposto no *caput* do art. 23²⁴.

No novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o parágrafo único do art. 221 é expresso em dispor sobre a suspensão dos prazos para fins de execução de programa do Judiciário relacionados à resolução alternativa de conflitos: “Suspendem-se os prazos durante a execução de programa instituído pelo

23 “Art. 17. (...) Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.”

24 “Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.”

Poder Judiciário para promover a autocomposição, incumbindo aos tribunais especificar, com antecedência, a duração dos trabalhos”. A mesma prescrição consta do parágrafo único do art. 694 do CPC, que se refere a ações de família, porém extensível a outras circunstâncias: “A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar”.

Por oportuno, fazemos referência às determinações constantes do art. 20 que disciplinam o encerramento da mediação a partir da lavratura do termo final nas seguintes hipóteses: celebração de acordo, ou quando não houver mais justificativas em envidar novos esforços para se obter o consenso dos mediados. Tais situações poderão ser certificadas por declaração do mediador ou a requerimento de qualquer das partes. Registramos, novamente, que o termo final de mediação, havendo acordo, valerá como título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial (parágrafo único do art. 20 da Lei nº 13.140/2015).

Passamos agora a abordar a homologação de acordo, a pedido das partes, celebrada em sistema extrajudicial, hipótese versada no artigo 14.^{o25} da Lei nº 29/2013.

Muito embora o artigo 9.^o da legislação dispense a homologação judicial para imprimir efeito executivo aos acordos de mediação – desde que observados os requisitos das suas alíneas de *a* a *e* e n.^o 4 – as partes têm a faculdade de pedir conjuntamente a chancela judicial em qualquer tribunal competente em razão da matéria, preferencialmente por via eletrônica, nos termos de portaria governamental originária da área da justiça (conforme redação do n.^o 2 do artigo 14.^o).

A indigitada homologação tem por finalidade a verificação judicial acerca da mediabilidade do litígio, se houve a observância dos princípios gerais de direito sobre a capacidade das partes para realizar a mediação, se se respeitou a boa-fé da inexistência de abuso de direito e se o seu conteúdo não viola a ordem pública. Tais determinações estão elencadas no n.^o 3²⁶ da norma em questão.

Interessante destacar, também, que no preceito em pauta, diferentemente do disposto no artigo 9.^o, n.^o 1, *e*, não se previu a necessidade de inscrição do

25 “Artigo 14.^o (...) 1 – Nos casos em que a lei não determina a sua obrigação, as partes têm a faculdade de requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial.”

26 “Artigo 14.^o (...) 3 – A homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objeto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso de direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública.”

mediador na lista do Ministério da Justiça, razão pela qual podemos concluir que naqueles casos de procedimento de mediação em que não tenha participado mediador registrado na lista, ou, ainda, em acordos que não seguiram o regramento específico da Lei nº 29/2013, restará às partes que pretendam imprimir a respetiva eficácia executiva submeter a avença ao crivo judicial.

De acordo com o estabelecido no n.º 5 do artigo sob análise, em caso de recusa de homologação, o acordo não surtirá efeito e será devolvido às partes, que, no prazo de dez dias, poderão apresentar um novo acordo.

No sistema brasileiro de mediação, o ato de homologação está inserido no retrocitado parágrafo único, *fine* do art. 20 da Lei nº 13.140/2015 c/c o art. 515, incisos II e III²⁷, do Código de Processo Civil. Nessas hipóteses será reputado título executivo judicial, se dispensada a homologação considerar-se-á título executivo extrajudicial em combinação com o art. 784, IV, do CPC²⁸.

A atribuição de força executiva ao acordo obtido em mediação, em ambas as legislações objeto deste estudo, revela a preocupação dos respetivos legisladores em estimular o uso dos mecanismos alternativos de solução de litígios por conta das suas vantagens explícitas, traduzidas na celeridade, simplicidade e segurança que o procedimento oferece às partes sem a necessidade de judicialização direta.

No sistema brasileiro de mediação (Lei nº 13.140/2015), as disposições comuns do procedimento estão disciplinadas nos arts. 14 a 20, e as prescrições são basicamente similares às da legislação lusa. A primeira coincidência encontramos no art. 14, que determina ao mediador, logo no início da primeira reunião, sempre que entender necessário, advertir as partes acerca do sigilo sobre todas as informações produzidas no decorrer do procedimento, norma correspondente ao artigo 16.º, n.º 3, alínea *d*, da Lei nº 29/2013.

O art. 15 da Lei brasileira prevê a possibilidade de, a requerimento das partes ou do mediador com anuência daquelas, convocação de outros mediadores para atuar no mesmo procedimento, quando a questão conflituosa revelar-se complexa, hipótese que guarda correspondência com o preceito constante no artigo 17.º, n.º 1²⁹, do ordenamento português.

27 “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) II – a decisão homologatória de autocomposição judicial; III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza.”

28 “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.”

29 “Artigo 17.º (...) 1 – Compete às partes acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos.”

DOCTRINA

No art. 16 da Lei nº 13.140/2015 está prevista a suspensão do processo arbitral ou judicial em curso a pedido das partes ao juiz ou ao árbitro por prazo suficiente para tentar-se a solução consensual do litígio. No mesmo artigo, o § 1º dispõe sobre a irrecorribilidade da decisão que suspende o processo, e o § 2º prescreve que mesmo durante a suspensão será possível a concessão de medidas urgentes pelo juiz ou árbitro. Na lei portuguesa, a previsão de suspensão da instância na mediação extrajudicial consta no artigo 12.º, n.º 4, e em fase judicial é regulada pelo artigo 273, n.ºs 1 a 5, do Código de Processo Civil lusitano.

Já o art. 17º da Lei nº 13.140/2015 estabelece o *dies a quo* da mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião, e o seu parágrafo único prevê a suspensão do prazo prescricional durante o procedimento. Na legislação portuguesa essas regras estão inscritas nos artigos 16.º, n.º 2, e 13.º, n.º 2.

O art. 18 da lei brasileira dispõe sobre a necessidade de anuência das partes para as reuniões posteriores após o início da mediação, e o art. 19 estabelece o âmbito de atuação do mediador que poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, e pedir informações que julgar úteis para facilitar o entendimento dos contendores, previsões que também constam dos artigos 16.º, n.º 3, *f*, e 26.º, *c*, *fine*³⁰, da Lei nº 29/2013.

Por sua vez, o art. 20 da Lei nº 13.140/2015 regula o encerramento do procedimento de mediação, sobrevivendo a lavratura do seu termo final em decorrência de acordo ou quando não subsistirem mais justificativas para se continuar a busca do consenso, fato que deverá ser certificado pelo mediador ou por manifestação de qualquer das partes. No ordenamento lusitano, a finalização da mediação ocorrerá nos termos do artigo 19.º, em virtude dos seguintes fatos: com a celebração de acordo entre as partes; na hipótese de desistência de qualquer delas, por decisão fundamentada do mediador, no caso de se verificar a impossibilidade de obtenção de acordo e, derradeiramente, pelo esgotamento do prazo máximo de duração do procedimento, inclusive as suas eventuais prorrogações.

No ordenamento brasileiro, o art. 4º da Lei nº 13.140/2015 reza que: “O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes”. Sua atuação, tal qual a previsão legal lusitana, deverá ser pautada pela busca do entendimento e do consenso entre as partes, facilitando, assim, a resolução do conflito (§ 1º). “Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação”, conforme o § 2º do art. 4º. De outra banda, cumpre salientar que o art. 25 preconiza que na mediação judicial os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das

30 “Artigo 26.º Deveres do mediador de conflitos (...) c) Assegurar-se de que os mediados têm legitimidade e possibilidade de intervir no procedimento de mediação, obter o consentimento esclarecido dos mediados para intervir neste procedimento e, caso seja necessário, falar separadamente com cada um.”

partes, a *contrario sensu* da disposição contida no art. 4º, de tal sorte que nesta hipótese a designação caberá ao Tribunal.

Antes de prosseguirmos discorrendo sobre a figura do mediador no contexto brasileiro, insta acentuar que o Novo Código de Processo Civil brasileiro considera-o um auxiliar da Justiça, de acordo com o art. 149³¹, cujas funções são reguladas pelo § 3º do art. 165 do mesmo Códex, norma sem correspondência com a Lei nº 29/2013.

O art. 5º impõe ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz, tais limitações deverão ser interpretadas conforme os arts. 144 e 145 do novo Código de Processo Civil.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 5º prescreve ao mediador o dever de revelação às partes, antes da aceitação do encargo, de qualquer fato ou circunstância que possa colocar em risco a sua reputação de imparcialidade para mediar o conflito, ocasião em que poderá ser recusado por qualquer delas, regra essa coincidente com a legislação lusa, conforme já exposto anteriormente.

O art. 6º estabelece o impedimento, pelo prazo de um ano, contado a partir da última audiência que o mediador atuou, para prestar assessoria, representar ou patrocinar qualquer das partes. Nos termos do art. 7º, ele também não poderá funcionar como árbitro ou ser testemunha em processos judiciais ou arbitrais relacionados ao conflito em que tenha prestado serviços. Essas regras servem para resguardar a confiança intrínseca que as partes depositam no mediador na presunção de que alguns assuntos e informações debatidos no procedimento não serão divulgados ou utilizados como prova em processos judiciais ou arbitrais. Tais restrições também são apropriadas para impedir eventual tentativa do mediador em prosperar clientes, pois, em virtude do seu conhecimento das questões fáticas e demais dados obtidos no transcurso da mediação de que participou, haveria a probabilidade de favorecimento a um dos mediados em prejuízo do outro.

O texto do art. 8º equipara o mediador e todos os que o assessoram no procedimento, para fins da legislação penal e quando no exercício de suas funções, a servidores públicos.

O artigo 46.º estabelece a aplicação da Lei nº 29/2013 aos conflitos coletivos de trabalho, apenas na medida em que não seja incompatível com o disposto nos artigos 526.º a 528.º do Código de Trabalho. Por se tratar de um

31 “Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidador, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.”

tema que envolve certas especificidades da legislação laboral lusitana, optamos por destacar suas singularidades próprias de acordo com o entendimento de Lopes e Patrão (2014, p. 214-215), que preconizam a possibilidade de a mediação suceder em qualquer lugar ou momento, por acordo das partes ou, por iniciativa de uma delas, mediante comunicação escrita à outra.

O procedimento é realizado por mediador nomeado pelo serviço competente do Ministério responsável pela área laboral; as partes poderão comparecer às reuniões convocadas, e as respectivas entidades sindicais e associativas dos interessados que não se façam representar cometem contraordenação grave. O mediador deverá elaborar proposta de acordo que remeterá às partes em 30 dias, a contar de sua nomeação. Por sua vez, o dever de sigilo só envolve o mediador no que se refere às informações recebidas no decurso do procedimento que não sejam conhecidas da outra parte.

Derradeiramente, e retornando à legislação brasileira (Lei nº 13.140/2015), julgamos necessário abordar o parágrafo único do art. 42, nas disposições finais, que exclui a possibilidade de aplicação da lei de mediação nas relações de trabalho e que será objeto de lei específica.

Sem embargo dessa questionável restrição, é fato que essa lei acabou sutilmente reinterpretada pela própria justiça especializada, a qual, em virtude da Resolução nº 125, de 29.11.2010, do Conselho Nacional de Justiça e do advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), houve por bem regular recentemente o procedimento judicial de mediação, por meio da Resolução nº 174, de 30.09.2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento das disputas de interesses trabalhistas, cujo objetivo primordial é a necessária e imprescindível “pacificação social”, expressa nos termos do seu art. 4º: “O CSJT organizará programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação”.

A Resolução nº 174 conceitua a mediação nos seguintes termos:

“(…) é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado – a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio.”

Pois bem, verifica-se que o sentido da norma em questão coincide com os pressupostos gerais da Lei da Mediação nº 13.140/2015, todavia, no âmbito da mencionada Resolução nº 174, só haverá lugar para a mediação judicial

quando a lide já estiver instaurada. As sessões serão realizadas na presença e sob fiscalização do juiz, que poderá atuar como conciliador ou mediador e, ainda, supervisionar as atividades dos demais intervenientes – na condição de conciliadores e/ou mediadores – os quais serão sempre servidores públicos ativos ou inativos ou magistrados togados ou aposentados (art. 6º, § 1º).

O § 8º veda a realização de conciliação ou mediação judicial, no âmbito da Justiça do Trabalho, por pessoas que não pertençam aos quadros da ativa ou inativos do respectivo Tribunal Regional do Trabalho. O art. 7º, § 6º, estipula que as conciliações e mediações processadas no Judiciário trabalhista somente terão validade nas hipóteses previstas na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), aí incluída a homologação pelo magistrado que supervisionou a audiência, sendo inaplicáveis as disposições referentes às Câmaras Privadas de Mediação e as normas relativas à conciliação e mediação extrajudicial e pré-processual previstas no Novo Código de Processo Civil!

Essas restrições sofreram críticas da doutrina nacional – no nosso sentir, procedentes – como, por exemplo, aquela lançada por Pinho e Paumgarten (2016, p. 251), nestes termos:

“A restrição à prática da mediação nas relações trabalhistas que se observou durante a tramitação da Lei da Mediação segue na contramão da política judiciária atual. A Justiça do Trabalho sofre com um persistente e prejudicial desvirtuamento do seu princípio conciliatório e apaziguador e a mediação pode ser uma ferramenta útil para resolver eficazmente uma série de conflitos nesta área.”

A redação dos artigos citados da indigitada Resolução nº 174 representa um contrassenso social e jurídico, por estar na contramão da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, promulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 125/2010), órgão máximo de controle administrativo e financeiro do Judiciário brasileiro (art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal), cujas atribuições compreendem, dentre outras, o planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias e a ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social. A Resolução do Conselho Superior da Justiça do Trabalho propõe política pública que excepciona a possibilidade de as partes optarem pela modalidade de mediação extrajudicial para resolução de conflitos de origem laboral – em clara dissonância com a proposição do Conselho Nacional de Justiça, que não restringe tal alternativa. A partir desse momento estaremos, no mínimo, diante de um inegável retrocesso oriundo de uma restrição indevida à autonomia e à

participação ativa das partes, que são princípios fundamentais da lei de mediação (art. 2º, V), e que compreendem a possibilidade conferida aos interessados de escolher livremente o procedimento que melhor lhes convier. Também não se pode esquecer que a vedação sob comento inibe a propagação dos outros reflexos benéficos que o procedimento de mediação, judicial ou privada, propicia notadamente a redução da excessiva judicialização dos conflitos.

Enfim, parece-nos que essas interferências revelam um tipo de protagonismo do Judiciário que poderá gerar efeitos contrários aos perseguidos pela lei da mediação, pois é evidente que tais regulações estatais, ao invés de estimular as pessoas a recorrerem aos mecanismos de resolução apropriada de disputas para que, dessa forma, resolvam amigavelmente seus próprios conflitos, acabam, na realidade, induzindo à judicialização da mediação, desconsiderando o fato notório de que o Estado falhou na sua missão de pacificação social em virtude de várias razões. Podemos exemplificar, dentre outras, a sobrecarga dos tribunais, os custos elevados com as ações judiciais, a demora na solução das lides, além do excessivo formalismo processual.

Considerações finais

Creemos serem essas as premissas mais relevantes nos contextos jurídicos luso-brasileiros. Sua noção comum é de que o procedimento será conduzido por terceiro imparcial, que goze da confiança das partes, desprovido de poder decisório e detentor de capacidades suficientes para auxiliar, facilitar e incentivar os envolvidos a solucionarem voluntariamente a controvérsia, da forma que melhor atenda seus interesses. O objetivo das legislações em pauta não é só resolver a crise de eficácia da justiça, alimentada pelo crescente e contínuo acervo processual dos tribunais, mas, primordialmente, disponibilizar aos interessados um tratamento adequado aos seus conflitos de interesses.

No fechamento desta investigação, podemos concluir que a mediação em Portugal e no Brasil é um mecanismo de gestão de conflitos e disputas que objetiva precipuamente assegurar uma nova forma de acesso à Justiça, não se tratando de uma alternativa ou de substituição à adjudicação nem à jurisdição.

Entendemos que a eficácia – nos dois países – do indigitado instrumento dependerá das políticas públicas complementares que não objetivem, a qualquer custo, a redução da demanda processual em tramitação no Judiciário, mas, sim, que tenham como norte a transformação das relações comunitárias que propiciem a pacificação social que, provavelmente, advirá da disponibilização desse novo espaço de autocomposição aos cidadãos, cujo controle do procedimento e do seu resultado caberá aos próprios interessados.

DOCTRINA

No atual contexto, cremos que a probabilidade de êxito desse meio extrajudicial de resolução de conflitos é maior em Portugal, tendo em vista tratar-se de uma política legislativa emanada da União Europeia, de abrangência transfronteiriça, circunstância que poderá incentivar a aplicação do procedimento em questão no âmbito interno. Ademais, percebemos em Portugal uma capilaridade mais densificada no que tange à organização dos sistemas públicos de mediação por conta das disposições previstas na Lei nº 29/2013 (artigos 30.º e seguintes), nos Julgados de Paz, Lei nº 78/2001 alterada pela Lei nº 54/2013 e nos centros de resolução de conflitos de consumo (Lei nº 144/2015), além da forte presença das entidades que prestam serviços de mediação privada (*ad hoc*) e, obviamente, essa diversidade de sistemas proporcionará mais opções aos cidadãos para recorrerem à mediação.

Por outro lado, é fato que a utilização deste método de resolução extrajudicial de conflitos enfrentará a difícil superação da “cultura da litigância”, incrustada na sociedade contemporânea, e essa pedra no caminho conjugada à falta de um impulso prévio à mediação representam obstáculos significativos a serem transpostos para facilitar a popularização do indigitado instrumento. Entretanto, parece-nos que a realidade tem demonstrado que a judicialização exacerbada e a demora no encerramento dos processos não condiz mais com o senso de justiça reclamado pela sociedade, e esta é uma das razões – além do desgaste emocional e financeiro dos envolvidos no conflito – que poderão ajudar a transformar a visão da sociedade em relação aos benefícios derivados da opção ao procedimento de mediação.

No Direito brasileiro, as perspectivas são mais complexas, os obstáculos vão desde a arraigada e secular “cultura da litigância” no lugar da “cultura da pacificação”, à própria mentalidade dos operadores do Direito e dos cidadãos, que ainda enxergam na sentença proferida pelo Poder Judiciário a solução mais segura do litígio e relegam a segundo plano o fato de que o aludido método consensual traduz a solução mais adequada à resolução das controvérsias, em virtude das vantagens já mencionadas.

Para encerrar, concluímos que em ambas as legislações estudadas detectamos um *deficit* de efetividade relacionado à falta de previsão legal de uma etapa, ou impulso, prévia de mediação, sem desconsiderar o princípio básico da voluntariedade que permeia referidas leis e o da inafastabilidade da jurisdição, que não serão afetados, pois a opção à via judicial continuará disponível no caso de insucesso na mediação. Todavia, a imposição dessa etapa prévia – como requisito indispensável à propositura da ação – em que as partes deveriam demonstrar ao Juízo que tentaram se compor é factível e, inclusive,

já encontra eco no NCPC, como se verifica no art. 139, V, *verbis*: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

No ordenamento luso também já existe essa previsão de acordo com os termos do artigo 15.º da Lei nº 23/96 (alterada pela Lei nº 10/2013). Aliás, a citada Diretiva nº 2008/52/CE também consagra a hipótese versada em seu artigo 3.º, portanto, o invocado filtro anterior à judicialização, como condição de procedibilidade, inegavelmente serviria para reequilibrar o sistema de justiça tradicional disponibilizado às partes e, dessa forma, racionalizaria a prestação jurisdicional, evitando o recurso desmesurado ao Poder Judiciário em Portugal e no Brasil.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015.

CEBOLA, Cátia Marques. La mediación. In: LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação comentada*. Coimbra: Almedina, 2014.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>.

CSJT – Conselho Superior da Justiça do Trabalho. *Resolução CSJT nº 174, de 30 de setembro de 2016*. Disponível em: <<http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/95527>>.

GARCIA, Maria Olinda. *Gestão contratual do risco processual a mediação na resolução de conflitos em direito civil e comercial*. Workshop. Coordenação Antônio Pinto Monteiro. Coimbra: Instituto Jurídico/FDUC, nov. 2015. Disponível em: <ij.fd.uc.pt/publicações_grupo3_001.html>.

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Benardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Marco legal da mediação no Brasil*: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação comentada*. Coimbra: Almedina, 2014.

MARQUES, João Paulo Remédio. *Acção declarativa à luz do Código revisto*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende (Coord.) *et al.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Recebido em: 29/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019

**DECISÃO DO SUPREMO NA ADI 5.938:
OS VALORES MATERIAIS E PROCESSUAIS
ENVOLVIDOS NA PROTEÇÃO À MATERNIDADE**
*SUPREME COURT DECISION IN ADI 5,938: THE MATERIAL
AND PROCESS VALUES INVOLVED IN MATERNITY
PROTECTION*

Roberta Ferme*
Rodrigo Trindade**

RESUMO: O tema das condições para trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre é amplamente discutido desde 2016 e segue em permanentes conflitos de encaminhamentos legislativos e interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. A máxima importância de proteção à infância e à maternidade, bem como a vedação ao retrocesso e a análise acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente a tais questões, é o objeto do presente estudo, focado no exame da ADI 5.938.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção à Maternidade. Ambiente Insalubre. ADI 5.938. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The theme of the conditions for the work of pregnant women and infants in an unhealthy environment has been widely discussed since 2016 and continues in constant conflicts of legislative referrals and doctrinal and jurisprudential interpretations. The maximum importance of child protection and maternity, as well as the fence to retreat and the analysis about the position of the Federal Supreme Court regarding such issues is the object of the present study, focused on the examination of ADI 5,938.

KEYWORDS: Maternity Protection. Unhealthy Environment. ADI 5,938. Brazilian Supreme Court.

* Juíza do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro); doutoranda em Direito Processual na UERJ; especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho; juíza titular da 2ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, atualmente juíza auxiliar da Vice-presidência do TST; professora de Direito Processual e Coletivo do Trabalho.

** Juiz do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul); mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); especialista em Derecho Laboral por la Universidad de la República (Udelar – Uruguay); professor de Direito do Trabalho na Fundação Escola da Magistratura do Trabalho da 4ª Região (Femargs) e professor convidado em diversos cursos de pós-graduação; fundador e membro titular da cadeira nº 5 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho (ASRDT); ex-presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região (Amatra IV).

Entre toda a centena de alterações legislativas promovidas pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), a afetação das regras para trabalho de grávidas e gestantes parece ter sido a mais inesperada, impopular e que vem rendendo tentativas de revisão. Não é à toa que é exatamente sobre essa matéria que o Supremo Tribunal Federal produziu sua primeira decisão expressamente contrária à Reforma.

No final de abril de 2019, em decisão provisória nos autos da ADI 5.938, o Ministro Alexandre de Moraes proibiu a aplicação da norma que autorizava grávidas e lactantes a trabalharem em local insalubre. Decidiu conceder medida liminar para suspender a eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da CLT, inseridos pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017.

Em 29 de maio do mesmo ano, em sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal assentou a máxima importância de proteção à infância e à maternidade. Confirmou a liminar e decretou a inconstitucionalidade da expressão da CLT que condiciona retirada de gestantes e lactantes do ambiente de trabalho à apresentação de atestado médico.

O tema das condições para trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre é amplamente discutido desde 2016 e segue em permanentes conflitos de encaminhamentos legislativos e interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

1 – As (inconstantes) alterações legislativas na matéria

O dispositivo da CLT que rege trabalho de grávidas e lactantes em ambiente insalubre é controvertido desde seu início. Antes das alterações perpetradas pela Lei nº 13.467/2017, a Lei nº 13.287, de 11.05.2016, criou o art. 394-A para determinar que empregada gestante ou lactante deveria ser afastada, enquanto durasse gestação e lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres. Partindo do reconhecimento dos prejuízos com o trabalho da grávida e jovem mãe em ambientes insalubres, expressamente determinou que a trabalhadora em tais condições deveria ser realocada para ambiente saudável.

A Reforma Trabalhista trouxe novas orientações, passando da severa restrição para quase completa liberação do trabalho insalubre. A matéria foi modificada em três eixos. Primeiro, optando por diferenciar entre gestantes e lactantes hipóteses e encaminhamentos para o trabalho. Segundo, ao separar efeitos conforme os distintos graus de insalubridade a que as empregadas se

DOCTRINA

submetessem, mas a terceira diferença de regência na matéria é a que provoca maiores discussões: o afastamento automático apenas ocorreria nas atividades insalubres em grau máximo e enquanto durasse a gestação. Nas situações de trabalho em condições insalutíferas de graus médio e mínimo, estabeleceu regra de permanência do trabalho da gestante, com exceção de apresentação de atestado médico recomendando afastamento.

Em relação às lactantes, passou a ser permitido o trabalho em condições insalubres de qualquer grau, com a reserva de hipótese de atestado médico que orientasse apartação.

A nova lei, portanto, alterou diametralmente o vetor protetivo. Passou do então direcionamento de restrição absoluta de trabalho das gestantes e lactantes em local insalubre para o contrário: fixou regra de permissão dessas atividades, temperadas pela exceção do aconselhamento médico restritivo.

A modificação foi imediatamente mal recebida e, ainda em 2017, o Executivo buscou alterar o art. 384-A. A Medida Provisória nº 808/2017 mudou o regramento sobre afastamento da gestante em atividade insalubre, criando o pressuposto de que em todas as atividades insalutíferas (independentemente do grau), a trabalhadora, a princípio, seria deslocada. Determinou, todavia, que a gestante somente poderia trabalhar em ambientes com agentes em insalubridade de grau médio e mínimo caso apresentasse atestado de médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que reconhecesse a viabilidade. Em relação ao período de lactação, não houve alteração na regra geral de permissão de trabalho da trabalhadora, independentemente do grau de insalubridade.

A MP nº 808/2017 nunca foi analisada pelo Congresso Nacional. Nem teve conversão em lei, nem foi rejeitada expressamente. Também não houve regulamentação por decreto legislativo acerca dos efeitos no curto tempo em que teve vigência. Desse modo, apenas vigorou no período de 14.11.2017 a 22.04.2018, retomando-se, a partir daí, o texto originalmente aprovado pelo Congresso Nacional.

2 – Críticas iniciais

De modo geral, as avaliações negativas ao novo dispositivo já se iniciaram no curtíssimo período de tramitação do então projeto de lei. Mesmo entre a base de apoio à Reforma, a proposta de redação do art. 394 era vista com reserva e esperava-se que fosse revista com veto parcial do Executivo.

Durante o açodado período de tramitação da reforma legislativa, entidades como Anamatra, ANPT, Sinait e Abrat apresentaram oposição ao texto proposto,

argumentando sobre a importância dos bens jurídicos protegidos pela norma. De modo geral, aduziram que, apesar de o dispositivo prever necessidade de atestado médico, mais sensato seria o incondicional afastamento da gestante de toda e qualquer função insalubre, independentemente do grau de risco, inclusive pelo absoluto desconhecimento de eventuais malefícios à formação do feto pelo contato com agentes insalubres das mais variadas espécies.

As críticas mais recorrentes traziam a intuitiva dificuldade de a empregada gestante ou lactante de obter atestado médico habilitado a embasar a aplicação da exceção legal. Para que as análises fossem isentas dos condicionamentos econômicos inerentes à relação de emprego, o profissional de saúde precisaria ser livremente escolhido pela empregada, ter garantia de acesso ao ambiente de trabalho e à documentação técnica da empresa, e poder atuar sem qualquer condicionamento avaliativo pelo empregador. Por evidente, empregadas mais pobres – se não a quase totalidade – estariam verdadeiramente impossibilitadas de obter o atestado médico¹.

O art. 394-A foi um dos mais criticados por estudiosos e aplicadores do Direito do Trabalho. Na II Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela Anamatra, realizada em outubro de 2017, foram produzidos dois enunciados sobre o tema. Os Enunciados de ns. 50² e 55³ identificaram inadequações das opções legislativas e já apontaram inconstitucionalidades, especialmente relativas aos vetores constitucionais de redução dos riscos inerentes ao trabalho e dever fundamental do empregador em promover saúde, higiene, segurança e manutenção do equilíbrio do meio ambiente laboral.

1 Nesse sentido já discorremos em: SOUZA, Rodrigo Trindade de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de. Artigos 372 a 401-B. In: SOUZA, Rodrigo Trindade de (Org.). *CLT comentada pelos juizes do trabalho da 4ª Região*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 247-249.

2 “Enunciado nº 50. TRABALHADORA GESTANTE E LACTANTE. ART. 394-A DA CLT. A autorização legal permitindo o trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre é inconstitucional e inconveniente porque violadora da dignidade humana, do direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, da proteção integral ao nascituro e à criança e do direito social à saúde. Ademais, o meio ambiente do trabalho saudável é direito fundamental garantido pela Constituição da República, revestido de indisponibilidade absoluta. Incidência dos arts. 1º, III; 6º; 7º, XXII; 196; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 e 227 da Constituição Federal; Convenção 103 e 183 da OIT; arts. 25, I e II da DUDH.”

3 “Enunciado nº 55. TRABALHADORA GESTANTE E IRRENUNCIABILIDADE DE DIREITOS DO NASCITURO. IMPOSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO DO ENQUADRAMENTO DA INSALUBRIDADE E PRORROGAÇÃO DE JORNADA EM CONDIÇÕES INSALUBRES. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ARTIGO 444, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. Com o intuito de proteger a vida do nascituro, não poderão ser objeto de livre estipulação, no contrato de trabalho, direitos estabelecidos na constituição federal que afetem sua integridade, sendo proibida a negociação pela trabalhadora gestante, ainda que ‘hipersuficiente’, do enquadramento da insalubridade em grau inferior ou da prorrogação de jornada sob condições insalubres.”

DOCTRINA

A maior parte dos textos doutrinários de comentários à reforma seguiu no mesmo caminho, reprovando a opção legislativa.

Homero Batista faz análise quantitativa de incidência dos novos parâmetros legais, percebendo que a maior parte das gestantes encontra-se em ambientes de grau médio de insalubridade, vez que as duas outras gradações possuem hipóteses reduzidas de incidência. Nesse viés, reconhece como o caso mais preocupante o das gestantes empregadas em centros cirúrgicos e salas de radiografia – profissões com presença constante da mão de obra feminina – e que a nova lei apenas determinou afastamento imediato durante a gestação, e não no tempo de lactação⁴.

A evidência de indeclináveis prejuízos causados pelo trabalho em condições insalubres a gestantes e lactantes foi acentuado por diversos autores. Entre eles, Diniz apresenta extenso estudo científico reconhecedor dos danos que riscos ocupacionais podem causar à saúde da gestante, da lactante e da criança. Por isso, o autor percebe que esse tema imposto pela reforma traz notável potencial para influenciar negativamente nas taxas nacionais de natalidade. Conclui que a conflituosidade envolvendo o posto de trabalho de gestantes e lactantes deve levar mais mulheres a adiar ou desistir da intenção de gerar filhos⁵.

Na obra coletiva de Souza Júnior, Coelho de Souza, Maranhão & Azevedo Neto definiu-se a solução do Parlamento como “inquietantemente lamentável”, sob o prisma de baixa preocupação com a saúde humana. Referem os autores que o legislador inverteu o ônus da avaliação técnica dos riscos labor-ambientais, inaugurando cenário abusivo de presunção de inocuidade labor-ambiental. Lembrem, também, que a redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF, art. 7º, XXII), é direito fundamental da classe trabalhadora e, por efeito, é dever do empregador a manutenção do equilíbrio do meio ambiente laboral⁶.

Diversos desses argumentos foram utilizados nas razões da ADI 5.938, conforme se verá adiante.

4 SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT comentada*. São Paulo: RT, 2018. p. 268.

5 DINIZ, Ricardo Córdova. *Reforma trabalhista comentada por juizes do trabalho*: artigo por artigo. Organizadores Daniel Lisbôa e José Lúcio Munhoz. São Paulo: LTr, 2018. p. 148-149.

6 SOUZA Jr., Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 155.

3 – Projeto de Lei nº 1.037/2019

Em fevereiro de 2019, o Congresso Nacional recebeu nova tentativa de solução à difícil questão do regime de trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre. O Deputado Paulo Teixeira apresentou o projeto de Lei nº 1.037, modificador do art. 394-A da CLT. Busca revogar os §§ 2º e 3º e redefine o texto do *caput* para: “Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada gestante ou lactante deverá ser afastada de atividades, operações ou locais insalubres”.

Segundo o autor da proposição, a modificação visa a resguardar direitos constitucionalmente estabelecidos, em especial, a proteção à maternidade, prevista no art. 6º da Constituição, ao lado de outros direitos sociais, como o direito à saúde.

Outro projeto de lei da Câmara dos Deputados, o PL nº 8.304/2017 foi apensado ao PL nº 1.037/2019 e agora deve passar por circuito de três comissões da Casa Legislativa: a de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP), a de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) e a de Seguridade Social e Família (CSSF).

4 – A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938

4.1 – Argumentos manejados

Instrumentalizando o descontentamento com a redação do art. 394-A da CLT, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em face da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III. Diversas outras entidades atuaram como amigos da Corte, secundando a tese de inconstitucionalidade.

Argumentou o órgão sindical que a norma vulneraria dispositivos constitucionais de proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido (arts. 6º, 7º, XXXIII, 196, 201, II, e 203, I); violaria a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF); e o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF). Também aduziu que desprestigiaria a valorização do trabalho humano e não asseguraria a existência digna (art. 170 da CF); afrontaria a ordem social brasileira e o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais (art. 193 da CF); e vulneraria o direito ao meio ambiente do

trabalho equilibrado (art. 225 da CF). Além dos preceitos constitucionais citados, apontou violação do princípio da proibição do retrocesso social.

Em suas respostas, Presidência da República e Advocacia-Geral da União argumentaram que o afastamento da gestante ou da lactante do exercício de atividades insalubres não implicaria supressão do adicional de insalubridade. Aduziram que o texto atual seria mais benéfico à trabalhadora, ao evitar perda de rendimentos, e proporcionar melhor tratamento nas relações de trabalho, evitando a discriminação de mulheres no momento da contratação. Segundo as entidades, estaria incorreta, ainda, a tese de que todo trabalho com grau de insalubridade apresentaria risco à mulher. No que tange ao princípio da vedação do retrocesso social, postularam que não pode “assumir uma feição absoluta, de verdadeira imutabilidade dos direitos” e “imobilizar todo o sistema de proteção dos direitos”, devendo, em verdade, assegurar o núcleo essencial das garantias.

Em suas informações, a Câmara dos Deputados alegou que a norma impugnada foi processada “dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais”. Não houve manifestação pelo Senado.

No mérito, a Procuradoria-Geral da República sustentou a inconstitucionalidade dos dispositivos, por violação dos arts. 1º, IV, 6º, 7º, XX e XXII, 170, 193, 196, 201, II, 203, I, 225 e 227 da Constituição Federal e opinou pela concessão da medida liminar e procedência do pedido. Afirmou que as normas impugnadas padeceriam de inconstitucionalidade material, na medida em que violariam direito fundamental de vedação do trabalho de gestantes e lactantes em atividades insalubres em qualquer grau”. Também afirmou que a autorização do trabalho de gestantes em atividades insalubres em graus médio e mínimo e o de lactantes em qualquer grau “acabou por, temerariamente, transformar em regra a exposição ao risco, obstando às trabalhadoras e aos seus filhos a integral proteção assegurada pela Carta Magna e, ainda, desviando-se do objetivo maior das normas tutelares do meio ambiente laboral”. Aduziu, por fim, que as normas sob análise representariam retrocesso social, no tocante à autorização do trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres, uma vez que reduziram de forma arbitrária e injustificada o nível “de proteção à vida, à saúde, à maternidade, à infância e ao trabalho em condições dignas e seguras”.

4.2 – Rito processual

Por despacho, de 08.05.2018, o Ministro Relator designado adotou o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, atinente a rito abreviado para as ações de controle concentrado de constitucionalidade. Em tais casos, o Plenário da Corte analisa

diretamente o mérito, sem a prévia análise da liminar. No caso da ADI 5.938, o Ministro Alexandre de Moraes considerou a adoção do rito em comento diante da relevância da matéria constitucional suscitada “e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”.

Vale dizer, ao definir o rito diminuto em suas etapas, a Corte Constitucional opta por medida que, “além de permitir uma decisão definitiva da controvérsia constitucional em curto espaço de tempo, permite que o Tribunal delibere, de forma igualmente definitiva, sobre a legitimidade de medidas provisórias, antes mesmo que se convertam em lei”, conforme definiu o também Ministro do STF, Gilmar Mendes, em artigo que comentava, como Advogado-Geral da União, a então novel Lei nº 9.868/99⁷.

Não por acaso, a mesma opção foi feita pela Corte Suprema em ações de controle concentrado versando sobre outros dispositivos alterados pela Reforma Trabalhista. Especificamente no caso da ADI 6.098 e as apensadas ADIs 6.093, 6.099, 6.101, 6.104, 6.105, 6.107 e 6.018, discutindo a constitucionalidade da MP nº 873/2019, afeta à polêmica que envolve a fonte de custeio sindical, o Ministro Relator Luiz Fux determinou, também no mês de abril de 2019, a observância do rito do art. 12 da Lei Federal nº 9.868/99, enfatizando a conveniência de que decisão venha a ser tomada em caráter definitivo. Idêntica providência foi determinada pelo Ministro Edson Fachin, na ADI 5.826, que versa sobre os dispositivos da reforma afetos ao trabalho intermitente e na ADI 5.794, que discutiu a constitucionalidade do fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, pelo Ministro Marco Aurélio, relator da ADI 5.994, que trata da possibilidade de estipulação de jornada 12 x 36, por meio de acordo individual de trabalho, pelo Ministro Gilmar Mendes, na ADI 5.867, que se refere à atualização do depósito recursal, e na ADI 5.870, que versa sobre os tetos estabelecidos para a indenização por danos morais. No caso da ADI 5.766, relativa à gratuidade de justiça e cobrança de honorários sucumbenciais do beneficiário da assistência judiciária gratuita, muito embora o Relator, Ministro Roberto Barroso, não tenha determinado expressamente a aplicação do rito abreviado para a ação de controle concentrado citada, a abertura de prazo para manifestações com posterior inclusão do processo em pauta para julgamento do mérito, iniciado em maio de 2018, antes da análise da cautelar requerida, acabou por indicar, na prática, a observância do *iter* procedimental previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99.

7 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99*. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892451>>.

DOCTRINA

Interessante observar que, no último caso citado, o Ministro Barroso acatou o ingresso de entidades que fizeram o requerimento de ingresso após o pedido de pauta, excepcionalmente, “tendo em vista a importância de assegurar que o debate abranja os múltiplos pontos de vista que a questão suscita”. A fundamentação utilizada pelo Ministro do Supremo bem expressa a motivação similar para a determinação do rito abreviado em todos os demais casos citados envolvendo dispositivos da reforma trabalhista: a relevância social da matéria, em face da possibilidade de retrocesso social trazida, e, mais importante, a necessidade de se suprir com a manifestação do Supremo a ausência de um diálogo social abrangente em todos os seus “múltiplos pontos de vista”, situação olvidada pelo legislador quando da rápida aprovação da Lei nº 13.467/2017.

A tentativa de inclusão do feito em pauta sem sucesso na ADI 5.938 levou o Ministro Relator Alexandre de Moraes a decidir a liminar requerida, sob pena de afastar-se do escopo e fundamento do rito determinado, em 30.04.2019, após a oitiva de todos os interessados. Mais um elemento a ratificar a importância da matéria, e o fato de que um olhar atento do Supremo é necessário nessas ações de controle concentrado que discutem normas de repercussão social gigantesca, e que podem vir a gerar danos coletivos de grande proporção a direitos fundamentais, como é o caso da norma que envolve o direito à saúde da gestante e o direito à vida do próprio nascituro.

4.3 – Liminares em ações constitucionais

A previsão da medida cautelar em sede de controle abstrato advém do art. 103, inciso I, alínea *p*, da Constituição Federal, que dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe “processar e julgar, originariamente, o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”. Na legislação infraconstitucional específica, a previsão se encontra nos arts. 10 a 12 da já citada Lei nº 9.868/99, e segue os mesmos requisitos que as cautelares nos processos em geral, a saber, a presença de *fumus boni iuris* (verossimilhança do direito perseguido), e o *periculum in mora* (manifesto prejuízo no caso concreto com a espera do provimento jurisdicional).

O Supremo Tribunal Federal, na análise de tais cautelares em sede de ADI, costuma identificar o primeiro requisito – a “fumaça do bom direito” – à existência de jurisprudência do STF favorável à pretensão deduzida, valendo-se das peculiaridades do caso concreto – em especial o prejuízo aos jurisdicionados com a plena manutenção dos efeitos do dispositivo impugnado – para identificar a presença do perigo da demora na prestação jurisdicional (ADI 5.409, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 30.11.2015).

Interessante perceber que, tal como na decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, na ADI 5.938, o Supremo tem permitido uma maior carga subjetiva e discricionária na análise de cautelares de tal natureza pelo Supremo, possibilitando ao Relator a verificação de “riscos sociais ou individuais, de várias ordens, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente”, ou, ainda, das “prováveis repercussões” pela manutenção da eficácia do ato impugnado, da “relevância da questão constitucional” e da “relevância da fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de *periculum in mora*, tais os entraves à atividade econômica”⁸.

A suspensão dos processos relacionados aos dispositivos impugnados em sede de controle concentrado também é possível, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.868/99 como medida excepcional (nesse sentido: ADI 4.627, de relatoria do Ministro Luiz Fux; ADI 5.298, de relatoria do Ministro Luiz Fux; ADI-MC 5.365, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; e ADI-MC 5.353, de relatoria do Ministro Teori Zavascki).

Em relação à eficácia da medida concedida, via de regra, possui efeitos *erga omnes* e eficácia *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender por atribuir-lhe eficácia retroativa (*ex tunc*), expressamente (Lei nº 9.868/99, art. 11, § 1º). Importante salientar, ainda, que, nos termos do art. 11, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Assim, a medida cautelar que suspendeu a vigência da norma impugnada tem o condão de conceder, provisoriamente, nova vigência à norma anterior inicialmente revogada pela norma objeto da ADI, no chamado *efeito repristinatório* da norma. Caso cassada a cautelar, a norma anterior é definitivamente revogada; caso mantida, permanece inalterada a vigência da norma anterior, já que a lei declarada inconstitucional não pode gerar quaisquer efeitos no mundo jurídico, sequer o de eficácia derogatória (ADI 2.867/ES, Rel. Min Celso de Mello, DJe 11.12.03).

4.4 – Rejeição de apensamento à ADI 5.605

Em preliminar, a Procuradora-Geral da República aduziu a necessidade de redistribuição da presente ação direta, por prevenção ao Ministro Edson Fachin, sob o fundamento de que haveria correlação com objeto da ADI 5.605, a qual aguarda julgamento.

8 Nesse sentido: ADI 474 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, decisão: 04.04.91; ADI 718 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, decisão: 03.08.92; ADI 804 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, decisão: 27.11.92; ADI 173 MC, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, decisão: 09.03.90.

Em verdade, a ação direta de inconstitucionalidade, de relatoria do Ministro Edson Fachin, discute a inconstitucionalidade da Lei nº 13.287/2016, que acrescentou o art. 394-A à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, para proibir o trabalho de gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. O teor da norma impugnada corresponde à redação do art. 394-A da CLT⁹ anterior à reforma trabalhista, sendo distintos, portanto, os dispositivos impugnados por meio das ações de controle concentrado.

Sob tal fundamento, e considerando o que dispõe o art. 77-B do RISTF (que determina a distribuição por prevenção em ações de controle concentrado de constitucionalidade *quando haja coincidência total ou parcial de objetos*), o Ministro Alexandre de Moraes rejeitou a prevenção invocada, citando, ainda, jurisprudência do Supremo no mesmo sentido (ADI 4.876, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJ 01.07.2014 e ADI 4.818, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática publicada em 17.09.2012).

A opção levada a efeito pelo Ministro Relator designado na ADI 5.938 constituiu decisão de importante efeito, pois permitiu que a liminar concedida restabelecesse de pronto os efeitos da redação original do art. 394 da CLT, proibindo o trabalho da empregada gestante ou lactante em qualquer ambiente insalubre. Trata-se de importante sinal da verificação acerca do grave desacerto constitucional promovido pelo legislador da Reforma Trabalhista, agora mais perceptível por meio dos impactos sociais negativos que a nova legislação torna concretos, colocando em xeque direitos fundamentais constitucionalmente garantidos¹⁰. O guarnecimento e o pleno exercício de tais direitos, aliás, é corolário do Estado Constitucional Democrático de Direito, forma única de se respeitar o escalonamento das normas jurídicas e, por outro lado, de se propiciar “condições para que o indivíduo possa participar de um discurso de fundamentação racional acerca de direitos legais, para que estes possam ser legítimos”¹¹.

9 Eis o teor do dispositivo impugnado:

“Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 394-A:

‘Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre. Parágrafo único. (VETADO).’”

10 O exame de alguns de tais impactos e a necessidade de interpretação sistemática e conforme a Constituição da Lei nº 13.467/2017 já foram objeto de estudo no artigo de: SIVOLELLA, Roberta Ferme. Novas formas de contratação na Lei nº 13.467/2017 e interpretação sistemático-constitucional: o teletrabalho em foco. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (Coord.). *Reforma trabalhista: impactos na relação de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum: 2017. p. 405-414.

11 DIAS, Maria Clara Marques. Direitos sociais básicos: uma investigação filosófica acerca da fundamentação dos direitos humanos. *Manuscrito*, v. XIX, n. 1, 1996, p. 129.

4.5 – Decisão liminar

A decisão do pedido de liminar estabeleceu-se a partir do assentamento da premissa da proteção constitucional da maternidade como um dos mais importantes estabelecidos pelo legislador originário. A importância desse valor é tamanha que, a partir dele, reconhecem-se outros direitos instrumentais, igualmente previstos na Carta Magna. Assim se colocam os direitos sociais de licença-gestante, defesa contra despedida arbitrária, proteção do mercado de trabalho feminino e redução geral de riscos no meio ambiente laboral.

Mantendo-se o caminho da generalidade à concretude, o Ministro Relator discerniu ser a proteção da mulher grávida e da lactante como direito instrumental de diversas salvaguardas. Assegura-se bem-estar não apenas da mulher, mas do recém-nascido, afastado dos perigos de um ambiente insalubre. A partir da absoluta prioridade estabelecida no art. 227 da Constituição para a maternidade, define-se um direito de dupla titularidade e que demanda máxima eficácia.

Com essas premissas axiológicas, o magistrado compreendeu que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais. Citando precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, identificou que a previsão de determinar afastamento automático da gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gravidez, apenas na hipótese de insalubridade em grau máximo, contraria a jurisprudência do STF. Especificamente em razão de não cumprir a orientação constitucional de devidamente tutelar os direitos da empregada gestante e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, em quaisquer situações de risco ou gravame à saúde e bem-estar.

A necessidade de decidir em caráter liminar foi justificada no fato de as expressões impugnadas permitirem imediata exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Registrou o Ministro Alexandre de Moraes que, mesmo em situações de manifesto prejuízo à saúde da trabalhadora, por força do texto impugnado, será ônus desta a demonstração probatória e documental dessa circunstância, o que obviamente desfavorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos.

5 – Julgamento da ADI

Após a concessão da liminar, a ADI 5.938 foi levada à pauta de julgamento em tempo relativamente curto. Em 29 de maio de 2019, reuniu-se o Supremo Tribunal Federal em plenário para decisão sobre a liminar e mérito

da ação. Embora outros processos estivessem pautados, as declarações de voto dessa ação consumiram a integralidade do tempo da sessão.

Como de praxe, o primeiro a votar foi o Ministro Alexandre de Moraes, que confirmou sua liminar, pontuando os principais dispositivos constitucionais violados: art. 7º, XXII (direito à redução de riscos), e art. 227 (prioridade da preservação de direitos da criança e adolescente). Esclareceu que a decisão do pedido de liminar estabeleceu-se a partir do assentamento da premissa de proteção constitucional da maternidade – um dos mais importantes eleitos pelo legislador originário. Expressamente registrou:

“Sob essa ótica, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, pois a *ratio* das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada, com absoluta prioridade, no art. 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador.”

Com essas orientações axiológicas, o magistrado compreendeu que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais. Citando precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, identificou que a previsão de determinar afastamento automático da mulher gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação, apenas na hipótese de insalubridade em grau máximo, contraria a jurisprudência já consolidada na Corte.

Por fim, afirmou que não procede o argumento *ad terrorem* de que a declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar retração da participação da mulher no mercado de trabalho. Eventuais discriminações, defendeu o magistrado, serão punidas nos termos da lei, e o próprio texto constitucional assim determina.

Segundo a votar, o Ministro Fachin acompanhou o voto de relatoria, afirmando que não há benesse atribuída às mulheres nas salvaguardas constitucionais, mas necessidade de autodeterminação e acesso justo ao mercado de trabalho.

Focando em situações concretas de formação de prejuízos a gestantes e lactantes que atuam em ambiente insalubre, o Ministro Barroso declarou ser o dispositivo incompatível com a Constituição, pois viola a orientação de proteção à criança. Também lembrou que há agressão ao princípio da precaução,

DOCTRINA

devidamente agasalhado no art. 7º, XXII, da Carta Magna, pelo qual se deve priorizar a exclusão de condições de trabalho insalubres.

Em voto longo, a Ministra Rosa Weber – oriunda da magistratura trabalhista – fez profunda reflexão sobre o histórico normativo nacional de proteção à maternidade, iniciada com o Decreto nº 16.300, de 1923. A partir daí, diversos diplomas se seguiram assegurando e ampliando o rol protetivo. Nesse contexto, lembrou que a Reforma Trabalhista deslocou o Direito do Trabalho de seu eixo de proteção dos trabalhadores, mas que se mantém a função da Justiça do Trabalho de reconhecer a desigualdade entre as partes e necessidade de restabelecimento de justiça social. Reconheceu que há necessidade de contínua atualização da legislação trabalhista, mas a falta do devido debate levou a inconstitucionalidades, como a escancarada no art. 394-A da CLT.

O Ministro Fux trouxe novo enfoque, o da organização familiar. Recordou que se trata de valor constitucional e que se criou embaraço às famílias e, especialmente, às trabalhadoras no exercício de seus direitos.

Também trazendo situações práticas, a Ministra Carmen Lúcia acusou reiteradas retaliações a mulheres grávidas e lactantes. Saudou os votos de Alexandre de Moraes e Rosa Weber e seguiu a relatoria.

A afirmação de vedação ao retrocesso social foi a tônica do voto do Ministro Lewandowski. Afirmou que a norma é clara na violação dessa importante orientação constitucional, impeditiva do abandono de avanços em direitos. Cumprimentou a coragem do Ministro Alexandre de Moraes de enfrentar o tema e conceder a liminar.

Gilmar Mendes fez voto muito curto, apenas saudando as razões manifestadas pela Ministra Rosa Weber.

O único voto vencido foi do Ministro Marco Aurélio, para o qual a Reforma Trabalhista “começa a fazer água”, mas vê com razoabilidade a exigência de atestado médico. “Os preceitos encerram a liberdade da prestadora de serviços e visam atender às exigências do mercado de trabalho, para não se criar óbice à contratação de mão de obra feminina”, afirmou.

Celso de Mello foi o último Ministro a falar e foi quem produziu o voto mais longo, depois do relator. Sustentou que nenhuma norma legal pode suprimir conquistas sociais já consolidadas às mulheres trabalhadoras. Enfatizou o compromisso internacional de proteção ao trabalho feminino e repulsa à discriminação de gestantes e lactantes. No plano infraconstitucional, lembrou o magistrado, esses valores não podem ser hostilizados. Também afirmou que o Direito deve atuar no combate à dominação patriarcal, pois se trata de arcaísmo

contrário aos mais caros valores da República. Por fim, retomou a orientação de vedação ao retrocesso social, dizendo que direitos sociais e econômicos, uma vez obtidos, passam a ser garantia institucional e direito subjetivo.

Apenas com um voto vencido, e a partir de importantes fundamentos de supremacia dos valores constitucionais de proteção à maternidade, infância e família, o Supremo Tribunal reconheceu inconstitucionalidade do art. 394-A da CLT na expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, inseridos pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017.

Na prática, retoma-se a orientação do antigo texto da CLT. Assim, a gestante deverá ser afastada de locais insalubres, independentemente de atestado médico, de modo a ser realocada em outro serviço ou ambiente.

Mais uma vez, é de nodal importância a sinalização do reconhecimento pelo Supremo de direitos constitucionais fundamentais e, portanto, irrenunciáveis ao alvedrio do legislador ordinário. Nesse sentido, o Ministro Relator da ADI 5.938 ressaltou que “a *proteção à maternidade e a integral proteção à criança*” constituem direitos irrenunciáveis, não podendo, portanto, “ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido”. O entendimento, aliás, vem a caminhar no sentido do que recentemente fixou o Supremo como tese no tema de Repercussão Geral nº 497, em que reconhecido o requisito biológico da gravidez preexistente à dispensa arbitrária como única condição para a aquisição da estabilidade provisória (“A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inciso II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa”)¹².

12 “DIREITO À MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA DA GESTANTE. EXIGÊNCIA UNICAMENTE DA PRESENÇA DO REQUISITO BIOLÓGICO. GRAVIDEZ PREEXISTENTE À DISPENSA ARBITRÁRIA. MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA AOS HIPOSSUFICIENTES, VISANDO À CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE SOCIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. O conjunto dos direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, se caracterizando como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu art. 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e, nos termos do inciso I do art. 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante. 3. A proteção constitucional somente exige a presença do requisito biológico: gravidez preexistente à dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação. 4. A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto

Tal reconhecimento por parte do STF constitui importante norte a ser seguido nas outras tantas ações que discutem – não por acaso – a possível violação de direitos fundamentais de índole constitucional por meio da Lei nº 13.467/2017.

6 – Conclusões

A decisão cautelar proferida nos autos da ADI 5.938 constituiu medida de aspecto positivo e alentador, em meio a cenário social em que avançam visões de cunho essencialmente economicista e que terminam por chancelar políticas de flexibilização de direitos sociais sob a pecha de remédio à crise econômica. E, mais particularmente, porque inserida em ambiente jurídico de insegurança face às profundas alterações promovidas por meio da Reforma Trabalhista, animada pela mesma tônica. Mostra-se particularmente relevante a fundamentação manejada a partir de conteúdo constitucional promotor de valores da edificação social, evidenciando preferência pela saúde, proteção da vida, preservação ambiental e dignidade do trabalho.

Por certo que é papel do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal. Contudo, um dos requisitos para a segurança jurídica é a “*aceitação social*”, que acaba por se traduzir na denominada *legitimidade democrática*, ratificada por meio da *legitimidade social das normas e decisões*, justamente em sistema de edificação e controle, de forma mútua, da ordem constitucional instituída. Assim, quando a leitura do que realmente é objeto de aceitação social se mostra “*embaçada*” por lentes desfocadas, tal papel da Corte Constitucional assume especial relevância na defesa das instituições do Estado Democrático de Direito. O reconhecimento do direito à saúde, à maternidade e o direito à vida como irrenunciáveis, nada obstante pareça premissa óbvia, é objeto de comemoração em meio a um cenário normativo em que se discute, ainda, por exemplo, o que constitui norma de saúde, segurança e higiene no trabalho¹³.

da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença-maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –, quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no art. 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inciso II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.” (RE 629.053, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 10.10.2018, acórdão eletrônico, repercussão geral, mérito, DJe-040 divulg. 26.02.2019, public. 27.02.2019)

- 13 Como exemplo do parágrafo único do art. 611-B da CLT, parágrafo único no qual a Lei nº 13.467/2017 trouxe o entendimento de que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

DOCTRINA

No caso da ADI 5.938, as opções do relator, como a escolha de um rito abreviado, com a posterior excepcionalidade da análise da medida cautelar e o devido reforço na natureza fundamental dos direitos envolvidos, é decisão que, mais do que acertada, espera-se que seja o norte para as análises futuras de constitucionalidade de dispositivos legais impugnados por aviltamento aos direitos constitucionais fundamentais.

Referências bibliográficas

DIAS, Maria Clara Marques. Direitos sociais básicos: uma investigação filosófica acerca da fundamentação dos direitos humanos. *Manuscrito*, v. XIX, n. 1, 1996.

DINIZ, Ricardo Córdova. *Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho*: artigo por artigo. Organizadores Daniel Lisbôa e José Lúcio Munhoz. São Paulo: LTr, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*: uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892451>>.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT comentada*. São Paulo: RT, 2018.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. Novas formas de contratação na Lei nº 13.467/2017 e interpretação sistemático-constitucional: o teletrabalho em foco. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (Coord.). *Reforma trabalhista*: impactos na relação de trabalho. Belo Horizonte: Fórum: 2017.

SOUZA, Rodrigo Trindade de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de. Artigos 372 a 401-B. In: SOUZA, Rodrigo Trindade de (Org.). *CLT comentada pelos juízes do trabalho da 4ª Região*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018.

Acessos

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5938decisoliminarMin.AlexandredeMoraesem30.4.19.pdf>>.

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192726>>.

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=409885&fbclid=IwAR3pkRxFOZO_WiGT6Rv_8jfKfoLdqfL_sUjGcIH78Foc11VtowGMPE0Givo>.

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/stf-suspende-regra-da-reforma-trabalhista-e-proibe-gravida-em-local-insalubre.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa>.

Recebido em: 31/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019

O ASSÉDIO SIMBÓLICO ENQUANTO ESPÉCIE DE ASSÉDIO MORAL

SYMBOLIC HARASSMENT AS A KIND OF MORAL HARASSMENT

Paulo Sérgio Jakutis*

RESUMO: O artigo propõe o reconhecimento da figura do assédio simbólico, como convergência entre os conceitos de assédio moral e violência simbólica, funcionando como arma de proteção do trabalhador contra estratégias de organização do trabalho (e de dominação) de cunho abusivo.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio Moral. Violência no Trabalho.

ABSTRACT: The article proposes the recognition of the symbolic harassment, as a convergence between the concepts of moral harassment and symbolic violence, acting as a weapon of protection of the worker against strategies of work organization (and domination) of an abusive nature.

Keywords: Moral Harassment. Violence at Work.

1 – Introdução

“A destruição deste poder de imposição simbólico radicado no desconhecimento supõe a *tomada de consciência* do arbitrário, quer dizer, a revelação da verdade objetiva e o aniquilamento da crença.”¹

Já foi dito que “todas as sociedades humanas² tendem a ser estruturadas como sistemas de hierarquias sociais, baseadas em grupos”³, ideia que, em síntese, significa que “a estrutura da hierarquia social consiste de um ou um pequeno número de grupos dominantes e hegemônicos no topo e um ou um número de grupos subordinados, abaixo”⁴. Essa observação seria desimportante, não fosse o fato de que uma das consequências da hierarquização – talvez a

* Juiz do trabalho, titular da 18ª VT/SP; doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP.

1 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989. p. 15.

2 Como regra, essa afirmação refere-se às sociedades contemporâneas, com exclusão daquelas sociedades cujo principal meio de subsistência é a obtenção de plantas e animais diretamente do meio selvagem (*hunter-gather societies*).

3 SIDANIUS, Jim; PRATTO, Felicia. *Social dominance*. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 31.

4 *Idem*.

mais relevante – é que “o grupo dominante se caracteriza pela posse de largas e desproporcionais fatias de valores sociais positivos, que são todas aquelas coisas materiais e simbólicas que as pessoas perseguem”⁵ (autoridade política, alimentação cuidada, residências luxuosas, *status* elevado, etc.), enquanto o grupo subordinado possui “largas e desproporcionais fatias de valores sociais negativos”⁶ (pouco ou nenhum poder, *status* diminuto, ocupações em posições de risco, etc.).

As hierarquias – tirante as existentes nas sociedades menos complexas – derivam, basicamente, de três critérios: a) idade (em que adultos têm mais poder que crianças e jovens); b) gênero (machos subordinam fêmeas – sistema patriarcal); e c) arbitrariedades (características dispersas na sociedade, como raça, religião, propriedade ou qualquer outra questão socialmente relevante que possa, através da imaginação humana, construir distinções entre as pessoas)⁷.

O sistema criado a partir das arbitrariedades tende a ser associado com graus maiores de violência, brutalidade e opressão⁸ que os outros dois. Além disso,

“(…) outra diferença entre o sistema arbitrário e os outros dois é (...) que o primeiro não é encontrado entre sociedades mais simples [*hunter-gather societies*]. Assume-se, largamente, que a razão para isso reside no fato de que as sociedades menos complexas têm falta de excedentes [*surplus*]. As tecnologias de produção de alimentos e estocagem nas sociedades mais simples não permitem armazenagens de comida de longa duração. Igualmente, porque tais agrupamentos tendem a ser nômades, as pessoas em tais sociedades não estão aptas a acumular grandes quantidades de forma não comestíveis de excedentes, como peles de animais, armas e armamentos. Essa falta de excedentes econômicos não permite o desenvolvimento de papéis sociais altamente especializados, como soldados profissionais, polícias e outras burocracias (...). Por causa da ausência de militarismo e ‘especialistas em coerção’, todos os machos adultos nas sociedades simples são iguais a todos os demais, em termos militares. Destarte, na extensão em que a autoridade política existe, essa autoridade tende a ser baseada em mútuo acordo, persuasão e consentimento, em vez de coerção. Em que pese as sociedades mais simples não se caracterizarem, sempre, por uma completa igualdade entre os partici-

5 *Bis in idem*.

6 SIDANIUS; PRATTO. *Op. cit.*, p. 32.

7 SIDANIUS; PRATTO. *Op. cit.*, p. 33.

8 SIDANIUS; PRATTO. *Op. cit.*, p. 34.

pantes, quando a hierarquia social e política não existe entre os machos adultos, a sociedade tende a basear-se em habilidades e capacidades de lideranças individuais. Como resultado, essa hierarquia normalmente não transcende gerações, não sendo hereditária por natureza.”⁹

Porque a posição hierárquica mais elevada, como visto, implica na obtenção dos valores sociais mais desejados, é natural concluir-se que exista tensão entre os grupos sociais (e membros, por conseguinte, da sociedade), na busca dessas posições de domínio. A conhecida análise de Marx, em relação às sociedades capitalistas, sobre a apropriação e distribuição do excedente econômico por uma classe (dos proprietários dos meios de produção), em prejuízo de outra (os proletários, produtores da riqueza), dá bem a dimensão dessa tensão. Não é, porém, a questão da disputa entre os grupos sociais que interessa a este estudo, especificamente, mas um dos instrumentos que faz parte da contenda, de certa forma, e como essa tensão se estabiliza, nas sociedades capitalistas complexas.

2 – A violência e a relação de trabalho

A relação de emprego é uma relação hierarquizada por excelência, com, de um lado, subordinando, o grupo dos empregadores e, de outro, obedecendo, os empregados subordinados. Nessa típica relação entre os dois grupos sociais destacados, a tensão não se resume à disputa pelos interesses imediatos, lucro *versus* salário. Por trás disso, há também uma disputa mais profunda que, por vezes, contamina as fronteiras da individualizada questão da relação de emprego. Refiro-me à observação – que pode ser feita em relação a vários grupos sociais e não apenas à relação empregados/empregadores – de que, enquanto inserida no contorno de uma sociedade capitalista contemporânea complexa, a relação de emprego não está imune a refletir as – e influenciar nas – tensões que estão impregnadas no tecido social que forma esse corpo. As sociedades que produzem o excedente econômico, foi visto, produzem, ao mesmo tempo, as hierarquias entre os grupos sociais, sendo que, em toda a história, é comum encontrarem-se níveis por vezes cruéis de desigualdade entre os membros desses grupos hierarquizados. Um exemplo bastante evidente – e brasileiro – pode ser encontrado na escravidão, em que um grupo de pessoas perde a condição de ser humano e passa a ser considerado como propriedade de outro ser humano, desaparecendo qualquer traço de identidade entre os membros dos grupos dominantes e dominados. Obviamente, nessa situação de explícita dominação, o grupo dominado tende a buscar ao menos diminuir a intensidade do domínio,

9 SIDANIUS; PRATTO. *Op. cit.*, p. 34-35.

quando não o eliminar, enquanto, como regra, o grupo dominante pretende mantê-lo. A luta se forma, portanto, entre os que pretendem a manutenção das coisas como estão e aqueles que anseiam por mudanças, situação que se reproduz em muitas outras esferas do espectro da sociedade.

Como essa disputa se desenvolve? A violência (“o constrangimento, físico ou moral, exercido sobre alguma pessoa para obrigá-la a submeter-se à vontade de outrem”, ou “qualquer força empregada contra a vontade, liberdade ou resistência de pessoa ou coisa”¹⁰) é a forma usual pela qual o grupo dominante garante a dominação, mas não é a única. Se o escravo não obedecia, era açoitado, confinado, privado de alimentação e liberdade, até que se conformasse com as determinações do dono. A Ku Klux Klan, por exemplo, foi criada em 1866 com o primeiro objetivo de dissuadir, pela força, os negros de participarem da vida pública¹¹. E a violência – presente entre nós há séculos – acaba desenvolvendo estratégias e requintes que possibilitam a utilização dessa ferramenta de forma mais eficaz. Veja-se como, v.g., os nazistas atuaram durante o holocausto. Há estudos demonstrando que, “por critérios clássicos convencionais, não mais do que dez por cento dos SS poderiam ser considerados ‘anormais’”¹². Vale dizer, eram, na grande maioria, pessoas normais que cometiam as terríveis atrocidades que vitimaram os judeus, durante a Segunda Grande Guerra, cabendo aos encarregados das operações de extermínio cuidar para “(...) superar a piedade animal que afeta todos os homens normais na presença do sofrimento físico”¹³. Para tanto, os alemães concluíram que era preciso aumentar as distâncias entre a vítima e o carrasco, na medida em que o “intermediário esconde da vista dos atores os resultados da ação”¹⁴, aprimorando essa técnica até chegarem ao ponto de tornar “invisível a própria humanidade da vítima”¹⁵:

“(...) a expulsão dos judeus da nação alemã tinha que ser suplantada por sua total desumanização. Daí a ligação predileta de Frank entre ‘judeus e piolhos’, a mudança de discurso expressa no transplante da ‘questão judaica’ forma o contexto da autodefesa racial no universo

10 MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2002.

11 ROSANVALLON, Pierre. *La société des égaux*. Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 205.

12 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 38.

13 Frase de Hannah Arendt, *apud* BAUMAN. *Modernidade*. *Op. cit.*, p. 39.

14 *Idem*, p. 44. Bauman acrescenta: “[O] aumento da distância física e/ou psíquica entre o ato e suas consequências produz mais do que a suspensão da inibição moral; anula o significado moral do ato e todo conflito entre o padrão pessoal de decência moral e a imoralidade das consequências sociais do ato” (p. 45). Essa lógica, que no fundo significa tornar invisível a vítima, talvez explique a insensibilidade no tratamento fortemente segregacionista que é dado aos trabalhadores terceirizados, na atual conjuntura econômica da nossa sociedade.

15 BAUMAN. *Op. cit.*, p. 46.

DOUTRINA

linguístico da ‘autopurificação’ e da ‘higiene política’, os cartazes com alertas sobre o tifo nas paredes dos guetos e, por fim, a autorização dos produtos químicos para o último ato da (...) Companhia Alemã de Fumigação.”¹⁶

Mas a violência, sozinha, é ineficiente para a manutenção da dominação. Rousseau já advertia que “[O] mais forte nunca é bastante forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever”¹⁷. Essa a razão pela qual alguns estudiosos¹⁸ indicam que a hegemonia do grupo dominante é mantida, primariamente, por três meios: “a ameaça ou exercício atual da força bruta, o controle através da ideologia¹⁹ e o conteúdo de discursos sociais legítimos”²⁰.

O emprego da violência, porém, tem desvantagens: a) ela não garante a colaboração, sustentando-se apenas enquanto houver temor, situação que gera, como regra, necessidade crescente de mais violência²¹; b) o uso crescente da violência não é desejável, porquanto, potencialmente, incorre na fragilização/destruição do dominado, não atingindo o objetivo, que é a obediência deste. A percepção mais atenta da noção de poder, por conta disso, não limita esse conceito às manifestações repressivas:

16 BAUMAN. *Op. cit.*, p. 47.

17 ROUSSEAU, J. J. *O contrato social princípios do direito político*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 12.

18 SIDANIUS; PRATTO. *Op. cit.*, p. 103. Ver também Michel Foucault, na *Microfísica do poder*, conforme citação que será apresentada nas linhas seguintes.

19 Conforme Marilena Chauí (*Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2012. p. 483), “ideologia é um fenômeno histórico social decorrente do modo de produção econômico. É uma rede de imagens e de ideias ou um conjunto de representações sobre os seres humanos e suas relações sobre as coisas, sobre o bem e o mal, o justo e o injusto, os bons e os maus costumes, etc.”. Ainda segundo a referida autora, ela “(...) oferece a uma sociedade dividida em classes sociais antagônicas, e que vivem na forma de luta de classes, uma imagem que permita a unificação e a identificação social – uma língua, uma etnia, uma nação, uma pátria, um Estado, uma humanidade, mesmos costumes. Assim, a função primordial da ideologia é ocultar a origem da sociedade (relações de produção como relações entre meios de produção e forças produtivas sob a divisão do trabalho), dissimular a presença da luta de classes (domínio e exploração dos não proprietários pelos proprietários privados dos meios de produção), negar as desigualdades sociais (são imaginadas como se fossem consequência de talentos diferentes, preguiça ou da disciplina laboriosa) e oferecer a imagem ilusória da comunidade (o Estado) originada do contrato social entre homens livres e iguais. A ideologia é a lógica da dominação social e política” (*idem*, p. 484-485).

20 *Idem*.

21 Nas palavras de Sidanius & Pratto (*Social dominance*, p. 103), se a violência utilizada é excessiva, o uso da força vai apenas tornar ilegítimo o papel de comando do grupo dominante, tanto aos olhos do grupo dominado, como do dominante, sendo que quanto maior a sensação de ilegitimidade, maior o grau de violência requerido para a manutenção da dominação, o que levaria a uma sensação maior de falta de legitimidade e, assim, a uma espiral negativa que não se resolve (os autores citam como exemplo dessa espiral negativa as guerras entre EUA/Vietnã e França/Argélia).

“[s]e o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não, você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, produz discurso.”²²

E a produção do discurso do poder é justamente a questão que mais tem relevo para este texto, dedicado às relações de trabalho. Nestas, em que a hierarquização é explícita – com a presença cotidiana de ordens e comandos a serem obedecidos apenas por um dos lados da relação – e o recurso, à violência física, vetado por lei; nas quais as tensões derivadas da sociedade se fazem presentes (relações entre grupos formados a partir de eixos de tensão distintos daquele formado pela propriedade dos meios de produção, como, por exemplo, a que existe em razão de gênero, ou de idade, ou mesmo em razão de etnias), permeando o tecido poroso da relação empregado/empregador e se acumulando com aquelas derivadas da própria relação; e em que o fantasma do desemprego tem papel decisivo em boa parte das decisões adotadas pelas partes, a estratégia de “administração do negócio” (ou racionalização do trabalho²³), em verdade, é campo onde a estabilização da tensão capital/trabalho e o sucesso na utilização eficiente da mão de obra, pelo empregador, são decorrências diretas do discurso patronal:

“Ao invés de alicerçar-se na força bruta, a hegemonia dos grupos sociais é mais segura e eficientemente mantida pelo exercício do poder através da ideologia e discurso. O exercício do poder através do discurso tem recebido diferentes rótulos por diferentes estudiosos. Alguns se referem a isso como a produção de ‘ideologia’ ou ‘falsa consciência’ (e.g., Marx & Engels), ou ‘a fórmula política’ (e.g., Mosca), ou ‘hegemonia ideológica’ (e.g., Gramsci). Embora existam diferenças em como esses vários estudiosos definiram esses termos, eles todos compartilham a noção comum de que ideologias e atitudes sociais são frequentemente usadas para convencer ambos, dominantes e dominados igualmente, da suposta adequação, equidade e justiça das relações sociais hierarquicamente organizadas.”²⁴

22 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. São Paulo: Graal, 2013.

23 A racionalização do trabalho pode ser entendida como a organização do trabalho em geral e das tarefas em particular a continuidade e avaliação dessas situações e as sanções de interesses (remuneração econômica e simbólica, mudanças e promoções). (DURAND, Jean-Pierre. *Critique de la rationalisation douce*. Disponível em: <<http://www.jean-pierredurand.com/artfrancaispdf/RationDouce.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

24 SIDANIUS; PRATTO. *Op. cit.*, p. 103.

E me permito acrescentar (e detalhar) mais uma noção que tem alcance próximo aos daquelas listadas na transcrição acima e que será usada daqui em diante, na continuidade dos estudos aqui desenvolvidos: a violência simbólica.

3 – A violência simbólica

Como se sabe, esse é um conceito criado pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu, que tem várias e diferentes facetas. Cumpre-me aqui apresentá-lo brevemente, na medida, apenas, da necessidade da utilização dele para este trabalho e sem nenhuma outra pretensão. Nessa intenção, destaco que no livro “[A] dominação masculina”²⁵, o sociólogo aproveita-se²⁶ desse contexto (da dominação masculina) para lançar algumas luzes ao conceito de violência simbólica, procedimento que, de forma resumida, transcreverei aqui (aproveitando, obviamente, o fato de que a tensão/dominação homem/mulher tem importância significativa para o estudo dos assédios, principalmente quando se tem presente a noção de assédio sexual).

Para bem entender essa ideia, todavia, faz-se necessário recorrer a um autor precedente, Max Weber, na medida em que, ao que tudo indica, a ideia de Bourdieu, de dominação – e, por conseguinte, de violência simbólica –, toma o pensamento do alemão como referência²⁷.

Weber define dominação como “a probabilidade de que certos e específicos comandos (ou todos os comandos) venham a ser obedecidos por um dado grupo ou pessoa”²⁸. Segundo ele, isso não inclui todo o modo de exercício de poder ou influência sobre outra pessoa, porque

“(…) dominação (autoridade) nesse sentido pode estar baseada em diversos motivos de submissão: desde simples costume até o mais genuíno cálculo pela obtenção de alguma vantagem. Assim, toda genuína forma de dominação implica em um mínimo de cumprimento voluntário, isto é, um interesse (baseado em motivos ulteriores ou aceitação efetiva) na obediência.”²⁹

Ainda nesse mesmo trilha, destaca:

25 BOURDIEU, Pierre. *La domination masculine*. Paris: Seuil, 1998.

26 BOURDIEU. *Op. cit.*, p. 39-48.

27 Essa é, por exemplo, a opinião de Pierre Mounier (*Pierre Bourdieu une introduction*. Paris: Havia Poche/La Découverte, 2001).

28 WEBER, Max. *Economy and society an autoline of interpretive sociology*. Berkeley: University of California, 1978. p. 212.

29 WEBER. *Op. cit.*, p. 212.

DOCTRINA

“Nem todo caso de dominação faz uso de meios econômicos, nem tem sempre objetivos econômicos. Entretanto, normalmente, o domínio sobre um considerável número de pessoas requer um grupo, isto é, um grupo especial, o qual pode normalmente ser confiado para executar políticas gerais, bem como comandos específicos. Os membros desse grupo administrativo podem obedecer aos superiores por hábito, em razão de laços afetivos, por razões materiais de interesses complexos, ou por ideal. A qualidade desses motivos determina o tipo de dominação. Interesses puramente materiais e cálculos de vantagens, como base de solidariedade entre o chefe e o grupo administrativo, nessa e em outras conexões, configura uma situação relativamente instável. Normalmente outros elementos, afetivos ou ideais, suplementam tais interesses. (...) No dia a dia, essas relações, como outras, são governadas pelo costume e cálculos de vantagens materiais. Mas costumes, vantagens pessoais, motivos puramente afetivos ou ideais de solidariedade não forma uma base suficientemente confiável para uma dada dominação. Em adição, existe normalmente outro elemento, a crença na legitimidade.”

E Weber, é cediço, distingue três grandes ordens de dominação legítima: as relacionadas a) à tradição; b) à racionalidade ou legalidade; e c) ao carisma de uma pessoa³⁰.

Bourdieu percebe na dominação, porém, outros elementos além da legitimidade, como entendida tradicionalmente, sobretudo no que tange à aceitação das – ou cooperação com as – ordens recebidas pelo grupo dominado. Ou talvez fosse mais correto dizer que, para Bourdieu, há outras formas de se atingir a legitimidade da dominação. Nas lições do sociólogo francês, a legitimidade não se dá apenas por medo da autoridade, apego afetivo ao carisma dela, ou coisa equivalente. Para ele, a legitimação está na “interiorização da relação de força, da subjetivação de uma ordem social objetiva”³¹, de sorte que os dominados obedecem aos comandos passados sem que a “conformidade à ordem – a obediência – seja necessariamente motivada por interesses materiais ou por medo da sanção”³². Nesse contexto, *a dominação de uns sobre os outros é garantida pelo sentimento nos dominados que a dominação é legítima, que ela*

30 Conforme Weber (*Economy, op. cit.*, p. 215), a autoridade racional repousa na crença na legalidade das regras existentes e no direito daqueles elevados à autoridade, sob o domínio de tais regras, para proferir os comandos; nos casos da tradição, a legitimidade deriva da santidade ou das tradições imemoriáveis que indicariam a possibilidade da ocupação do lugar de autoridade; finalmente, a questão do carisma repousaria na excepcional santidade, heroísmo ou caráter exemplar do indivíduo apontado como autoridade.

31 MOUNIER; PIERRE. *Op. cit.*, p. 79.

32 *Idem.*

é parte efetiva de uma ordem que é natural³³, sendo que a invisibilidade dessa dominação – tanto aos olhos do dominante quanto do dominado – decorre da “difusão de um corpo de crenças, de conhecimentos e de regras não escritas, não formuladas e compartilhadas entre todos os agentes”³⁴. A violência simbólica é, portanto, essa situação que leva o dominado a ver o mundo pelos olhos do dominante e que tem por particularidade a condução do dominado a “gostar” da dominação, como se fosse ela mesma, dominação, que desse a ele, dominado, o valor que ele tem³⁵.

Um passo atrás para, depois, seguirmos adiante. O símbolo pode ser definido como “qualquer coisa que toma o lugar de outra coisa” ou “qualquer coisa que substitui e evoca uma outra coisa”³⁶, como uma estátua que evoca uma personagem, ou uma palavra que substitui simbolicamente uma coisa³⁷. Nessa relação tem-se, como regra, o símbolo (a palavra *house*, v.g.), o significante (a coisa, que no exemplo é a casa), a relação entre ambos (a significação) e o código (que é a língua inglesa), que permite aos envolvidos na comunicação efetivá-la. Além da comunicação, os símbolos são dotados de uma função social, ou seja, tornam-se “instrumentos por excelência da ‘integração social’”³⁸, pois “tornam possível o *consensus* acerca do sentido do mundo social”³⁹. Mas para além dessas duas funções, temos as funções políticas dos sistemas simbólicos, que servem “para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento de distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções”⁴⁰. Segundo Bourdieu,

33 MOUNIER; PIERRE. *Op. cit.*, p. 80.

34 MOUNIER; PIERRE. *Op. cit.*, p. 83.

35 MOUNIER; PIERRE. *Op. cit.*, p. 94. No livro *O Poder Simbólico* (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 8-15) o sociólogo parte da premissa que as ideologias servem interesses particulares “que tendem a apresentar como interesses universais”, de sorte que “a cultura dominante contribui (...) à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas, para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções (p. 10). Assim, os sistemas simbólicos (os universos simbólicos – mito, língua, artes, ciência, etc.) são percebidos como instrumentos estruturados/estruturantes de comunicação e conhecimento que têm função política de instrumentos de imposição ou legitimação da dominação, contribuindo para assegurar a dominação de uma classe sobre outra e para a ‘domesticação dos dominados’ (p. 11). Na sociedade, portanto, “[A]s diferentes classes e frações de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme os seus interesses (...)” (p. 11).

36 Definições de: ROCHER, Guy. *Sociologia geral 1*. Lisboa: Editorial Presença, 1977. p. 156.

37 *Idem*.

38 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989. p. 10.

39 *Idem*.

40 *Idem*.

DOCTRINA

“(…) os sistemas simbólicos cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica⁴¹), dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo, assim, segundo a expressão de Weber, para a ‘domesticação dos dominados.’”⁴²

Na relação homem/mulher, Bourdieu observa que “a representação androcêntrica da reprodução biológica e da reprodução social se encontra investida da objetividade de um senso comum, entendido como consenso prático⁴³ e as mulheres, elas mesmas, aplicam a toda realidade e em particular às relações de poder a que estão presas, os esquemas de pensamento que são o produto da incorporação dessas relações de poder⁴⁴. A visão androcêntrica se impõe como neutra e não necessita se legitimar (porque não chega a ser contestada). As dominadas “aplicam as categorias construídas do ponto de vista dos dominantes às relações de dominação, fazendo-as ser vistas como naturais”, o que pode “levar a uma espécie de autodepreciação ou até autodesprezo sistemáticos”, na representação, por exemplo, que “as mulheres cabilas fazem de seu sexo como algo deficiente, feio ou até repulsivo”⁴⁵. Assim se percebe, pois, que:

“A violência simbólica se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem esta relação ser vista como natural; ou, em outros termos, quando os esquemas que ele põe em ação para se ver e se avaliar, ou para ver e avaliar os dominantes (...), resultam da incorporação de classificações, assim naturalizadas, de que seu ser social é produto.”⁴⁶

Como exemplos da situação descrita, o sociólogo apresenta dados em que se constata que a grande maioria das mulheres francesas declarou preferir cônjuges mais velhos e mais altos que elas (que são índices ligados, tradicio-

41 A violência simbólica é, portanto, uma utilização do símbolo no processo de dominação de uma classe pela outra.

42 *Idem*, p. 11.

43 BOURDIEU. *La domination*. *Op. cit.*, p. 39.

44 *Idem*.

45 Citações deste parágrafo retiradas de: BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 41-42.

46 BOURDIEU. *A dominação...*, *Op. cit.* p. 42.

nalmente, à ideia de maturidade e garantia de segurança), sendo que dois terços delas, inclusive, já havia recusado parceiros menores⁴⁷. A interpretação que Bourdieu fornece a respeito vai no sentido de que a recusa de ver desaparecer os signos correntes da hierarquia sexual se deve à intenção de não aceitar uma inversão das aparências, para não deixar transparecer que é a mulher que domina, algo que, paradoxalmente, a rebaixaria socialmente, porquanto ela se sente diminuída com um homem diminuído⁴⁸.

“Portanto, não basta observar que as mulheres concordam em geral com os homens (que, por sua vez, preferem as mulheres mais jovens) na aceitação dos signos exteriores de uma posição dominada; elas levam em conta, na representação que se fazem de sua relação com o homem a que sua identidade está (ou será) ligada, a representação que o conjunto dos homens e mulheres serão inevitavelmente levados a fazer dele, aplicando os esquemas de percepção e de avaliação universalmente partilhados (no grupo em questão). Pelo fato de esses princípios comuns exigirem, de maneira tácita e indiscutível, que o homem ocupe, pelo menos aparentemente e com relação ao exterior, a posição dominante no casal, é por ele, pela dignidade que nele reconhecem *a priori* e querem ver universalmente reconhecida, mas também por elas próprias, para sua própria dignidade, que elas só podem querer e amar um homem cuja dignidade esteja claramente afirmada e atestada no fato, e pelo fato, de que ‘ele as supera’ visivelmente.”⁴⁹

4 – A Gestão da mão de obra na busca incessante do lucro

O regime capitalista tem algumas regras básicas que, qualquer que seja a sociedade em que se estude a existência dele, estão sempre presentes, como verdadeiros pilares do sistema. Uma dessas noções essenciais se traduz pela necessidade de concorrência entre os produtores, para que a mão invisível do mercado possa escolher, dentre eles, qual o que é merecedor de maior sucesso. Nesse quadro, é fácil perceber que o insucesso contínuo redundaria na eliminação do competidor do jogo da concorrência, na medida em que ele tenderia a se enfraquecer com os fracassos repetitivos, perdendo recursos e, assim, sem conseguir reinvestir e melhorar as condições de competitividade. Isso o levaria a novas dificuldades, diante dos concorrentes exitosos – capazes, por conta dos êxitos passados, de novos investimentos e, por conseguinte, melhorias

47 *Idem.*

48 BOURDIEU. *A dominação...*, *Op. cit.* p. 43.

49 BOURDIEU, *A dominação...*, *Op. cit.*, p. 43.

nas condições de competitividade – e assim formar-se-ia um ciclo vicioso que acabaria por minar os recursos desse concorrente infeliz. A busca incessante do lucro, portanto, não é simples consequência da ganância do empregador, mas condição de sobrevivência aos concorrentes no mercado⁵⁰.

É óbvio que há formas e formas de se obter sucesso no mercado e o presente trabalho não comporta espaço para uma inquirição apurada nem mesmo de parte razoável dessas situações. Entretanto, há certa linha de acontecimentos históricos, de divulgação mais ou menos ampla e conhecida, que convém reproduzir, apenas para que se consiga fundamentar o que, adiante, será dito em relação às estratégias de administração de pessoal como instrumentos de opressão e de dominação exacerbada.

Começo por colocar um problema central, que gera vários desdobramentos interessantes: a distinção entre o que se troca, entre empregado e empregador, no ato da venda da força de trabalho. Explico. O empregador, ao comprar a força de trabalho do empregado, paga a ele salário. Dessa forma, o empregado recebe exatamente o valor combinado, com precisão de centavos. Já o empregador, o que compra é a hora de trabalho, seja pagando por hora, por peça, por comissões. A compra é sempre do tempo de trabalho. O tempo de trabalho, porém, é coisa indissociável da própria figura do empregado, isto é, o empregador não consegue comprar o tempo de trabalho, a hora propriamente dita, sem que a pessoa do empregado venha junto. Como resume Danièle Linhart “o tempo, assim como as capacidades psíquicas e cognitivas [compradas pelo empregador] não podem ser dissociados da pessoa que os faz existir”⁵¹.

Tomando em conta tal realidade, Frederick Taylor, no século XIX, desenvolve algumas técnicas – a organização científica do trabalho – que visam, dentre outras coisas, extrair do tempo vendido pelo trabalhador um resultado mais expressivo do que o obtido até então. Henry Ford adota certos princípios tayloristas e surge, então, uma forma de racionalização do trabalho, que passa

50 “Em um sistema econômico competitivo, numerosos dirigentes se mantêm em suas posições unicamente graças a um sistema de defesa destrutivo, se negam a considerar o fator humano, fogem das suas responsabilidades e utilizam a mentira e o medo para dirigir. (...) Foi o que ocorreu na fábrica Maryflo, uma pequena empresa de confecções de roupa (...). Nessa fábrica, só trabalhavam mulheres. Uma mulher inclusive era a presidente. O único homem era o diretor, que depreciava, humilhava, feria e ofendia o pessoal em nome do rendimento. Seus métodos consistiam em pressionar as obreiras para aumentar o ritmo do trabalho, cronometrar os descansos e insultar, tudo isso com a conivência da presidente, que conhecia perfeitamente os métodos do diretor e nada fazia para dissuadi-lo.” (HIRIGOYEN, Marie-France. *El acoso moral el maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Buenos Aires: Paidós, 2005. p. 72)

51 In: LINHART, Danièle; MOUTET, Aimée. *Le travail nous est compté: la construction des norms temporelles du travail*. Paris: La Découverte, 2005, p. 10.

a ser identificada pela alcunha fordista-taylorista, que tencionava superar o modo de produção artesanal.

“(...) o regime fordista adotou o princípio da separação entre trabalho intelectual e trabalho manual, reservando o primeiro exclusivamente aos diretores e gerentes, enquanto o segundo caberia aos trabalhadores no chão da fábrica. Os trabalhadores foram concitados a não pensar, uma vez que disso se encarregavam seus superiores hierárquicos. Concentrando-se nas tarefas manuais, o trabalho deveria seguir uma rígida norma de movimentos, visando a máxima economia de tempo. Mais do que uma disciplina do trabalho, Taylor e Ford propunham uma ética, um padrão de conduta dos trabalhadores. (...) Com a esteira de montagem, as tarefas produtivas puderam ser parceladas ao extremo, numa repetição rotineira sem fim.”⁵²

A velocidade da esteira da linha de produção, portanto, é a fórmula básica⁵³ encontrada para o controle do tempo e para a extração do maior resultado possível do tempo de trabalho comprado do trabalhador. Quanto maior a velocidade do mecanismo, maior a produção.

52 GORENDER, Jacob. *Globalização, tecnologia e relações de trabalho*. Disponível em: <www.sielo.br/scielo.php?pid=s0103-4014997000100017&script=sci_arttext>. Acesso em: 3 abr. 2014. Os efeitos do taylorismo na divisão do trabalho podem ser estudados em: HIRATA, Helena. *Nova divisão sexual do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2002. Nessa mesma obra encontram-se passagens preciosas sobre distinções entre as várias formas de utilização das técnicas tayloristas, sobretudo em comparação entre o que ocorre nos países desenvolvidos e nos mais pobres. O exemplo que transcrevo, diz respeito ao Brasil: “[N]este caso, matriz e filial produzem linhas industriais, linhas para tricotar, confecções e artigos de malha. Na oficina de fabricação dos novelos, assim como em outras, o trabalho é organizado de acordo com os métodos tayloristas, tanto na França quanto no Brasil, mas as formas utilizadas atualmente, para aumentar a produtividade são muito diferentes. Assim, uma análise do trabalho de fabricação de novelos (...) demonstra que as formas tayloristas de controle (sobretudo a cronometragem precisa e repetida e as regras estritas das pausas) são praticadas na filial brasileira. Duas permissões de 10 minutos por dia para ir ao banheiro, uma vez antes e uma depois de uma pausa de 30 minutos para ‘lanche rápido’, contrastam com uma organização menos coercitiva, materializada por uma sala de repouso com máquinas automáticas de bebidas geladas, para cada recinto de produção da fábrica francesa. (...) Filmes sobre o processo de trabalho em diversas oficinas da matriz na França, onde as formas de realização do trabalho em postos de fiação e produção de novelos são mostrados, foram minuciosamente analisados pelo departamento de tempo e métodos do estabelecimento brasileiro, orientado pelo departamento de organização e métodos. Essas análises permitiram políticas de aumento da produtividade inconcebíveis no contexto da matriz francesa”.

53 “A especificidade do taylorismo é afirmar, simultaneamente, que seria possível, graças aos métodos e técnicas empregadas por ele, determinar cientificamente e, portanto, imparcialmente, para uma categoria particular de assalariados, quem seria o melhor trabalhador, a melhor ferramenta e a melhor maneira para fazer tudo que a empresa que se organiza sobre as bases desse sistema pode pretender e assim satisfazer os interesses aparentemente antagonistas dos dirigentes e empregados.” (FREYSSNET, Michel. *Division du travail, automatisation, taylorisme*: confusions, différences et enjeux. Disponível em: <<http://freyssenet.com/files/Div%20trav,%20autom,%20Tayloris.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

Essa situação, obviamente, tem limites e, pior ainda, não funciona para todos os tipos de negócio, na medida em que nem todos se alicerçam em esteiras e em linhas de produção.

Não bastasse isso, nos anos 70 do século passado começam a surgir percepções de que o sistema taylorista-fordista poderia não apresentar a melhor resposta para a realização de um negócio exitoso, no mercado altamente competitivo do sistema capitalista. Uma das alternativas de maior sucesso, ao padrão até então estabelecido, surge com a indústria automobilística japonesa⁵⁴. Arrasados pela Segunda Grande Guerra Mundial, os japoneses não tinham condições de produzir em grandes escalas para obter uma redução de preços, passando, então, a substituir a economia de escala pela economia de escopo⁵⁵. Essas modificações também trouxeram alterações relevantes para a questão da remuneração:

“A remuneração de tais trabalhadores consta de um salário básico, cujo montante depende da equipe à qual pertençam e do seu desempenho individual avaliado pela gerência (...). Uma vez que a remuneração fica na dependência da avaliação individual pela gerência, esta detém grande força de pressão. O salário básico aumenta de acordo com o tempo de serviço, independentemente de promoções de mérito, completado por bônus, cujo montante variável é determinado pelos lucros da empresa. Os bônus costumam representar cerca de 30% da remuneração total do trabalhador.”⁵⁶

Como se percebe, se alguma coisa parece ser uma constante, nas formas da organização do trabalho, desde os primórdios da revolução industrial, até a breve síntese apresentada acima, em relação às técnicas utilizadas no século XX, é que o trabalhador não é o foco central das preocupações organizativas. Ele é um dado a mais, um elemento – como muitos outros – a ser considerado na cadeia produtiva, mas a organização do trabalho, como regra, não parte

54 Segundo o citado texto de Jacob Gorender, atribui ao engenheiro Taiichi Ohno o mérito principal da criação da forma de organização do trabalho que passou a ser designada como toyotismo, precisamente por ter se originado na indústria automobilística Toyota.

55 GORENDER. *Op. cit.* O autor demonstra, de forma detalhada – aqui resumida por mim –, que o *escopo* está relacionado a uma produção baseada em divisões de equipe de trabalho, formadas por trabalhadores polivalentes (com várias atribuições), o que permitiria, dentre outras coisas as eliminações de setores característicos da organização fordistas, tais como manutenção e estocagem. O trabalho com pequenos estoques de insumo, da mesma forma, eliminaria gastos desnecessários com custos financeiros, passando-se a exigir um ajuste bastante preciso entre a montadora e os fornecedores de peças. Como destaca Gorender, enquanto o taylorismo se caracteriza como a busca pela diminuição do tempo morto na produção, o toyotismo se consagrou como a tentativa de eliminação do tempo morto na produção fordista.

56 *Idem.*

da figura do trabalhador, de métodos que busquem as melhores condições de saúde e bem-estar daquele que é, em última análise, o verdadeiro produtor da riqueza. O centro da preocupação é sempre o mesmo: o lucro, derivado de uma produção em maior quantidade, com menos custo.

Isso permite concluir que, quer no sistema taylorista, quer no toyotista (e em qualquer outro que não fuja do padrão aqui verificado), o posicionamento secundário da importância do trabalhador nos critérios de organização do trabalho tende a levar a outra constante: os limites derivados da condição humana do trabalhador são um obstáculo ao escopo final dos empregadores, na medida em que, ainda que de forma variada, é certo que cada ser humano tem um limite físico e mental que não pode ser ultrapassado.

Criar condições para que esse limite seja constantemente vencido – como acontece com os atletas de alto desempenho, a todo o momento quebrando recordes que nos pareciam, anteriormente, intransponíveis – é procedimento possível, mas custoso. Utilizar a força de trabalho do obreiro até o máximo desse limite parece ser a fórmula mais barata e mais adotada pela maioria dos pensadores das fórmulas de distribuição/organização do trabalho. Todo o problema, obviamente, está em que esse limite não é único, variando de acordo com as condições individuais dos trabalhadores e, da mesma forma, decorrendo não apenas das condições físicas dos obreiros, mas também de condições subjetivas, particulares a cada indivíduo, que podem variar infinitamente. Daí as estratégias – múltiplas – que buscam, ao mesmo tempo, criar meios objetivos de assegurar um rendimento padrão de todos os subordinados (como a velocidade da esteira da linha de produção), além de intervir na parte subjetiva, visando obter o máximo da dedicação, da atenção e dos esforços dos trabalhadores, em favor da produção. É em relação a este último aspecto, vale dizer, ao que diz respeito às formas de extrair do trabalhador o máximo da dedicação dele, que se podem considerar algumas ideias a respeito do assédio e, em especial, do assédio moral. É disso que se vai tratar, portanto, no item seguinte.

5 – O assédio moral como ferramenta de persuasão

Os assédios – de forma geral e não apenas no universo do direito do trabalho – são manifestações ligadas indissociavelmente à ideia de violência, na medida em que são verdadeiro desrespeito à vontade do outro, com o uso de força, seja ela física, ou de outra ordem. Os eventos violentos que ocorrem no interior das relações de trabalho não costumam ter grande repercussão na mídia, mas nem por isso deixam de ser importantes. Obviamente, a relação de emprego não existe no vácuo e, por conta disso, não está o universo trabalhista

imune de acontecimentos como aqueles que inundam os noticiários relacionados aos grandes centros metropolitanos. Assassinatos, roubos, agressões físicas e verbais ocorrem, como em outros lugares, também no ambiente de trabalho. Mas não são essas violências que interessam a este estudo, ou melhor, não são estas enquanto não caracterizadas como decorrência da relação de emprego. Se um trabalhador assassina outro por conta de ciúmes da namorada, ainda que no ambiente de trabalho, essa situação apenas muito remotamente configura o tipo de violência que é o objeto deste texto. Entretanto, se esse mesmo assassinato ocorreu porque o trabalhador (agressor) se sentiu perseguido/diminuído/humilhado pelo trabalhador assassinado, numa rotina de ofensas que só chegou ao fim com a tragédia, podemos estar diante de uma situação de assédio, efetivamente.

Então, colocada a premissa de que os assédios são espécies do gênero violência, fica fácil concluir que a presença deles, como uma das ferramentas mais primárias, utilizadas pela classe dominante, para a obtenção dos resultados almejados por ela, não é coisa nova, nas relações de trabalho. Porque a violência sempre esteve presente – em graus bastante variados, evidentemente – nas relações de trabalho, entre o grupo dominante e o dominado e basta ter presente as inúmeras narrativas sobre os métodos utilizados pelos donos de escravo⁵⁷ para a manutenção da obediência destes para eliminar-se qualquer dúvida a respeito desse ponto⁵⁸.

Mas há várias formas da violência – e dos assédios – se manifestar. Uma das mais óbvias – e que tem relevo para a presente exposição – é a relacionada à perseguição de uma meta, um objetivo. O agressor usa a violência na intenção

57 “‘E que são pela maior parte os filhos desses madraços?’ pergunta o padre Lopes Gama, referindo-se aos filhos do senhor de engenho. ‘Muitos nem aprendem a ler e escrever (...). As deshumanidades e crueldades, que desde os tenros anos vêm praticar com os míseros escravos os tornam quase insensíveis aos padecimentos do seu próximo (...). E ‘na verdade como se formarão para as virtudes sociais os nossos corações, se nós, brasileiros, desde que abrimos os olhos, é logo observando a cruel distinção entre senhor e escravo, e vendo pelo mais pequeno motivo e às vezes por mero capricho rasgar desapiadadamente em açoites as carnes dos nossos semelhantes? Como apreciaremos o pudor, nós que vemos, ou mandamos levantar as roupas de uma desgraçada escrava para ser surrada?’.” (FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2003. p. 453)

58 “‘A escravidão é uma das formas mais extremas da relação de dominação, aproximando-se dos limites da potência total do ponto de vista do mestre, e de impotência total a partir do ponto de vista do escravo. No entanto, difere de outras formas de extrema dominação de maneira muito especial. Se quisermos entender como a escravidão é singular, devemos primeiro esclarecer o conceito de poder. A relação de poder tem três facetas. A primeira é social e envolve o uso ou ameaça de violência no controle de uma pessoa por outra. A segunda é a faceta psicológica de influência, a capacidade de persuadir outra pessoa para mudar a forma como ele percebe os seus interesses e as suas circunstâncias. E a terceira é a faceta cultural de autoridade, ‘os meios de transformar a força em direito e a obediência em dever’, que, de acordo com Jean Jacques Rousseau, o poderoso entende necessário ‘para garantir-lhe a dominação contínua’.” (PATTERSON, Orlando. *Slavery and social death a comparative study*. Cambridge: Harvard University Press, 1982. p. 1-2)

de alcançar um determinado comportamento do agredido, situação que está, como visto, relacionada à própria ideia de poder/dominação.

Mister, então, passarmos a olhar mais de perto o conceito de assédio, diretamente nas relações de trabalho – e, em especial, na de emprego –, para que se possa bem compreender, adiante, a relação que se pretende fazer entre a violência dissimulada, dócil e, porque não dizer, consentida, e os métodos de organização do trabalho, com as técnicas motivacionais que os caracterizam.

Chega-se ao momento no qual é necessário oferecer definição do que seria o assédio moral, tentando distingui-lo de outras espécies de violência.

Segundo Marie-France Hirigoyen⁵⁹, “o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”. Os elementos que mereceriam destaque nessa ideia seriam a reiteração da conduta, a desnecessidade de hierarquia entre agressor e agredido, a intenção de agressão e a possibilidade de uma lesão coletiva.

6 – O Assédio Simbólico

O assédio moral não é a única forma de assédio, que, de forma frequente, ocupa as salas de audiência da Justiça do Trabalho. Conflitos envolvendo a presença do assédio sexual também são recorrentes, embora em números não tão intensos quanto o assédio moral (talvez porque este último possa ser apresentado em várias situações diferentes, enquanto o assédio sexual tem definições menos amplas).

O assédio sexual, v.g., está disciplinado, na legislação do Brasil, pela Lei nº 10.224/01 (art. 216-A do CP), que o define como

“[C]onstranger alguém com o intuito de receber vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos.”

Trata-se, como se percebe, de artigo ligado à esfera penal, insuficiente para a resolução da problemática no campo do Direito do Trabalho. Isso porque o assédio sexual tem raízes históricas bastante profundas, presente na realidade brasileira no mínimo desde que o dono da fazenda exigia favores sexuais das es-

59 *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 17.

cravas. Além disso, nem sempre o assédio sexual se concretiza, necessariamente, como exteriorização de um desejo sexual por outra pessoa. Como bem percebeu MacKinnon, sexo dificilmente é o objetivo da maioria do comportamento masculino no trabalho⁶⁰. Tão ou mais importante do que o sexo, no assédio sexual, é a ideia de subordinação, de tornar o objeto do assédio inferior e de colocar o agente praticante em lugar superior, dominante. Por isso, então, a necessidade do reconhecimento da figura do ambiente hostil de trabalho – que não está previsto pela legislação penal brasileira –, como uma das espécies de assédio sexual. Nele, o sexo não é visto como fim, mas como meio. Enquanto na figura do assédio sexual da espécie *quid pro quo*, o sexo é a moeda de troca, em que a vítima é obrigada a satisfazer os anseios do agente agressor para obter algo de que ela carece (o emprego, a promoção, etc.), no assédio sexual de ambiente hostil, o sexo é mero instrumento pelo qual os agentes agressores visam desestabilizar a vítima, tornando inviável a permanência desta no emprego.

É curioso notar que o assédio sexual passou a fazer parte do cotidiano das cortes americanas, enquanto espécie da discriminação sexual, como uma estratégia dos movimentos feministas, que se aproveitaram da legislação então existente – o título VII do diploma que regula os direitos civis americanos – para tentar combater esse flagelo. No Brasil, embora se trate de crime regulado, como já se viu, pela legislação penal, é na jurisprudência – e na doutrina – trabalhista que a figura do assédio sexual tem encontrado maior repercussão, inclusive, consagrando-se o reconhecimento da espécie do ambiente hostil⁶¹, sem qualquer legislação específica a esse respeito.

60 *Apud* SIEGEL, Reva B. A short history of sexual harassment. In: MACKINNON, Catharine; SIEGEL, Reva B. *Directions in sexual harassment law*. New Haven: Yale University Press, 2004. p. 10.

61 “ASSÉDIO SEXUAL POR INTIMIDAÇÃO. O assédio sexual tem apresentado novos problemas para o Direito do Trabalho, principalmente em face das atitudes culturais que se devem sopesar na elaboração desse conceito. O Código Penal brasileiro, recentemente, no art. 216-A, tipificou como crime o assédio sexual por chantagem, assim considerado o comportamento que visa ‘constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função’. Ocorre que, além do assédio sexual por chantagem enquadrado como crime, não se pode esquecer que existe também o assédio sexual por intimidação, conhecido, ainda, como assédio ambiental. Este último caracteriza-se, segundo a doutrina, ‘por incitações sexuais importunas, por uma solitação sexual ou por outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no trabalho’. Situa-se nesta última hipótese a conduta do empregador que, além de dirigir galanteios e elogios à empregada, sugere-lhe que compareça ao trabalho mais decotada, repetindo por várias vezes que gostava dela e chegando até mesmo a convidá-la para morarem juntos, dizendo-lhe que assumiria sua filha. O comportamento do empregador, sem dúvida, revela assédio sexual por intimidação ou assédio sexual ambiental, acarretando para a empregada constrangimento no trabalho e transtorno em sua vida conjugal. A consequência do comportamento do empregador autoriza a rescisão indireta e a compensação por dano moral.” (TRT da 3ª R., 2ª T., RO/7126/01, Relª Juíza Alice Monteiro de Barros, DJMG 18.07.01, p. 22)

Nesse contexto, pode-se definir o assédio sexual no trabalho como sendo a conduta reiterada praticada pelo agressor, ligada ao comportamento sexual e ao universo do trabalho, que não é aceita pela vítima e que é de tal sorte severa que produz, no ser humano, uma barreira para o adequado desenvolvimento das tarefas do trabalhador⁶².

Mas é outra das espécies de assédio moral que interessa analisar, com mais profundidade, neste espaço. Refiro-me ao que aqui denominei como *assédio simbólico*, que nada mais é do que uma tentativa de unir a ideia que já está consagrada na doutrina brasileira, sobre o assédio moral, com os conceitos relacionados à apreensão da realidade de forma direcionada pelos interesses de uma camada da população de uma dada sociedade. Dos muitos conceitos existentes a respeito – ideologia, falsa consciência, hegemonia ideológica e mesmo *legitimizing myths*⁶³ – escolhi trabalhar com o de violência simbólica (que pode ser visto como um híbrido da noção de violência e da de ideologia), cunhado por Bourdieu, porque me pareceu ser a ferramenta que mais facilmente poderia explicar o induzimento, do empregado pelo empregador, que ocorre na relação de emprego, embora reconheça que a elaboração a partir dos demais conceitos poderia, também, levar a resultados semelhantes.

62 No livro *Manual de Estudo da Discriminação no Trabalho* (JAKUTIS, Paulo. São Paulo: LTr, 2006), define assédio sexual no trabalho como a conduta, reiterada ou não, que causasse as consequências descritas aqui. A reflexão sobre o tema, porém, leva-me a reconsiderar essa colocação. O melhor encaminhamento para o assunto parece ser, efetivamente, reservar o conceito de assédio, assim como acontece com o assédio moral, para a conduta que se repete e, dessa forma, configura melhor a ideia de cerco. A conduta única, ou de repetição efêmera, conforme a gravidade – como ocorre nos casos de abuso moral – poderá também gerar direito a reparações, mas a distinção desse ato único com a ideia do assédio é até necessária para dar melhores parâmetros para a fixação de critérios mais justos para a indenização. Vale transcrever, também, outra definição: “Essa denominação designa todas as condutas de natureza sexual, quer sejam de expressão psíquica, verbal, ou não verbal, que sejam propostas ou impostas às pessoas contra a vontade delas, notadamente no local de trabalho, e que possam atentar contra a dignidade das vítimas. A maioria desses comportamentos são dirigidos contra as mulheres e constituem uma expressão do poder dos homens sobre elas” (HIRATA, Helena *et al.* *Dictionnaire critique du féminisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2000. p. 87).

63 Este último – que pode ser traduzido como mitos legitimadores – é criação de Sidanius & Pratto (Social dominance, *Op. cit.*, p. 45) e é definido pelos autores como sendo “(...) constituído de atitudes, valores, crenças, estereótipos e ideologias que oferecem justificações morais e intelectuais para as práticas sociais que distribuem valores sociais dentro do sistema social”. Segundo os criadores do conceito, ele se distingue das demais ferramentas (ideologia, falsa consciência, etc.) de análise por duas razões principais: a) função; e b) potência. No aspecto da função, os autores informam que os LMs tanto servem para justificar a desigualdade social (e quando isso acontece são chamados de reforçadores da hierarquia – *hierarchy-enhancing* no original inglês –, como são exemplos as teses sobre os direitos divinos do rei, os estereótipos negativos a respeito dos grupos subordinados, o mérito do *karma*, etc.) quanto o oposto, ou seja, para reforçar o desejo de igualdade social (quando são denominados de atenuadores da hierarquia – *hierarchy-attenuating* –, dando-se como exemplos o socialismo, o comunismo, o feminismo e até algumas passagens do novo testamento, como aquela em que se diz que os últimos serão os primeiros – Lucas 13:30”).

Sublinho, especificamente, a percepção de que há limites à subordinação que caracteriza a relação de emprego e que, como parece óbvio, o empregador não pode tudo simplesmente porque o empregado, durante o período em que está sob o poder diretivo do empregador, deve obedecer aos comandos proferidos pelo patrão. Há uma fronteira – quase sempre nebulosa – entre a legalidade das ordens e o excesso dos comandos, que deve ser observada, mas a percepção desse limite sofre grande prejuízo quando se atinge o ponto da intersecção entre o eixo da subordinação trabalhista, carregada com as motivações inerentes à liderança de qualquer grupo, e a violência simbólica, a qual, como visto, é instrumento para a dominação que se torna incorporado pelo dominado, sem que esse se dê conta dessa realidade.

Para bem se perceber essa fronteira, talvez fosse necessário principiar-se com uma indagação singela: por que o assédio moral incomoda? Ou melhor: o que faz do assédio moral uma coisa negativa para a vítima (no nosso caso específico, para o trabalhador)?

Ora, a resposta parece óbvia: como ocorre com a violência, de uma forma geral, também no caso específico do assédio, existem bens jurídicos protegidos por lei que são colocados em risco. A integridade psicológica da vítima, isto é, a saúde mental dela é, invariavelmente, um dos pontos grandemente atingidos pelo comportamento agressivo. Mas não é só. Não são poucos os casos em que, por conta de assédios intensos, a vítima passa a sofrer lesões corporais e, em casos extremos, acaba sendo levada à morte⁶⁴.

No assédio moral, então, a relação causa/efeito entre o comportamento violento do empregador e a lesão, psicológica ou física, da vítima, causa a repulsa à conduta agressiva e permite a criação de instrumentos – legais, inclusive – que busquem o combate à conduta lesiva. Esse é o estágio em que, no Brasil, nos encontramos, no universo do direito do trabalho: a jurisprudência trabalhista – principalmente – buscando, diante das denúncias dos comportamentos violentos, no trabalho, caracterizar a presença do assédio moral para, então, oferecer a prestação jurisdicional demandada, que pode ser uma tutela direcionada à proibição da continuidade do comportamento prejudicial, mas que, na grande maioria dos casos, é tutela relacionada apenas à indenização pelo mal já perpetrado.

64 Marie-France Hirigoyen adverte: “É essencial estar alerta aos estados depressivos, pois o risco do suicídio é grave (no estudo realizado na região PACA, dos 517 casos de assédio moral reconhecidos pelos médicos do trabalho, 13 haviam tentado o suicídio)” (*Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 160). Os famosos casos da Telecom francesa (detalhes podem ser lidos em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=1375783&seccao=Europa&page=-1>. Acesso em: 2 abr. 2014), onde foram registrados, em 18 meses, cerca de 24 suicídios, e da Foxconn, na China, que registrou 11 tentativas de suicídio apenas em 2010 (disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/tecnologia,empresa-chinesa-contratara-psicologos-para-conter-suicidios,556059,0.htm>>. Acesso em: 3 abr. 2014), também falam, por si só, sobre os riscos do assédio, em relação à própria vida dos trabalhadores.

O que vai além disso, contudo, é o que justifica a inquietação que move este pequeno artigo. O que se imagina aqui, basicamente, é se seria possível concluir pela existência de assédio moral em casos em que, através de instrumentos de violência simbólica, buscasse, o empregador, obter do empregado (por vezes sem que este disso se desse conta) comportamentos que interessassem, sobretudo, à busca do lucro. Em outras palavras: poderia existir uma espécie de assédio que não se caracterizasse pela violência explícita do agressor, mas pela violência simbólica apenas?

Se recordarmos a definição anteriormente traçada, de assédio moral, não há razão para não se responder, ao menos em princípio, de forma afirmativa a essa indagação. Recordemos: se se definiu o assédio moral como sendo “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”⁶⁵, bastaria concluir que a violência simbólica estivesse incluída dentre as “condutas abusivas” praticadas repetitivamente, e que, da mesma forma, ela representasse um “atentado à dignidade do trabalhador” para que o tipo assédio moral (o assédio simbólico) se configurasse.

Alguém pode estar pensando que a situação, seguindo as diretrizes delineadas acima, não seria nada corriqueira. As dificuldades para a caracterização desse tipo de evento começariam por tentar entender em que medida uma estratégia de motivação profissional, por exemplo, poderia configurar uma conduta de violência simbólica. E se se formasse a convicção de que, em um determinado caso, uma coisa equivaleria à outra, seria, também, indispensável verificar se tal conduta poderia ser qualificada como abusiva e, ainda, se ela poderia ser tão intensa a ponto de comportar a qualificação de ameaça efetiva à dignidade do trabalhador. Bem pensados, entretanto, esses obstáculos não são assim tão impressionantes. Tirante o primeiro deles – a equivalência entre a conduta abusiva e o ato de violência simbólica – todo o restante é por demais conhecido do universo do direito do trabalho, pois são questões que os processos trabalhistas, nos quais há conflito envolvendo a alegação de assédio moral, enfrentam cotidianamente. Abordando tais dificuldades, Marie-France Hirigoyen escreveu passagem bastante significativa a respeito:

“É natural que todo o trabalho apresente um grau de imposição e dependência. (...) Por outro lado, numerosos contratos de trabalho trazem cláusulas de objetivos a atingir, que mantêm uma pressão constante sobre os empregados, os quais se veem na obrigação de acompanhá-los, sejam

65 Definição dada por Hirigoyen, como visto acima.

quais forem as consequências sobre sua saúde. Muitas jurisprudências reconheceram que objetivos a atingir irrealizáveis, ao manterem os empregados sob estado de sujeição permanente, constituem uma forma de assédio que Alain Chirez qualificou de cláusula. O empregador é obrigado a fornecer ao assalariado os subsídios normais para executar sua missão e a tarefa exigida deve corresponder às competências, à situação e ao salário do empregado. (...) No momento que se abordar o problema das imposições profissionais, é preciso ter consciência de que certas pessoas pouco motivadas por seu trabalho se sentem assediadas sempre que alguém as adverte na tentativa de as estimular. É normal que uma chefia tente motivar seus subordinados, mas ela não deve confundir motivação com exploração. Muitos administradores não sabem lidar com as suscetibilidades individuais e manejam mais facilmente o chicote do que a carroça. (...) Numerosos estudos foram produzidos com o objetivo de conhecer melhor os critérios de motivação dos empregados. Deles se deduziu que a melhor maneira de motivar uma pessoa é ainda lhe dar um trabalho interessante, a ser efetuado em um clima agradável. (...) Estamos convictos de que podem contestar que a diferença entre a pressão legítima de um superior hierárquico para fazer seus empregados trabalharem e um comportamento abusivo não aparece sempre de maneira evidente. A resposta que se pode dar é que os executivos devem aprender a transmitir suas mensagens de um modo respeitoso e levando em conta a personalidade do empregado.”⁶⁶

Certo é, contudo, que se há dificuldades para se configurar a existência do assédio moral, considerando apenas as condutas de violência explícita, não se pode negar que as dificuldades serão maiores ainda quando se tratar de análise envolvendo as condutas de violência simbólica, porque nestas, como visto, há todo um contexto de persuasão que camufla a imposição e faz a presença da dominação menos perceptível.

Outra questão talvez ajude no desbravamento desse terreno que se mostra inóspito: por que o dominado obedece aos comandos do dominante?⁶⁷⁻⁶⁸. Ou como coloca, já dando cores mais sérias à indagação primeira, Giorgio Agam-

66 *Mal-estar no trabalho, Op. cit.*, p. 35-36.

67 Essa é uma questão fascinante e que tem aspectos variados que poderiam gerar não um, mas vários livros. Por isso mesmo e mais uma vez, restrinjo-me a abordar o assunto apenas nos estreitos limites do que preciso para o desenvolvimento do raciocínio principal, que é a questão do assédio simbólico.

68 Sempre que penso em Rousseau escrevendo, com intuição invejável, que a raiz da desigualdade entre os homens surgiu quando o primeiro homem cercou um pedaço de terra e disse que ela lhe pertencia, não consigo evitar me ver tragado por uma questão que ofusca todo o brilho dos pensamentos do francês: como esse primeiro egoísta conseguiu que os demais respeitassem essa decisão inusitada?

ben: “qual é o ponto em que a servidão voluntária dos indivíduos comunica com o poder objetivo?”⁶⁹.

Das várias formas que se pode pensar para a resposta a essas indagações, escolho a que é oferecida, sinteticamente, por Sidanius & Pratto e que já foi descrita nas linhas precedentes: a dominação se estabelece – e mantém – basicamente, através da violência e/ou da ideologia⁷⁰. Ideologia aqui, obviamente, entendida da forma mais ampla possível, de sorte a abarcar, por exemplo, a situação em que o professor domina os alunos, na classe de aula, através do instrumento das notas, ou do médico, que domina os pacientes através do saber/poder e do patrão que domina os empregados através do pagamento do salário⁷¹.

É certo que há distinções entre os vários campos em que a dominação se exerce. Há diferenças entre o professor dominante e o aluno dominado e entre o empregador e o empregado. O aluno não dá nada ao professor, tendo uma postura – no sentido convencional da experiência da sala de aula – apenas passiva, recebendo as informações que, nas provas e exames, deverá demonstrar ter apreendido em percentuais suficientes a proporcionarem a evolução para o estágio seguinte do sistema de aprendizado. Já o empregado, por sua vez, recebe alguma coisa do empregador – como o aluno recebe a nota do professor –, mas diferentemente daquilo que ocorre com o aluno, oferece algo em troca, que é a força de trabalho. Isso não deve levar a conclusões precipitadas, do tipo, a distinção em questão impede concluir-se pela presença da violência simbólica na relação de trabalho. Acontece que há tal desequilíbrio entre a oferta de mão de obra e os postos de trabalho disponíveis que a relação de troca fica muito mitigada, praticamente desaparecendo e igualando a necessidade do salário, para o assalariado, com a necessidade da nota, para o aluno: ambas as situações caracterizadas pela forte assimetria entre os polos envolvidos na relação estudada.

Mas a percepção de que a violência simbólica pode estar ligada às estratégias de organização do trabalho – e não apenas à relação da venda da força de trabalho, simplesmente – permite ir além desse quadro preliminar. Se se aceita que o trabalhador pode ser induzido a praticar condutas contrárias ao interesse primário dele, apenas pela busca do salário (que, em muitos casos, significa a busca da própria sobrevivência, face à natureza alimentar do salário e a ausência de outros recursos, em favor do trabalhador), pode-se vislumbrar um passo adiante disso e imaginar situações nas quais não é o salário, apenas, o instrumento de coerção do empregado, mas outros elementos que, na linguagem

69 In: *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p 14.

70 *Social dominance...*, *Op. cit.*, p. 103.

71 Todos esses procedimentos entendidos como de violência simbólica.

que Bourdieu consagrou, após tomá-la de empréstimo dos meios econômicos, formam capital simbólico⁷² de alguma espécie. Quem de nós ainda não viu, em lojas de *fast-food* – e em alguns outros estabelecimentos que imitaram tal procedimento – placas com fotos de trabalhadores indicando um dos muitos obreiros que lá se ativam como “empregado do mês”? Da mesma forma, há uma quantidade considerável de processos em que se vê o empregador – sobretudo quando se trata de conflito envolvendo equipes de vendedores – utilizando classificações competitivas entre os obreiros (*rankings*), colocando-os em posições de destaque (ou de desprezo) de acordo com o resultado obtido pelo trabalhador, em determinado período de tempo. Aqui a questão não é (apenas) a sobrevivência. Não é o salário. O instrumento de persuasão – utilizado na intenção indisfarçável de levar o trabalhador a competir com os demais e, assim, obter, em favor do empregador, mais produtividade e, por conseguinte, melhores lucros – é o orgulho, o amor próprio, ou qualquer sentimento semelhante que existe em todo ser humano. Hélène Weber⁷³, em estudo que visava analisar os dispositivos gerenciais que levavam os trabalhadores à incorporação dos meios de coação existentes no trabalho, destacou:

“O processo de incorporação conduz os empregados a confundirem os interesses deles próprios com os da empresa e o produto da vontade deles com aquilo que o sistema organizacional espera dos trabalhadores. A interiorização dos mecanismos de coação se opera por um duplo mecanismo de idealização e identificação e coloca em jogo diferentes processos de identidades.”

Nesse complexo estratagema de transferência dos objetivos do empregador para o empregado, e da incorporação, pelo empregado, dos mecanismos de coerção do empregador, vai-se muito além da mera escolha do “operário padrão”, constatando-se a existência de vários instrumentos sutis em ação, muitos deles em funcionamento ao mesmo tempo. O estudo desenvolvido por Hélène Weber, citada acima, traz alguns bons exemplos desses métodos. A autora teve como objeto as formas de gerenciamento de pessoal da conhecida rede de *fast-food* McDonald’s, em França. E nele, a estudiosa detectou ferramental diverso de outros setores produtivos, mas nem por isso menos eficiente. A necessidade de adaptação ao emprego e a socialização com os colegas, sobretudo consi-

72 Segundo Pierre Mourier (*Pierre Bourdieu*, uma introdução, *Op. cit.*, p. 88), capital simbólico é o capital de crédito de que dispõe o agente ao seio do campo, junto dos outros agentes, que lhe dão o poder de dar valor aos bens específicos do campo mencionado.

73 WEBER, Hélène. Incorporation à l’organisation et intériorisation des contraintes chez McDonald’s. In: DURAND, Jean-Pierre; LE FLOCH, Marie-Christine. *La question du consentement au travail de la servitude volontaire à l’implication contrainte*. Paris: L’Harmattan, 2006. p. 69-76.

derando a gama de trabalhadores jovens, normalmente formados pelo próprio empregador, tem peso importante na situação específica:

“A intensificação do fenômeno de normalização das tarefas e sua extensão a todos os campos da atividade (prescrição de gestos, da linguagem, e da apresentação...) gera um sentimento de reclusão particularmente relevante. Os empregados têm então múltiplas estratégias defensivas que permitem a adaptação à situação de trabalho. No McDonald’s essas estratégias visam a uma mecanização sempre mais importante dos gestos e induzem a uma rotina da atividade. Todavia, o sentimento de rotina, que tem sido frequentemente considerado como origem do sofrimento no trabalho, nas atividades tayloristas, torna-se justamente no McDonald’s a condição que permite aos empregados o sentimento de prazer. Muitos dentre eles consideram o investimento na relação com os colegas como a fonte essencial da satisfação que encontram no trabalho, investimento que só se torna possível a partir do instante onde os procedimentos do trabalho são integrados e as cadências interiorizadas. Os custos cognitivos inerentes à formação no treinamento fragilizam os novos empregados e os constringe a igualar o ritmo ao dos demais. (...) É através da rotina que se tem acesso às fontes da satisfação. A interiorização da norma relativa ao ritmo do trabalho não é vista como um constrangimento, mas como um meio ao serviço do próprio prazer.”

Mas, para além disso, o uso de roupas e linguagem padronizadas (que são símbolos), combinado com desenvolvimento de tarefas repetitivas e pouco criativas, faz com que o empregado tenha poucas – se alguma – chances de se expressar como indivíduo. O desempenho surge, então, como uma válvula de escape nesse contexto:

“(…) o princípio da normalização faz que a única maneira ainda possível da expressão da subjetividade pelos empregados torne-se a busca da performance. Porque a normalização produz a padronização em relação aos gestos, mas ela permite ao mesmo tempo a diferenciação pelo cálculo dos resultados. Cada um pode assim mensurar suas performances, referindo-se às cifras das tarefas realizadas ou ao tempo gasto por realizar cada gesto.”

A incessante preocupação com o aproveitamento de tempo está presente a todo o momento, até na linguagem. Com a integração ao modelo de atuação da empresa, aproveitar o tempo se torna não apenas um hábito (em favor do trabalho), mas um vício:

“A necessidade de atuar rapidamente torna-se interiorizado pelo mecanismo da linguagem. Um vocabulário interno foi instituído: trata-se, de acordo com a maioria das palavras que o constitui, de palavras

prontas que permitem minimizar a reflexão em favor das ações reflexas. O produtor na cozinha só tem, por exemplo, que anunciar um ‘6/2’, para que se inicie a preparação de dois cheesebúrgeres duplos e seis hambúrgueres. Os princípios de comunicação prescritos entre os empregados visam o crescimento da eficácia das trocas, minimizando as interferências: cada palavra proferida torna-se uma palavra útil. Trata-se de obter o efeito máximo com o menor emprego de palavras. As modalidades de comunicação induzem de fato a interiorização de um modo de pensar. Porque ao utilizar as palavras da organização, os empregados reproduzem implicitamente os esquemas de poder que estão subjacentes.”

E o modelo de avaliação, como não poderia deixar de ser, desenvolve papel significativo na interiorização do ponto de vista do empregador, pelo empregado:

“As modalidades de avaliação das performances ilustram perfeitamente este fenômeno. Nos restaurantes que não são franquias, os empregados são avaliados em função dos itens que formalizam normas de comportamento as quais eles deveriam aplicar. (...) Na prática, se os empregados ocasionalmente discutem a frequência da realização de tarefas que lhes é imputada, eles jamais questionam a legitimidade das normas existentes. O fato que algumas se contradizem (privilegiar, por exemplo, ao mesmo tempo a rapidez do serviço e a qualidade dos produtos...) e as circunstâncias da aplicação delas, não são em momento algum levados em consideração, nem se levanta nenhuma recriminação contra elas. Mas a interiorização implícita da legitimidade das normas não é a única consequência das modalidades de avaliação das performances. Porque não se trata simplesmente de interiorizar que se deve fazer rapidamente, mas sobretudo que se deve fazer *sempre mais rapidamente*. A ficha de avaliação indica assim que o avaliador deve especificar se o empregado está abaixo das expectativas, conforme as expectativas ou além das expectativas. Implicitamente, se trata, portanto, de esperar que o empregado faça sempre melhor e *sempre mais do que a ele é demandado*.” (grifos meus)

Essas poucas constatações, realizadas apenas em um empregador, permitem exemplificar como as estratégias de gestão de pessoal atuam, em alguns casos, como elementos ideológicos e de violência simbólica e como o poder simbólico se traduz naquele “poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização”⁷⁴, que só bem funciona se “é ignorado como arbitrário”⁷⁵.

74 BOURDIEU. *O poder simbólico*, *Op. cit.*, p. 14.

75 *Idem*.

A 4ª Turma do TRT/SP, em julgamento de que participei recentemente, reconheceu a presença de assédio simbólico⁷⁶ em caso em que o empregador utilizava-se da exposição da imagem do trabalhador através de *ranking* de produtividade. O *ranking* é símbolo dos mais conhecidos de *status* social, mas, ao mesmo tempo, quando utilizado para fomentar a competição entre os empregados (que desgasta os laços de solidariedade entre eles) e o aumento do lucro, torna-se expressão viva da violência simbólica, vez que traveste os interesses do empregador (a majoração do lucro) em interesses do empregado (o destaque no grupo social), substituindo a chibata (força física) pelo discurso (símbolo) e obtendo, com isso, a já referida “domesticação do dominado”. Com um agravante imediato, obviamente: a violência simbólica desse tipo, enquanto método de eliminação de resistência e ampliação da produtividade, tende ao comprometimento dos limites físicos e psicológicos do trabalhador.

Chegando, assim, ao ponto final desta reflexão, caberia então indagar se se poderia considerá-las (as constatações feitas no penúltimo parágrafo), também, como exemplos de assédio moral. Em que medida, por exemplo, essa estratégia de se impor ao trabalhador a ideia de que o excelente trabalhador é aquele que deve fazer além daquilo ordenado, não deveria ser vista como elemento de violência simbólica que poderia ser qualificada como assédio moral?

A resposta, creio, sobretudo com base na definição de assédio moral já oferecida, depende da intensidade com que se permite que essa ideologia seja incorporada/praticada pelos obreiros. Se se chegar ao ponto em que o trabalhador acaba atuando, ele mesmo, contra a própria dignidade ou integridade psíquico-física, não tenho dúvidas em dizer que o assédio (simbólico) estaria presente.

76 4ª TURMA PROCESSO TRT/SP 0001894-49.2012.5.02.0312. RECURSO ORDINÁRIO. RECORRENTE: 1. LIDERPRIME ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA. 2. ADRIANA SOTERO LAVIGNE. RECORRIDO: BANCO PANAMERICANO S.A. ORIGEM: 2ª VT DE GUARULHOS. “Assédio simbólico. Presença de *ranking* onde a imagem do trabalhador é exposta, na intenção de impor produtividade. Método que não pode ser aceito e que impõe competitividade desnecessária entre os próprios trabalhadores, prejudicando a fraternidade da categoria. As relações entre empregado e empregador são marcadas pela assimetria de poder, onde o empregador manda e o empregado obedece. Isso não impõe a conclusão, porém, de que o empregador pode impor qualquer conduta ao trabalhador, mas apenas aquelas que façam parte da relação de emprego. No caso dos autos, a reclamada não negou que utilizasse *ranking* de classificação da produtividade dos obreiros, expondo, publicamente, a imagem dos trabalhadores, na intenção indisfarçável de forçá-los a uma produtividade maior, sem deixar claro que a intenção é essa. Além disso, o procedimento em questão tem o potencial de criar desnecessária competitividade entre os trabalhadores, enfraquecendo o sentimento de classe e reforçando individualidades e antagonismos que não trazem qualquer proveito para a condição social do assalariado. Procedimentos desse tipo são conhecidos como assédio simbólico, onde o empregador mascara estratégias para a obtenção de vantagens, que passam a ser vistas pelo trabalhador como uma coisa própria dele e não como um benefício para o empregador. Aliando-se essa situação indiscutivelmente prejudicial, com a exposição desnecessária – e não autorizada – da imagem do obreiro, patente que o *ranking* gera sofrimento e, por conseguinte, o direito à indenização por dano moral”.

Exemplos dessa espécie de acontecimentos não são tão raros quanto se possa, em um primeiro momento, crer. As formas de pagamento por produção têm condições de perfilar, dentro de certas circunstâncias, como situações dessa espécie. O trabalhador na plantação de cana, que se esforça para obter um ganho menos miserável, num trabalho inumano, através do corte de várias toneladas de cana por dia, não poderia ser enquadrado como vítima dessa espécie de assédio simbólico? A grande quantidade de corte⁷⁷, vestida como objetivo particular, dele trabalhador, fazendo-o esquecer de que o excesso físico de hoje será cobrado, com juros, com o passar dos anos, mereceria ser vista como fruto único da ambição desmedida desses humildes trabalhadores dos campos brasileiros?

Quer no caso do meio-oficial eletricitista, morto eletrocutado porque, segundo a empregadora, não esperou que o encarregado desligasse a energia do local⁷⁸, realizando os serviços de forma apressada e imprudente; quer naquele no qual o motorista de caminhão morreu afogado, porque quis salvar o caminhão que estava caindo no rio⁷⁹; ou, ainda, naquele no qual o trabalhador se acidentou porque quis usar uma serra elétrica para realizar mais rapidamente

77 Ninguém se iluda: as estratégias para a obtenção do aumento da produtividade estiveram sempre presentes, desde que o capitalista percebeu que, nisso, residia o núcleo da obtenção da mais valia e do lucro. Karl Marx, no *Capital*, já destacava, ao tecer comentários sobre as diminuições de jornada (inicialmente para 12 horas, depois de algum tempo para dez e, no período em que ele escrevia, com reivindicações para que a jornada fosse limitada a oito horas de trabalho), na Inglaterra: “[Q]uando a rebeldia crescente da classe trabalhadora forçou o Estado a diminuir coercitivamente o tempo de trabalho, começando por impor às fábricas propriamente ditas um dia normal de trabalho (...), lançou-se, o capital, com plena consciência e com todas as suas forças, à produção da mais-valia, acelerando o desenvolvimento do sistema de máquinas” (*O capital: crítica da economia política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. Livro I. v. 1. p. 467). Em outra passagem, numa nota de rodapé, o autor detalha uma estratégia destinada à obtenção de maior produtividade: “[D]ado o salário por peça, é naturalmente do interesse pessoal do trabalhador aplicar sua força de trabalho o mais intensamente possível, o que facilita ao capitalista elevar o grau normal de intensidade” – destacando na nota referida – “[E]sse resultado desenvolvido naturalmente é muitas vezes artificialmente aumentado. No *Engineering Trade* de Londres, por exemplo, vale como truque tradicional ‘que o capitalista escolha um homem de força e destreza superiores para chefe de certo número de trabalhadores. Ele lhe paga trimestralmente ou em outro prazo um salário adicional sob a combinação de que fará todo o possível para incentivar seus colaboradores, que apenas recebem o salário ordinário, a uma extrema emulação”’” (*O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Nova Cultura, 1996. Livro I. tomo 2. p. 148)

78 TRT/SP, Processo 0003093-18-2012.5.02.0018. A empregadora alegou culpa exclusiva do empregado, porque ele não esperou o encarregado desligar a energia elétrica do lugar e passou a realizar os serviços de forma imprudente.

79 TRT/SP, Processo 00096.2006.018.02.00-7. A empregadora alegou culpa exclusiva do empregado, porque o trabalhador, que estava fora do veículo, ao perceber que o caminhão, que estava estacionado sobre um septo, dentro do Rio Tietê, estava desabando para dentro do rio, adentrou ao caminhão e tentou dar partida, sem se aperceber que a marcha à ré estava engatada (quando o veículo foi tirado do rio, a marcha à ré ainda estava engatada).

te o serviço, quando estava proibido pelo empregador de fazê-lo⁸⁰, em todos esses acidentes fatais (seguindo-se apenas as versões do empregador para os fatos) e em muitos outros, percebe-se – dentre outras coisas – a presença de um empregado tencionando ir além das expectativas, ou seja, na intenção de tornar-se um bom empregado, conforme os parâmetros normalmente postos pelos empregadores⁸¹.

São situações individuais que, certamente, estão ligadas a um problema coletivo, porque as estratégias de organização do trabalho são questões coletivas (em alguns casos, ousou dizer, difusas, dada a dispersão de algumas dessas estratégias e desses conceitos de organização do trabalho).

Resta saber, porém, se poderiam, efetivamente, ser caracterizadas como exemplos de assédio moral, caso se constatasse a presença efetiva de instrumentos e/ou estratégias empresariais que pudessem ser consideradas de violência simbólica. Tendo a concluir pela procedência dessa caracterização, vale dizer, por entender possível a existência de uma forma de assédio moral, aqui denominada de assédio simbólico, e, mais que isso, por considerar possível utilizar tal conceito (o de assédio simbólico) como arma de combate aos malefícios que certas formas de organização do trabalho causam aos trabalhadores, vítimas dessas estratégias, que acabam se traduzindo em táticas sutis (dissimuladas e multicamufladas) de verdadeira manipulação.

Fica o convite à reflexão sobre o tema.

Recebido em: 16/04/2019

Aprovado em: 24/06/2019

80 TRT/SP, 6ª Turma, Processo 0092300-55.2005.5.02.0056. Nova alegação de culpa exclusiva do empregado, porque ele usou a serra elétrica que o empregador havia colocado em um canto da obra (além de cortar o fio de contato), proibindo os obreiros de usá-la. Ao desobedecer às ordens do empregador, para a realização de serviço em favor da empresa, a serra acabou se soltando da máquina e atingindo a jugular do trabalhador, que faleceu em seguida.

81 Como o trabalho é parte importantíssima de nossa existência, ser um bom trabalhador é, indiscutivelmente, uma das ambições naturais do ser humano (tirante aquela pequena parte da população que não precisa trabalhar para viver). Acontece, entretanto, que a definição do que é um bom trabalhador é parte de uma disputa ideológica nas sociedades modernas, inegavelmente. Não há espaço para aprofundar o assunto neste artigo, mas é fácil perceber – e levanto o ponto apenas para que o leitor, querendo, reflita – que, entre nós, o bom trabalhador é, normalmente, qualificado (reduzido, verdadeiramente) como tal quando é apto a trazer lucro para o empregador. Não se vê o bom empregado como sendo aquele que é solidário ao colega de trabalho (esse seria um bom ser humano), ou o que participa com mais interesse das reuniões sindicais (participação que, muitas vezes, é vista como desinteresse pelo trabalho). Não há *ranking*, elaborado pelo empregador, dos melhores Cipeiros, v.g.

PROCESSO JUDICIAL EM MEIO ELETRÔNICO E AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

ELECTRONIC JUDICIAL PROCEDURE AND ACCESS TO JUSTICE

Camila Miranda de Moraes*

Natercia Sampaio Siqueira**

Naira Pinheiro Rabelo de Alencar***

RESUMO: Compreender o que seja acesso à justiça, seu surgimento, sua ligação com os tipos de Estado e reconhecê-lo como direito fundamental é essencial para entender a importância do tema e de como a Constituição da República de 1988 reconheceu essa relevância. A efetividade do acesso à justiça é um objetivo a ser alcançado e perpetuamente aperfeiçoado. Por isso é significativo entender sua evolução histórica e perceber como a revolução tecnológica propiciada pelo processo judicial em meio eletrônico é capaz de ampliar a concretização desse direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Direito Fundamental. Processo Judicial em Meio Eletrônico.

ABSTRACT: Understanding what access to justice means, its beginnings, its connection to the species of States and recognizing it as a fundamental right is essential to understand the importance of the subject and how the Brazilian Constitution of 1988 recognized that importance. The effectiveness of access to justice is a goal to be reached and continuously improved. That is why its meaningful to understand its historical evolution and realize how the technological revolution brought by the electronic judicial procedure is capable of making this fundamental right effective.

KEYWORDS: Access to Justice. Fundamental Rights. Electronic Judicial Procedure.

Introdução

O acesso à justiça é o ponto de partida que envolve a maioria dos estudos sobre processo. Torna-se imprescindível estudar e compreender o conceito de acesso à justiça, sua vertente clássica exposta por Cappelletti e Garth e seu papel como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro não só para denotar a importância do tema como também para entender as consequências que produz no cenário das tutelas para efetividade dos direitos dos trabalhadores nas relações laborais.

* Doutora em Direito do Trabalho pela PUC-SP; juíza do trabalho titular no TRT da 7ª Região.

** Professora doutora do PPGD da UNIFOR; procuradora do Município de Fortaleza.

*** Juíza do trabalho substituta no TRT da 7ª Região.

1 – Acesso à justiça nos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito

Não há consenso entre os autores sobre o conceito de acesso à justiça. O ponto de interseção entre eles é o de que a tarefa de definir o que seja acesso à justiça não é simples¹, já que não se trata de termo unívoco. Ao contrário, a expressão acesso à justiça modificou-se durante a história e pode ter múltiplos significados².

Uma das várias formas ou acepções do acesso à justiça pode ser concebida a partir do modelo político de Estado³ predominante em determinada época. Elegemos esse critério para iniciar nossa análise. Estudaremos o acesso à justiça no Estado Liberal, no Estado Social e no Estado Democrático de Direito com o objetivo de identificar as mudanças ocorridas no instituto do acesso à justiça e como essas mudanças interferem no pensamento contemporâneo de como se deve propiciar acesso à justiça.

Insta esclarecer que o desenvolvimento do acesso à justiça pelos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito não é estanque nem linear, não ocorreu de forma estritamente cronológica e precisa ser compreendido como um conjunto de transformações ocorridas em dado período – às vezes até simultaneamente.

-
- 1 “A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 8). “(...) os autores não são unânimos no que diz respeito à conceituação de direito de acesso à justiça. Cada qual apresenta sua visão sobre o que representa o aludido direito” (MARCELLINO Jr., Júlio Cesar. *Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 118).
 - 2 Ronnie Preuss Duarte diz que “‘Direito à jurisdição’, ao ‘acesso à Justiça’, ao ‘processo equitativo’, ao ‘devido processo legal’ são algumas das locuções empregadas, amiudamente, como termos homólogos para designar um conjunto de garantias processuais que encontra fundamento na própria Constituição. Também no estrangeiro se fala em *debido proceso*, *due process of law*, *giusto processo* e *faïres Verfahren*, aludindo a uma mesma situação substancial: o direito a um procedimento axiologicamente condicionado (...)” (*Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 12).
 - 3 “O Estado como ordem política da Sociedade é conhecido desde a Antiguidade aos nossos dias. Todavia, nem sempre teve essa denominação, nem tampouco encobriu a mesma realidade” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 65). O sentido de Estado adotado neste artigo é de “Estado enquanto forma histórica de organização política das comunidades humanas” (RANGEL, Paulo. *O Estado do Estado: ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia*. Alfragide: Dom Quixote, 2009. p. 11).

DOCTRINA

O Estado Liberal foi aquele oriundo das revoltas da burguesia durante a Revolução Francesa, em 1789, que teve por objetivo dismantelar o Estado Absolutista no qual o monarca governava em razão de poder proveniente diretamente da divindade⁴. No “Ancien Régime” francês, no qual o monarca tinha poder absoluto, a forma de comércio era o mercantilismo e vigia o feudalismo. Este regime cedeu lugar às ideias iluministas de Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau, que influenciaram a formação do Estado Liberal⁵. No dizer de Paulo Bonavides, o Estado Liberal era um “guardião das liberdades individuais”⁶, o que se explica, já que no Estado Absolutista não havia respeito sequer à liberdade de crença religiosa.

Essa necessidade premente de reconhecer o indivíduo como sujeito de direitos e garantir-lhe liberdades mínimas, uma esfera de proteção contra o próprio Estado, a exemplo da liberdade religiosa e do direito de propriedade, é reflexo da transformação do Estado Absolutista para o Estado Liberal.

Entretanto, o Estado Liberal foi um guardião meramente formal destas liberdades, posto que embora expressamente declaradas, as liberdades individuais não possuíam mecanismos de proteção efetivos. Ao tornar-se classe dominante, a burguesia procurou manter apenas formalmente os princípios que a levaram ao poder. Exemplo disso foi o sufrágio universal, que foi defendido pela burguesia como ideal a ser alcançado, mas que somente foi implementado na França em 1848⁷. De se lembrar, ainda, que com a Revolução Francesa os cursos universitários de direito foram banidos da França, razão pela qual somente nos séculos XIX e XX voltou a ocorrer o desenvolvimento da ciência jurídica⁸.

Caracteriza-se o Estado Liberal por sua atuação em estrita obediência ao direito positivo, o que significa dizer que a norma jurídica poderia ser desprovida do sentido de justiça e assim mesmo seria considerada válida. A obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, cuja primeira edição foi publicada em 1934, encaixa-se bem na moldura do Estado Liberal.

Na doutrina kelseniana, não interessava o critério de justiça, e sim o critério de validade formal da criação da norma por órgão competente⁹. Daí

4 Para mais detalhes sobre a Revolução Francesa e seus impactos, vide: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 140-179.

5 TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O juiz ativo e os direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011, *passim*.

6 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 29.

7 *Ibidem*, p. 31.

8 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 513.

9 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 72.

afirmar-se que para Hans Kelsen a ciência jurídica não seria ideológica, pois, para ele, a ciência jurídica pura, de caráter científico, seria aquela que se dedica ao estudo da norma jurídica sem levar em consideração argumentos morais, políticos, valorativos, filosóficos. Para Hans Kelsen, a ciência jurídica tem por objeto a norma jurídica e nada mais.

Pelo que denominou “princípio da pureza”, Hans Kelsen sustentou que a ciência jurídica deveria preocupar-se unicamente com o conteúdo da norma jurídica, e não com os fatos sociais ou com os valores. Não importava se a norma jurídica era justa ou injusta, mas sim se havia sido elaborada e promulgada por autoridade competente. Por isso afirma-se que para o jurista kelseniano o direito é a norma e não um fato social ou valor transcendente.

Nessa toada, o positivismo jurídico, capitaneado por Hans Kelsen, tinha como características a aproximação quase plena entre direito e norma, a completude do ordenamento jurídico, o formalismo e a subsunção¹⁰.

A interpretação e aplicação da norma jurídica eram realizadas por meio de uma “técnica de subsunção lógica dos fatos às normas, sem referências sociais, éticas, políticas, econômicas ou culturais”¹¹. No Estado Liberal, o acesso à justiça obedecia a uma perspectiva individualista, baseada na igualdade meramente formal perante a lei¹². Na lição de J. J. Florentino dos Santos Mendonça, a maioria das questões judicializadas nesse período “(...) tinha cunho eminentemente patrimonial, o que tornava o direito um bem acessível quase que exclusivamente aos homens de posse, a garantia de acesso à ordem jurídica não ostentava o caráter de direito fundamental”¹³.

O Estado Liberal apoiava-se no positivismo jurídico clássico, no qual o juiz deveria apenas ser “a boca da lei”, o que significava ser um mero repetidor daquilo que estava escrito ou codificado, numa pretensa neutralidade que ignorava os valores e supostamente conferiria segurança jurídica.

10 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 325.

11 MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 49.

12 “O paradigma liberal de Estado, edificado no cenário europeu, não incorporou mudanças no sentido da democratização do acesso à justiça, ao contrário, serviu para estabilizar a perspectiva arcaica que o encampava como mera garantia formal de admissão ao aparato institucional de tutela dos direitos, deferida apenas a quem pudesse suportar as despesas decorrentes da movimentação da máquina judicial.” (*Ibidem*, p. 14)

13 MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 50.

DOUTRINA

Como forma de tentar compensar as desigualdades advindas da introdução de novos meios de produção e da grande depressão ocorrida entre 1929 e 1933, dentre outros fatores, o Estado Social surge como aquele que consagra um modelo garantista, que busca criar e executar políticas públicas com o fito de melhorar as condições de vida da população empobrecida. Paulo Bonavides afirma que “O Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural porque passou o antigo Estado Liberal”¹⁴ e frisa que o Estado Social é aquele que “(...) busca realmente, como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social, a paz econômica”¹⁵. Daí poder-se concluir que o Estado Social é fruto da superação do liberalismo.

O acesso à justiça no Estado Social intenta alcançar a igualdade substancial (real) ao estabelecer direitos sociais mínimos. Enquanto no Estado Liberal o direito de ação era meramente formal e o processo era mera derivação do direito de propriedade, no Estado Social o processo sofre importantes modificações e seu objeto deixa de ser apenas a ação para ser também a jurisdição, com a preocupação de permitir o acesso dos mais pobres ou vulneráveis ao Poder Judiciário.

Como afirmado anteriormente, não se trata exatamente da supressão de um modelo de Estado por outro, mas da transformação de padrões sociais, culturais, filosóficos, jurídicos, dentre outros, que causam lentamente a mudança do próprio cerne do Estado. Assim, por exemplo, não há o total desaparecimento do Estado Liberal e imediato surgimento do Estado Social. Pode-se dizer que em razão das pressões e insatisfação das pessoas com as condições de vida, das reivindicações sociais, da influência da ideologia marxista, nasce o Estado Social. Nas palavras de Maria Cecília Máximo Teodoro, “social é um Estado que se consolida pelo reconhecimento de direitos ao proletariado, notadamente direitos políticos”¹⁶.

Enquanto no Estado Liberal há superação do jusnaturalismo pelo positivismo, pode-se dizer que na transição do Estado Liberal para o Estado Social ocorre o enfraquecimento das ideias positivistas, por força do movimento de

14 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 180.

15 *Ibidem*, p. 183.

16 TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O juiz ativo e os direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011. p. 52.

constitucionalização dos direitos sociais iniciado com a Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919¹⁷.

Para demonstrar como não existe linearidade nesses movimentos basta observar que a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, obra de destaque da doutrina positivista e dominante no Estado Liberal, foi publicada pela primeira vez em 1934 – período em que já despontava o Estado social, em que as Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 já haviam sido promulgadas.

No Brasil são exemplos de características do processo no Estado Social a criação da Justiça do Trabalho em 1939, da Lei de Assistência Judiciária aos Necessitados (Lei nº 1.060/1950), o *jus postulandi* e a coletivização do processo trabalhista¹⁸.

O Estado Social entra em crise a partir dos anos 1970, em meio a duas crises mundiais do petróleo e com a globalização, deixando de ter controle sobre as variáveis que influenciam sua economia. Com isso, perde capacidade de criar, implementar e manter políticas públicas – o que implica a diminuição de seu poder de garantir direitos sociais¹⁹.

O modelo socialista liderado pela então União Soviética vai à derrocada, o capitalismo cresce e surge o que se convencionou chamar de neoliberalismo, que prega a diminuição do aparato estatal, redução dos gastos públicos na área social, permissão da flexibilização e terceirização das relações de trabalho por meio da desregulamentação ou regulação mínima do mercado.

Importante observar que no Estado Liberal a mão de obra humana ainda era necessária e largamente utilizada. Hoje, com a crescente automação, ainda existe necessidade de mão de obra humana, mas em menor escala. Isso porque com o aumento da automação virtualmente em todos os ramos, exige-se mão de obra humana cada vez mais qualificada, o que tende a gerar uma horda de trabalhadores sem postos de trabalho em razão de sua pouca ou nenhuma qualificação.

17 Sobre a constitucionalização de direitos, *vide*: PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1997. p. 6; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 38-49; CAMBI, Eduardo. *Neonstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 21-59.

18 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 149.

19 “A crise do Estado da providência social, deflagrada no início dos anos oitenta do século XX, tornou evidente a incapacidade dos Estados nacionais para promoverem o bem-estar social, principalmente, em virtude da carência de recursos materiais para movimentar, de forma eficiente, a máquina burocrática edificada para atender as exigências sociais.” (MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 58)

DOCTRINA

Posteriormente à publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, surgem diversos países que aderem a regimes democráticos e passam a ser conhecidos como Estados Democráticos de Direito. A tônica desses Estados é a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira dimensão. Seus objetivos coadunam-se com os objetivos do Estado brasileiro estabelecidos na Constituição da República de 1988: construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, diminuição das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem-estar e justiça social para todos.

Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite, “A jurisdição passa a ser a gênese do sistema pós-moderno de acesso individual e coletivo à justiça (CF, art. 5º, XXXV)”²⁰. Há uma grande transformação da mentalidade sobre o que seria o acesso à justiça e o processo como instrumento desse acesso, suas funções e objetivos.

No Estado Liberal, o acesso à justiça era meramente formal, e, por isso, existia de fato apenas para a parcela da população detentora de riquezas, que poderia pagar e suportar os custos financeiros de um processo. Por essa razão, dentre outras, o processo era um instrumento de dominação da burguesia, que servia a interesses individuais e as demandas refletiam apenas o direito de propriedade porque era muito caro litigar. Não era viável litigar sobre direitos de pouca expressão econômica.

Com o advento do Estado Social procura-se criar meios para ampliar o acesso à justiça das pessoas economicamente vulneráveis e tornar a igualdade formal outrora vigente em igualdade material. Por fim, no Estado Democrático de Direito, busca-se não só o amplo acesso à justiça, mas que esse acesso ocorra por intermédio de um processo justo, igualitário e, principalmente, efetivo. O objetivo do processo no Estado Democrático de Direito é alcançar uma ordem jurídica justa – panorama consentâneo com as demandas coletivas e que afasta a visão individualista do processo que se tinha no Estado Liberal.

Esse é o giro hermenêutico perceptivelmente modificador do *status* do acesso à justiça: no Estado Democrático de Direito não basta declarar ou enunciar direitos, pois o que se almeja é sua efetivação. Daí a crescente importância do Poder Judiciário e da jurisdição como meio de proteção, garantia e efetivação de direitos. O acesso à justiça é direito humano e faz parte de tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo do artigo 8º da Declaração

20 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 152.

Universal dos Direitos Humanos de 1948, do artigo 47 da Carta de Direitos da União Europeia e do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos²¹.

No plano constitucional brasileiro, o acesso à justiça está inscrito no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da Constituição da República de 1988 e positivado no inciso XXXV do art. 5º, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²².

Esta é a perspectiva do Estado Democrático de Direito: crescente valorização dos princípios para a ordem jurídica, diminuição do dogmatismo, preocupação de que o acesso à justiça confira a chance de um processo justo, equitativo, célere e efetivo. A compreensão da força normativa da Constituição²³ é a pedra de toque não só do neoconstitucionalismo, mas também do Estado Democrático de Direito²⁴.

O novo enfoque teórico do acesso à justiça, segundo o qual este evolui de mero formalismo para uma concepção voltada para não apenas a norma jurídica em si, mas também para os fatos e valores que a integram, demonstra a mudança de uma concepção unidimensional para uma concepção tridimensional do direito²⁵.

Quanto a este aspecto, merece ser citada a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, divulgada em livro do mesmo nome²⁶. Ao estudar as escolas do direito, Miguel Reale conseguiu perceber o quão compartimentalizado era o estudo da Ciência do Direito e como era vital para o engrandecimento e aperfeiçoamento dessa ciência que os influxos de outros ramos jurídicos fossem levados em consideração. O Direito era estudado da perspectiva apenas da norma jurídica, sem levar em consideração os fatos (estudados pela Sociologia) e os valores (estudados pela Filosofia). Havia necessidade de “integração de todas

21 MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 114.

22 COSTA FILHO, Armando Casimiro e outros. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 48. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 14.

23 “Afirmar que as normas constitucionais têm *força normativa* é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo.” (CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, p. 1-44, 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/bdsv3g>>. Acesso em: 20 nov. 2017)

24 “O que é fundamental ao Estado Democrático de Direito é a prevalência dos direitos fundamentais individuais e coletivos, sua relação com os fins e objetivos da sociedade multicultural (plúrima), e sua abertura para a construção da futura democracia integral (representativa, direta, política e social).” (ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 116)

25 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155.

26 Vide REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DOCTRINA

essas perspectivas²⁷ para evitar uma “Ciência Jurídica ausente, distante dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos”²⁸.

Por intermédio da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale é possível compreender que a interpretação e a aplicação da norma jurídica não podem se restringir a um único aspecto, mas, sim, que devem observar três planos distintos e inseparáveis como se fossem um único fenômeno: fato, valor e norma. Para Miguel Reale, “o direito é uma realidade, digamos assim, trivalente ou, por outras palavras, tridimensional”²⁹.

Segundo Antonio Bento Betioli, “Foi somente a partir do segundo pós-guerra que fica evidente a aspiração no sentido da compreensão global e unitária da experiência jurídica. Como consequência surgem as primeiras doutrinas tendo por objeto a interdependência ou correlação dos três elementos”³⁰.

Para Miguel Reale, os sentidos da palavra direito correspondem a três aspectos: “um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)”³¹. A teoria tridimensional do direito demonstrou que onde quer que haja um fenômeno jurídico haverá sempre um fato subjacente, um valor que dará significação a esse fato e uma norma. Tais elementos não existem separadamente uns dos outros, mas coexistem numa unidade concreta e que atuam como elos de um processo (já que o Direito é uma realidade histórico-cultural), “de modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram”³².

O acesso à justiça possui diversas acepções diferentes, dentre as quais podemos referir o acesso à justiça como aspiração comum, como princípio jurídico, como espécie normativa, como direito humano, como direito constitucional fundamental, como garantia e princípio processual, etc.³³.

Passaremos, a seguir, a demonstrar o paralelo entre o surgimento de cada uma das dimensões dos direitos fundamentais e os tipos de Estado, visto que

27 *Ibidem*, p. 7.

28 *Ibidem*, p. 7.

29 *Ibidem*, p. 121.

30 BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137-138.

31 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64-65.

32 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64-65.

33 Sobre as diversas acepções do termo acesso à justiça *vide*: MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 93-131.

o acesso à justiça enquadra-se como direito humano e está inscrito no título dos direitos e garantias fundamentais na Constituição da República de 1988.

2 – Considerações sobre direitos fundamentais

Direitos fundamentais são aqueles tratados de forma especial nas Constituições dos Estados, garantias mínimas asseguradas a todos os seres humanos, como a vida, a dignidade, a liberdade, a moradia, etc. Também em relação a eles, assim como em relação ao acesso à justiça, existe grande dificuldade doutrinária para defini-los³⁴.

O dissenso – assim como em relação ao acesso à justiça – parte da denominação do instituto. Há autores que tratam como sinônimas as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Não nos filiamos a essa corrente, mas, sim, àquela que diferencia as expressões. Para Paulo Bonavides, a primeira questão a se tratar quando se estuda a teoria dos direitos fundamentais é exatamente o problema da denominação³⁵.

A categoria dos direitos humanos é mais genérica, estando suas normas inscritas em tratados e convenções internacionais. Já a expressão “direitos fundamentais” está ligada a um complexo de direitos positivados na Constituição dos países, estando presentes, portanto, no âmbito do direito positivo interno. Dessa forma, cada Estado pode ter seu elenco de direitos tidos como fundamentais. Já a noção de direitos humanos é dotada de universalidade, atinge todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade ou domicílio. Os direitos humanos, nesse sentido, são objeto das declarações de direitos (como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948) e convenções internacionais³⁶.

34 “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 560). “Para empezar, no existe aún acuerdo acerca del sentido que hemos de dar a la expresión ‘derechos del hombre’” (ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1992. p. 17).

35 “A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 560)

36 Sobre a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais *vide*, dentre outros: LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Os direitos humanos na Constituição brasileira: os desafios da efetividade. In: MALUSCHKE, Gunther *et al.* (Org.). *Direitos humanos e violência: desafios da ciência e da prática*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004. p. 19-32; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 30-31; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; COMPARATO,

DOCTRINA

A expressão direitos humanos refere-se a direitos supranacionais, universais, com conotação daquilo que é pré-positivo, ou seja, daquilo que antecede o próprio Estado. Os direitos fundamentais, por seu turno, são a positivação dos direitos do homem nos diferentes ordenamentos jurídicos de cada Estado³⁷.

Nas palavras de Eduardo Cambi, os direitos humanos “constituem uma ordem jurídica superior, objetiva, capaz de servir de fundamento universal para todo o sistema jurídico”³⁸. Ao serem positivados nas Constituições de cada Estado, os direitos humanos passam a chamar-se direitos fundamentais, e possuem um sentido mais preciso e estrito, “(...) na medida em que descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente reconhecido e garantido pelo direito positivo”³⁹.

Através da história do homem e na evolução do próprio Direito em si, os direitos fundamentais estão essencialmente ligados à liberdade e à dignidade humana. Já os direitos do homem ou direitos humanos são os direitos inalienáveis e sagrados, tidos também como imprescritíveis, englobando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

A concepção desses direitos como fundamentais é produto da evolução da própria humanidade e do Estado, que se transformou de ente absoluto governado pelo monarca, sem respeito por direitos dos cidadãos, em um ente reconhecedor e garantidor de liberdades meramente formais (Estado Liberal)⁴⁰, posteriormente num ente intervencionista com intuito de prover direitos sociais (Estado Social) e contemporaneamente num Estado que traz no bojo de sua Constituição uma carga imensa de direitos, de conceitos indeterminados e valores (Estado Democrático de Direito).

Foram os exageros e arbítrios do absolutismo que geraram as revoltas sociais e a consciência de que havia de existir limites ao poder estatal e que

Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2015; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 39.

37 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 42.

38 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 39.

39 *Idem*, p. 39.

40 “Direitos fundamentais eram aí, essencialmente, as liberdades negativas que protegiam os cidadãos da época, ou seja, os proprietários autossuficientes, mais precisamente, que protegiam as suas esferas de autonomia e de liberdade pessoal (a vida, a liberdade, a propriedade), das interferências e invasões não programadas do Estado e da Administração.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 64)

tornaram possível não só o surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão como também do Estado Liberal⁴¹.

O reconhecimento dos direitos fundamentais, num primeiro momento, implica o reconhecimento de que há uma esfera de atividades ou liberdades do indivíduo nas quais o Estado não pode intrometer-se. Trata-se, portanto, de reconhecer limites ao poder estatal em prol do exercício das liberdades individuais. A primeira das liberdades reconhecida ao homem foi a liberdade religiosa. Nesse sentido, Carl Schmitt afirma “que la libertad de religión es el primero de todos los derechos fundamentales”⁴².

Explica Jorge Miranda que a conquista da liberdade religiosa merece especial destaque, porque as disputas religiosas ocorridas com a Reforma e a Contrarreforma abriram fissuras na unidade da Cristandade e geraram perseguições, guerras político-religiosas, violência, tudo isso “(...) num contexto de intolerância e absolutismo, acabariam por conduzir à regra de em cada Estado uma religião, a do Príncipe”⁴³. Porém, o fato de que cada Estado tinha uma religião, que era a do monarca, abriu a possibilidade de professar individualmente sua própria fé e a noção de que essa liberdade era insubstituível.

A garantia de liberdade de credo religioso foi a abertura para a conquista de outros tipos de liberdade. Dentre elas está a liberdade pré-estatal, ou seja, uma esfera de liberdade que supõe-se existir antes mesmo do próprio Estado e de sua organização, que é o núcleo dos direitos fundamentais: liberdade de opinião, igualdade de direitos, liberdade profissional, garantia de propriedade, liberdade de ação.⁴⁴ Foi Carl Schmitt quem tratou dessas esferas de liberdades, ao afirmar que

“(...) la esfera de libertad del individuo es limitada en principio, mientras que las facultades del Estado son limitadas en principio. El Estado antiguo no conocía derechos de libertad, porque parecía inconcebible una esfera privada con un derecho independiente frente a la comunidad política, y se consideraba absurdo, inmoral e indigno de un hombre libre

41 Jorge Miranda pondera que: “Sob este aspeto, o Estado absoluto – que, aliás, se pretende *legítimo*, e não *tirânico* – viria a ser um dos passos necessários para a prescrição de direitos fundamentais, universais ou gerais, em vez de situações especiais, privilégios ou imunidades. Além de criar condições jurídicas de igualdade, o Estado absoluto suscitaria objectivamente (ou, se se quiser, dialecticamente) condições de luta pela liberdade. Os seus exageros e arbítrios, a insuficiência das garantias individuais e a negação de direitos políticos dos súbditos tornar-se-iam cada vez menos admissíveis no século das luzes” (*Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. IV. p. 24).

42 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 165.

43 MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 24-25.

44 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie: studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. p. 148.

el pensamiento de una libertad del individuo independiente de la libertad política de su pueblo y Estado.⁷⁴⁵

Com a evolução da teoria dos direitos fundamentais reconheceu-se não só o direito do indivíduo de ter garantidas certas liberdades fora da interveniência do Estado como também o direito de exigir do próprio Estado determinadas prestações. Para Norberto Bobbio, não há nenhuma Constituição democrática que não pressuponha a existência de direitos individuais, ou seja, que não parta da ideia de que primeiro vem a liberdade dos cidadãos singularmente considerados, e só depois o poder do governo, que os cidadãos constituem e controlam através de suas liberdades⁴⁶.

A noção do que sejam direitos fundamentais, assim como do que seja o acesso à justiça, passa por toda uma apreciação de cunho histórico que tem como objeto a evolução do Estado e da sociedade até os dias de hoje.

Na percepção de Norberto Bobbio, o que foi considerado direito fundamental numa determinada era pode não sê-lo em outro tempo, e vice-versa, o que, para ele, demonstra que não há direitos fundamentais por natureza, já que o que pode parecer fundamental em uma época histórica ou em determinada civilização pode não sê-lo em outras épocas ou culturas⁴⁷.

É perceptível que a quantidade de direitos fundamentais tem aumentado através do tempo, o que reflete as exigências da sociedade em cada momento histórico. Para se ter um vislumbre disso basta pensar que a primeira dimensão de direitos fundamentais voltava-se para as liberdades em face do Estado na fase do Estado Liberal.

Não se admitia instrumento jurídico que viabilizasse o término do matrimônio, até que a evolução dos costumes exigiu a criação do divórcio. Até o início da segunda metade do século XX existia discriminação racial implementada pelo próprio governo nos Estados Unidos da América em escolas, igrejas, meios de transporte, bebedouros – todos segregados entre brancos e negros –, o que hoje é inadmissível. A luta pelos direitos civis dos negros nos Estados Unidos foi também uma exigência social veiculada por meio de lutas, muitas delas violentas.

Na atualidade, há preocupação com os direitos das minorias de gênero, como homossexuais, transexuais, e a discussão até mesmo sobre a necessidade

45 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996. p. 165.

46 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 120.

47 *Ibidem*, p. 18-19.

da existência de gêneros em si mesmos. A união civil entre pessoas do mesmo gênero já é uma realidade em diversos países do mundo, inclusive no Brasil.

Discordamos da posição teórica de que os direitos fundamentais são inerentes ao homem e que têm origem no jusnaturalismo. Entendemos que os direitos fundamentais são fruto da evolução histórica do próprio direito, e que são atributos conferidos pelo homem ao seu semelhante. É através da positivação que se constitui e dá vida a um conjunto de normas jurídicas no ordenamento⁴⁸. Nesse sentido, o entendimento de Norberto Bobbio:

“(...) as Constituições contemporâneas proclamam o direito à instrução como direito fundamental, mas ele não é visto no estado da natureza, nem se fez presente na primeira geração de direitos; as exigências da sociedade que se seguiram às doutrinas do direito natural e à proclamação das liberdades negativas é que realçaram a instrução como direito fundamental, a partir de uma sociedade mais evoluída. Direitos dessa natureza, isto é, decorrentes das exigências sociais, confirmam a socialidade, não a naturalidade dos direitos humanos, merecendo, além do reconhecimento pelo direito positivo, também a efetiva implementação que permita seu gozo, sob pena de tornarem-se meras obrigações morais ou políticas.”⁴⁹

Ana Maria D'Ávila Lopes também refuta a tese de que a origem dos direitos fundamentais e de seu fundamento de validade esteja no direito natural, ao explicar que

“(...) o termo *direitos*, na expressão *direitos naturais*, é um sem-sentido porque os direitos naturais só podem ser considerados direitos, no sentido técnico-jurídico, a partir do momento em que são reconhecidos ou formulados por uma norma jurídica do direito positivo; enquanto isso não acontece, estamos diante de valores, considerados necessários, importantes ou fundamentais, mas não são direitos. Desse modo, a expressão *direitos naturais* deve ser interpretada mais como o conjunto de exigências éticas ou princípios suprapositivos do Direito, efetivamente superiores a ele desde o ponto de vista ético, mas não no sentido jurídico.”⁵⁰ (destaques no original)

48 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 59.

49 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 76.

50 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 68.

DOCTRINA

Outro forte argumento apresentado pela mesma autora, e com o qual concordamos, é o de que a ideia de um direito natural imutável, universal e imprescritível se mostra contrária à própria evolução histórica dos direitos fundamentais. Como vimos, o catálogo de direitos fundamentais tem se avolumado com o passar do tempo, aperfeiçoando-se e mudando constantemente. Daí poder se afirmar que não existem direitos fundamentais por natureza, já que em cada época, civilização ou cultura pode haver diferentes direitos fundamentais⁵¹.

José Afonso da Silva diz que a própria historicidade dos direitos fundamentais “rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas”⁵².

Recordamos, ainda sobre a tese de existência de direitos naturais independentemente de seu reconhecimento pelo direito positivo, que isto significaria, na prática, a existência de direitos sem qualquer proteção conferida pelo Estado. Isso porque para seu efetivo exercício e defesa, tais direitos naturais precisariam de norma positiva para protegê-los e garantir sua eficácia.

Os direitos fundamentais são resultado de um processo histórico, e não de um único acontecimento. O estudo de sua evolução histórica, portanto, é importante para sua compreensão⁵³.

A noção de que deveria haver limites ao poder do Estado fez surgir a noção de “liberdade negativa” ou “liberdade como não interferência”. Na luta contra o absolutismo, surgiram algumas normas protetoras de direitos individuais, sementes dos direitos fundamentais. Assim, na Inglaterra do século XVII, surgiram o *Petition of Rights*, em 1628, o *Bill of Rights*, em 1689, e o *Habeas Corpus Act*, em 1679.

A Reforma Protestante foi importante movimento não só de cunho religioso, mas de reflexos também políticos e jurídicos. Foi com esse movimento que ficou clara a intenção de ver reduzidos o poder e a interferência do Estado para garantir, inicialmente, a liberdade religiosa. Mais tarde, veio a burguesia lutar contra o absolutismo, houve o desenvolvimento da ciência e a descoberta

51 *Ibidem*, p. 69.

52 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 181.

53 “Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpenetração mútua, com a conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática. Os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos, tal como estes não podem deixar de ser entendidos em conjugação com os anteriormente consagrados: algumas liberdades e o direito de propriedade não possuem hoje o mesmo alcance que possuíam no século XIX, e os direitos sociais adquirem um sentido diverso consoante os outros direitos garantidos pelas Constituições.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. IV. p. 30)

de que o poder do Estado não se baseava na vontade de Deus. Criou-se a teoria do contrato social para justificar o poder do Estado⁵⁴.

Constata-se que o surgimento dos diversos tipos de Estado confunde-se com o nascimento e evolução dos direitos fundamentais. Foi no século XVIII, com a vitória da revolução liberal na França e a independência dos Estados Unidos, que apareceram os primeiros documentos proclamadores dos direitos do homem (direitos humanos). Os documentos mais importantes deste período são a “Declaração do Bom Povo da Virgínia” (*Virginia Bill of Rights* – 1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Tais declarações, entretanto, carecem de eficácia jurídica e servem apenas como parâmetros norteadores da interpretação de normas jurídicas eventualmente existentes. São, portanto, equivalentes aos princípios gerais do direito. Por tal motivo (falta de eficácia jurídica), surgiu a necessidade de positivação dos enunciados contidos nas declarações de direitos, como forma de garantir sua proteção e efetividade.

Na era moderna, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) foi muito importante para a história dos direitos fundamentais, não se limitando a trazer somente direitos individuais, mas também se preocupando com os direitos sociais, ou seja, além dos clássicos direitos à liberdade, à vida, à liberdade religiosa e aos direitos políticos, tratou também de direitos culturais, sociais e econômicos como sendo indispensáveis à dignidade do homem.

Ainda quanto à evolução histórica, para Norberto Bobbio⁵⁵, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade (tendentes a limitar o poder do Estado e reservar para o indivíduo uma esfera de liberdade em relação ao próprio Estado). Num segundo momento, o foco ocorreu em relação aos direitos políticos, com a concepção não só da liberdade negativa (que seria o direito do indivíduo de não sofrer a intervenção estatal em sua vida), mas também a “liberdade ativa”, ou seja, o direito de exigir do Estado prestações positivas, ações, e não abstenção. E, finalmente, num terceiro momento, foram proclamados os direitos sociais, que

54 “Sob a influência dos humanistas e da Reforma, a fé e a religião passaram a não ser mais um limite ao poder e aos direitos do homem. No âmbito político, as estruturas plurais do poder medieval foram substituídas pelo Estado como forma de poder racional, centralizado e burocrático, que não reconhecia poder superior e que pretendia o monopólio do uso legítimo da força. A soberania, como conceito identificador desse poder, tinha como função a produção do Direito, que se tornou *instrumentum regni* para acabar com os poderes medievais.” (LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 52)

55 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32-33.

expressam o amadurecimento de novas exigências, como bem-estar e igualdade não apenas formal, que podem ser chamados de liberdade por meio do Estado.

Os conflitos de classe ao longo do século XIX traduziram as exigências de uma camada da população para a qual havia insuficiência de direitos individuais. Essas reivindicações ajudaram a construir uma mudança na atividade do Estado, que paulatinamente abandonou sua postura abstencionista e passou a desenvolver uma postura mais ativa no sentido de respeitar e implementar direitos fundamentais sociais⁵⁶.

2.1 – Classificação dos direitos fundamentais

Os direitos tidos como fundamentais podem ter duplo sentido jurídico: de um lado, são essenciais aos homens em sua vivência com os outros. As relações de uns com os outros homens e com o próprio Estado fundam-se neles, em seu respeito e acatamento; de outro lado, são eles que conferem os fundamentos da organização estatal, dando as bases sobre as quais as ações da entidade estatal se desenvolvem, em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos).

A doutrina constitucional majoritária faz a divisão ou classificação dos direitos fundamentais por intermédio de gerações ou dimensões. Assim, existiriam três dimensões de direitos fundamentais. A primeira dimensão trata dos direitos de liberdade; a segunda, dos direitos de igualdade (na qual se incluem os direitos sociais); a terceira, dos direitos de fraternidade.

Acerca da nomenclatura “gerações” e “dimensões” de direitos fundamentais, o posicionamento doutrinário dominante é de que seja desnecessária a divisão dos direitos fundamentais em famílias, gerações, naipes ou dimensões. O entendimento vigorante é o de que está superada a noção de “gerações” de direitos fundamentais, por ter tal noção criado equívocos conceituais em torno das características dos direitos fundamentais, a exemplo da falsa noção de ordem cronológica e superação dos direitos nas dimensões precedentes⁵⁷.

56 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 83.

57 “A ideia de *generatividade geracional* também não é totalmente correcta: os direitos são de todas as gerações. (...) preferem hoje os autores falar de três dimensões de direitos do homem (E. Riedel) e não de ‘três gerações’” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 386-387). “(...) o termo *geração*, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado Social de Direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*.

Podemos citar algumas características comuns aos direitos fundamentais, como, por exemplo: os direitos fundamentais são universais e absolutos, inalienáveis, indisponíveis e de aplicabilidade imediata.

Inicialmente concebidos como direitos da liberdade, os direitos fundamentais de primeira dimensão tinham como titular o indivíduo e eram oponíveis ao Estado. Sua característica mais marcante era a subjetividade; eles valorizavam a pessoa humana individualmente considerada. A preocupação, pois, era resguardar a liberdade do cidadão diante do poder do Estado Absoluto.

São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, que deve abster-se da intromissão na vida dos particulares. O que se quer do Estado, nesse primeiro momento histórico, é que seu poder seja limitado e que ele deixe de intervir na vida da sociedade civil. Tais direitos são hoje denominados de direitos de primeira dimensão. Podemos citar, como exemplo dessa dimensão de direitos, o direito à vida, à propriedade, à liberdade religiosa e de pensamento, à igualdade, dentre outros direitos contemplados nessa geração⁵⁸.

Os direitos de primeira dimensão são compatíveis com o Estado Liberal no sentido de serem frutos das concepções desse Estado, cujo ordenamento jurídico era centrado no indivíduo (e não na coletividade), nas questões patrimoniais (e não nas questões sociais), vigiam as grandes codificações que eram

5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. IV. p. 30). “A doutrina moderna dá ênfase em afirmar que qualquer Direito Fundamental constitucional – seja ele direito civil e político ou econômico, social e cultural – contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações *positivas e negativas* para o Estado. Nessa visão, a tradicional diferenciação entre os direitos ‘da primeira’ e os ‘da segunda geração’ (ou ‘dimensão’) é meramente gradual, mas não substancial, visto que muitos dos Direitos Fundamentais tradicionais foram reinterpretados como sociais, perdendo sentido as distinções rígidas” (KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 47-48; ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 117). “(...) é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 49). No mesmo sentido, CONI Jr., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direitos fundamentais e a era digital. *Revista LTr*, São Paulo, v. 82, n. 1, p. 47-59, jan. 2018.

58 “Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos (...) Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563-564)

DOCTRINA

tidas como as únicas fontes do direito e sua interpretação deveria ater-se aos estritos limites da lei como pregava a escola da exegese.

Com a Revolução Industrial surgiram novas tecnologias, houve o aumento da produção e a necessidade cada vez maior de mão de obra. Isso gerou a conseqüente saída do homem do campo para a cidade. O homem passou a ter conhecimento de novas formas de tecnologia e a ter participação assegurada em outros espaços sociais. Passou a ver e a desejar um maior bem-estar material, melhores condições de vida e de trabalho. Em reforço, surgiu o Estado Social que, intervindo no domínio econômico, buscava o pleno emprego, o desenvolvimento e melhor distribuição de renda.

Nesse quadro se dá o surgimento dos direitos de segunda dimensão. O sentimento existente era de que a declaração de direitos fundamentais era necessária, embora não suficiente, e de que o próprio elenco daqueles que se haviam declarado ampliava-se nas novas conquistas sociais. Isso conduziu a outros movimentos, que levaram a novas necessidades e formulações jurídicas: surgiram os direitos sociais, culturais e econômicos, havidos como os de “segunda dimensão”, a se acrescerem e mesmo a redimensionarem o sentido daqueles que compunham os de “primeira dimensão”.

Os direitos de segunda dimensão não substituem os da primeira dimensão, mas somam-se a estes. A preocupação e característica dessa nova dimensão de direitos não era limitar o poder estatal, mas fazer com que o Estado tomasse iniciativa em relação à efetivação de tais direitos. Enquanto na primeira dimensão há necessidade do absentismo estatal (ou mesmo um comportamento negativo, no sentido de não tomar iniciativas), na segunda dimensão de direitos fundamentais exigem-se ações, prestações ou participações positivas do Estado.

São exemplos de direitos de segunda dimensão os direitos sociais, culturais, econômicos, bem como os direitos coletivos. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença e à velhice.

Num primeiro momento da evolução das dimensões dos direitos fundamentais, havia a presença de um Estado Absenteísta. Num segundo momento, passa-se a presenciar a figura de um Estado em que predominam as prestações positivas em favor da sociedade.

Essa segunda dimensão de direitos fundamentais está vinculada aos Direitos Sociais, que exigiam uma isonomia material, ou seja, uma igualdade econômica entre os cidadãos. Relacionam-se aos direitos de educação, de saúde, de trabalho, de assistência social, isto é, direitos culturais, sociais e

econômicos. Esses direitos nasceram atrelados ao princípio da igualdade, em reação ao Estado Liberal.

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, igualmente protegidos constitucionalmente, são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade. Referem-se mais precisamente aos direitos difusos e coletivos, e não simplesmente aos direitos do homem-cidadão, e coincidem com o aparecimento do Estado Democrático de Direito. Esses direitos emergiram de temas relacionados ao direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, podendo ainda surgir outros direitos em virtude do caráter universalista dos direitos fundamentais.

A característica primordial dos direitos de terceira dimensão é de serem direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, mas que visam a todo o universo dos homens. Emergiram na evolução do conceito de direitos fundamentais nesta terceira dimensão uma subdivisão dos direitos de fraternidade, apresentando-se em uma forma englobadora e abrangente de atuação.

A Constituição da República de 1988 traz exemplo de direito fundamental de terceira dimensão ao estatuir no seu art. 225 que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...)” e determinar que tanto a coletividade quanto o Poder Público têm o dever de protegê-lo, inclusive para gerações futuras.

Paulo Bonavides defende a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que seria fruto de uma universalização de direitos fundamentais. Compõem essa geração de direitos, para o referido constitucionalista, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo⁵⁹.

Ao realizar um resumo da evolução dos direitos fundamentais, Jorge Miranda aponta como gerações de direitos fundamentais a dos direitos de

59 “Os direitos de quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *princípial, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico. Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação. (...) Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 572)

liberdade; dos direitos sociais; dos direitos ao ambiente, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática⁶⁰.

3 – Ondas renovatórias do acesso à justiça de Cappelletti e Garth

Impossível tratar do tema do acesso à justiça sem mencionar a obra considerada clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Por meio de um projeto interdisciplinar e intercontinental, já que havia países como o Japão e a Itália envolvidos, estes autores, dentre outros, viabilizaram, nos anos 1970, um projeto de pesquisa sobre os principais empecilhos ou dificuldades da população para ter acesso ao Poder Judiciário em diversos países. Os resultados alcançados foram publicados em vários tomos, e esta parte da pesquisa, que foi traduzida para a língua portuguesa, chama-se homonimamente “Acesso à justiça”⁶¹.

Tomando por caminho a identificação dos obstáculos ao acesso à justiça é que se procurou trabalhar as possíveis soluções e melhorias. A preocupação primeira de Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao abordar o tema do acesso à justiça se dá no plano da chegada do cidadão à justiça, ou seja, de como o cidadão conseguirá chegar até à “porta de entrada” do Poder Judiciário. Essa linguagem coloquial serve para ilustrar a temática clássica desses autores, centrada no problema de como tornar a justiça menos burocrática e mais facilmente alcançável pelos cidadãos.

Sob tal perspectiva, o desafio não é apenas atrair um determinado público para ingressar na justiça, mas tornar as pessoas ao mesmo tempo conscientes de seus direitos (no sentido de fazer com que as pessoas tomem conhecimento de que têm direitos e quais são eles, posto que o desconhecimento é um dos primeiros óbices ao acesso à justiça) e confiantes de que o modo efetivo e eficaz de proteger e exercitar seus direitos ocorre por meio do Poder Judiciário.

Essa visão representa uma ruptura com os padrões até então existentes nos estados liberais nos séculos dezoito e dezenove, nos quais imperava um individualismo exacerbado e entendia-se que o direito ao acesso à proteção judicial não necessitava de uma ação do Estado para sua proteção⁶². Trata-se da perspectiva estudada quando tratamos do acesso à justiça no Estado Liberal.

60 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. IV. p. 30.

61 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

62 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 9.

DOCTRINA

Para ter uma noção da revolução que este novo pensamento representou, basta imaginar que não existiam Estados como hoje conhecemos, regidos por princípios democráticos, governantes eleitos pelo povo. Portanto, os conflitos entre as pessoas eram resolvidos pelo uso da força bruta (autotutela), o que assegurava apenas que o mais forte era o vencedor da querela (concepção que passa longe da ideia de justiça). Foi como reação a esse pensamento então dominante que o direito de acesso à justiça surgiu como o “(...) desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum (...)”⁶³. Trata-se da busca pela efetividade, pois até então existia um acesso meramente formal à justiça⁶⁴.

O distanciamento do enfoque meramente formal do acesso à justiça dominante no Estado Liberal para um enfoque voltado para sua efetividade aumentou ao ponto do acesso à justiça ser reconhecido como direito humano: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁶⁵.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça passou a ser direito social fundamental e dada sua crescente importância tornou-se o “ponto central da moderna processualística”⁶⁶.

Há uma preocupação em alargar o espectro de alcance da justiça para fazer com que a população economicamente mais vulnerável pare de evitar ingressar no Poder Judiciário e sintam-se menos incomodada em fazê-lo. Nessa análise, percebe-se que há dificuldades de ordem prática, a exemplo dos altos custos do processo judicial (gastos com custas e taxas judiciais, com advogados e com pagamento de honorários advocatícios de sucumbência), da burocracia que envolve o ingresso em juízo (observância das formalidades processuais), da falta de informação das partes sobre seus direitos e sobre como acessar o Poder Judiciário, além de problemas pessoais das partes (desconfiança nos advogados, no Poder Judiciário, medo de litigar, etc.).

Para que haja efetividade perfeita no acesso à justiça, entende-se que deve haver “igualdade de armas” entre as partes de um dado processo. Dito por

63 *Ibidem*, p. 8.

64 “O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.” (*Ibidem*, p. 9)

65 *Ibidem*, p. 12.

66 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 13.

outras palavras, seria necessário que às partes de um processo fossem concedidas as mesmas condições e oportunidades para afirmar e reivindicar seus direitos.

Essa igualdade é reconhecidamente utópica, pois há obstáculos quase intransponíveis para que houvesse uma real igualdade entre as partes, a exemplo de sua formação intelectual. É mais fácil visualizar o suplantamento de diferenças econômicas entre as partes por meio da concessão de assessoramento jurídico gratuito a uma delas, o que se faz no Brasil por intermédio das defensorias públicas. Entretanto, as diferenças ocasionadas por características pessoais como formação intelectual não podem ser equalizadas.

Dentre os obstáculos ao efetivo acesso à justiça aponta a doutrina as custas judiciais, o tempo de duração dos processos, os recursos financeiros das partes, a aptidão da parte para reconhecer um direito. Portanto, a preocupação clássica, tradicional, é com o ingresso na justiça, o que se costuma chamar de “porta de entrada”.

Útil mencionar que durante a pesquisa sobre acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth sintetizaram os passos ou momentos pelo qual o movimento passou, chamando-o de “ondas” do acesso à justiça.

A primeira onda de acesso à justiça buscou ultrapassar o obstáculo dos custos financeiros do litígio ao assegurar assistência judiciária gratuita aos que não tinham condições de suportar os custos da demanda. Na segunda onda de acesso à justiça, o foco foi proporcionar a representação jurídica para defesa dos direitos difusos, o que teve como efeito que a proteção desses direitos poderia atingir uma quantidade maior de pessoas (coletividade). A terceira onda de acesso à justiça, chamada “enfoque de acesso à justiça”, tentou mudar, adequar e melhorar os procedimentos utilizados pelo Poder Judiciário, a exemplo da criação de tribunais de pequenas causas, simplificação da legislação, introdução dos meios alternativos de solução de conflitos, etc.

Atualmente, no sistema judiciário trabalhista brasileiro a assistência judiciária gratuita⁶⁷ é precária. Na seara laboral, a assistência judiciária gratuita

67 Sobre a distinção entre assistência judiciária gratuita e justiça gratuita: “Importante, igualmente, destacar que os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita e da Justiça Gratuita são institutos distintos, embora muitas vezes utilizados como sinônimos, inclusive pela legislação pátria. O primeiro diz respeito ao patrocínio gratuito da ação por advogado (no caso da Justiça do Trabalho, por advogado credenciado junto ao Sindicato da categoria profissional, nos termos da Lei nº 5.584/70), benefício diretamente vinculado ao quanto disposto pelo art. 5º, LXXIV, da Carta Magna, consistindo, assim, em verdadeiro *munus* público. Já o benefício da justiça gratuita, previsto na Lei nº 1.060/1950 (embora referida legislação fale em assistência judiciária gratuita) e, em termos de Justiça do Trabalho, constante expressamente no art. 790, § 3º, da CLT, vincula-se, de forma mais restrita, à isenção de custas e demais despesas processuais” (FREITAS, Raquel Hochmann de. *A Defensoria Pública no*

DOCTRINA

deveria ser prestada ao trabalhador por meio dos sindicatos, nos termos do art. 18 da Lei nº 5.584/70, mesmo que se trate de trabalhador não filiado ao sindicato (e que, portanto, não paga qualquer tipo de mensalidade).

Diferentemente do que ocorre no âmbito estadual, onde atua com relativo êxito a Defensoria Pública, no âmbito da Justiça do Trabalho não existe atuação da Defensoria Pública da União. A constatação é de que, em termos de acesso à justiça para defesa de direitos laborais, de partida, o trabalhador estará em desvantagem, seja porque só será assistido por sindicato, caso seja filiado a um, seja porque não existe atuação de órgão público (como, por exemplo, a Defensoria Pública da União) no patrocínio de ações judiciais em defesa de direitos fundamentais dos trabalhadores, sejam tais direitos individuais ou coletivos.

O inconveniente da falta de atuação da Defensoria Pública da União nas demandas judiciais trabalhistas não é admissível, já que a Constituição assegura que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV) e a Defensoria Pública está incumbida pela mesma Constituição de prestar assistência judiciária gratuita aos necessitados⁶⁸.

Trata-se, em nossa opinião, de uma inércia oportuna tanto para o órgão encarregado da prestação de assistência jurídica gratuita aos necessitados quanto para os advogados particulares, como se fosse uma espécie de reserva de mercado. A Defensoria Pública da União mantém-se estática e deixa de aumentar sua carga de atribuições e responsabilidades. Os advogados particulares têm no patrocínio de demandas perante a Justiça do Trabalho uma fatia de mercado que garante número razoável de clientes com chances de receber pagamento de

âmbito trabalhista como forma de efetivação dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao acesso à justiça. São Paulo: LTr, 2015. p. 58-59). Mauro Vasni Paroski leciona que a assistência judiciária envolve o patrocínio gratuito do processo judicial por advogado; já a justiça gratuita diz respeito ao não pagamento de despesas processuais e a assistência jurídica gratuita significa a prestação do serviço de aconselhamento e orientação jurídica, independentemente da existência de processo judicial. *Vide*: PAROSKI, Mauro Vasni. *Gratuidade e honorários de advogado na Justiça do Trabalho*: elementos teóricos e práticos para uma reflexão crítica da perspectiva do acesso à justiça. São Paulo: LTr, 2010. p. 44-46. Mauro Cappelletti e Bryant Garth frisam que “(...) a assistência jurídica significa mais do que a simples representação perante os tribunais. Ela implica auxílio para tornar as pessoas mais ativamente participantes das decisões básicas, tanto governamentais quanto particulares, que afetam suas vidas” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 143).

68 “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” (BRASIL. Constituição [1988]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado Federal, 1988)

DOCTRINA

honorários advocatícios contratuais em tempo mais curto que em outros ramos do Poder Judiciário nacional.

A Constituição de 1988 inseriu a Defensoria Pública no capítulo das funções essenciais à justiça. Posteriormente, a Lei Complementar nº 80/94 veio regulamentar e organizar seu funcionamento no perímetro da União, do Distrito Federal e dos Territórios, além de prescrever normas gerais para sua organização nos Estados.

A Lei Complementar nº 80/94 estabelece as funções institucionais da Defensoria Pública, dentre as quais estão a prestação de orientação jurídica e exercício da defesa dos necessitados em todos os graus; promoção de solução extrajudicial de litígios; promoção de ação civil pública quando seu resultado puder beneficiar grupo hipossuficiente; promoção da mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados.

Demais disso, o § 5º do art. 4º da Lei Complementar nº 80/94 dispõe literalmente que “A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública”⁶⁹.

Por conseguinte, o aparato da Defensoria Pública da União deveria funcionar na seara trabalhista somado à assistência judiciária gratuita prestada pelos sindicatos. Com isso, queremos dizer que eles não se excluem. A Defensoria Pública da União deveria ser o prestador “oficial” da assistência jurídica gratuita aos necessitados nas demandas judiciais trabalhistas dada a amplitude de suas atribuições constitucionais e sua existência em todo território nacional.

Compreendemos que essa atuação exigiria significativas mudanças na estrutura da Defensoria Pública da União, com aumento do número de defensores, de servidores e da própria estrutura física do órgão. Talvez o óbice mais desafiador a sanar seria a quantidade de audiências trabalhistas a atender, já que, em regra, em cada processo judicial (reclamação trabalhista no jargão da Consolidação das Leis do Trabalho) ocorre pelo menos uma audiência. Para solucionar essa questão, poderia haver pautas de audiências unificadas nas varas do trabalho, nas quais todos os processos patrocinados pela Defensoria Pública da União teriam audiências designadas em dias pré-determinados ou em horários seguidos.

69 BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 1994. Disponível em: <<https://goo.gl/n4y7Vs>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

Outra saída paliativa seria a celebração de convênios entre a Defensoria Pública da União e instituições de ensino superior para que os núcleos ou escritórios de prática jurídica realizassem o serviço de assistência jurídica gratuita aos trabalhadores sob a supervisão de professores e membros designados pela Defensoria Pública da União. Esta seria uma forma de fazer com que o serviço de assistência jurídica gratuita aos trabalhadores de fato existisse e funcionasse, além de proporcionar experiência prática aos estudantes dos cursos jurídicos.

Enfim, o que se percebe é que a Defensoria Pública da União poderia atuar tanto judicial quanto extrajudicialmente (por meio da promoção de campanhas de informação sobre a importância da conciliação, sobre direitos dos trabalhadores, sobre as formas de acesso à justiça, etc.) para solução dos conflitos trabalhistas, mas não o faz, o que prejudica diretamente o acesso à justiça pelos trabalhadores. Podemos também pensar a respeito do pagamento de honorários advocatícios de sucumbência na Justiça do Trabalho e o acesso à justiça. Antes do advento da Lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, cuja vigência deu-se a partir de 11.11.2017, doutrina e jurisprudência posicionavam-se de maneira pacífica no sentido de que, regra geral, não eram devidos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. Esse era o posicionamento adotado por duas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, ns. 219 e 329⁷⁰, e também pela Instrução Normativa

70 “Súmula 219 TST – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) – Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21/03/2016.

I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305 da SBDI-I).

II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.”

“Súmula 329 TST – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.” (BRASIL. Tri-

nº 27/05⁷¹, do mesmo Tribunal Superior do Trabalho, que no seu art. 5º dispõe: “Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência”.

Embora o inciso III da Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho apenas ratifique o disposto no art. 5º da Instrução Normativa nº 27/05 do mesmo órgão, a reforma trabalhista trazida pela Lei nº 13.467/2017 alterou a realidade até então vigente, posto que introduziu nova disciplina sobre honorários advocatícios regida pelo art. 791-A na Consolidação das Leis do Trabalho⁷².

A nova disciplina atinente aos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho contraria as tentativas da primeira onda de acesso à justiça, que sustentam a necessidade de criação de mecanismos que diminuam ou mesmo eliminem o custo financeiro do processo. Ao revés, o art. 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, transforma em regra o que era exceção (pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais) e ainda determina que os honorários advocatícios sejam “(...) fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor

bunal Superior do Trabalho. Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. *Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos [recurso eletrônico]*. Brasília: Coordenação de Serviços Gráficos – CSG/SEG/TJDFT, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/DYaFj4>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

71 BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<https://goo.gl/mKZuGC>> Acesso em: 15 dez. 2017.

72 “Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I – o grau de zelo do profissional;

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa;

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.” (BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º maio 1943. Disponível em: <<https://goo.gl/ihmWLS>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”.

Parece-nos que a nova disciplina legal sobre honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, criada pelo art. 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho, contribuirá para inibir ou diminuir o acesso à justiça neste ramo especializado. Isso porque os riscos econômicos da demanda, outrora limitados a eventual condenação em pagamento de custas e litigância de má-fé, hoje são muito maiores. Pode acontecer inclusive do valor devido a título de honorários advocatícios de sucumbência superar o valor de créditos porventura devidos ao trabalhador e reconhecidos por sentença nas hipóteses de sucumbência recíproca⁷³.

Percebe-se que o acesso à justiça é um conceito bem maior que a mera possibilidade de ingressar em juízo. Significa a aptidão para movimentar a máquina judiciária na defesa de seus direitos, mas também o direito a um processo justo, com todas as garantias constitucionais, com duração de tempo razoável⁷⁴.

Nesse sentido, o ensinamento de Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo de Avelar Lamy: “O acesso à Justiça não se esgota no acesso ao Judiciário. É necessário, portanto, ter o cuidado de não reduzi-lo à criação de mecanismos processuais, e seus problemas, aos existentes nesse âmbito. O acesso à Justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece”⁷⁵.

Insta frisar que o presente estudo tem como preocupação principal a “porta de saída” da justiça. Não basta estudar, planejar e preocupar-se com a melhoria das formas de ingresso na justiça, pois o que as partes realmente desejam é que sua passagem pelo sistema judiciário (no sentido de Poder Judiciário) seja breve e que tenha uma solução satisfatória.

73 Idêntica conclusão aponta ALMEIDA, Cléber Lúcio de. A reforma trabalhista e o acesso à justiça. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISI, Marco Aurélio; FONTES, Saulo T. de Carvalho (Org.). *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017.

74 “Se, em um primeiro momento, sua concepção parece estar imbricada no direito de acesso aos tribunais – chegando mesmo a ser confundido com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB) –, uma análise mais detida demonstra um indesejável reducionismo, já que em torno desse suposto núcleo único gravitam questões outras como o direito à informação, à correta adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país, ao acesso a instrumentos jurídicos que permitam a concretização de uma posição jurídica de vantagem, enfim, o direito de acesso a toda uma ordem jurídica justa.” (GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. *O direito fundamental de acesso à justiça*. São Paulo: LTr, 2015. p. 12)

75 RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 103.

Portanto, mais interessados que ingressar na justiça, os cidadãos estão interessados na “porta de saída” – o que se reflete no desejo de resolver de forma rápida e eficaz o litígio posto em exame no processo judicial. Trata-se da vontade, da esperança, de que o processo tenha um fim. Essa é uma das preocupações do presente estudo: analisar formas que possibilitem a melhoria da tutela dos direitos dos trabalhadores por intermédio do processo judicial em meio eletrônico, focando não as formas de ingresso na justiça, as ações judiciais possíveis, mas sim formas de melhorar ou acelerar o resultado final do processo para possibilitar que o cidadão consiga “sair” da justiça.

Assim, nossa preocupação terá como principal enfoque meios para a solução do conflito trabalhista com mais eficiência e celeridade.

4 – Acesso à justiça na Constituição da República de 1988

O ponto de partida para analisar qualquer instituto jurídico é a Constituição, dada sua posição de supremacia hierárquica ante as demais normas do ordenamento jurídico e sua influência na sistematização e interpretação desse ordenamento⁷⁶. Não é diferente com a jurisdição e o acesso à justiça, que devem ser estudados a partir do prisma constitucional para que se possa compreender sua importância. A Constituição ocupa o lugar principal do sistema jurídico. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso, “(...) toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição”⁷⁷.

Ao contrário das Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934 e 1937, que não trouxeram qualquer disposição sobre o acesso à justiça, a Constituição de 1946 tratou da proteção jurisdicional no § 4º do art. 141, ao afirmar que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Tal dispositivo foi repetido na Constituição de 1967 (art. 150, § 4º) e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 153, § 4º)⁷⁸.

76 Wilson Alves de Souza ressalta a importância da Constituição como parâmetro mais relevante para estudo de um instituto jurídico: “Desde el punto de vista jerárquico, está fuera de duda que el estatuto normativo más relevante es la constitución, impregnada de garantías, principios (explícitos o implícitos) y reglas, a partir, en lo que se refiere al Derecho Procesal, del debido proceso, del acceso a la justicia y de una serie de derechos fundamentales, y reglas ordinarias de derecho procesal (...)” (*Los límites subjetivos internos de la jurisdicción: caracterización de la sentencia dictada por un órgano jurisdiccional sin atribución constitucional*. Salvador: Dois de Julho, 2016. p. 99).

77 BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público – novas reflexões. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 13, n. 148, p. 9-14, jun. 2013.

78 MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 358.

Na Constituição brasileira de 1988 a palavra “jurisdição” é mencionada 24 (vinte e quatro) vezes e com diversos sentidos. Já a palavra “jurisdicional” aparece 9 (nove) vezes e a palavra “judiciário” é transcrita 32 (trinta e duas) vezes, seja com o sentido de Poder Judiciário, seja no sentido de órgão judiciário ou serviço judiciário. A palavra “justiça”, no sentido daquilo que é justo, apareceu apenas no preâmbulo do texto constitucional – nas demais vezes em que é citada é no sentido de órgão do Poder Judiciário (Tribunal de Justiça, Justiça Eleitoral, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça) ou no sentido de processo sigiloso (“segredo de justiça”⁷⁹).

O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 fixa a justiça como valor supremo, enquanto o inciso I do art. 3º da Constituição estabelece que construir uma sociedade justa é, dentre outros, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

A palavra jurisdição está espalhada em diversos trechos do texto constitucional com o sentido de limite espacial ou territorial no qual os poderes jurisdicionais podem ser exercidos.

No Brasil, o fenômeno da constitucionalização de direitos torna-se particularmente significativo com a promulgação da Constituição da República de 1988. O catálogo de direitos nela inscritos é grandioso, assim como o projeto de sociedade nela pensado.

Diferentemente da Constituição portuguesa de 1976, que traz em seu artigo 20.⁸⁰ previsão explícita acerca do acesso à justiça, a Constituição da República de 1988 não traz previsão expressa, mas o faz apenas indiretamente

79 Constituição de 1988: “Art. 14. (...) § 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé” (BRASIL. Constituição [1988]. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado Federal, 1988).

80 “Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.” (PORTUGAL. Constituição [1976]. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, 1976. Disponível em: <<https://goo.gl/5n9Htv>> Acesso em: 20 dez. 2017)

no inciso XXXV do art. 5º. A expressão “acesso à justiça” foi cunhada pela doutrina, mas não faz parte do texto constitucional de 1988⁸¹.

Entretanto, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e erige essa determinação a patamar normativo mais significativo ao incluir esse ditame no Título II “Dos direitos e garantias fundamentais” que faz parte do Capítulo I “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”⁸².

Fazem também parte do rol dos direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º da Constituição da República de 1988, dentre outros, o direito de ser processado e sentenciado somente por autoridade competente (inciso LIII), de não ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV), da garantia do contraditório e da ampla defesa aos litigantes em processo judicial ou administrativo (inciso LV), a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI).

A doutrina trata a disposição do inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988 como a garantia dos cidadãos de buscar a atuação do Poder Judiciário na proteção de seus bens e direitos, o que se convencionou chamar de princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário ou do “acesso à justiça” no sentido de acesso ao Poder Judiciário⁸³. Modernamente, o acesso à justiça é mais que isso.

Portanto, a Constituição elevou a apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário ao inserir tal dispositivo no texto dos direitos e garantias fundamentais. Releva também estudar o conceito de direitos fundamentais,

81 “Mas, ainda que não exista previsão única expressa do ‘direito de acesso à justiça’ (nestes termos ou naqueles correlatos que traduzam a amplitude do direito para além do direito de acesso aos tribunais), é possível se inferir, da correlação entre os direitos autônomos expressa ou implicitamente salvaguardados, a referida garantia em sua maior extensão.” (GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. *O direito fundamental de acesso à justiça*. São Paulo: LTr, 2015. p. 30)

82 Para os fins deste trabalho, os direitos fundamentais serão estudados nos termos delimitados por J. J. Gomes Canotilho: “Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação é a constituição. A *positivação* de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechts-normen*)” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377). No mesmo sentido: ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1992. p. 20.

83 J. J. Gomes Canotilho trata o tema como garantia de acesso aos tribunais, nos termos do artigo 20.º da Constituição portuguesa. Vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 491.

visto que dentre os objetivos desta pesquisa está a melhoria da tutela e da efetividade dos direitos dos trabalhadores, que foram enquadrados como direitos fundamentais pelo art. 7º da Constituição de 1988, o que foi feito nesta pesquisa.

Concordamos com José Roberto Nalini, para quem “O acesso à justiça deixou de ser tema teórico para encontrar reflexo no texto constitucional e para representar um contínuo esforço de todo o operador jurídico brasileiro, no sentido de alargar a porta da justiça a todos, principalmente os excluídos”⁸⁴.

Iniciaremos a abordagem do acesso à justiça na Constituição da República de 1988 pela análise da natureza jurídica do instituto.

4.1 – Direitos e garantias fundamentais: distinções

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, nos moldes em que denominado o Título II da Constituição de 1988, consiste em saber o que são direitos fundamentais e se há diferença entre estes e as chamadas garantias fundamentais.

Uma das distinções que se pode fazer ao tratar de direitos fundamentais baseia-se no fato de que estão inscritos em instrumentos normativos chamados constituições, que são considerados do ponto de vista hierárquico como os mais altos ou de maior hierarquia em relação aos demais.

J. J. Gomes Canotilho realça essa característica dos direitos fundamentais como aqueles que fazem parte das constituições dos Estados, ao lembrar que na França não há direitos fundamentais, e sim liberdades públicas, e na Alemanha se fala em direitos subjetivos públicos e não em direitos fundamentais. Diz expressamente o autor que “(...) os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas”⁸⁵.

Enquanto direitos fundamentais podem ser classificados como aqueles positivados no seio da Constituição com características próprias, as garantias fundamentais são entendidas como os instrumentos existentes para viabilizar a consecução ou mesmo a proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, as ações intentadas por meio de processos judiciais são exemplos de garantias fundamentais, posto que, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988, os particulares podem aceder ao Poder Judiciário para proteção

84 NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 19.

85 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

de lesão ou ameaça a direito. Ao tratar da distinção entre direitos e garantias fundamentais, J. J. Gomes Canotilho explica:

“Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *carácter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*).”⁸⁶

A distinção entre direitos e garantias fundamentais apresentada por Jorge Miranda é a seguinte:

“Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar condições para a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respetivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexó que possuem com os direitos; na aceção juracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.”⁸⁷ (grifos do autor)

Para Robert Alexy, garantias tanto são “o direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer o reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade”⁸⁸.

Podemos sintetizar ao afirmar que os direitos fundamentais correspondem a direitos materiais (o bem da vida que se quer proteger, a exemplo da vida, da liberdade) e que as garantias fundamentais seriam os instrumentos colocados à disposição das pessoas para assegurar a fruição dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco: “As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito ao direito que instrumentalizam”⁸⁹. Assim, o direito de acesso

86 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396.

87 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. IV. p. 130.

88 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 311.

89 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 158.

à justiça pode ser visto como garantia fundamental, nos termos da Constituição da República de 1988.

Porém, do ponto de vista prático, a natureza jurídica do acesso à justiça é dúplice: tanto pode ser tida como direito quanto garantia fundamental. A ordem jurídica de diversos países ocidentais adotou o acesso à justiça com natureza de garantia e princípio processual, além de direito fundamental⁹⁰. Nesse sentido, a afirmação de J. J. Florentino dos Santos Mendonça:

“Enquanto fundamento legitimador das ações institucionais idealizadas para proteger e concretizar os direitos, o direito de acesso à justiça revela-se como direito-garantia porque, além de viabilizar a atuação estatal com vista à efetividade de outros direitos, pode, ao mesmo tempo, ‘fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas’ e figurar como garantia de natureza processual que assegura a inafastabilidade do controle judiciário.”⁹¹

Concluimos que o direito de acesso à justiça tem natureza dúplice – tanto é direito fundamental quanto garantia – porque admitir que fosse enquadrado em uma única dessas categorias implicaria desnaturá-lo. Isso porque o acesso à justiça é o direito de garantir direitos. Por isso a afirmação de ser um direito-garantia⁹².

90 MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 16. Para Carlos Henrique Bezerra Leite, o acesso à justiça é tanto direito humano, porque previsto nas normas internacionais, a exemplo do artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 quanto direito fundamental, porque catalogado no elenco dos direitos e deveres individuais e coletivos constantes do Título II da Constituição da República de 1988 (*Curso de direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 59-60).

91 MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 129-130.

92 “Embora existam diferenças entre os sentidos juridicamente reconhecidos às palavras ‘direito’ e ‘garantia’, é certo que, mesmo e principalmente quanto aos direitos havidos como fundamentais para o indivíduo e para o cidadão, a garantia conforma um direito, veste-lhe a natureza, matiza-lhe a alma, sem deixar de constituir, em si mesma, uma faculdade. Os direitos fundamentais individuais, coletivos, políticos e sociais dos indivíduos e dos cidadãos não deixam de ser imposições afirmativas postas pelo direito constitucional positivo ao Estado. (...) A jurisdição, a petição aos poderes públicos ou as ações constitucionais, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança ou a ação popular, para citar apenas alguns, são direitos garantidos e garantidores, nos termos da Constituição brasileira, como ocorre também em outros países. (...) O fio que separa o direito da garantia é o elo que une o corpo e a alma de um instituto, o qual não se dissocia de qualquer dos dois e guarda em todos eles a sua mesma natureza. Por isso afirmo o direito à jurisdição como o direito constitucional cuja essência se marca pela natureza assecuratória: é, pois, direito-garantia, quero dizer, é direito instrumentalizador, a dar valência e prevalência a outro ou outros direitos agredidos no fluxo de sua aplicação.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord.]. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-51)

DOCTRINA

Não há como falar em acesso à justiça sem tratar da jurisdição. Afinal, a consequência mais básica do acesso à justiça é prestar a jurisdição. Ambos estão umbilicalmente conectados, visto que a jurisdição moderna deixou de ser o mero poder de dizer o direito (no sentido de simples declaração) para ser entendida como o poder de efetivar esse direito. Eis o motivo de nossa preocupação em tratar da jurisdição como meio de efetivar o acesso à justiça.

Por isso, para os fins deste estudo, interessa analisar o que significa a jurisdição nos dias atuais, como está organizada a jurisdição trabalhista e que transformações pode sofrer para melhorar e aumentar a efetividade da tutela dos direitos dos trabalhadores.

Se, por um lado, o acesso à justiça pode ser pensado como um direito-garantia fundamental do cidadão, há de se pensar que, por outro lado, constitui dever fundamental do Estado⁹³. Assim, como a todo direito corresponde um dever, cumpre ao Estado como dever fundamental viabilizar meios para assegurar a tutela jurisdicional justa, efetiva e célere por meio de procedimentos estabelecidos em lei.

5 – Considerações finais

O processo judicial em meio eletrônico constitui ferramenta tecnológica apta a ampliar o acesso à justiça em todos os ramos do Poder Judiciário. Em razão de suas características específicas, propicia maior alcance do princípio da publicidade em relação a todos os atores do processo, contribui para aumentar a celeridade na prática dos atos processuais, na difusão das decisões e sedimentação da jurisprudência.

O acesso à Justiça do Trabalho torna-se mais amplo e célere com a utilização do processo judicial em meio eletrônico porque a barreira das distâncias geográficas é diminuída ou encurtada pelo acesso a todas as informações processuais e prática de qualquer tipo de ato processual por intermédio do sistema informatizado.

A revolução tecnológica permite que os princípios constitucionais do processo sejam cada vez mais concretizados e efetivados, de modo a fazer com que o verdadeiro acesso à justiça esteja mais próximo da população.

93 Sobre dever fundamental ver: NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 529.

6 – Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público – novas reflexões. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 13, n. 148. p. 9-14, jun. 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CONI Jr., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direitos fundamentais e a era digital. *Revista LTr*, São Paulo, v. 82, n. 1, p. 47-59, jan. 2018.
- DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- FREITAS, Raquel Hochmann de. *A Defensoria Pública no âmbito trabalhista como forma de efetivação dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao acesso à justiça*. São Paulo: LTr, 2015.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. *O direito fundamental de acesso à justiça*. São Paulo: LTr, 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- MARCELLINO Jr., Júlio Cesar. *Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DOCTRINA

MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. IV.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

RANGEL, Paulo. *O Estado do Estado*. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia. Alfragide: Dom Quixote, 2009.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1992.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O juiz ativo e os direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011.

Recebido em: 27/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019

A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA E A EFETIVIDADE NORMATIVA DO DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO

THE LABOR JURISPRUDENCE AND THE EFFECTIVENESS OF THE ENVIRONMENTAL LABOR LAW

Fernando Maciel*

RESUMO: O Direito Ambiental do Trabalho é um sub-ramo jurídico cuja autonomia científica ainda se encontra em processo de amadurecimento e consolidação. A começar pela controvérsia doutrinária e jurisprudencial que atualmente paira acerca da natureza jurídica das normas protetivas da saúde e segurança dos trabalhadores. Não obstante o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal apontar para a natureza trabalhista dessas normas, a jurisprudência trabalhista vem reconhecendo o caráter ambiental dessa proteção normativa, adotando como fundamento de suas decisões os princípios ambientais com incidência sobre a dimensão laboral, o que vem contribuindo para a efetividade normativa desse importante sub-ramo do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental do Trabalho. Princípios Constitucionais. Efetividade. Jurisprudência Trabalhista.

ABSTRACT: The Environmental Labor Law is a legal sub-branch whose scientific autonomy is still in process of maturing and consolidation, which starts with the doctrinal and jurisprudential controversy that currently hangs over the legal nature of the protective standards of workers' health and safety. Notwithstanding the current understanding of the Brazilian Federal Supreme Court points to the labor nature of these protective standards, the labor jurisprudence has been recognizing the environmental feature of these protective standards, adopting as basis for its decisions the environmental principles with incidence in the labor dimension, which has been contributing to the the normative effectiveness of this important sub-branch of Law.

KEYWORDS: Environmental Labor Law. Constitutional Principles. Effectiveness. Labor Jurisprudence.

Considerações iniciais

Por expressa determinação constitucional as condições de trabalho estão inseridas no conceito de meio ambiente, gênero que apresenta como uma de suas espécies o “meio ambiente do trabalho”. Considerando o para-

* Procurador federal em Brasília/DF; mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF); máster em Prevenção e Proteção de Riscos Laborais pela Universidade de Alcalá de Henares (Madrid); especialista em Direito de Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); autor do livro “Ações regressivas acidentárias”, pela Editora LTr, 3. ed., primeira obra monográfica no Brasil sobre a matéria.

digma constitucional vigente em nosso país (Estado Democrático de Direito), cujo núcleo axiológico se encontra materializado no princípio da dignidade da pessoa humana, uma análise sob a perspectiva do contexto laborativo nos impõe uma releitura hermenêutica que aponta para o valor “Trabalho Digno”, que, por sua vez, pressupõe, entre outros atributos, condições saudáveis e seguras de trabalho. Com efeito, o equilíbrio das condições labor-ambientais constitui um típico direito humano fundamental, cuja tutela do Estado se materializa por meio de normas de saúde e segurança do trabalho – SST, instituídas a fim de garantir a dignidade humana dos trabalhadores.

Porém, em que pese o caráter jusfundante dessas normas protetivas do equilíbrio labor-ambiental, a realidade com a qual nos deparamos hodiernamente, consubstanciada no alarmante número de acidentes e doenças ocupacionais registrados no Brasil (isso sem falar nos casos subnotificados e subconcedidos), parece evidenciar uma certa inefetividade e/ou, no mínimo, um relativo desprestígio desses preceitos normativos, notadamente no que se refere aos princípios jurídicos que norteiam o “Direito Ambiental do Trabalho”. Referido ramo do Direito é o responsável por garantir o equilíbrio do meio ambiente laboral, cuja autonomia científica ainda não se encontra plenamente reconhecida no cenário jurídico, porquanto ainda apresenta controvérsias nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial.

Objetivando fornecer subsídios para a mitigação e, oxalá, superação dessas controvérsias, assim contribuindo para o reconhecimento da autonomia científica do Direito Ambiental do Trabalho, o que defendemos ser um sub-ramo do Direito Ambiental, o presente artigo se destina a evidenciar a contribuição que vem sendo dada pela jurisprudência trabalhista em prol da efetividade normativa do Direito Ambiental do Trabalho.

1 – A controvérsia acerca da natureza jurídica das normas de SST

A proteção jurídica do meio ambiente do trabalho é o resultado de uma abordagem interdisciplinar que, necessariamente, deve abranger elementos do Direito Constitucional, Ambiental, do Trabalho, Sanitário, da Seguridade Social, etc.¹, bem como uma necessária interface multidisciplinar com outros

1 Acerca desse particular Guilherme José Purvin de Figueiredo leciona que não obstante a doutrina jus-laboralista seja assente ao enquadrar o estudo das normas relativas à Segurança e Saúde do Trabalho no campo do Direito do Trabalho, certo é que estas mesmas normas também são objeto de estudo do Direito Ambiental, do Direito Sanitário, do Direito da Seguridade Social e, numa perspectiva mais ampla, da Teoria Geral dos Direitos Humanos (*Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 38).

ramos da ciência, como, por exemplo, a Sociologia, a Medicina (Higiene do trabalho, Saúde Pública, Ergonomia, Psicologia, etc.), Engenharia, entre outras².

Partindo-se da pluralidade de fontes que constitui uma das marcas características do Direito Ambiental do Trabalho, eis aqui o primeiro desafio com o qual nos deparamos ao desenvolver o presente artigo, que pode ser sintetizado como um verdadeiro “teste de paternidade” a que pretendemos submeter o Direito Ambiental do Trabalho, tarefa a ser desenvolvida a partir da análise do “DNA” das normas protetivas do meio ambiente do trabalho e, notadamente, da saúde dos trabalhadores.

1.1 – Entendimento prevalecente: natureza trabalhista

Iniciemos a análise a partir do entendimento que, segundo pensamos, fruto da ausência de uma maior reflexão crítica acerca da matéria, parece prevalecer em solo nacional, principalmente no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, que aponta para a natureza trabalhista das normas de saúde e segurança do trabalho – SST. Em reforço a essa consideração, Thaísa Camargo e Sandro Nahmias³ ponderam que, não obstante o significativo número de obras doutrinárias que vem sendo produzidas no Brasil acerca da temática labor-ambiental, em sua grande maioria não há o enfrentamento crítico dessa questão relativa à natureza jurídica das normas que tutelam o meio ambiente do trabalho, sendo muitas vezes repetido o argumento que limita o tratamento da matéria como um subtema do Direito do Trabalho⁴.

Conforme adiantamos acima, nas oportunidades em que foi instado a se manifestar acerca da matéria, o STF exarou precedentes jurisprudenciais reconhecendo a natureza trabalhista das normas de SST, o que podemos evidenciar a partir da decisão proferida no ano de 1999, na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn 1.862, interposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI em face de dispositivos da Lei nº 2.586/96 do Estado do Rio de Janeiro. Referida norma estadual havia estabelecido precei-

2 Ao discorrer sobre a multidisciplinidade do Direito Ambiental, Édís Milaréc leciona que: “Isso quer dizer que lhe cabe congrega conhecimentos de uma série de outras disciplinas e ciências, jurídicas ou não” (*Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 282).

3 CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de; MELO, Sandro Nahmias. *Princípios de direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013. p. 17.

4 A título exemplificativo podemos fazer referência à doutrina de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, que ao introduzir uma de suas obras versando sobre a temática labor-ambiental, evidenciou o seu entendimento acerca da natureza trabalhista das normas protetivas da saúde e segurança dos trabalhadores, conforme extraímos do seguinte trecho: “O presente livro tem como objetivo o estudo harmônico e sistemático de temas do *Direito do Trabalho*, pertinentes, mais especificamente, à *segurança e medicina do trabalho*, como segmento da ciência vinculado ao mencionado ramo do Direito (...)” (*Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*. São Paulo: Método, 2006. p. 17).

tos de prevenção relativos às atividades que pudessem desencadear lesões por esforços repetitivos, bem como regulou a jornada e intervalos de trabalho. Ao apreciar a medida cautelar, sob o argumento de que o Estado do Rio de Janeiro teria invadido a competência exclusiva da União para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, I, da CF/88), o Tribunal Pleno deferiu o pedido em parte, determinando a suspensão, sem redução de texto, dos referidos preceitos legais, conforme ementa que segue:

“MEDIDA CAUTELAR EMAÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.586/96 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO QUE ESTABELECE NORMAS DE PREVENÇÃO RELATIVAS ÀS ATIVIDADES QUE POSSAM DESENCADear LESÕES POR ESFORÇOS REPETITIVOS. ALÍNEA B DO INCISO III DO ART. 3º DA LEI Nº 2.586/96 QUE REGULA JORNADA E INTERVALOS DE TRABALHO. VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO TRABALHO (ART. 22, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). Cautelar deferida para suspender, sem redução de texto, quanto aos empregados celetistas, a alínea b do inciso III do art. 3º da Lei nº 2.586, de 3 de julho de 1996.”⁵

Outro precedente digno de referência consiste na ADIn 1.893-9, também interposta pela CNI, agora contra a Lei Estadual do Rio de Janeiro de nº 2.702/97, que teve como objetivo regulamentar os arts. 284 e 290, X, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, estabelecendo a política estadual de qualidade ambiental ocupacional e de proteção da saúde do trabalhador. Referida norma, além de atribuir aos órgãos estaduais a formulação da política labor-ambiental, também lhes outorgou competência material para a implementação e a fiscalização (art. 4º⁶) do cumprimento das respectivas normas, inclusive tipificando o seu descumprimento como infração administrativa punível com advertência, multa pecuniária e interdição (art. 8º, parágrafo único, I, II e III⁷).

5 Conforme informações extraídas do sítio eletrônico do STF, o mérito do processo ainda se encontraria pendente de julgamento, estando conclusos ao atual Relator, Ministra Rosa Weber, desde a data de 07.11.2014 (Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1720540>>. Acesso em: 8 jan. 2019).

6 “Art. 4º Os órgãos estaduais encarregados da formulação e da implementação das políticas de meio ambiente e de saúde pública serão os encarregados pela elaboração e estabelecimento de padrões de qualidade ambiental ocupacional, podendo valer-se, para tanto, da ajuda de quaisquer entidades científicas idônea, públicas ou privadas para a realização dos estudos e levantamentos que se fizerem necessários, devendo, ainda, agir de forma coordenada visando alcançar os objetivos previstos nessa Lei.”

7 “Art. 8º O descumprimento desta Lei constituirá infração administrativa e será apurada pelos órgãos competentes através de processo administrativo, com direito a defesa e devido procedimento legal. Parágrafo único. Os infratores desta Lei serão responsabilizados com as seguintes penalidades administrativas: I – Advertência; II – Multas de 10 a 10.000 UFERJs; III – Interdição.”

DOCTRINA

Ocorre que, na sessão plenária de 12 de maio de 2004, sob o argumento de que a Lei Estadual nº 2.702/97 teria ofendido a competência privativa da União para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho (art. 21, XXIV) e para legislar privativamente sobre Direito do Trabalho (art. 22, I), o STF julgou procedente a ADIn interposta pela CNI, proferindo a seguinte decisão: “o Tribunal, por decisão unânime, julgou procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 2.702, de 25 de março de 1997, do Estado do Rio de Janeiro”. Eis a ementa do julgado:

“SEGURANÇA E HIGIENE DO TRABALHO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. Ao primeiro exame, cumpre à União legislar sobre parâmetros alusivos à prestação de serviços – arts. 21, inciso XXIV, e 22, inciso I, da Constituição Federal. O gênero ‘meio ambiente’, em relação ao qual é viável a competência em concurso da União, dos Estados e do Distrito Federal, a teor do disposto no art. 24, inciso VI, da Constituição Federal, não abrange o ambiente de trabalho, muito menos a ponto de chegar-se à fiscalização do local por autoridade estadual, com imposição de multa. Suspensão da eficácia da Lei nº 2.702, de 1997, do Estado do Rio de Janeiro.”

No ano de 2009, o STF novamente manifestou o seu entendimento de que as normas de SST possuiriam natureza jurídica trabalhista, o que fez ao julgar o Recurso Extraordinário 390.622/PR, interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná contra a decisão do Tribunal de Justiça local que, com fundamento nos arts. 21, XXIV, e 22, I, ambos da CF/88, considerou abusivo e ilegal o ato praticado por representante de órgão estadual que havia interditado obras que já se encontravam sob a fiscalização administrativa no âmbito federal. Dessa forma, o STF confirmou a decisão do juiz singular no sentido de que a autoridade estadual não teria competência para a prática de atos concernentes à fiscalização e cumprimento das normas de saúde, higiene e segurança. Segundo decidiu a Ministra Relatora em decisão monocrática, o acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná deveria ser mantido, pois estaria em consonância com a jurisprudência do STF ao reconhecer a inconstitucionalidade de normas locais que invadissem a competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho, inclusive organizar, manter e executar a inspeção do trabalho.

Também no ano de 2009, o Supremo julgou o Recurso Extraordinário 447.480/RS, cujo objeto consistiria na análise da (in)constitucionalidade da Lei Complementar Municipal de Porto Alegre nº 395/96 (Código Sanitário), na parte em que disciplinaria a matéria de fiscalização de ambientes de trabalho. Conforme entendeu a Suprema Corte, a Lei impugnada violou os arts. 21,

DOCTRINA

XXIV, e 22, I, da Carta Federal, pois os temas atinentes à segurança e à saúde do trabalhador estão insertos no conteúdo do Direito do Trabalho, somente podendo ser objeto de legislação estadual em caso de delegação de competência da União para os Estados por meio de lei complementar.

Dois anos mais tarde (2011), ao julgar o Agravo de Instrumento – AI nº 813.493/SP, pelo qual o Município de Santos/SP se insurgia contra a decisão do Tribunal do Estado de São Paulo – TJSP, que havia anulado a autuação aplicada por agentes municipais de saúde contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o que teria como fundamento a violação de regras relativas às condições de higiene e saúde no trabalho, a Suprema Corte não acolheu o agravo porque considerou que o acórdão do TJSP estaria em consonância com o entendimento da Corte, que reconhece a inconstitucionalidade de normas estaduais e municipais que invadam a competência privativa da União para legislar sobre política de proteção à saúde do trabalhador.

Em 2015, o STF voltou a apreciar a matéria e, novamente, ratificou o seu entendimento restritivo que reconhece a natureza trabalhista das normas de saúde e segurança do trabalho. Ao julgar a ADIn 2.609, interposta pela Confederação Nacional das Indústrias contra a Lei Estadual do Rio de Janeiro de nº 3.623/01, o Plenário do Supremo reconheceu a inconstitucionalidade formal dessa norma, que estabelece critérios para determinação de padrões de qualidade no ambiente de trabalho e versa sobre a proteção da saúde dos trabalhadores. Novamente prevaleceu o entendimento acerca da competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho e sua inspeção, consoante disposto nos arts. 21, XXIV, e 22, I, ambos da CF/88.

Eis aqui algumas decisões da Suprema Corte brasileira que, salvo melhor juízo, incorrem em um verdadeiro sofisma, porquanto, ao partirem de uma premissa que consideramos equivocada, qual seja a de atribuir natureza trabalhista às normas de SST, culminam por alcançar uma conclusão que, em nosso entender, não se apresenta a mais adequada, pondo em xeque a própria existência da dimensão labor-ambiental enquanto espécie integrante do gênero meio ambiente.

Corroborando esse entendimento, Guilherme José Purvin de Figueiredo⁸ apresenta a seguinte crítica em face das decisões do STF que reconhecem a natureza trabalhista das normas de SST: “tal decisão foi um duríssimo golpe para o Direito Ambiental do Trabalho, ao menos para um modelo de Direito

8 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 196.

Ambiental que busca prestigiar a implementação dos direitos humanos por todos os entes da Federação”.

Com efeito, passamos a externar algumas ponderações críticas acerca dessa abordagem tradicional que tem primado pela separação entre as questões “ambientais” e as questões do meio ambiente do trabalho, tratando-as como realidades estranhas e incomunicáveis⁹.

1.2 – Crítica ao entendimento prevalecente: natureza ambiental

O entendimento que defendemos ser o mais correto acerca do enquadramento jurídico das normas protetivas do meio ambiente do trabalho aponta para a natureza ambiental dessas disposições normativas, perspectiva essa que é contemporânea ao próprio surgimento do Direito Ambiental Internacional, notadamente a partir da Conferência de Estocolmo de 1972, momento a partir do qual a Organização Internacional do Trabalho – OIT teria se sensibilizado com o novo enfoque a ser dado ao tema, abandonando a velha perspectiva do estudo das doenças ocupacionais¹⁰.

Para alcançarmos esse entendimento, devemos buscar embasamento na dimensionalidade axiológica, identificando os valores a serem considerados a partir do contexto fático que lhe é subjacente, para assim estabelecer a normatividade a ser observada na espécie, culminando com uma análise tridimensional do Direito Ambiental do Trabalho, exercício intelectual que nos permitirá alcançar a correta natureza jurídica de suas normas.

Devemos partir da premissa de que, sob o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, o núcleo axiológico do ordenamento jurídico brasileiro está consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/88). Ao ser considerado na perspectiva da pessoa trabalhadora, referido princípio aponta para o trabalho digno (decente) enquanto um direito humano fundamental, o que pressupõe a garantia e a proteção de um plexo de outros direitos constitucionais que, conjuntamente considerados, nos permite adjetivar a atividade laboral como sendo digna.

9 MARANHÃO, Ney. *Poluição labor-ambiental: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 80.

10 Nesse sentido: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 78.

DOCTRINA

O direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF/88) deve servir de ponto de partida, porquanto constitui um direito fundamental de 1ª dimensão que possui caráter prejudicial e condicionante para a própria existência e o gozo dos demais direitos humanos. Porém, para que a vida de um trabalhador seja considerada digna, é imprescindível a observância dos direitos fundamentais de 2ª dimensão, representados pelos Direitos Sociais previstos no Capítulo II do Título II da CF/88, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Dentre esses direitos merece destaque a tríade trabalho-saúde-segurança prevista no *caput* do art. 6º, que materializa o valor social do trabalho enquanto um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), evidenciando que o exercício das atividades laborativas deve ocorrer em um ambiente saudável e seguro, o que nos mostra que o equilíbrio labor-ambiental consubstancia um direito fundamental de 3ª dimensão, nos termos do preconizado no art. 200, VIII, c/c o art. 225, ambos da Constituição Federal de 1988. Na doutrina de Raimundo Simão de Melo¹¹, encontramos reforço argumentativo para essas considerações ao lecionar que

“o meio ambiente do trabalho não tem natureza jurídica de mero direito trabalhista (este, sim, de competência exclusiva da União para legislar) (...). Ao contrário, trata-se o meio ambiente do trabalho de direito fundamental do trabalhador, incluindo na nova disciplina conceituada como Direito Ambiental, com espeque no art. 225 da Constituição, o que não exclui qualquer dos seus aspectos para efeito da aplicação dos princípios e preceitos inerentes às questões ambientais, como é o caso das competências legislativa e material.”

Com efeito, considerando a dimensão laboral enquanto parte integrante do gênero meio ambiente, entendemos que o correto enquadramento jurídico das normas protetivas do meio ambiente do trabalho apresenta natureza de Direito Ambiental, motivo pelo qual, respeitosa e divergimos do entendimento jurisprudencial que vem prevalecendo no STF acerca dessa matéria. Ao defender o equívoco da premissa restritiva que considera as normas de SST como de natureza estritamente trabalhista, o que culminaria com a inconstitucionalidade do art. 154 da CLT, Guilherme José Purvin de Figueiredo¹² também defende a natureza predominantemente ambiental das normas de SST, preconizando que, em observância a *vis attractiva* do moderno Direito Ambiental, muitas questões que até então eram tratadas no âmbito do Direito do Trabalho e do Direito da

11 MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 49.

12 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 59.

Seguridade Social, encontram no Direito Ambiental do Trabalho um instrumental bastante adequado para a proteção da vida e da saúde dos trabalhadores¹³.

Ao estabelecermos a premissa de que as normas jurídicas que disciplinam a matéria atinente à saúde e segurança dos trabalhadores possuem natureza ambiental, o próximo passo consiste em identificar o referencial principiológico a ser observado na elaboração, aplicação e interpretação desses preceitos normativos. É o que passamos a fazer no tópico que segue.

2 – Princípios ambientais aplicáveis à dimensão labor-ambiental

Conforme já referimos anteriormente, o Direito Ambiental e o Direito do Trabalho apresentam várias zonas de interseção que acarretam em uma evidente transversalidade epistemológica, motivo pelo qual, segundo a doutrina de Guilherme Guimarães Feliciano¹⁴, “é de se esperar que os próprios princípios normativos que regem esses dois ramos da enciclopédia jurídica comuniquem-se fortemente”. Em reforço a essas considerações, Guilherme José Purvin de Figueiredo¹⁵ leciona que, no contexto do Direito Ambiental, “é natural que os princípios que regem esta disciplina deverão nortear também a tutela da qualidade de vida do trabalhador em seu meio ambiente de trabalho”.

Conforme Raimundo Simão de Melo¹⁶, os princípios norteadores do Direito Ambiental têm como objetivo fundamental proteger o meio ambiente

-
- 13 Ao dispor acerca da natureza jurídica das normas de SST, Guilherme José Purvin de Figueiredo adverte que as mesmas não constituem simplesmente normas de ordem pública, que seriam aquelas de direito privado, porém inspiradas por fins de utilidade coletiva. No seu entender, estaríamos diante de típicas normas de Direito Público, porquanto integrantes do Direito Ambiental, entendimento esse que estaria embasado nos seguintes motivos: i) as normas de SST possuem força vinculante, sendo impostas pelo poder estatal e não em decorrência do princípio da reciprocidade. Tal peculiaridade as diferencia das normas de direito privado que derivam dos contratos individuais do trabalho, dos regulamentos das empresas ou então fruto da negociação coletiva de trabalho (acordos e convenções), as quais derivam de poderes periféricos inferiores, com autonomia relativa para disciplinar as relações de trabalho; ii) a relação havida entre os detentores do poder fiscalizatório (Inspetores do Trabalho, Fiscais de Saúde e Higiene, etc.) e os destinatários do dever de obediência configuraria uma típica relação de subordinação, tanto que, nos termos do art. 157, I, da CLT, compete às empresas cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; iii) por não derivarem de uma obrigação contratual estabelecida entre as partes da relação de trabalho, as normas de SST não são revogáveis pelas partes; iv) as normas de SST não visam tutelar um interesse particular, mas sim o interesse/direito geral ao meio ambiente do trabalho equilibrado (*Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 48).
- 14 FELICIANO, Guilherme Guimarães. O meio ambiente do trabalho e a responsabilidade civil patronal: reconhecendo a danosidade sistêmica. In: *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2013. v. 1. p. 11.
- 15 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 237.
- 16 MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 53.

amplamente considerado, visando a garantir uma melhor qualidade de vida a toda a coletividade. O desenvolvimento de uma principiologia ambiental teve início com a Conferência de Estocolmo, na Suécia, em 1972, sendo posteriormente ratificada e ampliada em face da ECO-92, realizada no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro. Ambas as conferências desenvolveram importantes princípios de âmbito global, que são adaptados às realidades culturais e sociais de cada país por suas legislações internas¹⁷.

Paulo de Bessa Antunes¹⁸ adverte que não há sequer um consenso doutrinário sobre quais os princípios aplicáveis ao Direito Ambiental, indefinição essa que dificulta nossa tarefa de tentar identificar quais dos preceitos principiológicos teriam aplicação na esfera labor-ambiental. Não obstante isso, passaremos a fazer referência àqueles que possuem aceitação incontroversa na doutrina pátria que, diga-se de passagem, é bastante criativa ao identificar e designar tais normas¹⁹.

Eis um rol meramente enunciativo de preceitos que têm sido mais frequentemente citados pela doutrina especializada, não obstante reconheçamos a ausência de um consenso acerca da existência de outros preceitos principiológicos, ou até mesmo algumas divergências conceituais que atribuem nomenclaturas distintas para o mesmo princípio²⁰.

2.1 – Princípio do desenvolvimento sustentável

Na lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo²¹, referido princípio tem como objeto a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e

17 Nesse sentido, lecionam Thaísa Camargo e Sandro Nahmias: “O início da construção de uma principiologia própria do direito ambiental remonta à Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Humano de Estocolmo, na Suécia, em 1972, e ganha reforço com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), também denominada de ECO-92 ou Rio-92. Nessas duas Conferências, foram criados princípios internacionais ambientais importantes para serem adaptados às realidades culturais e sociais de cada nação” (*Princípios de direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013. p. 35).

18 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 19.

19 A seguir, uma relação exemplificativa do expressivo número de normas principiológicas designadas pela doutrina pátria: Paulo de Bessa Antunes também faz referência aos seguintes princípios: Princípio da dignidade da pessoa humana; Princípio democrático; Princípio do equilíbrio; Princípio da capacidade de suporte; Princípio da responsabilidade (*Direito ambiental*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 19-33).

20 Além dos princípios que passarão a ser objeto de análise específica no presente estudo, também encontramos na doutrina outras normas principiológicas. Na doutrina de Édis Milaré, por exemplo, encontramos referência: “Princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito/dever fundamental da pessoa humana; Princípio da solidariedade intergeracional; Princípio da natureza pública da proteção ambiental” (*Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 258-261).

21 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67.

de suas atividades, visando a garantir uma satisfatória relação não apenas entre os seres humanos, mas desses com o ambiente que os cerca, garantindo, assim, que as futuras gerações também possam desfrutar dos mesmos recursos que hoje encontramos a nossa disposição.

Ao discorrer acerca dessa norma principiológica, Édis Milaré²² ressalta que compatibilizar o meio ambiente com o desenvolvimento pressupõe considerar os problemas ambientais dentro de um contínuo processo de planejamento, observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e, notadamente, ecológico.

2.2 – Princípio da prevenção/precaução

Na doutrina encontramos autores que optam por uma classificação apartada entre os princípios da prevenção e da precaução, destacando suas especificidades e respectiva autonomia. Nesse sentido podemos fazer referência aos ensinamentos de Paulo de Bessa Antunes²³ que, ao dispor acerca da prevenção, a considera como um princípio próximo ao da precaução, embora com este não se confunda. Porém, divergindo desse entendimento, alinho-me à corrente daqueles que, em sentido diverso, reconhecem a identidade ontológica entre tais princípios, considerando a precaução como uma modalidade qualificada de prevenção. Em reforço a essa consideração, podemos fazer referência aos ensinamentos de Édis Milaré²⁴, para quem o princípio da prevenção consubstancia uma fórmula genérica que englobaria a precaução.

Considerada um dos mais importantes princípios do Direito Ambiental, a prevenção significa a adoção de medidas tendentes a evitar riscos ao meio ambiente e ao ser humano²⁵. Celso Antonio Pacheco Fiorillo²⁶ observa que, “desde a Conferência de Estocolmo, em 1972, o princípio da prevenção tem sido objeto de profundo apreço, içado à categoria de megaprincípio do direito ambiental”.

22 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 62.

23 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 29.

24 MILARÉ, Édis. *Op cit.*, p. 263.

25 MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 54.

26 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 86.

2.3 – Princípio do poluidor-pagador

Outro princípio informador do Direito Ambiental do Trabalho é o do poluidor-pagador, que, na lição de Michel Prieur²⁷, professor emérito da Universidade francesa de Limoges, parte de premissa de que “os custos sociais externos que acompanham a produção industrial (como o custo da poluição) devem ser internalizados, isto é, levados à conta dos agentes econômicos em seus custos de produção”.

Referido princípio teria fundamento na vocação redistributiva do Direito Ambiental, bem como inspiração na teoria econômica de que os custos sociais externos que derivam do processo produtivo necessitam ser internalizados, de modo que os agentes econômicos passem a levá-los em consideração ao mensurar os custos totais de produção. Em termos econômicos, é a internalização dos custos externos²⁸.

2.4 – Princípio da participação

O princípio da participação é uma decorrência expressa do art. 225, *caput*, da CF/88, que impõe não apenas ao Poder Público, mas também a toda a coletividade, o dever de defender e preservar o equilíbrio ambiental, dada a sua condição de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Conforme a lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo²⁹, referido princípio constitui um dos elementos do que poderia ser denominado como o Estado Ambiental de Direito, porquanto todos os Direitos Sociais constituem a estrutura essencial para uma saudável qualidade de vida.

2.5 – Princípio da função socioambiental da propriedade

Não obstante a propriedade seja um direito fundamental assegurado de forma expressa no art. 5º da CF/88 (*caput* e inciso XXII), o seu exercício não pode se dar de forma abusiva, devendo observância à sua função social, também prevista no referido preceito (inciso XXIII). Nas palavras de Édís Milaré³⁰, a propriedade não é um direito ilimitado e inatingível, motivo pelo qual o seu uso está condicionado ao bem-estar social e à defesa do meio ambiente.

27 PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 135.

28 Nesse sentido: MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 268.

29 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 93.

30 MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 273.

Ao aprofundar sua reflexão para a dimensão labor-ambiental, Guilherme Guimarães Feliciano³¹ adverte que, em observância aos fundamentos da Ordem Econômica nacional, cuja valorização do trabalho humano converge para a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento econômico não pode solapar as bases naturais da sociedade (meio ambiente natural), tampouco vilipendiar a dignidade humana do trabalhador ou malferir seus direitos fundamentais, como teria ocorrido às escâncaras no auge da Primeira Revolução Industrial. Segundo Feliciano, “tanto a tutela constitucional do meio ambiente quanto a tutela constitucional do trabalhador são ilhas de resistência democrática à ação voraz do capitalismo industrial e pós-industrial”.

3 – A contribuição jurisprudencial da Justiça do Trabalho em prol da efetividade normativa do Direito Ambiental do Trabalho

Devemos considerar o relevante papel que é reservado ao Poder Judiciário na tutela do ambiente, pois é por meio dele que, basicamente, os direitos da cidadania poderão ser exercidos, na medida em que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser subtraída de sua apreciação³². Segundo Paulo de Bessa Antunes³³, a jurisprudência é um fator fundamental na construção do Direito Ambiental, mesmo nos sistemas jurídicos que privilegiam o direito legislado, o que é o caso do Brasil, onde muitos dos contornos básicos do Direito Ambiental foram construídos em litígios judiciais e, posteriormente, foram transportados para o plano legislativo. Antunes³⁴ também destaca a relevante contribuição que a Justiça do Trabalho pode prestar na proteção labor-ambiental, notadamente no que tange ao cumprimento das cláusulas não econômicas que são incluídas nos dissídios coletivos ou acordos trabalhistas com o intuito de promover melhorias em condições de saúde e segurança dos trabalhadores.

3.1 – Inadequado enquadramento jurídico das normas de SST

Apesar do relevante papel atribuído ao Poder Judiciário, não é raro nos depararmos com julgados que desprestigiam a existência da dimensão labor-ambiental, bem como, reflexamente, a própria autonomia científica do Direito Ambiental do Trabalho, circunstâncias essas cujo reconhecimento já se encontra em estágio bem mais avançado nos planos normativo e doutrinário.

31 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005. p. 359.

32 Nesse sentido: MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 1.401.

33 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 41.

34 *Ibid.*, p. 463.

Para alcançar esse entendimento, basta compulsar as decisões do STF exaradas acerca da matéria.

Conforme tivemos a oportunidade de externar por ocasião do tópico que analisou a natureza jurídica das normas de saúde e segurança do trabalho, prevalece na jurisprudência da Suprema Corte o reconhecimento da natureza trabalhista dessas normas, motivo pelo qual, nos termos do art. 22, I, da CF/88, a competência para a edição e, conseqüentemente, fiscalização dessas normas seria privativa da União, circunstância que impede uma ampla proteção labor-ambiental a partir de uma atuação concorrente e cooperativa entre os demais entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios), o que poderia ser efetivado a partir do reconhecimento da natureza ambiental das normas de SST.

No âmbito da Justiça Federal também podemos encontrar alguns entendimentos que, a exemplo dos julgados do STF, interpretam de forma restritiva as dimensões ambientais. Como exemplo disso podemos citar a decisão declinatoria de competência proferida na primeira Ação Regressiva Acidentária Coletiva ajuizada no Brasil pela Procuradoria-Geral Federal – PGF, que é o Processo 5054054-96.2012.404.7100/RS, que tramitou perante a Seção Judiciária da Justiça Federal do Rio Grande do Sul. Para uma adequada compreensão do caso, devemos partir da premissa de que, com fundamento no art. 120 da Lei nº 8.213/91, representando processualmente o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, a PGF vem ingressando com ações regressivas acidentárias³⁵ contra as empresas que, por descumprirem as normas de saúde e segurança do trabalho, contribuem culposamente para a ocorrência de acidentes/doenças ocupacionais, que culminam com uma despesa pública representada pela concessão dos benefícios previdenciários (pensão por morte, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, etc.).

Ocorre que o exercício dessas pretensões ressarcitórias, de natureza individual, passou a permitir a identificação de determinadas situações em que uma mesma conduta negligente em relação às normas de SST, praticada por uma determinada empresa, acarretava inúmeros casos de doenças ocupacionais que vitimavam seus trabalhadores, o que redundava na concessão de vários benefícios acidentários (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, etc.), que eram oriundos de uma mesma causa imputável a esse empregador. Objetivando

35 Conforme tive a oportunidade de externar por ocasião de estudo monográfico que desenvolvemos acerca da matéria, as ações regressivas acidentárias podem ser conceituadas como “o meio processual utilizado pelo INSS para obter o ressarcimento das despesas com as prestações sociais implementadas em face dos acidentes do trabalho, ocorridos por culpa dos empregadores que descumprem as normas de saúde e segurança do trabalho” (MACIEL, Fernando. *Ações regressivas acidentárias*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 21).

DOCTRINA

o ressarcimento dessa despesa previdenciária, ao invés de ingressar com inúmeras ações regressivas individuais que apresentariam a mesma causa de pedir, a PGF optou por promover uma única ação de regresso, pela qual postulou a condenação da empresa a indenizar o montante total suportado pelo INSS a título de benefícios acidentários.

Por versar sobre matéria afeta ao meio ambiente do trabalho, com fundamento no art. 200, VIII, da CF/88, a PGF postulou, preliminarmente, a distribuição do processo para a Vara Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre/RS, órgão jurisdicional instituído pela Resolução nº 54, de 11 de maio de 2005, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja alínea *h* do art. 3º lhe atribui competência para o julgamento de todas as causas de natureza ambiental, dentre elas as “ações de indenização por danos sofridos individualmente, inclusive se fundamentadas no Código Civil”, ao passo que o parágrafo único desse artigo é expresso ao referir que ficarão abrangidas pela competência desta Vara “todas as ações em que, direta ou indiretamente, venha a ser discutido o Direito Ambiental, com ou sem exclusividade”.

Entretanto, ao analisar o pedido preliminar de distribuição processual formulado pela PGF, a MM. Juíza Titular da Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre/RS adotou interpretação restritiva no que tange à abrangência material da expressão meio ambiente, consignando, expressamente, que as condições de trabalho referidas no inciso VIII do art. 200 da CF/88 não guardariam relação com o Direito Ambiental, vindo a declinar sua competência para uma das Varas Cíveis, conforme podemos extrair da literalidade do *decisum*:

“Sobre a competência deste juízo, este juízo não é competente para processar e julgar esta ação porque:

(a) a competência da Vara Ambiental é definida pela Resolução TRF4ªR 54/05, envolvendo especialização apenas na matéria agrária e na matéria ambiental; (b) o art. 200, inciso VIII, da CF, referido pelo autor na petição inicial, diz respeito à proteção do meio ambiente do trabalho, relativamente à saúde, não guardando relação como Direito Ambiental. Redistribuem-se livremente a uma das Varas Cíveis desta Subseção Judiciária.”³⁶

36 Não obstante a decisão declinatoria de competência, a ação foi julgada procedente em 1º grau, condenando a empresa a ressarcir aproximadamente R\$ 1 milhão relativo a despesas dos 111 benefícios de auxílio-doença. Referida sentença foi mantida pelo TRF4, estando os autos conclusos para decisão do Ministro Relator desde julho de 2017 (Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=5054054-96.2012.404.7100&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 26 nov. 2018).

Eis aqui mais um precedente jurisprudencial, dentre tantos que poderíamos extrair dos Tribunais pátrios, que interpretou de forma restritiva o conceito de meio ambiente, dele excluindo a sua dimensão laboral.

3.2 – Desprestígio jurisprudencial aos princípios labor-ambientais

Se levarmos em consideração que desde 1988 a dimensão labor-ambiental passou a receber expressa previsão no Texto Constitucional (art. 200, VIII, c/c o art. 225, *caput*, ambos da CF/88), chama a atenção o fato de que, passados 30 (trinta) anos, a jurisdição constitucional brasileira ainda não concedeu o merecido prestígio aos princípios labor-ambientais. Para alcançar esse entendimento, basta uma rápida pesquisa na jurisprudência do STF exarada acerca das questões afetas ao meio ambiente do trabalho, o que nos permitirá identificar a escassa, senão inexistente referência aos princípios basilares do Direito Ambiental, quais sejam desenvolvimento sustentável, prevenção/precaução, poluidor-pagador, etc.

A primeira oportunidade que o STF fez expresso uso do princípio da prevenção em matéria labor-ambiental foi no ano de 2017, por ocasião da ADIn 4.066, que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95, que permitia a exploração comercial do amianto crisotila. Nesse julgado o Supremo procedeu ao correto enquadramento jurídico da matéria ao considerar que a discussão central relativa à exploração do amianto evidencia uma questão de saúde, higiene e segurança do trabalho, dado o risco à saúde dos trabalhadores que mantém contato com tal substância de elevado potencial cancerígeno³⁷, podendo ser considerado um *leading case* para o reconhecimento da autonomia científica do Direito Ambiental do Trabalho.

3.3 – Prestígio jurisprudencial trabalhista aos princípios labor-ambientais

No âmbito da Justiça do Trabalho, o prestígio jurisprudencial aos princípios labor-ambientais ainda é uma realidade em construção, porém vem se materializando há mais tempo do que nos demais segmentos do Poder Judiciário pátrio. Em pesquisa no sítio eletrônico do TST, a partir do ano de 2010 passamos a identificar acórdãos com expressa referência aos princípios labor-ambientais, o que podemos inferir das ementas a seguir:

37 Segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, a exposição ao amianto é um dos maiores fatores carcinogênicos ocupacionais, responsável por aproximadamente metade das mortes por câncer relacionado ao trabalho.

DOCTRINA

“RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA DO ART. 253 DA CLT. RECUPERAÇÃO TÉRMICA. AMBIENTES ARTIFICIALMENTE FRIOS. SIMILARIDADE COM AS CÂMARAS FRIGORÍFICAS. NÃO CONCESSÃO DAS PAUSAS. HORAS EXTRAS. 1. O art. 253 da CLT, que assegura intervalos para recuperação térmica aos empregados que laboram no interior de câmaras frigoríficas e aos que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, merece interpretação extensiva, ao influxo não apenas do princípio da proteção, norteador do Direito do Trabalho como também dos princípios da prevenção do dano ao meio ambiente – exteriorizado, na esfera trabalhista, no art. 7º, XXII, da Carta Política –, e da máxima efetividade dos preceitos constitucionais, este hábil a viabilizar a concretização do direito a um meio ambiente do trabalho equilibrado, saudável e seguro (CF, arts. 200, *caput* e inciso VIII, e 225) e do direito à saúde (CF, arts. 6º e 196), de fundamentalidade manifesta, dada a importância de que se revestem ‘tanto para o gozo dos direitos de vida, liberdade e igualdade, quanto para o próprio princípio da dignidade da pessoa humana’ (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007). (...)” (RR 102700-62.2008.5.18.0191, 3ª Turma, Relª Minª Rosa Maria Weber, DEJT 20.08.2010)

“(…) DANOS MORAIS. TRANSPORTE DE VALORES. CONFIGURAÇÃO. 1. Incumbe ao empregador o dever de proporcionar ao empregado as condições de higiene, saúde e segurança no ambiente laboral, sob pena de afronta ao princípio da prevenção do dano ao meio ambiente, exteriorizado, no âmbito do Direito do Trabalho, na literalidade do art. 7º, XXII, da Carta Magna, segundo o qual é direito dos trabalhadores, urbanos e rurais, dentre outros, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. (...)” (RR 127600-76.2009.5.05.0631, 1ª Turma, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 24.05.2013)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. ECT. BANCO POSTAL. EMPREGADA VÍTIMA DE ASSALTOS. CONFIGURAÇÃO. (...) 5. Ademais, como se sabe, incumbe ao empregador o dever de proporcionar ao empregado as condições de higiene, saúde e segurança no ambiente laboral, sob pena de afronta ao princípio da prevenção do dano ao meio ambiente, exteriorizado, no âmbito do Direito do Trabalho, na literalidade do art. 7º, XXII, da Carta Magna. Portanto, não socorre a agravante o invocado art. 144 da

DOCTRINA

CF. (...)” (AIRR 244200-14.2008.5.01.0281, 1ª Turma, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 30.06.2015)³⁸

No âmbito da jurisprudência do TST, também podemos encontrar precedentes que reconhecem a responsabilidade objetiva do causador do acidente do trabalho e/ou doença ocupacional com fundamento nas normas ambientais. Nesse sentido, podemos citar o AIRR 139700-23.2004.5.15.0126, que faz referência à responsabilidade objetiva do poluidor tendo como embasamento constitucional o art. 225, § 3º, da CF/88.

Ao analisar ação indenizatória por danos morais ajuizada pelo espólio de um trabalhador que faleceu em virtude de doença profissional contraída pelo contato com amianto, o TST julgou procedente o pedido ao reconhecer a conduta omissiva do empregador, que não teria adotado as medidas necessárias para evitar que seus empregados pudessem ser vítimas de fatal doença ocupacional, oportunidade em que o princípio da precaução foi expressamente referido como fundamento da decisão, conforme extraímos da ementa a seguir:

“DANO MORAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INDENIZAÇÃO *POST MORTEM*. FALECIMENTO EM DECORRÊNCIA DE DOENÇA PROFISSIONAL. CONTATO COM AMIANTO/ABESTO. A omissão da reclamada no cuidado com o meio ambiente seguro de seus empregados acarreta o reconhecimento da sua responsabilidade objetiva pelos eventos danosos que, na hipótese dos autos, não apenas eram presumíveis, mas também evitáveis. As atuais preocupações reveladas pela sociedade, no que tange às questões correlatas ao meio ambiente, às condições de trabalho, à responsabilidade social, aos valores éticos e morais, bem como a dignidade da pessoa humana, exigem do empregador estrita observância do princípio da precaução. Este princípio informa que quando houver ameaça de danos ao meio ambiente seguro e sadio do trabalho, a ausência de absoluta certeza não deve ser utilizada como meio para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir o dano. (...) Recurso de revista não conhecido.”

Em reforço a essa linha argumentativa, também podemos encontrar alguns precedentes exarados pelos Tribunais Regionais do Trabalho – TRTs

38 Também fazendo expressa referência ao Princípio da Prevenção podemos referir os seguintes julgados do TST: RR-10191-34.2014.5.18.0052, 1ª Turma, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 25.11.2016; AgR-E-ED-RR 42500-82.2009.5.12.0042, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 01.09.2017; RR 47700-35.2008.5.09.0092, 1ª Turma, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 24.11.2017; RR 7-41.2015.5.12.0055, 1ª Turma, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 09.03.2018.

que, por reconhecerem o caráter poluitivo do infortúnio laboral, fundamentam o dever reparatório com base na legislação ambiental:

“RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. POLUIÇÃO. RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA. PRINCÍPIO DO APRIMORAMENTO CONTÍNUO. CONVENÇÃO Nº 155 DA OIT. RESTITUIÇÃO INTEGRAL. A responsabilidade patrimonial do empregador por acidente ocorrido no meio ambiente produtivo é objetiva, de acordo com o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81.” (TRT da 3ª R., RO 00006479-94.2014.5.03.0100, 1ª Turma, Rel. Juiz Conv. Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves, DJ 01.07.2015)

“(…) POLUIÇÃO TRABALHISTA. CRISE AMBIENTAL FÍSICO-ERGONÔMICA. A poluição trabalhista é caracterizada pelo desequilíbrio do meio ambiente laboral e que conspurca contra a saúde do trabalhador, gerando consequência importante na aplicação da responsabilidade civil objetiva do empregador poluidor, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente)” (TRT da 9ª R., RO 01802-2010-670-09-00-8, 2ª Turma, Relª Ana Carolina Zaina, DJ 20.08.2013)³⁹

No âmbito da jurisprudência dos TRTs também podemos encontrar precedentes reconhecendo a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável na dimensão labor-ambiental, o que podemos evidenciar a partir da seguinte ementa:

“(…) DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO. PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (...) Um dos princípios basilares do Direito Ambiental do Trabalho é o princípio do desenvolvimento sustentável, conformado na tríplice base da equidade social, do desenvolvimento econômico e na preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, possuindo estreita imbricação com o princípio da prevenção, este referente à adoção de medidas que evitem os perigos concretos e conhecidos em determinado ambiente de trabalho.” (TRT da 9ª R., RO 01802-2010-670-09-00-8, 2ª Turma, Relª Ana Carolina Zaina, DJ 20.08.2013)

39 No âmbito da jurisprudência do TST ainda são raros os julgados que reconhecem a responsabilidade objetiva do causador do acidente do trabalho e/ou doença ocupacional com fundamento imediato na Lei nº 6.938/81. Nesse sentido, podemos citar o AIRR 139700-23.2004.5.15.0126, 3ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 17.08.2018, que faz referência à responsabilidade objetiva do poluidor tendo como embasamento constitucional o art. 225, § 3º, da CF/88.

Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo evidenciar a importante contribuição que a jurisprudência trabalhista vem prestando à efetividade normativa do Direito Ambiental do Trabalho. À luz do paradigma constitucional vigente (Estado Democrático de Direito), cujo núcleo axiológico reside na dignidade da pessoa humana, aos trabalhadores foram assegurados não apenas um ambiente seguro, mas, principalmente, um trabalho digno. Isso pressupõe condições saudáveis de labor, de modo que a saúde dos trabalhadores passou a ser o direito fundamental a ser garantido e concretizado, sem o qual não há que se falar em dignidade humana de um trabalhador. Por tais razões, o paradigma democrático foi associado à ideia de um “trabalho saudável”, de modo que o equilíbrio labor-ambiental passou a ser considerado como um pressuposto do trabalho digno.

Ao direcionarmos o foco para o elemento normativo, verificamos que a proteção jurídica do meio ambiente do trabalho deve se materializar por meio do Direito Ambiental do Trabalho, ramo jurídico cujas normas (princípios e regras) resultam de um diálogo de fontes de caráter interdisciplinar que, necessariamente, deve abranger elementos do Direito Constitucional, Ambiental, do Trabalho, Sanitário, da Seguridade Social, etc., assim como uma necessária interface multidisciplinar com outros ramos da ciência, como, por exemplo, a Sociologia, a Medicina (Higiene do trabalho, Saúde Pública, Ergonomia, Psicologia, etc.), Engenharia, entre outras.

Nessa oportunidade adentramos em uma temática de extrema controvérsia, qual seja a definição da natureza jurídica das normas de SST. Não obstante o entendimento prevalecente, em especial no âmbito jurisprudencial do STF, apontar para o caráter trabalhista de tais normas, ousamos divergir desse entendimento ao defender a natureza ambiental de tais normas, o que, conseqüentemente, acarreta a necessária observância dos princípios jurídicos ambientais na elaboração, aplicação e interpretação das regras jurídicas que compõem o Direito Ambiental do Trabalho.

Nessa perspectiva, ao desenvolvermos uma pesquisa jurisprudencial acerca dessa matéria, verificamos que os precedentes do STF ainda são tímidos em reconhecer a incidência dos princípios ambientais nas relações que envolvam a temática labor-ambiental, circunstância que já vem se materializando no âmbito dos precedentes judiciais exarados no âmbito da Justiça do Trabalho. Para alcançar esse entendimento, colacionamos alguns acórdãos de TRTs e também do TST que, de algum tempo, já vêm prestigiando a efetividade normativa do Direito Ambiental do Trabalho, porquanto adotam como fundamento de suas decisões justamente os preceitos principiológicos que devem nortear o Direito

DOCTRINA

Ambiental em todas as suas dimensões, quer seja natural, artificial, cultural e laboral.

Parabéns à Justiça do Trabalho por estar contribuindo para a garantia de um equilíbrio labor-ambiental em nosso país, o que pressupõe condições saudáveis de trabalho (Trabalho Digno), um dos direitos fundamentais dos trabalhadores brasileiros expressamente reconhecido pela CF/88.

Referências bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMARGO, Thaís Rodrigues Lustosa de; MELO, Sandro Nahmias. *Princípios de direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O meio ambiente do trabalho e a responsabilidade civil patronal: reconhecendo a danosidade sistêmica. In: *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2013. v. 1.

_____. *Teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*. São Paulo: Método, 2006.

MACIEL, Fernando. *Ações regressivas acidentárias*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MARANHÃO, Ney. *Poluição labor-ambiental: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996.

Recebido em: 30/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019

ADOCIMENTO MENTAL DO TRABALHADOR: UM OLHAR SISTÊMICO

MENTAL ILLNESSES OF WORKERS: A SYSTEMATIC LOOK

Andrea Keust Bandeira de Melo*

Laura Pedrosa Caldas**

RESUMO: Este artigo tem por objetivo elucidar as contribuições da ciência da Psicologia, por meio das perícias psicológicas, para a tomada de decisão dos magistrados do trabalho acerca dos adoecimentos psíquicos, mentais e/ou comportamentais, de trabalhadores, cujo nexos de causalidade está relacionado, direta ou indiretamente, ao contexto de suas atividades laborais. A metodologia utilizada é uma breve revisão de literatura sobre a temática e as resoluções legais da prática do psicólogo por meio dos instrumentos de avaliação psicológica. Os resultados apontados permitem refletir que as diversas ciências da saúde, inclusive a Psicologia, podem contribuir na tomada de decisão dos magistrados do trabalho acerca dos fatores do contexto de trabalho que contribuem para os sintomas de adoecimento psíquico com respaldo técnico, ético e científico.

PALAVRAS-CHAVE: Adoecimento Mental do Trabalhador. Avaliação Psicológica. Perícia Psicológica.

ABSTRACT: This article aims at clarifying the contributions from Psychology, by means of psychological reports, for the decision-making of labor judges regarding psychological, mental and/or behavioral illnesses of workers, whose causal relation is, directly or indirectly, related to the context of labor activities. The method used was a brief literature review about the thematic and the legal resolutions of psychologists' practice by means of instruments of psychological evaluation. The results allow concluding that several health sciences, Psychology included, may contribute for the decision-making of labor judges concerning factors of the labor context that play a part in symptoms of psychological illnesses with technical, ethical and scientific grounds.

KEYWORDS: Mental Illnesses of Workers. Psychological Evaluation. Psychological Report.

* Juíza do trabalho titular da 8ª Vara do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (PE); pós-graduada em Direito de Saúde e pós-graduanda em Psicologia Jurídica (Faculdade IDE, previsão de término em julho de 2019).

** Doutora e mestre em Psicologia Clínica das Instituições com ênfase na Clínica do Trabalho; psicóloga da CHESF e perita no TRT-06; coordenadora e docente de pós-graduações em Psicologia (Faculdade IDE).

1 – Importância da avaliação psicológica ao magistrado

As questões do adoecimento no e do ambiente laboral vêm sendo observadas ao longo do tempo. Bernardino Ramazzini, ainda no século XVIII, já abordava a temática (*As Doenças dos Trabalhadores*), apontando, por meio de protocolos, os adoecimentos físicos ligados às profissões específicas na forma do desempenho, de acordo com os hábitos e circunstâncias – *modus operandi* –, do trabalho à época. Ali, arroja-se ao tratar, embora de forma tímida, as questões psicológicas oriundas das atividades do obreiro.

Na década de 1940, a Organização Mundial da Saúde define saúde como sendo: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de patologias e enfermidades”. Atualmente, a visão de saúde é mais ampla, contempla o tripé da saúde, proposto pela Carta de Ottawa, com os seguintes aspectos: prevenção de doenças, recuperação e promoção de saúde. Desse modo, a saúde tem uma perspectiva sistêmica, considerando bons hábitos de longevidade e de qualidade de vida. Nessa ótica, inclui a saúde física, emocional, social, profissional, afetiva, sexual, intelectual, espiritual, financeira e outras esferas que possam interferir no ser humano. Sai da dimensão utópica, do “completo bem-estar”, para uma proposta mensurável e possível de equilíbrio.

Nessa ordem, este artigo se propõe a refletir acerca de fatores de adoecimento psíquico, ou seja, dos transtornos mentais e comportamentais – TMC. Nesse foco, pretende-se mergulhar nos agravos cujo nexo de causalidade estão relacionados ao trabalho. Segundo Caldas e Caldas (2016, p. 11),

“Apesar do pressuposto de que os agravos à saúde mental são multicausais, não restritos aos fatores laborais, por certo geram absenteísmo e repercutem na vida do trabalhador adoecido em todas as esferas, até na capacidade laboral; na organização e seu negócio; nos trabalhadores assíduos; na gestão e na redistribuição das atividades para garantir o padrão de qualidade e quantidade de produtos e serviços; e na sociedade em geral.”

Os dados visionários de Ramazzini sinalizam uma relação sistêmica entre trabalho, saúde do trabalhador e repercussões no indivíduo, nas organizações e na sociedade e nos cofres públicos. Seu estudo delimita a teoria de nexos, seja o trabalho a causa ou a concausa (razão indireta) de adoecimento. Os dados registrados nos Anuários Estatísticos da Previdência Social – AEPS) e o Decreto nº 6.042/07 do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS estabelecem o Nexo Técnico Epidemiológico – NTEP e o Fator Acidentário Previdenciário – FAP; informações legais que evidenciam os benefícios pagos aos trabalhado-

res acometidos por doenças mentais ocupacionais, de um lado; e a resistência de reconhecimento dos empregadores, do outro (CALDAS, 2007; CALDAS; CALDAS, 2016 e 2017)

Os adoecimentos de ordem psíquica vêm se agravando cada dia mais, atingindo um percentual significativo da população. Segundo o Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho – AEAT, desde 2002 que as doenças do Grupo F (Transtornos ou distúrbios mentais e comportamentais) da CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – Décima Revisão) ocupam o terceiro lugar entre as patologias que mais afastam trabalhadores de seus postos de trabalho, perdendo apenas para os acidentes e lesões graves, inclusive fatais, e as doenças osteomusculares. Por outro lado, segundo os mesmos dados estatísticos, é o conjunto de doenças que mais é subnotificada. Portanto, muitos casos são negligenciados e não mensurados, seja por despreparo para o diagnóstico, em razão dos fatores subjetivos das patologias psíquicas, seja pela má-fé de empregadores que não reconhecem os danos laborais à saúde mental de seus trabalhadores.

Nesse sentido, políticas públicas devem ser propostas e implementadas para que seja visualizado um norte para a manutenção da saúde mental dos trabalhadores. O Relatório Mundial da Saúde, publicado pela Organização Mundial da Saúde (2002, p. 26), já ressaltava que a depressão grave é

“causa de incapacitação em todo o mundo e ocupa o quarto lugar entre as dez principais causas de patologia, em nível mundial. Se estiverem corretas as projeções, caberá à depressão, nos próximos 20 anos, a dúbia distinção de ser a segunda das principais causas de doenças no mundo. Em todo o globo, 70 milhões de pessoas sofrem de dependência do álcool. Cerca de 50 milhões têm epilepsia; outros 24 milhões, esquizofrenia. Um milhão de pessoas cometem anualmente suicídio. Entre 10 e 20 milhões tentam suicidar-se.”

O cenário é devastador e atinge aos mais diversos ramos profissionais, sendo que existem certas categorias como os policiais, bombeiros, médicos e magistrados que, pelo elevado nível de estresse, geram consequências lastimáveis, principalmente nas alterações do humor e do estado de vigília e sono, além de pensamentos negativos e ideação, que culminam na ocorrência de suicídio de profissionais, conforme aponta Dejours e Bègue (2010). Ainda segundo os estudos demonstrados, prevê-se que até o ano de 2020, a depressão atingirá a humanidade em cerca de um terço da população, independentemente de regionalidade, cultura, religião, condição socioeconômica ou atividade de trabalho.

DOCTRINA

A timidez nas políticas públicas para o enfrentamento em sua origem, através de atitudes estatais preventivas, dá lugar ao enfrentamento na ponta do *iceberg* ante a assunção do adoecimento a serem enfrentados pela esfera previdenciária, gerando custos visíveis, de ordem monetária, e invisíveis com o absenteísmo por doenças mentais, acidentes de trabalho, rearranjos laborais, produtividade e o lucro das empresas, além de outros imensuráveis que atinge a esfera pessoal, profissional e a dinâmica familiar dos trabalhadores atingidos. Invisíveis, inclusive, entre aqueles que assistem ao adoecimento de seus pares ou mesmo sofrem as consequências de seus afastamentos, arcando com o ônus do retrabalho e do acúmulo de tarefas, explica Caldas & Bispo (2006); Caldas (2007); e Caldas e Caldas, (2016 e 2017).

Para evitar o adoecimento do trabalhador, independente da causalidade laboral e suas consequências, faz-se necessária uma tomada de medidas preventivas, através da análise prévia da aptidão do trabalhador às atividades a serem desempenhadas, inclusive no que diz respeito ao perfil psicológico que demandam cada tarefa. É que a capacidade técnica do profissional, por si só, não basta à consecução do êxito que culmina no reconhecimento de suas contribuições e nas vivências de prazer no trabalho, proposta nas pesquisas de Dejours, Abdoucheli e Jayet (2010), ou a esperada felicidade do fazer bem feito, do cumprimento do dever e da realização pessoal e profissional.

A inadequação ao trabalho, em face do perfil psicológico do trabalhador, tem demonstrado a ocorrência de deflagração de adoecimentos psíquicos que poderiam ser evitados se constatados anteriormente à sua contratação, ainda no processo de recrutamento de seleção.

Como se admitir que uma pessoa que tenha dificuldades de se submeter à pressão ou com elevado nível de heteroagressividade vá trabalhar armado, mormente quando há o empoderamento legal que lhe é atribuído em face do mister exercido? Como um indivíduo com diagnóstico de pânico ou claustrofobia pode trabalhar em ambientes confinados? Como um sujeito com déficit de atenção concentrada e fobia por altura pode exercer a função de eletricista em torres de linhas energizadas, acima de 2 (dois) metros do nível do solo? Esses e outros exemplos remetem à importância de uma avaliação psicológica que possa identificar as competências e as limitações de cada trabalhador, considerando as especificidades de cada tarefa.

Não há garantias que as avaliações psicossociais sejam determinantes de adequação do trabalhador ao trabalho, mas certamente sua ausência é leviana quando se observa falhas humanas em acidentes de trabalho e mesmo o nível de adoecimento psíquico simplesmente porque a pessoa não tem aptidão ou

DOCTRINA

determinadas características de personalidade aderentes ao cargo ou função que lhe é demandada. Os exames admissionais, portanto, quando observados aspectos da subjetividade do indivíduo e a relação com as atividades a serem praticadas, evitam o adoecimento psíquico do trabalhador, bem como os danosos efeitos sociais, econômicos, que extrapolam os trabalhadores, as organizações e impactam na sociedade em geral.

Além disso, os desvios de conduta ou de comportamento, ao longo da carreira profissional, devem sempre ser alvo de avaliação multidisciplinar e não do uso precipitado de medidas punitivas ou mesmo de demissão. Afinal, o empregador não pode se eximir da responsabilidade, objetiva ou não, do nexo causal de alguns fatores laborais que repercutem na saúde (*lato sensu*) e até mesmo nas transgressões de seus empregados.

Urge, pois, o estabelecimento legal dos exames psicotécnicos ou psicológicos voltados para o trabalho a ser exercido e as conjunturas do ambiente laboral, bem como o *modus operandi* das atividades. Os exames admissionais, restritos aos diagnósticos clínicos e à clássica pergunta: “sente alguma coisa?”, não dão conta do sujeito trabalhador e o sentido, significado do trabalho, nem tampouco com sua subjetividade no fazer objetivo. Fundamental a obrigatoriedade que *se estabeleça a real condição do trabalhador* – compatibilidade física, psicológica, intelectual e motivacional – com a atividade, por meio de parâmetros de avaliação, inclusive utilizando testes psicológicos.

Em face do adoecimento durante o contrato do trabalho ou até depois, busca o trabalhador, em ações judiciais, ressarcimento financeiro em face do dano decorrente, inclusive psíquico, apontando para o trabalho ou o seu ambiente a origem do seu sofrimento. Contudo, é de se indagar: por que nunca se pede o custeio de tratamentos psicológicos ou psiquiátricos?

São ainda prematuras as recomendações de psicólogos peritos que atuam na Justiça do Trabalho, que propõem o ônus do tratamento psicoterápico e até psiquiátrico dos reclamantes com comprovado dano psíquico cujo nexo causal é o trabalho. Assim como também são raras as condenações aos reclamados de mais esse custo, tantas vezes perenes, tamanha é a repercussão dos transtornos mentais e comportamentais adquiridos.

Transtornos de humor ou afetivos, principalmente a ansiedade e a depressão, por uso problemático de substâncias psicoativas, a exemplo do álcool e outras drogas; e os neuróticos, destacando os níveis de estresse, inclusive o pós-traumático e o transtorno de adaptação; são causas prevalentes de adoecimento.

cimento psíquico que ocupam as mesas de audiências na Justiça do Trabalho, trazidas pelos empregados em suas reclamações trabalhistas.

Considerando-se os limites técnicos do Magistrado, impulsionado pela obrigação de ofício de decidir sobre o nexos causal ou não do adoecimento, inclusive de ordem psicológica do empregado reclamante, busca o juiz recurso técnico em *expert* com o objetivo de trazer a lume assuntos que não são de seu conhecimento mais profundo nas diversas áreas de propriedade de outras ciências, embora seja imposto um conhecimento mínimo em face da sua atuação. Entre essas ciências, encontra-se a Psicologia como uma demanda premente de competência à tomada de decisão sobre o provável nexos.

Cursos de formação continuada na área da Psicologia Jurídica, da Avaliação Psicológica e em Perícias Psicológicas vêm sendo difundidos e, naqueles em que a multidisciplinariedade é possível, tendo em vista que o uso dos testes psicológicos é de uso restrito dos profissionais, são frequentados tanto pelos operadores do Direito como também pelos profissionais da área Médica e da própria Psicologia, conforme estudos sobre a formação do psicólogo, organizados por Borges-Andrade, Bastos e Zanelli (2010).

A avaliação pericial ganha destaque no Novo Código de Processo Civil, ao passo que no art. 156 está previsto que o juiz *será* assistido (note-se o comando afirmativo “*será*” e não “*poderá*”) por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

A questão da mudança recente na forma de redação dos laudos de cunho psicológico, atendendo à necessidade de uma normatização mais específica, está disposta na Resolução nº 06 do Conselho Federal de Psicologia – CFP, de 29 de março de 2019, que normatiza o Relatório Multiprofissional em seu art. 12 e que traz uma gama de novas regras, exigindo um diagnóstico com mensuração científica na confecção do laudo pericial, que anteriormente confundia-se com o relatório. As questões éticas também ganharam destaque e até mesmo o destino desses documentos é normatizado, resguardando com mais rigor o sigilo essencial das informações contidas. Outro fato de destaque, também regulamentado, é a obrigatoriedade da entrevista devolutiva, dada ao perito psicólogo como devida e de direito do avaliado ou periciado.

Mister ressaltar que são necessárias a soma e a análise das várias provas, pois a perícia, por si só, não tem caráter conclusivo quanto à origem do adoecimento, vez que a Psicologia e a Medicina não são ciências exatas. Ademais, não há como divisar o “ser humano profissional” e o “ser humano pessoal”.

Somos unos e indivisíveis, nosso adoecimento é soma (corpo) e também psique ou psicossomático.

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

Outro dado a frisar é que muitas pessoas com problemas de ordem psíquica, principalmente comportamental, não conseguem identificar os sintomas com celeridade e ainda denotam preconceitos, temendo buscar suporte psicoterápico e psiquiátrico, visando a resgatar sua saúde. Muitas vezes também são vítimas de discriminações e de rótulos em razão desses sintomas que, em algum momento, irão emergir sem controle. Apenas quando se desvinculam do contrato de trabalho, em sua maioria, vão resgatar sua dignidade e com isso, minimamente, melhorias em sua condição de ser saudável.

Com essa luz nas demandas envolvendo o adoecimento mental, o Magistrado que baseia a formação do seu convencimento na perícia psicológica, conforme será discutido adiante, tem ao seu dispor um meio de prova eficaz e elucidativo que, somando-se a outros elementos já havidos nos autos, tais como, o relatório de benefícios e perícias realizadas pelo INSS, o prontuário médico do demandante, os exames periódicos, as avaliações de desempenho durante sua carreira na reclamada, os depoimentos das partes e a prova testemunhal, mune-se de elementos eficazes para a formação de seu convencimento e para concluir pelo estabelecimento ou não do nexo entre o adoecimento e o trabalho.

2 – As novas configurações do contexto laboral e os magistrados do trabalho

Didaticamente, pode-se diferenciar o contexto de trabalho em três aspectos: condições e a organização do trabalho e as relações socioprofissionais, que incluem o modo de gestão. Fazem parte das condições de trabalho a matéria prima, infraestrutura, ferramentas, condições de ruídos, de iluminação e de higiene, dentre outras. A organização do trabalho está relacionada à distribuição e ao valor social de cada atividade, a carga de trabalho, o ritmo e o tempo de jornada, etc. As relações socioprofissionais incluem as interações entre pares, intra e interequipes, com agentes externos, a comunidade do entorno da organização e o modo de gestão praticado, configurando as relações de subordinação (DEJOURS; ABDOUCHELI; JAYET, 2010; CALDAS, 2016).

Explica Caldas (2016, p. 36) que

DOCTRINA

“a precarização das condições e da organização de trabalho concorrem ao adoecimento dos trabalhadores. Mobiliário ergonomicamente inadequado, a falta de equipamentos e ferramentas para realizar as tarefas, atividades empobrecidas de sentido, de baixo valor social, repetitividade, monótona ou divergente da modelagem do cargo contratado contribuem às doenças dos trabalhadores e concorrem ao aumento do absenteísmo.”

As políticas de Gestão de Pessoas também são determinantes do clima organizacional e repercutem na redução ou aumento do adoecimento psíquico dos trabalhadores. Critérios inadequados ou percebidos como injustos de remuneração, promoção, encarreiramento, oportunidades de desenvolvimento, dentre outros, refletem sobremaneira no nível de satisfação, de motivação e de comprometimento dos trabalhadores, interferindo nos resultados dos índices de absenteísmo (CALDAS, 2007; CALDAS, 2016; CALDAS; CALDAS, 2016 e 2017; BECKER; OLIVEIRA, 2008; CASCIO; BOUDREAU, 2010).

Afinal, o homem é um ser complexo, com marcas na estrutura mental e em face às experiências de vida. Marcas essas que podem também refletir no ambiente laboral e influenciar na deflagração de adoecimentos em face às sintomáticas preexistentes (concausa), ou ainda ter origem em face ao trabalho por si só. Certo é que as (im)perfeições do homem e suas inter-relações com o trabalho necessitam ser compatibilizadas pelas ciências, de modo transdisciplinar.

A Bioética tem trazido fortes e importantes contribuições nesse arcabouço. É preciso que a norma venha albergar as necessidades sociais, para tornar a vida mais justa. As questões da ética nas relações humanas impõem uma nova ordem sobre a prevenção do adoecimento impõem-se, através de técnicas possíveis, buscando colocar o trabalhador no lugar que se adegue à sua estrutura de personalidade. Contudo, em meio a uma crise econômica, e a um elevadíssimo nível de desemprego, vemos as pessoas aceitarem contratações para a mera sobrevivência, sem analisarem o nível de estresse do ambiente ao qual estarão submetidas, sem avaliarem a satisfação pessoal e a dignidade que esse trabalho poderá trazer à sua vida. Agarram-se a oportunidade que aparece, pois, é melhor estar “empregado” do que manter-se nas longas filas de procura por uma atividade remunerada.

Desde a implantação da Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2014, na qual foi ampliada a competência da Justiça Especializada do Trabalho, com a alteração do art. 114 da Constituição Federal, muitas demandas foram e continuam sendo ingressadas, discutindo as questões do adoecimento mental do trabalhador. Contudo, é fato que nessas demandas busca-se, sobretudo, um ressarcimento de cunho pecuniário, sob a alegação de dano moral ou dano

DOCTRINA

existencial decorrente de assédio do empregador, confundindo-se, em muitos casos, a gestão por injúria com assédio moral. Fato que os efeitos de ambos são nefastos, podendo causar as dores físicas decorrentes da somatização de problemas que estão na mente (depressão, síndrome do pânico, os transtornos de adaptação, estresse pós-traumático) ante a alegação de que originada no ambiente laboral.

A evolução dos julgamentos e a quantificação dos valores dessas indenizações passaram por grandes discrepâncias e várias discussões foram travadas sobre como se quantificar esse sofrimento em expressão monetária. Até então, quando um juiz trabalhista pretendia condenar uma empresa ao pagamento de danos morais, basicamente ele conjugava o binômio razoabilidade/proporcionalidade do dano causado, ou seja, no geral, o juízo analisava o poder financeiro do ofensor, a extensão do dano provocado ao trabalhador, em nível de afetação da capacidade laboral. Contudo, isso era feito sem que existisse qualquer limitação, ficando a cargo do magistrado a quantificação pecuniária do referido dano moral. Dentre as diversas modificações que serão introduzidas pela Lei nº 13.467/2017, nominada de “Reforma Trabalhista”, um dos pontos que mais chama a atenção e vem sofrendo duras críticas por parte dos operadores do Direito está inserido no art. 223 e seguintes, que dispõem sobre quantificação do dano extrapatrimonial. No entanto, com o advento do § 1º do art. 223-G da Lei nº 13.467/2017, o dano moral passou a ter normas para a sua quantificação,

Passamos a ter os seguintes parâmetros:

“Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

DOCTRINA

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.”

Portanto, caberá ao juízo enquadrar o dano sofrido dentre um dos incisos do § 1º do art. 223-G, declarando se o dano é de natureza leve, média, grave ou gravíssima, ocasião em que poderá condenar a empresa ao pagamento limitado de até cinquenta vezes o último salário do ofendido.

Não entrando na discussão sobre a constitucionalidade ou não da norma, nem sobre as questões da dignidade humana, temos, agora, um critério objetivo para a quantificação. Anteriormente, ficava a cargo do Magistrado de 1º ou 2º grau arbitrar esse valor, sem quaisquer parâmetros ou critérios, não sendo raro se aferir que um Juiz de 1º grau, analisando as provas produzidas, condenasse a uma indenização de um valor X e, em sede de Recurso, no acórdão proferido, os Desembargadores diminuíssem ou aumentassem esse valor, baseados na análise das mesmas provas, causando uma enorme insegurança ao demandante.

Fato é que, mesmo com a reforma na legislação trabalhista, não foi instituído o Juízo de Retratação ou a Justiça Restaurativa. O ofensor ou assediante, muitas vezes sequer é ouvido no processo. A dor ou a mágoa se perpetuam para além da realidade dos autos. O sofrimento não é estancado e continua repercutindo na vida da pessoa que passa pelo processo de sofrimento moral. A nosso sentir, essa é uma realidade que precisa de intervenção e de uma profunda modificação.

Outra situação interessante de ser mencionada é a falta de políticas objetivas de meritocracia para os trabalhadores, quer na esfera pública, quer na privada. Em muitos casos, não há o devido reconhecimento dos esforços empreendidos pelo empregado ou servidor, e esse fato se revela nas mais diversas esferas, inclusive entre os Magistrados, ao passo que há uma intensa cobrança de metas e de resultados. Impõe-se se ao Juiz, a cada dia, a absorção de novas atividades como a utilização de meios eletrônicos, ferramentas digitais que se modificam com muita rapidez, a exemplo das inúmeras versões do Processo Judicial eletrônico, somando-se a frenética modificação da legislação e, ainda, atividades extras, como a gestão das unidades judiciária, a lida de conflitos com e entre servidores, a necessidade de saber lidar com a mídia e com as redes sociais. Na verdade, uma pessoa que ingressou na Magistratura há 20 anos com o perfil e planejamento de vida para exercer sua função, não tinha a

menor noção de como seria modificado o seu meio de trabalho e quantas novas exigências seriam impostas. O trabalho que ficava na Vara, agora é transportado em nossos smartphones, gerando uma constante e acelerada necessidade de se produzir cada vez mais. Outro fato são as inseguranças no cenário atual, em que se questionam a permanência de grandes atrativos que existiam para a categoria, como a garantia de vencimentos dignos, garantia de estabilidade e de uma aposentadoria integral, garantida de férias anuais baseadas na efetiva carga de esforço físico e emocional para recompor a mente dos Magistrados com o devido repouso. Nesse contexto, verificamos o crescente número de absenteísmo pautado no adoecimento mental em suas mais variadas formas. Os estudos, em especial da Síndrome de *Burnout*, demonstram como o esgotamento do trabalhador é intenso e pode levar ao extremo do suicídio, e, em muitos casos para marcar o sofrimento, o local de trabalho é o lugar eleito para o cometimento de ato de tamanho desespero.

Segundo a Organização Mundial de Saúde – OMS, a referida síndrome refere-se a um estresse crônico, carregado de sentimentos negativos e está relacionado direta e unicamente ao trabalho, denotando características, como: esgotamento, cinismo, diminuição da produtividade e do investimento laboral do trabalhador adoecido. Recentemente, foi reconhecida na CID, em sua 11ª Revisão, como uma patologia do trabalho, e a OMS vem desenvolvendo diretrizes baseadas nas evidências que configuram esse transtorno cujo nexos causal é o contexto de trabalho.

A literatura aponta que o termo *burnout* é originado do verbo *to burn out*, que na língua inglesa significa queimar por dentro ou queimar por completo, utilizado inicialmente nos estudos do psicanalista americano Freudenberger. Segundo o precursor, trata-se de uma resposta física, mental e comportamental do trabalhador a uma condição de extremo desgaste laboral.

No artigo: “Definição de *burnout* como estresse crônico pela OMS deve servir para a elaboração de políticas públicas de trabalho”, publicado pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra, Marcus B. Mendes, magistrado e diretor de Cidadania e Direitos Humanos da citada associação, faz referência ao fenômeno e, em suas palavras, ressalta que “ao identificar tendências, o Estado pode se atentar para a necessidade de políticas públicas que caminhem no sentido de promover um ambiente de trabalho sadio e salubre para os trabalhadores”.

O referido artigo ainda faz referência à pesquisa realizada pela International Stress Management Association, por meio de sua representante no Brasil, que aponta que 30% dos trabalhadores brasileiros apresentam sintomas compatíveis

com a Síndrome de *Burnout*. Nessa direção, é importante ressaltar a importância da ciência da Psicologia, por meio de perícias, para subsidiar os magistrados do trabalho no diagnóstico dos transtornos mentais e comportamentais originados do trabalho, principalmente em razão das diversas formas de violências laborais, a exemplo do assédio moral, da gestão por injúria, do trabalho forçado similar ao escravo, do assédio sexual e tantos outros fenômenos de violência.

3 – A Psicologia como suporte pericial na Justiça do Trabalho

A Psicologia é uma ciência reconhecida como profissão no Brasil desde agosto de 1962, conforme prevê a Lei nº 4.119 e o Decreto nº 53.464, de 21 de janeiro de 1964.

Na descrição sumária da atividade do profissional psicólogo jurídico, código 2515-25 da Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, regulamentada pelo Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil, constam as seguintes atividades macro: estudar e avaliar o desenvolvimento emocional e os processos mentais e sociais de indivíduos, grupos e instituições, com a finalidade de análise, tratamento, orientação e educação, diagnosticar e avaliar distúrbios emocionais e mentais e de adaptação social, elucidando conflitos e questões psíquicas. Investigar os fatores inconscientes do comportamento individual e grupal, tornando-os conscientes. Ratifica-se, portanto, que as doenças ou distúrbios mentais estão previstos no CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – Décima Revisão), no Grupo F (Transtornos ou distúrbios mentais e comportamentais).

Na atividade do psicólogo jurídico é papel do perito, conforme a Resolução nº 08/2010: realizar anamnese, triar casos, entrevistar pessoas, levantar dados pertinentes, observar pessoas e situações, levantar hipóteses diagnósticas, elaborar diagnóstico, dar devolutiva, investigar pessoas, situações e problemas, escolher, aplicar, mensurar resultados e analisar resultados de instrumentos de avaliação psicológica (de uso exclusivo do profissional psicólogo), avaliar sinais e sintomas funcionais, psíquicos e energéticos, propiciar espaço para acolhimento de vivências emocionais (*setting* terapêutico), promover suporte emocional, propiciar criação de vínculos paciente-terapeuta, interpretar, elucidar e mediar conflitos, reabilitar aspectos cognitivos, psicomotores, comportamentais e corporais, propor intervenções, esclarecer as repercussões psicológicas decorrentes dos procedimentos médico-hospitalares, visitar domicílios, instituições e equipamentos sociais, estudar e apresentar estudos de caso, investigar o psiquismo humano e o comportamento individual, grupal e institucional, elaborar pareceres, laudos e perícias e convocar pessoas.

DOCTRINA

Segundo a CBO, este profissional deve ter competência de demonstrar capacidade de: preservar sigilo, trabalhar em equipe, manter a imparcialidade, respeitar os limites de atuação, demonstrar interesse pela pessoa/ser humano, saber ouvir, lidar com situações adversas, respeitar valores e crenças, observação, habilidade de questionar, coordenação motora fina, sensibilidade tátil, raciocínio abstrato, visão sistêmica, empatia, visão holística, atenção seletiva, percepção, tolerância, altruísmo, interpretar linguagem verbal e não verbal, liderança, tomar decisões, adequar linguagem, efetuar atendimento humanizado e ainda acolhimento. Portanto, a Psicologia estuda e faz o diagnóstico do comportamento humano e dos transtornos mentais e comportamentais.

Atualmente, além de demandas psicológicas periciais de sofrimento no trabalho em razão das diversas formas de violência e danos morais, ainda tem demandado o fenômeno de “perda de chance”, quando o trabalhador apresenta perfil profissiográfico para cargos e funções de maior complexidade, mas que, por razões do contexto organizacional, perde a oportunidade de crescimento e encareiramento profissional.

Com esse norte, é importante salientar que nas configurações atuais das empresas públicas e privadas são essenciais a análise do ambiente de trabalho e a criação de canais de atuação onde a escuta especializada do psicólogo promova a mediação de conflitos e, também, antevêja os problemas que podem ser gerados pelas mais diversas demandas que ocorrem no ambiente laboral. Desde a aplicação e acompanhamento de metas à mediação de conflitos entre colegas de trabalho e também na hierarquia das empresas pode e deve ser objeto de atuação desses profissionais.

Ressalta-se que com essa escuta e com as entrevistas devolutivas, o psicólogo é peça fundamental para a restauração de situações litigiosas de forma interna e também oferece uma contribuição significativa para evitar que esse tipo de conflito venha a se tornar uma demanda judicial, justificando, inclusive, a inclusão da categoria na equipe do Serviço Especializado de Segurança e Medicina do Trabalho – SESMT, hoje formada apenas pelo médico do trabalho, enfermeiro e técnico de enfermagem, engenheiro e técnico de segurança. Urge, desse modo, a atualização da Norma Regulamentadora nº 04, que determina sua formação, editada em 1978, e que atualmente não dá conta do contexto emergente do trabalho.

Nessa direção, o Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (PE) vem realizando perícias psicológicas desde 2007, conforme laudos acostados nos processos pela autora deste artigo, a psicóloga Laura Pedrosa Caldas, subsidiando os magistrados do trabalho em situações que demandam elucidar, prin-

principalmente, vivências de violências no contexto laboral e os danos psíquicos de trabalhadores reclamantes.

4 – Considerações finais

Foi objetivo deste artigo elucidar as contribuições da ciência da Psicologia, por meio das perícias psicológicas, para a tomada de decisão dos magistrados do trabalho acerca dos adoecimentos psíquicos, mentais e/ou comportamentais de trabalhadores, cujo nexos de causalidade estar relacionado, direta ou indiretamente, ao contexto de suas atividades laborais. A revisão bibliográfica aponta que a Psicologia, por meio de seus instrumentos científicos, tais como: a entrevista e os testes psicométricos, como fora dito, de uso exclusivo dos psicólogos, contribuem sobremaneira para demonstrar os sinais e sintomas, bem como seu marco na estrutura e na psicodinâmica da personalidade do trabalhador que possa demonstrar sua vulnerabilidade ao adoecimento psíquico, denotando a responsabilidade, embora que nem sempre objetiva, do empregador. Essa responsabilidade, ratifica-se, inicia no processo de recrutamento e seleção, quando deveriam ser utilizadas ferramentas de diagnóstico do perfil desse trabalhador e sua compatibilidade com a tarefa a ser elaborada, evitando que aspectos da subjetividade e das competências comportamentais não se tornem fonte de adoecimento.

Por fim, é significativo ressaltar que nenhuma ciência da saúde, isolada, dá conta da integralidade do sujeito, sugerindo, acima da multidisciplinaridade, a transdisciplinaridade, para compreender os fenômenos que levam aos comprometimentos psicossomáticos dos trabalhadores.

Referências bibliográficas

BRASIL. Portaria Interministerial nº 800. 3ª Conferência Nacional de Saúde do Trabalhador. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 03 de março de 2005.

BORGES, L. O.; YAMAMOTO, O. H. O mundo do trabalho. In: ZANELLI, J. C.; BORGES-ANDRADE, J. E.; BASTOS, A. V. B. (Org.). *Psicologia, organizações e trabalho no Brasil*. Porto Alegre: Artmed, 2004. p. 24-62.

CALDAS, L. P. *Assédio moral no trabalho, sofrimento e impactos na família: estudo com trabalhadores atendidos no CEST (Centro Especializado em Saúde do Trabalhador), da Prefeitura do Recife/PE*. (Dissertação de Mestrado) MELO, Z. (orientadora). Recife: UNICAP, 2007.

CALDAS, L. P.; CALDAS, M. T.; CASTRO, D. Protocolo de intervenção psicossocial sistêmica nos casos de assédio moral no trabalho. In: SOBOLL, L. A. (Org.). *Intervenções em assédio moral e organizacional*. São Paulo: LTr, 2017.

DOCTRINA

CALDAS, L. P.; CALDAS, M. T. Luiza. A fala do corpo que não cala. In: CALDAS, M. T.; FRANCISCO, A. L.; CALDAS, L. P. (Org.). *As múltiplas relações entre trabalho e psicologia*. Curitiba: CRV, 2016.

PEDROSA, R. F.; CALDAS, M. T.; CALDAS, L. P. In: CALDAS, M. T.; FRANCISCO, A. L.; CALDAS, L. P. (Org.). *As múltiplas relações entre trabalho e psicologia*. CRV: Curitiba, 2017.

CALDAS, L. P.; BISPO, P. *Remédio para o absenteísmo*. Recuperado em março de 2014. Disponível em: <<http://www.rh.com.br/Portal/Desempenho/Materia/4524/remedio-para-o-absenteismo>>.

CALDAS, L. P. *A saúde mental por um fio de alta tensão: modelo de intervenção psicossocial sistêmico aplicada em empresa do setor elétrico energético brasileiro*. Tese de Doutorado. Orientador: CALDAS, M. T. Recife: UNICAP, 2016. (no prelo)

DEJOURS, C.; ABDOUCHELI, E.; JAYET, *Psicodinâmica do trabalho: contribuições da escola dejouriana à análise da relação prazer, sofrimento e trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

DEJOURS, C.; BÈGUE, F. *Suicídio e trabalho: o que fazer?* Brasília: Paralelo 15, 2010.

Acessos

Definição de “burnout” como estresse crônico pela OMS deve servir para a elaboração de políticas públicas de trabalho. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28204:definicao-de-burnout-como-estresse-cronico-pela-oms-deve-servir-para-a-elaboracao-de-politicas-publicas-de-trabalho&catid=2:noticias>. Acesso em: 31 maio 2019.

Recebido em: 31/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019

DO TRABALHO ÀS FAMÍLIAS: POR ONDE PERPASSA O DIREITO

FROM WORK TO FAMILIES: WHEREVER RIGHTS GO

Carolina de Castro Iannotti*

Marcella Pagani**

RESUMO: Este artigo realizou um estudo a partir da dinamicidade vivida pela sociedade pós-moderna que reflete diretamente no mundo do trabalho e das famílias. Verificou-se que as relações jurídicas que envolvem o homem têm se caracterizado, de um modo geral, pelo rompimento de paradigmas que já não satisfazem a compreensão do próprio homem. O Direito das Famílias passou a ter um conceito aberto, tutelando o sujeito e resguardando a dignidade de seus membros, o que exige que o Direito do Trabalho se adeque à nova realidade, reconhecendo e resguardando as relações jurídicas advindas das relações de trabalho e que permeiam as relações em família.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Famílias. Direito do Trabalho. Conexão.

ABSTRACT: This article made a study based on the dynamicity lived by postmodern society that reflects directly in the world of work and families. It has been found that the legal relationships involving man have been characterized, in general, by the breaking of paradigms that no longer satisfy the understanding of man himself. The Family Law began to have an open concept, protecting the subject and protecting the dignity of its members, which requires Labor Law to adapt to the new reality, recognizing and safeguarding legal relationships arising from labor relations and family relationships.

KEYWORDS: Family Law. Labor Law. Connection.

1 – Introdução

O atual contexto histórico em que a humanidade vem passando é pautado por grandes transformações de ordem tecnológica, econômica, política e social. A mutabilidade está tão presente, tão enraizada nas relações humanas, que as pessoas nem mais notam esse fenômeno.

Essa dinamicidade vivida tem influência direta no mundo do trabalho e das famílias. Com efeito, as relações jurídicas que envolvem o ser humano

* *Mestre em Direito pela PUC Minas; professora da graduação e pós-graduação lato sensu da PUC Minas; membro da Diretoria do IBDFAM/MG; membro da Comissão de Direito de Família da OAB/MG; advogada.*

** *Doutora e mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas; especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário; professora universitária; advogada.*

têm se caracterizado, de um modo geral, pelo rompimento de paradigmas que já não satisfazem a compreensão do próprio homem.

O Direito das Famílias, diante das normas principiológicas consagradas pela Constituição da República do Brasil de 1988, passou a ter um conceito aberto, tutelando o sujeito e resguardando a dignidade de seus membros.

Com a transformação da sociedade e, conseqüentemente, das relações dos sujeitos em família, necessário que o Direito do Trabalho se adeque à nova realidade, reconhecendo e resguardando as relações jurídicas advindas das relações de trabalho e que permeiam as relações em família.

Esse cenário de mutabilidade constante tem exigido um redimensionamento das práticas remediadoras, assim entendidas o trabalho, a sociabilidade e a família, porque a construção de um novo paradigma sobre trabalho e família se faz emergente.

2 – A família contemporânea

A família é instituição presente ao longo de toda a humanidade. Por ser dinâmica, adequa-se à realidade histórico-social, de forma a atender aos anseios daqueles que a compõe. O Direito, visando ao amparo das relações familiares, acompanha o desenvolvimento da sociedade que está em constante transformação.

Os novos contornos das relações familiares trouxeram para o Direito o afeto como paradigma da estruturação familiar. Onde antes se tinha a família institucionalizada e amparada em seus aspectos patrimoniais, hoje se tem a família eudemonista.

Para se chegar ao conceito atual de família, que hoje é amparada pelo Estado brasileiro, foi necessária uma grande evolução legislativa ao longo do século XX, que teve como o seu maior marco a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Normas principiológicas foram consagradas e passaram a ser aplicadas como solução mais adequada dos conflitos familiares. Leis esparsas foram editadas para se ajustar aos anseios sociais, como se verá adiante.

2.1 – Evolução histórica do Direito de Família brasileiro

A família disciplinada no Código Civil de 1916 (CC/1916) se caracterizava por ser hierarquizada, patrimonialista, patriarcal, unitária e indissolúvel. Somente se reconhecia juridicamente aquela constituída por meio de casa-

DOCTRINA

mento civil válido. Outras formas de convivência eram rechaçadas por nosso ordenamento jurídico. Uniões informais eram classificadas como relações concubinárias alheias à proteção do Estado.

O Estado protegia a família enquanto instituição, não se preocupando com os membros que a compunham. A tutela estatal girava em torno do patrimônio.

A filiação era classificada como legítima e ilegítima. Somente possuía *status* de filho aquele advindo do matrimônio. Os filhos fora do casamento eram tidos como ilegítimos e se classificavam em naturais e espúrios. Os primeiros eram aqueles cujos pais não eram casados entre si, mas não havia impedimento matrimonial. A prole poderia, portanto, se legitimar com o posterior casamento dos genitores. Os segundos se subdividiam em filhos adulterinos, quando a relação era extramatrimonial, e filhos incestuosos, quando o impedimento advinha do parentesco.

Aos poucos, a realidade foi se modificando, a Lei nº 883, de 1949, conhecida como Lei Teresoca, veio permitir a qualquer cônjuge o reconhecimento do filho havido fora do casamento, depois de dissolvida a sociedade conjugal ou após a separação de fato por mais de cinco anos. Permitiu, ainda, o reconhecimento do filho ilegítimo, na constância do casamento, por testamento cerrado. O filho ilegítimo assim reconhecido teria direito à metade da herança cabível ao filho legítimo.

O pai/marido era o chefe da família, detinha o pátrio poder em relação aos filhos e o poder marital em relação à mulher. A mulher casada era considerada relativamente incapaz, devendo ser assistida por seu consorte nos atos da vida civil. Somente em 1962, por força do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), é que adquiriu capacidade plena e passou a poder administrar seus próprios bens. Essa lei ainda criou os bens reservados da mulher casada. Independente do regime de bens, aqueles que viessem a ser adquiridos pela mulher com o fruto do seu trabalho somente a ela pertenceriam.

O Código Civil de 1916 trouxe o instituto da adoção, limitando àquelas pessoas com mais de 50 anos que não tinham filhos biológicos. Era feita por escritura pública, sendo revogável. O vínculo se limitava ao adotado e ao adotante, não se estendendo aos familiares destes.

A Lei nº 4.655/65 disciplinou a legitimação adotiva, permitindo a legitimação de crianças em situação de risco, que tinham até 7 anos de idade. Após a adoção, teriam os mesmos direitos dos filhos legítimos – salvo no caso de sucessão, se concorresse com o filho legítimo superveniente à adoção. Era

DOCTRINA

irrevogável. A adoção somente se estendia aos familiares, quando os ascendentes dos adotantes dessem adesão ao ato.

Somente em 1979 (Lei nº 6.697/79), foi introduzida a adoção plena em nosso ordenamento jurídico. A Lei, conhecida como Código de Menores, visava à proteção de crianças e adolescentes em situação irregular. Aquele assim adotado passava a ter todos os direitos de filho. A adoção era irrevogável.

A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) foi o primeiro passo para se reconhecer outras formas de entidade familiar, pois o legislador previu a possibilidade de se dissolver a única forma de família até então conhecida. Pela sua redação original, o divórcio somente podia ocorrer uma vez. O divórcio direto era permitido para aquelas pessoas que estivessem separadas de fato há mais de cinco anos quando da entrada em vigor da lei. O prazo para o divórcio por conversão era de três anos a contar da data do trânsito em julgado da sentença da separação judicial. A Lei nº 7.841/89 modificou a Lei do Divórcio – arts. 36, parágrafo único, I, e art. 40, *caput* – reduzindo para um ano o prazo para o divórcio indireto e para dois anos o prazo para o divórcio direto, adequando-se ao art. 226, § 6º, da CRFB/88.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abrangeu o conceito de família. Trouxe no *caput* do art. 226 que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988).

Diversamente das Constituições anteriores, não delimitou qual família teria a tutela estatal. Assim, a família deixa de ser unitária e passa a ser plural. De forma exemplificativa, além do casamento, a Constituição da República traz a união estável e a família monoparental como entidades familiares.

A união estável é aquela união informal, pública, duradoura e notória, com intuito de constituir família. Embora a CRFB/88 fale em união entre homem e mulher, o Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e a ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, entendeu que, diante dos princípios constitucionais, a união entre pessoas do mesmo sexo, também chamada de união homoafetiva, quando abrangida pelas características acima mencionadas, configura união estável.

A família monoparental, aquela formada por um dos pais e seus filhos menores, pode ter por causa a vontade, a separação, o divórcio ou a viuvez. Neste tipo de entidade familiar, o número de mães que vivem com os filhos é predominante ao número de pais. Embora prevista expressamente na Constituição, a família monoparental não possui estatuto jurídico próprio, sendo-lhe

aplicáveis as regras de direito de família referentes ao parentesco, filiação e poder familiar (LOBO, 2008).

Importante destacar que o art. 226 da Constituição da República de 1988 não constitui *numerus clausus*, sendo a enumeração exemplificativa. Esse artigo deve ser entendido como cláusula geral de inclusão, podendo ser enquadrado no conceito de família qualquer forma de convivência que tenha como elementos caracterizadores a estabilidade, afetividade e ostensibilidade. A afetividade é o fundamento e a finalidade da família; trata-se de elemento psicológico, que pode conter ou não fim sexual. A estabilidade significa que deve haver comunhão de vida, excluindo as relações casuais, esporádicas. A ostensibilidade pressupõe a família que assim se apresenta de forma pública (LÔBO, 2002).

Nesse contexto, novos formatos de família têm buscado a tutela estatal, como, por exemplo, as chamadas famílias simultâneas e as uniões estáveis poliafetivas.

A família constitucionalizada passa a ter uma concepção eudemonista. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) preceitua, em seu art. 227, diversamente de outrora, no qual o amparo estatal recaía sobre o núcleo familiar, a promoção do sujeito, protegendo cada um dos membros que a compõe. O interesse da pessoa humana integrante da família deve prevalecer em relação aos interesses patrimoniais. Consagrou-se a igualdade. A família passa a ter natureza socioafetiva e passa a ser um espaço de realização pessoal e da dignidade da pessoa humana (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010).

A família contemporânea possui concepção aberta, caracterizando-se por ser plural, dissolúvel, igualitária e eudemonista.

2.2 – Dos princípios constitucionais do Direito de Família

As normas principiológicas possuem importância fundamental para o Direito de Família. Por vezes, as soluções jurídicas de conflitos na esfera prática se dão com a aplicação dos princípios constitucionais.

“(…) constituem as proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico. Com isso, não se pode olvidar que os princípios são *enunciados com força normativa* e, por força disso, tendem à produção de efeitos concretos, que emergem do garantismo constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade.” (CHAVES; ROSENVALD, 2015, p. 37)

DOCTRINA

A Dignidade da Pessoa Humana é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica, previsto no art. 1º, III, da CRFB/88.

“A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. Kant, em lição que continua atual, procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que não pode ser objeto de troca.” (LOBO *in* PEREIRA, 2015 p. 109)

No capítulo da Constituição da República de 1988 destinado à família, o princípio evidencia-se nas normas que visam a tutelar os membros das relações familiares, tais como o art. 226, § 7º, art. 227, *caput*, e art. 230.

Visando à consolidação desse princípio, o Estado deve reconhecer todas aquelas famílias em que seus componentes se realizem enquanto sujeitos de direito e assim a classificam. Surgem diversas entidades, como as famílias homoafetivas, as anaparentais, avoengas, famílias simultâneas, multiparentais e, mais recentemente, o poliamorismo vem ganhando espaço nos debates jurídicos.

“A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção, independentemente da sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum – permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticas e humanistas.” (DIAS, 2015, p. 45)

Como dito, o afeto passa a ser o fundamento da família e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o consagra, embora não mencione expressamente como princípio.

“É o princípio que fundamenta o direito de família, na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. (...) especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusiva biológica da família.” (LOBO *in* PEREIRA, 2015, p. 118)

A afetividade, enquanto princípio, não se confunde com o afeto (fato psicológico). Assim, a afetividade é presumida, mesmo que falte o afeto. Como a afetividade é determinante para a estabilidade das relações, torna-se muitas

vezes desnecessária ou relativa à intervenção legislativa. A afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares (LOBO, 2008).

“A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações: assim, *a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles*. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar (...).” (LOBO, 2008, p. 48) (grifou-se)

Outro princípio importante na contemporaneidade é o da Igualdade, que no direito das famílias se subdivide em igualdade de gêneros, de filiação e de entidades familiares, disciplinadas no art. 5º, I; art. 226, §§ 1º, 3º, 4º, 5º; e art. 227 da CRFB/88.

A igualdade de gêneros foi elevada ao *status* de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados. Esse princípio é dirigido ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrarie, também à Administração Pública para que promova políticas públicas de superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros. O princípio da igualdade, como os demais, não é de aplicabilidade absoluta; admite limitações que não violem seu núcleo essencial. A igualdade jurídica não pode apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre pessoas e entidades familiares, mas as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico desigual (LOBO, 2008).

Em relação à igualdade existente entre cônjuges e companheiros, há que se esclarecer que, diferente da disciplina civilista de 1916, não existe mais chefe de família ou poder marital. A sociedade conjugal é exercida pelo casal conjuntamente. Há a igualdade de direitos e deveres conjugais que não se limitam às relações recíprocas entre o casal, mas também de cada um deles com os filhos em comum.

A CRFB/88, como dito alhures, nos traz um conceito aberto de família, em que diversas formas de convivência podem ser enquadradas no conceito de entidade familiar. De acordo com o princípio aqui estudado, a tutela jurídica deverá recair sobre todas elas, sem restrição. Resumindo, não há que se falar em hierarquia entre as entidades familiares e/ou imposição de um modelo preferencial sobre as outras.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012) chamam à atenção o fato de que o princípio da igualdade no Direito das Famílias não se resume à igualdade de gêneros, filhos e entidades familiares.

“O princípio da igualdade em matéria de família, no entanto, não se resume a esses três âmbitos (gêneros, filhos e espécies familiares), embora eles emergjam com grande clareza. O maior desafio que o princípio da igualdade traz consigo diz respeito à sua aplicação em temas até então pouco explorados pelo direito das famílias. A orientação sexual, a opção religiosa e as deficiências fisiopsíquicas, dentre outros, são urgentes provocações das quais a hermenêutica jurídico-familiar não podem escapar. (...)” (ALMEIDA; RODRIGUES Jr., 2012, p. 55)

No direito das famílias, o Princípio da Liberdade está ligado à possibilidade de a pessoa ter a liberdade de escolher a forma de entidade familiar que deseja constituir; a liberdade de escolha em relação ao regime de bens que irá reger o estatuto patrimonial de sociedade conjugal/união estável, bem como de aquisição e administração de bens; e o livre planejamento familiar.

Ao se falar em liberdade em constituir a família, entende-se que esta liberdade alcança a escolha de desconstitui-la a qualquer momento, sem restrição ou imposição por parte do Poder Público, de forma a promover a dignidade do sujeito. Qualquer que seja a entidade familiar formada, o Estado deverá dar especial proteção, nos termos do art. 226 da CRFB/88.

O planejamento familiar é de livre decisão do casal (art. 226, § 7º, da CRFB/88), assim há a livre definição de modelo educacional, cultural e religioso, bem como quanto ter ou não filhos e a quantidade.

Para exercer adequadamente este direito, o Estado deve fornecer informação, assistência e pleno acesso a recursos, que permitam que os cidadãos possam fazer opções conscientes. O Estado deve estar sempre presente no exercício do direito do livre planejamento familiar.

De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (2010), o livre planejamento familiar é direito fundamental ligado ao livre desenvolvimento da personalidade. Embora esteja relacionado à autonomia privada, no Estado Democrático de Direito, a vontade dos cidadãos deve ter por base o texto constitucional, observando o princípio da dignidade da pessoa humana e o da paternidade responsável.

Encontra-se no art. 3º, I, da CRFB/88, o Princípio da Solidariedade. No capítulo destinado à família, consagra a superação do individualismo jurídico.

DOCTRINA

“A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.” (LOBO *in* PEREIRA, 2015, p. 111)

O Princípio é encontrado no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e ao idoso (art. 230).

Deve ser entendido como a solidariedade recíproca entre os familiares, cônjuges e companheiros, e dos pais em relação aos filhos, já que há o dever de cuidado até a idade adulta.

“Desenvolve-se no âmbito do Direito de Família estudos relativos ao ‘cuidado como valor jurídico’. O cuidado desponta como força nos estatutos tutelares das pessoas vulneráveis, como a criança e o idoso, que regulamentaram os comandos constitucionais sobre a matéria. O cuidado sob o ponto de vista do direito recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta.” (LOBO *in* PEREIRA, 2015, p. 113)

3 – O Direito do Trabalho e as famílias

O Direito do Trabalho é fruto da Modernidade e, como tal, “o paradigma da modernidade é muito rico e complexo, tão susceptível de variações profundas como de desenvolvimentos contraditórios” (SANTOS, 2000, p. 50). O Direito do Trabalho, portanto, é um dos ramos do Direito que mais almeja a segurança e a justiça, visando à “redistribuição dos bens sociais, dando a cada um aquilo que lhe pertence, procurando romper a antiga estrutura econômica e social” (MORAIS FILHO, 1956, p. 21).

Por isso, esse ramo jurídico sempre se mostrou dinâmico, flexível e atento às transformações socioeconômicas, tendo como objetivo precípuo a promoção de condições mais modernas, dinâmicas e dignas de gestão da força de trabalho.

Nessa esteira, surgem novas morfologias de trabalho acompanhadas de uma tendência precarizante da normatização trabalhista que tem se confrontado com o caráter modernizante e progressista desse ramo do Direito.

É preciso harmonizar as necessidades e transformações vividas pela sociedade contemporânea com a gênese do Direito do Trabalho, que é fundado

DOCTRINA

no eixo constitucional da dignidade humana. Porque, se o Direito não enxergar o trabalhador como ser humano, retomar-se-ão os tempos do trabalho como mercadoria passível de apropriação. Sob esse aspecto, permite-se sua evolução como direito protetor, visando minimizar as desigualdades sociais e econômicas do trabalhador.

O contrato de trabalho deve ser visto como instrumento de cidadania, a partir da garantia dos direitos e valores sociais. Desse modo, a contratualidade inerente aos negócios jurídicos perde espaço frente aos novos modos de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica vigente. Nessa nova concepção contratual, é sabido que a vontade dos contratantes é condicionada à própria necessidade, já que hoje, as pessoas não contratam apenas porque desejam.

Explica César Fiuza (2003, p. 107) que “é com fundamento na dignidade humana, na promoção do ser humano, nos direitos fundamentais, enfim, que o exegeta deverá interpretar os contratos”. Assim, os direitos sociais do trabalhador transcendem ao próprio contratualismo até então vigente, permitindo a adaptação do Direito do Trabalho às novas modalidades de pactuação da força laboral.

Com efeito, o que o Direito do Trabalho e, por consequência, o contrato de trabalho têm relação com o Direito das Famílias e a família contemporânea? Nos últimos anos, verificou-se uma profunda alteração da legislação trabalhista provocada por essa nova visão de família contemporânea.

O ponto de intersecção entre o trabalho e a família e o Direito do Trabalho e o Direito das Famílias é o próprio ser humano. É o homem a razão de ser do Direito e é para o homem que o Direito deve se concretizar.

O trabalho e a família, aliados a outros direitos sociais (art. 6º da CR/88), permitem o reconhecimento pelo homem trabalhador do seu papel no desenvolvimento de um processo social transformador, hábil a construir um senso crítico, político e democrático de cidadania. Assim, trabalho e família tornam-se pontos de intersecção entre o econômico e o social.

A partir desse dinamismo das novas relações sociais estabelecidas no mundo contemporâneo, tanto o Direito do Trabalho como o Direito das Famílias tiveram que se ajustar, buscando a proteção do trabalho e da família enquanto “institutos” inerentes ao ser humano.

Avanços legislativos são verificados, na medida em que o legislador celetista reconheceu a possibilidade de se estabelecerem outras formas de famílias que não a da tradicionalmente concebida (pai – mãe – filho), como,

por exemplo, ao estender o direito à licença-maternidade ao pai adotivo (art. 392-C da CLT).

Por outro lado, caberá ao Poder Judiciário, com fundamento nos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e do valor social do trabalho interpretar de maneira ampliativa o disposto nos arts. 391, 391-A, 392 e 392-B, todos da CLT¹, para estender o direito à garantia provisória de emprego e o gozo da licença-maternidade aos casais formadores das famílias homoafetivas, as anaparentais, avoengas, famílias simultâneas, multiparentais e, até mesmo, do poliamorismo.

Trata-se de um novo paradigma de família que merece cuidado, proteção e reconhecimento integral pelo ordenamento jurídico e que reflete nas novas morfologias do trabalho humano.

Contextualizando o atual cenário jurídico brasileiro, é possível verificar o avanço de um período ultraliberal que culminou nas recentes alterações legislativas, como a Lei nº 13.467/2017 que, objetivando a desestruturação da hegemônica relação empregatícia e, por consequência, do próprio ramo jus-laboral, efetivou alterações profundas e impactantes tanto em nível de direito material do trabalho quanto em direito processual do trabalho.

Referida legislação tem como fundamento o esfacelamento de toda a estrutura do Direito do Trabalho que visa à proteção do trabalho humano, violando, desse modo, o princípio constitucional da vedação do retrocesso.

A famigerada reforma trabalhista, muito embora não tenha tratado dessas novas morfologias do núcleo familiar e seus impactos nas relações de trabalho, propõe a destruição do homem, tornando-o mercadoria apropriável do mercado. É o direito sendo ditado pela lógica do mercado. A desconstrução do Direito do Trabalho é o seu ponto alvo, já que sendo esse ramo jurídico instrumento de controle do poder (capital), na medida em que se fragiliza tal instrumento de controle, reforça-se o poder do empregador (capital).

1 “Art. 391. Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono.”

DOCTRINA

Nessa medida, mostra-se imprescindível a retomada da proteção insculpida na Constituição da República de 1988 que elevou, ao patamar de direito fundamental, o trabalho humano. As diretrizes sociais fundadas no texto constitucional devem ser revisitadas, revividas e concretizadas como forma de bloqueio aos avanços dessa corrente ultraliberal.

O Direito do Trabalho sempre se posicionou como um direito de distribuição de renda, um direito de liberdade e de cidadania, promovendo a democracia através da inserção do trabalhador na sociedade econômica. Destruir ou destituir esse ramo jurídico é aniquilar a liberdade e a democracia, base de uma sociedade justa e solidária. É marginalizar o marginalizado, restabelecendo o absolutismo do capital.

A precarização das condições socioeconômicas e a negação de novas entidades familiares intensificam o fenômeno da marginalidade social tanto no âmbito das relações de trabalho como, também, na seara familiar.

A intensificação dos níveis de marginalidade social compromete o exercício dos direitos da cidadania, especificamente em relação à classe trabalhadora, excluída da rede protetora do ordenamento justralhista.

Para tanto, o ordenamento jurídico deve ampliar o raio sobre os atores do mundo do trabalho, promovendo a vida digna do trabalhador por meio da efetividade do trabalho e do reconhecimento das novas entidades familiares. Espera-se a mutabilidade de sua compreensão visando atender as novas e cambiantes relações familiares surgidas nos últimos tempos.

O Direito do Trabalho é um ramo jurídico inclusivo que, balizado por suas características e funções, tem por finalidade tutelar o maior número de pessoas possível que, por meio de seu trabalho, lutam pelo acesso a uma vida digna e, conseqüentemente, ao resgate da cidadania na perspectiva da sociedade capitalista contemporânea.

Sobre esse aspecto, complementa Baylos (1999, p. 50):

“A ampla definição dos âmbitos de aplicação do Direito do Trabalho deveria ser capaz, no entanto, de inserir-se num discurso mais abrangente, que incorpore a ideia de cidadania como eixo da construção do futuro sistema jurídico do trabalho. Assim, o trabalhador seria concebido não a partir da segmentação feita pelo trabalho industrial, mas sim a partir de um momento anterior que envolve o trabalho e o não trabalho, *as exigências da vida do sujeito.*”

DOCTRINA

O dinamismo peculiar do Direito do Trabalho conduz à formação de um ramo jurídico voltado para o homem que se utiliza de sua força de trabalho como meio de acesso a uma vida digna, independentemente do seu núcleo familiar.

O Direito do Trabalho mudaria o sentido de sua interferência na sociedade, implicando na releitura de conceitos já superados, vez que agora ele se posiciona com o intuito de propiciar a socialização do trabalho humano, reconhecendo juridicamente o valor social e moral desse trabalho.

O papel que a família exerce sobre o autoconhecimento e autonomia do trabalhador é inquestionável, porque ela sempre teve relação direta com a construção do ser humano e sua transformação social.

Romper com antigos paradigmas e coadunar-se com os novos, no que diz respeito aos contornos da família contemporânea, permitem a integração social e o resgate da cidadania do trabalhador.

4 – Conclusão

O Direito das Famílias, no viés do Direito Civil Constitucional, ganhou nova roupagem. O conceito que antes se restringia a noção de casamento, ou seja, a uma forma unitária de constituição de família, hoje, dentro do Estado Democrático de Direito, não mais sofre essa restrição, passando a ser caracterizada por ser plural.

Nesse novo paradigma, novos núcleos familiares passaram a reivindicar o amparo e a tutela do Estado, em todos os seus espectros.

O mundo contemporâneo exige uma interligação entre os direitos fundamentais. Diante dessa realidade, é imprescindível reconhecer a importância dos novos contornos do conceito de família e o seu reflexo nas relações laborais, exigindo um posicionamento proativo do Direito do Trabalho no acolhimento desses novos preceitos.

A família e o trabalho, além de compor a teia de necessidades humanas, não são estáticos e comprimidos em conceitos preestabelecidos, pois vivem em constante processo de construção e adaptação às exigências do mundo moderno, tornando-se uma ponte entre o ser humano e o universo que o cerca.

5 – Referências bibliográficas

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES Jr., Walsir. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DOUTRINA

BAYLOS, Antonio. *Direito do trabalho: modelo para armar*. Trad. Flávio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. *Código Civil*. 17. ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6.

FIUZA, César. A principiologia contratual e a função social dos contratos. In: LAGE, Emérson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Org.). *Novo Código Civil e seus desdobramentos no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

MORAIS FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. 1.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. I.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

Recebido em: 19/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019

A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA NA SUCESSÃO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

LABOR LIABILITY IN SUCCESSION IN CONTRACTS FOR THE CONCESSION OF PUBLIC SERVICES

Viviann Brito Mattos*

Diego Freitas Leite Pinto**

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo o estudo da responsabilidade na sucessão, na esfera juslaboral, a partir da nova normatização celetista do instituto, dada pelos arts. 10-A e 448-A da CLT, visando analisar a responsabilidade do sucessor nos contratos administrativos de concessão e permissão.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão Trabalhista. Contratos Administrativos de Permissão e Concessão. Hermenêutica Juslaboral.

ABSTRACT: *The present work has as scope the study of the responsibility in the succession, in the juslaboral sphere, starting from the new normatization of the institute, given by articles 10-A and 448-A of the CLT, aiming to analyze the responsibility of the successor in administrative contracts of concession and permission.*

KEYWORDS: *Labor Succession. Permit and Concession Administrative Agreements. Labor Interpretation.*

1 – Introdução

A crise econômica que atingiu o país nos últimos anos levou, de modo geral, muitas empresas a encerrarem suas atividades, refletindo de forma pesada e negativa no desempenho setorial e na saúde financeira daquelas que têm contratos administrativos precários de permissão e concessão de serviços públicos (v.g., empresas de transporte público, administradora de cemitérios, telefonia, etc.).

* *Procuradora do trabalho – MPT-PRT1/RJ; mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo – ESMP/SP; pós-graduanda em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU.*

** *Assessor jurídico do 38º Ofício Especializado em Fraudes Trabalhistas da MPT-PRT 1ª Região/RJ; pós-graduado em Advocacia Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; pós-graduado em Direito Processual Civil com ênfase em Relações Jurídicas Privadas pela Universidade Federal Fluminense – UFF; pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes – UCAM; graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.*

No ramo dos transportes, por exemplo, em pesquisa realizada pela Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos – ANTU, 37% das empresas por ela consultadas possuíam dívidas tributárias com a União e 20% delas com os Municípios. Três a cada 10 empresas devem à Previdência Social, quase 30% possuem dívidas superiores a 40% do faturamento anual e pouco menos da metade das empresas pesquisadas estavam inscritas em algum programa de recuperação fiscal¹. Só no Estado do Rio de Janeiro, em três anos, 10 empresas de ônibus fecharam e outras dezenas acumulam dívidas².

Em momentos de crise econômica, as empresas brasileiras se acostumaram a alterar seus patamares do ponto de vista da organização da produção e de reorganização do uso e da remuneração do trabalho, com o enxugamento do quadro, diminuição dos benefícios, atrasos nos pagamentos de salários, não pagamento de verbas rescisórias e não recolhimentos fundiários e de INSS, pois é mais fácil prostrar o pagamento de salários e direitos básicos aos trabalhadores do que deixar de pagar fornecedores ou perder as condições econômicas.

Ocorre que, quando se trata de empresas permissionárias ou concessionárias do serviço público, a incapacidade de pagar dívidas, de acordo com a Lei nº 8.987/95, pode levar à extinção do contrato administrativo, por caducidade (arts. 35, III, e 38, § 1^o) ou por falência ou extinção da empresa concessionária

1 Disponível em: <<https://www.guiasoftbus.com.br/single-post/2017/09/13/Reflexos-da-Crise-Econ%C3%B4mica-Sobre-o-Transporte-P%C3%ABlico-Urbano>>.

2 Em apenas três anos, dez empresas de ônibus fecham no Rio. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/em-apanas-tres-anos-dez-empresas-de-onibus-fecham-no-rio-22707411#ixzz5SOLcBMSUa>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

3 “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1^o A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I – o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II – a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III – a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV – a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V – a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI – a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII – a concessionária for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

§ 2^o A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.”

e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual (art. 35, VI).

Não obstante, apesar do rol previsto na Lei nº 8.987/95, a decretação da caducidade por perda das condições econômicas é sempre aplicada com extrema cautela, e, muitas vezes, sem levar-se em consideração as infrações trabalhistas ocorridas ao longo do contrato de trabalho, de modo que, quando chega ao ponto da ruptura contratual, os débitos trabalhistas são grandes e a empresa não tem mais condições de arcar com eles.

A responsabilidade pelos débitos trabalhistas na retomada do serviço público pelo Poder Público, com a extinção do contrato administrativo, sempre foi motivo de muita polêmica, pois além da questão das empresas contratantes envolvidas e do nível da perda de sua capacidade econômica, há, ainda, o poder de intervenção da Administração Pública de assumir o controle das atividades do pessoal, dos equipamentos e da unidade física da concessionária.

O presente estudo tem o objetivo de analisar, sob o enfoque dos direitos humanos, a sucessão trabalhista nos contratos administrativos de concessão e permissão do serviço público, a partir da resilição unilateral do negócio jurídico e da transferência contratual direta da permissão/concessão e a responsabilização dela decorrente pelos créditos trabalhistas pretéritos.

2 – A reforma trabalhista: um novo olhar sobre a responsabilidade trabalhista na sucessão empresarial e de empregadores nos contratos de concessão e permissão

2.1 – A sucessão empresarial e de empregadores

A palavra sucessão no Direito Civil, como bem lembra Adriana Goulart de Sena, possui várias acepções, podendo ser definida, em sentido amplo, pelo “ato pelo qual uma pessoa toma o lugar da outra, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam” (SENA, 2000, p. 16).

O reconhecimento da existência ou não da sucessão tem uma finalidade precípua: a responsabilidade dos envolvidos (sucessor e sucedido).

A “sucessão empresarial ou de empregadores” está disciplinada nos arts. 10 e 448 da Consolidação de Leis do Trabalho, que tratam da hipótese de mudanças na estrutura jurídica interna (art. 10) e externa (art. 448) da empresa e da responsabilidade no âmbito do processo do trabalho (arts. 10-A e 448-A).

DOCTRINA

De acordo com os mencionados dispositivos legais, “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados” e “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”.

O débil regramento normativo sobre sucessão trabalhista e a imprecisão das expressões, como “qualquer alteração”, “mudança na propriedade ou estrutura jurídica” e “qualquer dessas alterações não afetará o contrato de trabalho”, deixou a sua construção interpretativa a cargo da doutrina e da jurisprudência, possibilitando a caracterização de novas situações como sucessão trabalhista, permitindo, dessa forma, a aplicação dos referidos artigos nos mais variados rumos.

Inicialmente, a doutrina e a jurisprudência caminharam no sentido de que, para a configuração da sucessão trabalhista, seria necessária a confluência de dois requisitos: a transferência do estabelecimento empresarial e a continuidade de prestação de serviços pelo empregado (teoria clássica), de modo que, se não houvesse a transferência da *res productiva* ou ocorresse a interrupção da prestação de serviços pelo empregado, não se operaria a sucessão trabalhista.

Quanto ao primeiro requisito, segundo a teoria clássica, duas situações-tipo⁴ caracterizariam a sucessão. A primeira era concernente à alteração na estrutura formal da pessoa jurídica que contrata a força de trabalho, isto é, modificações na modalidade societária ou de processos de fusão, incorporação, cisão e outros correlatos, assim como a mudança de uma firma individual em direção ao modelo societário ou o processo inverso.

A segunda situação-tipo referia-se à substituição do antigo titular passivo da relação empregatícia (o empregador) por outra pessoa física ou jurídica, pela aquisição de estabelecimentos isolados, ou em conjunto ou aquisições da própria empresa em sua integralidade⁵.

Em relação ao segundo requisito, se houvesse interrupção da prestação de serviços pelo empregado, não se operaria a sucessão trabalhista, respondendo a empresa sucedida pelas parcelas trabalhistas devidas ao empregado dispensado

4 As chamadas “situações-tipo tradicionais” são as que correspondem à interpretação majoritária que tradicionalmente se fazia do instituto sucessório. (DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 346)

5 DELGADO, Mauricio Godinho. Sucessão trabalhista: a renovação interpretativa da velha lei em vista de fatos novos. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.* Belo Horizonte, 29 (59): 85-98, jan./jun. 1999. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_59/Mauricio_Delgado.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018. Segundo a lição do Prof. Mauricio Godinho Delgado, não é toda e qualquer transferência intraempresarial que ocasionará a sucessão de empregador, mas tão somente aquela transferência que afetar de modo relevante (significativo) as garantias anteriores do contrato de emprego.

antes da alienação, por não ter a empresa sucessora se beneficiado diretamente do labor do empregado⁶.

Na virada do século, multiplicaram-se as chamadas situações-tipo novas de sucessão em decorrência da profunda reestruturação empresarial ocorrida no mercado brasileiro, em que nem sempre ocorre a “continuidade da prestação laborativa pelo obreiro”, trazendo consigo inúmeras fraudes e deixando o trabalhador em situação de vulnerabilidade para a percepção dos direitos devidos⁷.

Essas novas situações-tipo levaram a uma releitura doutrinária⁸, para dispensar a continuidade da prestação de serviços como requisito para a configuração da sucessão trabalhista, e exigir-se a ocorrência da transferência da universalidade empresarial efetivamente apta a afetar os contratos de trabalho. Dito de outro modo,

“alienação ou transferência de parte significativa do(s) estabelecimento(s) ou da empresa de modo a afetar significativamente os contratos de trabalho. Ou seja, a mudança na empresa que afete a garantia original dos contratos empregatícios provoca a incidência do tipo-legal dos arts. 10 e 448 da CLT.”⁹

Paralelamente à transferência da propriedade jurídica ou da alteração na titularidade da empresa, passou-se a exigir a continuidade da exploração do mesmo negócio por uma outra empresa distinta e sem nenhum vínculo jurídico com a anterior. Abandonou-se, assim, a continuidade da prestação de serviços como requisito para sucessão empresarial, para adotar-se a tese da continuidade do negócio:

“não é necessária a transferência de propriedade do negócio ou do aviamento, bastando que ocorra a alteração subjetiva na exploração da mesma atividade econômica, ou seja, a continuidade da exploração do empreendimento. A sucessão trabalhista se caracteriza sob o prisma

6 Nesse sentido: Orientação Jurisprudencial nº 225, item II, da SBDI-I do Tribunal Superior do Trabalho.

7 Assim, segundo SENA (2000, p. 19), “são situações-tipo novas quaisquer mudanças intra ou interempresarial significativas que possam afetar os contratos de emprego”.

8 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *E-RR-93400-11.2001.5.02.0048*. SBDI-I. Rel. Min. Brito Pereira, j. 04.04.2013.

9 DELGADO, Mauricio Godinho. Sucessão trabalhista: a renovação interpretativa da velha lei em vista de fatos novos. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.* Belo Horizonte, 29 (59): 85-98, jan./jun. 1999. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_59/Mauricio_Delgado.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

DOCTRINA

da continuidade do negócio, ante o conceito de empregador expressado pela norma consolidada.”¹⁰

Ensina Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 393) que “a Sucessão Trabalhista consiste no instituto justralhista em virtude do qual se opera no contexto da transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de crédito e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos”.

Francisco Ferreira Jorge Neto (2001, p. 109) entende que a “sucessão trabalhista é a mudança de propriedade pela alienação, como também quando se tem a absorção de uma empresa por outra (fusão, cisão e incorporação)”.

À primeira vista pode parecer que a reforma trabalhista não trouxe novas luzes sobre a questão da conceituação e caracterização da sucessão trabalhista, pois manteve intactas as redações dos arts. 10 e 448 da CLT. Não obstante, quando analisados tais dispositivos com os novos trazidos pela Lei nº 13.467/2017 (arts. 10-A e 448-A), que cuidam da responsabilidade na sucessão, nota-se que pretendeu o legislador reformista conduzir a positivação do conceito de sucessão, na seara trabalhista, de forma ampla, para abranger as alterações jurídicas estruturais internas (art. 10) e externas (art. 448), sob as rubricas, respectivamente, de sucessão de empregadores e sucessão empresarial.

É princípio basilar de hermenêutica jurídica que a lei não contém palavras inúteis. Logo, as expressões utilizadas pela lei devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia, sentido próprio e adequado.

Percebe-se, pela simples leitura, que o art. 448-A positivou duas espécies do gênero sucessão trabalhista, que se distinguem por terem caracteres próprios e tratamentos diferenciados: a *sucessão empresarial* (arts. 448/448-A) e a *sucessão de empregadores* (arts. 10/10-A), remetendo-se, ainda que de forma implícita, aquela à figura do estabelecimento empresarial (CC, art. 1.142), e, a esta, a do empregador (CLT, art. 2º).

A partir das disposições do Código Civil, verifica-se que a *sucessão empresarial* é uma situação que decorre de uma reorganização externa da sociedade, que leva a uma nova configuração da empresa, devido à alienação do estabelecimento empresarial, amoldando-se, assim, no que a CLT chama de “mudança na propriedade”.

10 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. AP 00017097520125010041/RJ. Terceira Turma. Rel. Angelo Galvão Zamorano, j. 16.07.2014, publ. 22.08.2014.

DOCTRINA

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, denominada de novo Código Civil, proporcionou um grande avanço ao instituto jurídico do estabelecimento empresarial ao discipliná-lo de forma específica pela primeira vez no país.

O art. 1.142 do vigente Código Civil¹¹ traz a definição legal de estabelecimento empresarial, que se traduz no conjunto de bens corpóreos e incorpóreos organizados pelo empresário para a exploração da atividade econômica (empresa).

Os bens que compõem o estabelecimento empresarial abrangem tanto os elementos materiais como as mercadorias, utensílios, veículos, móveis, imóveis, semoventes, matéria-prima, dinheiro, títulos e todos os demais bens corpóreos utilizados pelo empresário na exploração de sua atividade econômica, como os elementos incorpóreos, que são, principalmente, os bens industriais, o nome empresarial, o título de estabelecimento, expressão ou sinal de publicidade, o ponto, o nome de domínio virtual, obras literárias, artísticas ou científicas, dentre outros.

Para Delgado, o contrato de trabalho, por conta da lei trabalhista, adere ao empreendimento, à universalidade de fato do estabelecimento e da empresa, independentemente da identidade daquele que detém sua titularidade¹².

Todavia, entendemos, como Marlon Tomazette (2004, p. 16), que os contratos de trabalho não integram o estabelecimento empresarial, pois não são bens, e que, tal como no Código Civil (art. 1.148), pela dicção do art. 448 da CLT, a transferência importa na *sub-rogação* do adquirente nestes contratos, determinando a substituição do empresário alienante pelo empresário adquirente, que assume a posição daquele e a sua situação nos contratos de trabalho existentes (passados e vigentes).

Registre-se que o termo *sub-rogação* significa substituição e não extingue propriamente a obrigação, pois o adquirente substitui o credor originário da obrigação, de forma que passa a dispor de todos os direitos, ações e garantias que tinha o primeiro. Assim, em vez de extinguir o crédito, por força da lei, este se transfere ao adquirente, sobrevivendo a relação, ainda que com a mudança do sujeito ativo, como forma de facilitar o adimplemento.

11 CCB: “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

12 DELGADO, Mauricio Godinho. Sucessão trabalhista: a renovação interpretativa da velha lei em vista de fatos novos. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.* Belo Horizonte, 29 (59): 85-98, jan./jun. 1999. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_59/Mauricio_Delgado.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

Vale lembrar que, o contrato de trabalho só é personalíssimo quanto ao empregado, não se aplicando tal princípio ao empregador, o que possibilita a substituição de uma pessoa por outra¹³, no caso, o empresário alienante pelo empresário adquirente, mantendo-se a relação anteriormente existente¹⁴.

A mudança da propriedade do estabelecimento empresarial, para fins de sucessão, se dá por meio do *traspasse*¹⁵ da universalidade de fato, ou seja, da transferência do conjunto de aptidões materiais ou imateriais da empresa, que se mantêm unidos, destinados a uma finalidade de uma empresa para outra. Isso porque, consoante leciona Postiglione (2006, p. 115):

“(…) o *traspasse* compreende a transferência de todos os valores – mensuráveis ou imensuráveis – do estabelecimento, ou, pelo menos, de valores que permitam sua continuidade.

(…) se excluído algum dos componentes que o constituem, se desconsiderada a unidade instrumental que caracteriza, o negócio deixará de ser *traspasse* para ser venda e compra, se a transferência for de coisas corpóreas; ou cessão, se apenas direitos forem transferidos; ou abstenção de concorrência, se for do acesso à clientela.”

Não será, assim, toda e qualquer transferência interempresarial que, isoladamente, estará apta a provocar a sucessão empresarial, mas apenas aquela que enseja a transmissão substancial de bens que permita a continuidade do negócio.

Marcello Pietro Iacomini afirma que existem divergências quanto à amplitude da utilização do termo “*traspasse*” no Brasil. Para o referido autor, parte da doutrina utiliza o termo em sentido restrito, significando apenas a compra e venda do estabelecimento comercial. Todavia, assinala que é possível, com acerto, uma acepção ampla da palavra, como na referência a Barbosa de Magalhães:

“Esta é que nos parece ser a boa doutrina, pois, dada a noção ampla de *traspasse* – transferência a qualquer título do estabelecimento

13 SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. v. 1. p. 312.

14 A sub-rogação também está prevista no art. 1.148 do CC/02, ao estabelecer que “a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento”, determinando, assim, a substituição do empresário alienante pelo empresário adquirente nos contratos que não apresentam caráter pessoal.

15 “*Traspasse* é o nome que se dá para o contrato de compra e venda de estabelecimento empresarial que se precisa instrumentalizar a operação. No *traspasse* ocorre a transferência da titularidade do estabelecimento, o titular do estabelecimento antes do *traspasse* era tal, depois passou a ser outro” (PAULINO FILHO, Ronaldo. *Aspectos legais do traspasse e estabelecimento empresarial*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275151,51045-Aspectos+legais+do+traspasse+e+estabelecimento+empresarial>>. Acesso em: 27. mar. 2019.

DOCTRINA

comercial – não vemos que haja razão legal, ou de qualquer outra ordem, para excluir qualquer forma de transmissão a título oneroso e todas ou quaisquer formas de transmissão a título gratuito.”¹⁶

Com apoio na lição de Iacomini, entendemos que é irrelevante a que título seja feito o trespasse, nem a forma adotada para a transferência da titularidade do estabelecimento (permuta, doação, venda, arrendamento, etc.), pois o que deve se levar em consideração é objetivamente a continuidade do negócio.

Na seara cível, tal entendimento é pacífico na doutrina e jurisprudência, não sendo sequer necessário que o trespasse esteja documentalmente formalizado, mas apenas a comprovação da continuidade das atividades das empresas¹⁷.

Consoante explica Mauricio Godinho Delgado (1999, p. 90), “a princípio, é indiferente à ordem justrabalhista a modalidade de título jurídico utilizado para o trespasse efetuado. Qualquer título jurídico hábil a operar transferência de universalidades no direito brasileiro é compatível com a sucessão de empregadores”.

Portanto, é possível se concluir que a sucessão empresarial, mencionada no art. 448-A, se refere à transferência do estabelecimento empresarial, que se dá com a modificação da propriedade pela alienação de bens com potencialidade produtiva para a continuidade do negócio.

Acerca dos limites temporais para a continuidade do negócio, Homero Batista Mateus da Silva (2009, p. 186) explica que:

16 IACOMINI, Marcello Pietro. *Da alienação do estabelecimento comercial*. São Paulo: Livraria Paulista, 2004. p. 32.

17 Nesse sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SUCESSÃO DE EMPRESAS. INDÍCIOS. MANUTENÇÃO NO POLO PASSIVO. Para caracterizar a sucessão das empresas há necessidade de comprovação da continuidade das atividades das empresas. Ainda que não esteja documentalmente formalizado o negócio, é possível concluir pela ocorrência de sucessão de empresas por indícios. Hipótese em que as provas produzidas, em juízo não exauriente, demonstram que a empresa agravada atua no mesmo ramo de empresa que está com suas atividades paralisadas, por se encontrar em liquidação, utilizando o mesmo endereço, havendo confusão de administradores e de bens. Preliminar rejeitada. Agravo de instrumento provido” (TJRS, Agravo de Instrumento 70037087855, Décima Sétima Câmara Cível, Rel.^o Liége Puricelli Pires, j. 14.10.2010).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO EMPRESARIAL. ART. 1.146 DO CCB. Encontrando-se a empresa no mesmo ramo de atividade exercida pela devedora, com sede no mesmo endereço, tendo adquirido todo o estoque remanescente da sociedade extinta, associado ao fato de a administração ser exercida exclusivamente pela companheira do coobrigado na ação de execução, em princípio, deve-se admitir a sucessão empresarial e a consequente transferência da responsabilidade pela dívida executada. Recurso provido. Unânime.” (TJRS, Agravo de Instrumento 70052919172, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Gelson Rolim Stocker, j. 14.03.2013)

“Assim como a sucessão necessita de transferência do acervo patrimonial, no todo ou em parte representativa, também a sucessão exige que a passagem seja feita de modo breve, preferencialmente sem nenhuma solução de continuidade ou com poucos dias de defasagem entre a saída do antigo empregador e a chegada dos novos responsáveis. Quanto maior o escoamento do tempo, menor a chance de se configurar uma sucessão, porque certamente a clientela vai se dispersar, o ponto comercial vai perder suas características, os bens incorpóreos tão arduamente conquistados vão se dissolver e, enfim, as vantagens da aquisição de uma atividade em andamento não valem para uma atividade paralisada.”

Pode-se, então, conceituar a *sucessão empresarial* como a transmissão completa ou de parte substancial dos bens corpóreos e incorpóreos de uma pessoa física ou jurídica para outra distinta, resultantes de títulos jurídicos definitivos, transitórios ou precários, de caráter oneroso ou gratuito, que permitam, em curto espaço de tempo, a continuidade da atividade empresarial, no mesmo local e ramo de negócios¹⁸.

Já na *sucessão de empregadores*, o legislador optou por afastar-se da acepção civilista e reportar-se à noção de empresa, na forma do art. 2º da CLT, no sentido de considerar empregador “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Com isso, adotou-se tese expressa de que o empregador é a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, independente de quem a esteja dirigindo, e não a figura do empresário dono do empreendimento.

Como a organização econômica produtiva é insignificante para a caracterização do empregador, o objeto de sua exploração, pois, desde que assalarie e gerencie a prestação de serviços, será considerado como empregador, o que amplia o universo de responsáveis, por meio da figura do grupo econômico (art. 2º, § 2º)¹⁹.

Em vista dessas considerações tem-se que a *sucessão de empregadores*, segundo disposto no art. 10 da CLT, volta-se à alteração interna da estrutura

18 A mera utilização do mesmo endereço comercial não configura transferência da unidade produtiva. Para configurar a sucessão, é necessário que haja a continuidade da atividade empresarial no mesmo ramo de atividade e com transferência do conjunto de aptidões materiais ou imateriais do estabelecimento comercial em curto espaço de tempo.

19 TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. In: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 98.

jurídica da empresa, sem mudança na titularidade jurídica da relação contratual, por meio da cessão de quotas sociais de sociedade limitada, a alienação de controle da sociedade anônima e da transformação societária.

Na cessão de quotas ou alienação de controle, o objeto da venda é a participação societária, ou seja, as quotas ou as ações, conforme a espécie societária, não havendo a mudança de titular, pois a sociedade continua a pertencer à mesma pessoa jurídica, que apenas tem a sua composição societária alterada.

O mesmo se aplica à transformação de sociedades²⁰, que, pela legislação trabalhista, também é considerada para fins de configuração da sucessão de empregadores, já que a titularidade pertence a mesma pessoa jurídica, alterando-se apenas o tipo societário.

2.2 – A responsabilidade trabalhista na sucessão empresarial e de empregadores

O reconhecimento da sucessão empresarial ou de empregadores é um fato jurídico que desencadeia a responsabilidade trabalhista.

Até o advento da Lei nº 13.467/2017, a responsabilidade na “sucessão de empresas” foi objeto de muitas controvérsias.

A primeira hipótese adotada na Justiça do Trabalho era a da responsabilidade do sócio retirante pelo inadimplemento das obrigações da sociedade.

Devido à precariedade de legislação quanto ao prazo de inclusão do ex-sócio na lide, além de como e em quais parâmetros utilizáveis para incluir o sócio retirante na lide, a responsabilidade trabalhista do sócio retirante sempre foi objeto de embates judiciais.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, uma corrente buscava a responsabilidade do sócio retirante, tendo como base legal os seus arts. 1.003 e 1.032²¹ para fixar a sua responsabilização, circunscrita ao período em que

20 A transformação é, *grosso modo*, um processo mediante o qual uma sociedade empresária passa de uma espécie societária a outra, como bem esclarece o art. 220 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76): “a transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro”.

21 “Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade. Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.”

“Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.”

estava à frente da sociedade empresária na qualidade de sócio, em até dois anos da data de averbação da modificação do contrato.²²

A aplicabilidade deste limite temporal de dois anos poderia ser desconsiderada no caso de comprovada fraude perpetrada pelo sócio, quando da alteração contratual, tornando, assim, a responsabilidade ilimitada sob a égide do art. 50 do Código Civil²³.

Outra interpretação dada ao art. 1.003 do Código Civil, pelo Tribunal Superior do Trabalho, é de que o referido prazo de dois anos é sobre todas as obrigações contraídas pela sociedade, ou seja, o ex-sócio seria responsável por obrigações das quais não participou decisoriamente ou, em qual não mais integrava a sociedade, como em contratações ocorridas após sua saída²⁴.

A corrente majoritária adotava, no entanto, como justificativa para a responsabilização do sócio retirante, a própria CLT, invocando a incompatibilidade dos artigos do Código Civil com os princípios do direito do trabalho e dos arts. 10 e 448 da CLT, limitando a responsabilização à participação do sócio no período de prestação de serviços do trabalhador, ou seja, no lapso em que se beneficiou dos serviços prestados pelo trabalhador, já que o trabalhador é hipossuficiente, e que os direitos trabalhistas, por serem de natureza alimentar, não admitiriam que o ex-sócio seja responsável apenas por dois anos de sua saída da sociedade²⁵.

A Lei nº 13.467/2017 procurou disciplinar a matéria de forma expressa, sanando ao menos algumas controvérsias até então existentes, de acordo com o tipo de sucessão tratada (*sucessão de empregadores* ou *sucessão empresarial*).

Na *sucessão de empregadores*, o legislador reformista limitou-se a disciplinar a responsabilidade dos sócios apenas em relação aos sócios retirantes, com a introdução do *art. 10-A e seu parágrafo único*, que copiou, de certa forma, o regramento do Código Civil. Diz o citado art. 10-A:

“Art. 10-A. O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência:

22 Nesse sentido, cf.: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *AC 08043-2006-802-10-00-0*. 1ª Turma. Relª Desª Flávia Simões Falcão, j. 18.05.2010.

23 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *AgvPet 1658005720035020/SP*. Publ. 20.09.2013.

24 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-169000-37.1997.5.02.0029*. 2ª Turma. Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ 20.11.09.

25 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR-172100-87.2005.5.15.0148*. publ. 18.10.2013.

DOCTRINA

I – a empresa devedora;

II – os sócios atuais; e

III – os sócios retirantes.

Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.”

Comenta José Roberto Ribeiro de Oliveira Silva que, embora o legislador tenha buscado copiar o regramento do Código Civil, emprestou um efeito muito mais elástico à responsabilidade, pois vinculou o prazo ao ajuizamento da ação, bastando que o trabalhador tenha entrado com ação trabalhista no prazo de até dois anos da data da averbação da retirada do sócio, para que este responda subsidiariamente pelos débitos trabalhistas atuais e pretéritos, reconhecidos na sentença (DIAS, 2018, p. 43).

Por se tratar de responsabilidade subsidiária, para a responsabilização do sócio retirante basta que a ação trabalhista seja proposta em face da sociedade dentro deste biênio, para que, na fase de execução, seja requerida a desconsideração da personalidade jurídica e, com isto, chegar-se ao patrimônio deste. A expropriação patrimonial do ex-sócio, nesse caso, independe do decurso de tempo que se verificar entre o início do processo e o momento da desconsideração da personalidade jurídica para redirecionamento do feito ao seu patrimônio.

Sobre o tema, aliás, assim afirma Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 27-28):

“(…) a reforma trabalhista de 2017 adotou o entendimento de que os dois anos se calculam entre a saída do sócio e o ajuizamento da ação trabalhista. Ou seja, contando que a ação esteja ajuizada, o sócio pode ser responsabilizado cinco, dez, quinze anos após, porque somente após a fase de conhecimento e o accertamento dos cálculos é que se descobrirá se a pessoa jurídica e os sócios atuais têm patrimônio suficiente para arcar com o débito. Para o sócio retirante, era mais favorável o entendimento de que ele respondia por dois anos contados entre sua saída e a fase de execução ou simplesmente entre sua saída e o mandado de citação, penhora e avaliação. Agora, ele ficará vinculado a um processo trabalhista cuja existência ele pode até mesmo desconhecer.”

Note-se, ainda, que, além da limitação temporal, o art. 10-A impôs uma limitação objetiva, para fixa-la às “obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio”, ou seja, o ex-sócio somente pode

ser responsabilizado pelas obrigações trabalhistas contraídas até o momento que deixou de ser sócio, não podendo responder por obrigações trabalhistas decorrentes de relações trabalhistas iniciadas após a sua saída.

Na linha da jurisprudência consagrada na Justiça do Trabalho²⁶, o novo dispositivo legal estabeleceu um benefício de ordem, priorizando o esgotamento prévio da possibilidade de cobrança da “empresa devedora” para, somente em seguida, projetar-se sobre o patrimônio dos sócios atuais e, por último, dos ex-sócios enquadrados na forma acima, salvo caso de fraude, ocasião em que a responsabilidade será solidária (§ 1º do art. 10-A).

A responsabilidade dos sócios atuais sobre os sócios retirantes se estende às obrigações trabalhistas contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o ex-sócio, por força do disposto no novo art. 448-A da CLT:

“Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor.

Parágrafo único. A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.”

A nova dicção legal sepulta de vez a exigibilidade da continuidade da prestação de serviços para configuração da sucessão trabalhista, assim como estende a responsabilidade seja ao novo sócio, seja à empresa sucessora, por todas as obrigações trabalhistas, independentemente de quando foram contraídas.

Assim, mesmo que o trabalhador nunca tenha trabalhado para o sócio atual, cabe primeiro à empresa, e depois a este, responder pelas obrigações trabalhistas passadas, e, apenas no caso de ausência de patrimônio destes, é que o ex-sócio pode ser responsabilizado, desde que, como já dissemos alhures, tenha sido acionada a empresa no prazo de até dois anos da data da averbação da retirada do sócio e que as obrigações trabalhistas sejam referentes ao período em que figurou como sócio.

A limitação temporal já não ocorre na hipótese de *sucessão empresarial*, sendo da responsabilidade da empresa sucessora não apenas às obrigações trabalhistas posteriores à sucessão, mas também em relação aos débitos antigos, ainda que o trabalhador nunca tenha trabalhado na sucessora.

26 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Agravo de Petição em Embargos de Terceiro 1001816-61.2014.5.02.0605*. 11ª Turma. Rel. Eduardo de Azevedo Silva, publ. 04.08.2015.

A modificação em exame assimilou a tese consagrada na Orientação Jurisprudencial nº 261 da SDI-1 do TST, no sentido de que a aquisição do estabelecimento empresarial tem o efeito de transferir não só os ativos, mas também todo o passivo trabalhista, *in verbis*:

“261. BANCOS. SUCESSÃO TRABALHISTA. As obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista.”

A inovação aqui diz respeito à fraude. A teor do art. 1.146 do Código Civil, a responsabilidade solidária do sucedido e do sucessor pelos créditos trabalhistas é cabível nos créditos trabalhistas constituídos antes do trespasse do estabelecimento, independentemente da caracterização da fraude (Enunciado nº 13 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra).

Não obstante, o legislador reformista optou em reconhecer a responsabilidade solidária apenas no caso de fraude comprovada.

Adverte Toledo Filho, sobre a fraude comprovada, que

“para que a mesma se caracterize, bastará a demonstração de que, à época da alteração, a empresa sucessora não detinha plenas ou evidentes condições econômicas suficientes para assumir ou garantir todos os direitos trabalhistas (presentes e futuros) integrantes dos contratos dos empregados que a ela correspondem (CLT, art. 9º). Não será necessário, assim, cogitar-se de má-fê, dolo, de posterior administração ruínosa, ou de outras condicionantes similares. Detectada que seja a prévia inconsistência econômica da sucessora, presumida estará a fraude, com automática responsabilização solidária da empresa sucedida.” (DIAS, 2018, p. 99)

Importante observar que na sucessão trabalhista a responsabilidade é legal, de modo que, ainda que haja a estipulação no contrato de transferência da empresa de cláusula de não responsabilização do sucessor pelas dívidas anteriores à transferência, esta cláusula não tem efeitos no âmbito do Direito do Trabalho.

Portanto, tal cláusula somente gera efeitos entre as partes contratantes, fora do circuito jurídico do Direito do Trabalho²⁷, sem prejuízo do sucessor ingressar com posterior ação de regresso contra o sucedido.

27 DELGADO, 1999, p. 96.

2.3 – A sucessão empresarial e os contratos de concessão e permissão

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 175, *caput*, preleciona que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Diante disso, e tendo em vista o quanto previsto no art. 37, XXI, da Carta Magna, percebe-se que a forma constitucionalizada de contratação de particulares pela Administração Pública para a prestação dos serviços de interesse público, se dá, após a realização de procedimento licitatório, por meio dos contratos administrativos de concessão e permissão de serviços públicos.

Como é sabido, o serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por quem lhe faça às vezes, debaixo de regras de direito público, para a preservação dos interesses da coletividade.

A titularidade de um serviço público é intransferível e pertence à Administração. O que pode ocorrer é tão somente a transferência da sua execução para um particular que, no entanto, ficará sempre sob sua fiscalização.

Segundo a doutrina, titularidade e prestação são duas realidades atinentes aos serviços públicos que devem ser analisadas distintamente. Uma coisa é a titularidade dos serviços públicos, a qual será invariavelmente da Administração Pública, outra é a sua prestação, que pode ser desenvolvida pela própria Administração Pública ou por terceiros²⁸, por meio da delegação de serviços públicos.

Essa diferença entre a titularidade e prestação dos serviços quando prestado por terceiros trará certas peculiaridades à sucessão trabalhista na substituição de uma prestadora (concessionária ou permissionária) por outra.

Durante muito tempo, defendeu a doutrina que, embora ocorra a transferência da execução do serviço público, sem a interrupção material da atividade, em benefício dos usuários, com regular funcionamento dos bens, instalações, implementos e pessoal necessário – até em respeito ao princípio da continuidade dos serviços públicos –, a sucessão, que se opera nos casos de concessão ou permissão dos serviços públicos, seria meramente material, não podendo ser tratada como sucessão trabalhista.

A sucessão trabalhista era negada por não haver a transferência da titularidade do serviço público, mas mera substituição quanto ao dever de prestar serviço à comunidade, servindo a outorga da concessão constitutiva da con-

28 MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 188.

DOCTRINA

dição inovadora do concessionário como traço divisor dos direitos e deveres decorrentes da sucessão. Dito de outro modo, distinguia-se a continuidade do serviço público da sucessão de empregadores em virtude do surgimento de uma nova relação jurídica, autônoma e distinta da anterior decorrente da concessão outorgada, mediante prévia licitação, com novos direitos e obrigações ditados pelo poder concedente²⁹.

Posteriormente, a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir a ocorrência da sucessão trabalhista nas concessionárias de serviço público, para fins de fixação da responsabilidade pelos débitos trabalhistas, de acordo com a absorção ou não dos contratos de trabalho.

A tese da inexistência de sucessão trabalhista no caso das concessionárias do serviço público foi adotada pela Orientação Jurisprudencial nº 225 da SBDI-I, que reconheceu a responsabilidade trabalhista única e exclusivamente à empresa antecessora quanto aos créditos trabalhistas derivados da extinção de contrato de trabalho anterior à vigência da concessão.

Assim, para as permissionárias e concessionárias prevalecia o entendimento de que, extinto o contrato de trabalho antes da vigência do novo negócio jurídico administrativo legitimador da nova contratação, respondia, pelos haveres trabalhistas derivados desta rescisão, a antecessora.

Portanto, os efeitos consequenciais do término do contrato de trabalho não eram transferidos à permissionária ou à concessionária sucessoras, quando extintos em momento anterior.

A necessidade de inserir a Orientação Jurisprudencial nº 225 da SBDI-I, surgiu em virtude das inúmeras ações trabalhistas que foram propostas depois que a Rede Ferroviária Federal S/A perdeu a concessão de várias linhas de estrada de ferro, permanecendo, porém, com considerável parte do seu patrimônio.

A empresa privada que a sucedeu, e que arrendou parcela dos bens da RFFSA, em muitos casos se furtava de reconhecer a sua responsabilidade pelos direitos trabalhistas dos servidores públicos cujos contratos foram rescindidos, tendo estabelecido o TST, como marco divisor, a data exata do início das concessões.

Ocorrendo, pois, a rescisão do contrato de trabalho, após a data de vigência da concessão ou da permissão de serviços públicos, teria a sucessora responsabilidade pelas obrigações trabalhistas, ficando a sucedida responsável

29 ROMITA, Arion Sayão. Concessão de serviço público e sucessão de empregadores. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 80, n. 4, p. 396, abr. 2016.

DOCTRINA

subsidiariamente. A teleologia das decisões embasadoras era a de permitir a defesa dos direitos trabalhistas fundamentais.

Entretanto, a segunda delegatária de serviço público em nada poderia ser responsabilizada se os contratos de trabalho fossem rescindidos antes da vigência do novo contrato administrativo, pois, *in casu*, responderia, de modo exclusivo, a RFFSA ou a empresa em igual situação.

A RFFSA, na época da inserção da Orientação Jurisprudencial *supra*, ainda não estava extinta (o que ocorreu anos depois) e as empresas que passaram a explorar as linhas férreas o fizeram após ganharem a concessão desse serviço público. Não houve, portanto, a normal sucessão segundo a normatividade da época.

Daí o entendimento da Corte Superior Trabalhista que se embasou no inadimplemento obrigacional e na coexistência de ativos e estruturas empresariais aptos a respaldar a satisfação do crédito privilegiado, se extinta a avença laboral em momento anterior à nova concessão ou permissão.

Nos precedentes à edição da OJ nº 225-SBDI-I do TST, as concessionárias e permissionárias de serviços públicos gozavam de um tratamento diferenciado, dado que, nada obstante a mudança na titularidade do contrato administrativo, as dívidas de natureza trabalhista referentes aos contratos trabalhistas findados não obrigariam o sucessor em razão de as sobreditas empresas ainda existirem e terem capacidade de solvência.

Registra Silva (2017, p. 71) que,

“Na verdade, a tese da responsabilidade integral da sucessora (ou seja, nem solidariedade com a sucedida nem a subsidiariedade da sucedida) era reinante durante décadas, tendo sido abalada nos anos 1990 pelas privatizações de ferrovias e telefonias: naquele cenário, houve muita controvérsia sobre a responsabilidade integral da sucessora, porquanto a sucedida continuava a funcionar, retinha vários insumos e, ainda, recebia pagamentos parcelas sobre a alienação. Desenvolveu-se, assim, o conceito condensado na OJ nº 225 da SDI a respeito da responsabilidade entre sucessora e sucedida. Conquanto criada para fins e entes públicos e para tentar regular matéria de direito administrativo, não raro a OJ nº 225 era aplicada a modalidades de sucessão parcial entre duas empresas privadas.”

Com a edição da Lei nº 13.467/2017, como se viu alhures, para que se configure a *sucessão empresarial*, para fins da responsabilidade trabalhista, basta que haja transferência total ou parcial dos bens corpóreos e incorpóreos,

em curto espaço de tempo, de modo a permitir a continuidade da atividade empresarial, no mesmo local e ramo de negócios.

Na gestão do serviço público, destaca Gonçalves que, como o exercício de qualquer outra atividade econômica, pressupõe o uso de meios de que o concessionário se serve para cumprir as suas obrigações contratuais, compreendendo o conjunto de bens imóveis (terrenos, edifícios, infraestruturas complexas, como redes de água ou de telecomunicações), móveis (materiais, máquinas, equipamentos, aparelhagens, mobiliário, material circulante) ou incorpóreos (linhas de ônibus) utilizados na prestação do serviço público concedido (GONÇALVES, 1999, p. 307).

Via de regra, nos modelos tradicionais de concessão³⁰, o regime jurídico dos bens afetados à prestação de serviços públicos é de cunho notadamente patrimonialista, de sorte que, ao receber a outorga para prestar certo serviço público, a concessionária também recebe, concomitantemente, o acervo de bens necessários à sua prestação ou, sendo este inexistente, assume o dever de constituir-lo, com as rendas obtidas a partir da exploração em monopólio, com tarifas impostas a usuários cativos, e, com a extinção da concessão, tais bens se reverterem ao patrimônio estatal³¹.

Bens empregados na prestação do serviço público constituem, por assim dizer, “patrimônio do próprio serviço público”: formalmente pertencem à concessionária, todavia, materialmente são assumidos como ativos do serviço a serem transferidos ao concedente no final da concessão (SUNDFELD, 2016, p. 153).

Desse modo, quando uma concessionária é substituída por outra, não há apenas a transferência da execução do serviço público, por prazo certo e por sua conta, sem a interrupção material da atividade, em benefício dos usuários, mas também a transmissão formal, de modo translativo ou constitutivo, dos

30 De acordo com os professores Sundfeld e Arruda Câmara, esse modelo tradicional não é o único existente, pois, em alguns casos especialíssimos, a regulação lançou mão de outras soluções: “exploração de serviços sem reversão, em alguns casos – ela não existe nas autorizações e é possível, mas não obrigatória, nas concessões de telecomunicações –, ou com reversão funcional, sem caráter patrimonialista” (SUNDFELD, 2016, p. 156), mas, em qualquer caso, será sempre bem vinculado à concessão ou sujeito à reversão aquele “indispensável à prestação do serviço ora concedido”, cuja ausência inviabilize a execução material do serviço.

31 Essa é a posição da professora Di Pietro (*Direito administrativo*, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 397-398) e dos professores José Arthur Diniz Borges (*Direito administrativo sistematizado e sua interdependência com o direito constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 411); Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 486-487); Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 768); Odete Medauar (*Direito administrativo moderno*, 6. ed. São Paulo: RT, 2002), entre outros.

bens vinculados à concessão, necessários à prestação do serviço público, para que o serviço não sofra uma solução de continuidade.

Trata-se, com apoio nas lições de Gonçalves (1999, p. 50-61), das naturezas translativa e constitutivo-derivativa aplicáveis à concessão de serviço público: pela primeira tem-se a transferência da titularidade de bens e de direitos à esfera jurídica do particular; pela outra, tem-se a geração de novos direitos derivados do contrato, sem deslocar, porém, direitos ou poderes da Administração ao concessionário.

Ante aos efeitos translativo e constitutivo-derivativo da concessão, o estabelecimento empresarial deixa de integrar o patrimônio do Poder Público (concedente) e passa para o da concessionária. Considerando que o objeto da concessão é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos envolvidos para exploração do serviço público, patente a sucessão empresarial.

Note-se que os bens materiais são representados pelos bens tangíveis, tais como o estoque, os mobiliários, os utensílios, veículos, maquinaria e todas as demais coisas utilizadas na atividade empresária (COELHO, 2009). Por outro lado, os bens imateriais, conforme Marcelo M. Bertoldi (2003), consistem

“naqueles bens de propriedade do empresário que não são suscetíveis de apropriação física e que são fruto da inteligência ou do conhecimento humano, como é o caso dos bens integrantes da propriedade industrial (patente de invenção, modelo de utilidade, desenho industrial e a marca), o segredo industrial, o nome empresarial e o ponto (local onde o empresário está localizado).”

Assim, ainda que em uma concessão de transporte público, por exemplo, não haja a transferência da garagem e dos ônibus que fazem o transporte de passageiros, ocorrendo a transmissão das linhas de ônibus, dos pontos de parada e do serviço público em si, estamos diante de uma sucessão.

Nesse sentido, sustentou Ferreira Motta, Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, durante o V Congresso Catarinense de Direito Administrativo:

“Hoje estamos vivendo uma nova era no sentido de que os bens, notadamente os bens públicos, não têm apenas extração [origem] corpórea [material], eles têm também extração incorpórea [imaterial]. Parece-me que o bem mais precioso de propriedade do Estado é o serviço público — um bem incorpóreo que pode ser objeto de concessão.”³²

32 Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/noticia/8941/especialista-vislumbra-nova-era-para-o-bem-p%C3%BAblico-no-%C3%A2mbito-do-direito-administrativo>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

DOCTRINA

De outra banda, todo contrato que enseja transferência do estabelecimento empresarial, com a continuidade do negócio, necessariamente gera uma nova relação jurídica em relação a terceiros, e, foi justamente visando regular a responsabilidade perante terceiros, que foi criado o instituto da sucessão empresarial.

A blindagem da sucedida foi alvo direto do novo art. 448-A, independentemente do título de transferência, voltando a sua ocorrência à continuidade dos negócios, no mesmo ramo de negócios.

Assim, não há como afastar a responsabilidade da concessionária sucessora pelo adimplemento das verbas trabalhistas, ainda que os contratos de trabalho sejam extintos antes da concessão, por força da nova dicção legal, salvo no caso de fraude comprovada.

A responsabilidade da concessionária/permissionária sucessora encontra arrimo no art. 31, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95, que diz:

“As contratações, inclusive de mão de obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.”

Verifica-se, pois, sob a perspectiva de uma concepção teleológica, que a própria lei regente dos serviços públicos é clara quanto à normatividade que regerá as contratações de mão de obra feitas pelos delegatários: trata-se da principilogia juslaboral e das normas do Direito do Trabalho, dentre as quais, o art. 448-A, *caput*, da CLT, que prevê a sucessão empresarial.

Ademais, o fato de os contratos administrativos possuírem regime jurídico próprio, não significa que devam ficar excluídos de adaptações às mudanças supervenientes que alterem a sua execução, pois, do contrário, estar-se-ia negando aplicabilidade à lógica da mutabilidade dos contratos da Administração e a integração de toda sorte de efeitos – econômicos, políticos, sociais e trabalhistas – durante a sua vigência.

Dessa forma, caracterizada a sucessão de concessionárias e permissionárias, a responsabilidade da sucessora independe da continuidade do contrato de trabalho e do momento de extinção do pacto trabalhista, ficando responsável por todas as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida e em relação aos débitos antigos.

3 – Conclusões

O fenômeno da sucessão trabalhista tem sido há muito estudado pelos operadores do direito e tem se complexificado na medida em que o processo globalizante e internacionalizante perfectibiliza-se e rege a vida dos trabalhadores em sociedade.

A doutrina e a jurisprudência anteriores debruçavam-se sobre o assunto de modo a entender, sob um viés clássico e estrutural, que a transferência da unidade econômico-jurídica e a continuidade da prestação de serviços pelos trabalhadores deveriam fazer-se presentes. A Reforma Trabalhista, em sentido oposto ao adotado pelas decisões dos Tribunais Trabalhistas, ao entendimento doutrinário tradicional e à OJ nº 225 da SBDI-I, normou diferentemente.

A novel legislação disciplinou que, em caso de sucessão empresarial, é da responsabilidade da sociedade empresária sucessora não apenas as obrigações trabalhistas posteriores à sucessão, mas também os débitos antigos, assimilando, assim, a tese consagrada na Orientação Jurisprudencial nº 261 da SDI-1 do TST, no sentido de que a aquisição do estabelecimento empresarial tem o efeito de transferir não só os ativos, mas também todo o passivo trabalhista.

Tal conclusão torna-se ainda mais factível e justificável se se levar em conta a diferenciação existente entre as duas espécies de sucessão trabalhista, a empresarial e a de empregadores, tendo aquela, em razão da concretização externa de seus efeitos, o condão de possibilitar a permuta de prestadores de serviços, interferindo diretamente nos contratos de trabalho existentes e/ou passivos trabalhistas circundantes.

Dessa forma, conclui-se que, caracterizada a sucessão de concessionárias e permissionárias, a responsabilidade da sucessora perfectibiliza-se independentemente da continuidade da prestação de serviços e do momento de extinção do pacto trabalhista, ficando a sucessora responsável por todas as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida e em relação aos débitos antigos.

Esta é a nova sistematização normativa que rege e auxilia a hermenêutica constitucional e infraconstitucional e a aplicação do instituto nos casos postos diante da Justiça do Trabalho. A teleologia descrita pela Lei nº 13.467/2017 vai, portanto, ao encontro da OJ nº 261 do TST, de modo a assegurar o respeito aos direitos fundamentais trabalhistas e a principiologia juslaboral.

4 – Referências bibliográficas

BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial: teoria geral do direito comercial, direito societário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn 3.934-2*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *AP 00017097520125010041/RJ*. Terceira Turma. Rel. Angelo Galvão Zamorano, j. 16.07.2014, publ. 22.08.2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Agravo de Petição em Embargos de Terceiro 1001816-61.2014.5.02.0605*. 11ª Turma. Rel. Eduardo de Azevedo Silva, publ. 04.08.2015.

_____. _____. *AgvPet 1658005720035020/SP*. Publ. 20.09.2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *AC 08043-2006-802-10-00-0*. 1ª Turma. Relª Desª Flávia Simões Falcão, j. 18.05.2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR-172100-87.2005.5.15.0148*. publ. 18.10.2013.

_____. _____. *E-RR-93400-11.2001.5.02.0048*. SBDI-I. Rel. Min. Brito Pereira, j. 04.04.2013.

_____. _____. *RR-169000-37.1997.5.02.0029*. 2ª Turma. Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ 20.11.09.

_____. _____. *RR-734004920085010055*. 6ª Turma. Relª Minª Kátia Magalhães Arruda, DEJT 24.02.2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

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

_____. *Introdução ao direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Sucessão trabalhista: a renovação interpretativa da velha lei em vista de fatos novos. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.* Belo Horizonte, 29 (59): 85-98, jan./jun. 1999. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_59/Mauricio_Delgado.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

IACOMINI, Marcello Pietro. *Da alienação do estabelecimento comercial*. São Paulo: Livraria Paulista, 2004.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Sucessão trabalhista: privatizações e reestruturação do mercado financeiro*. São Paulo: LTr, 2001.

MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

PAULINO FILHO, Ronaldo. *Aspectos legais do trespasse e estabelecimento empresarial*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275151,51045-Aspectos+legais+do+trespasse+e+estabelecimento+empresarial>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

DOCTRINA

POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*. Barueri: Manole, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. Concessão de serviço público e sucessão de empregadores. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 80, n. 4, p. 393-400, abr. 2016.

SENA, Adriana Goulart. *A nova caracterização da sucessão trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT, 2017.

_____. *Curso de direito do trabalho aplicado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 1.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho de Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 2, p. 149-174, maio/ago. 2016.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. v. 1.

TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

Recebido em: 29/04/2019

Aprovado em: 24/06/2019

A PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER GESTANTE E LACTANTE NAS ATIVIDADES INSALUBRES

THE PROTECTION TO THE WORK OF PREGNANT AND LACTATING WOMEN IN THE UNHEALTHY ACTIVITIES

Cristina Schmidt Silva Portéro*

Vanessa Ester Ferreira Nunes**

Carolina Mesquita Vieira***

RESUMO: O presente artigo propõe uma análise sobre a proteção ao trabalho da mulher gestante e lactante nas atividades insalubres. Pesquisa descritiva com levantamento bibliográfico, documental e jurisprudencial, discorre-se sobre a minoria social composta por mulheres em busca pela equidade e ao direito à diferença relacionado ao tema. Aborda-se em breve síntese sobre a história da proteção do trabalho da mulher gestante e lactante até os dias atuais, com foco nas alterações provenientes da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), bem como o julgamento procedente do STF ocorrido em 29 de maio de 2019, na ADI 5.938, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, afastando a mulher gestante e lactante das atividades insalubres.

PALAVRAS-CHAVE: Minorias. Reforma Trabalhista. Insalubridade.

ABSTRACT: The present article proposes an analysis on the protection to the work of pregnant and lactating women in the unhealthy activities. Descriptive research with a bibliographical, documentary and jurisprudential survey is made on the social minority composed of women in search of equity and the right to difference related to the theme. A brief summary is presented on the history of the protection of the work of pregnant and lactating women up to the present day, focusing on the changes arising from Labor

* Pós-doutora pela Cátedra UNESCO/Umesp; doutora em Comunicação e Semiótica pela PUC-SP; jornalista e mestre em Teoria e Ensino da Comunicação pela UMESP; professora titular e pesquisadora no mestrado em Políticas Públicas na Universidade de Mogi Das Cruzes; professora na Faculdade Bertogã; líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas em Comunicação, Diversidade e Cidadania – CNPq.

** Mestranda em Políticas Públicas (UMC); pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho; pós-graduada em Segurança Social; licenciada em História; graduada em Direito pela Faculdade Unida de Suzano UNISUZ; professora nos cursos de graduação em Direito, Administração e Ciências Contábeis na Faculdade Unida de Suzano UNISUZ – Universidade Brasil – e nos cursos de pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário no Grupo Kroton S/A, Anhanguera/LFG; advogada.

*** Pós-graduada em Direito Constitucional; pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho; graduada em Direito pelo Centro Universitário FIEO; professora na graduação do curso de Direito da Faculdade de Suzano UNISUZ – Universidade Brasil; advogada.

Law Reform no. 13,467/2017, as well as the judgment coming from the STF occurred in May 2019, in ADI 5,938, proposed by the National Confederation of Metallurgical Workers, removing pregnant and nursing women from unhealthy activities.

KEYWORDS: Minorities. Labor Reform. Unhealthy.

Introdução

As sociedades são compostas por pessoas com características diferentes, que possuem necessidades na medida de suas diferenças. Em decorrência da diversidade existente, é necessário o amparo estatal para que haja equilíbrio e que a igualdade de direitos possa amparar a todos.

Ao longo da história, as mulheres foram submetidas a um ambiente de preconceitos e de subjugação em decorrência do patriarcado na vida social, educacional, familiar, política e não seria diferente no ambiente laboral, identificando-as como uma minoria social vulnerável.

Inicialmente, a divisão sexual do trabalho impedia que as mulheres exercessem atividades laborais além de seus lares, atuando como reprodutoras e os homens como produtores, sendo a primeira forma de desigualdade de classes, conforme Hirata (2016).

As mulheres passaram a enfrentar o mercado de trabalho de forma precária, a partir do capitalismo industrial na Europa, oferecendo mão de obra barata, haja vista que os salários eram inferiores aos valores pagos aos trabalhadores do sexo masculino.

As primeiras normas de proteção surgiram no final do século XIX e início do século XX, na busca de proteger o trabalho da mulher, reconhecendo o direito à diferença quanto à sua limitação física, porém com a mesma capacidade intelectual do homem.

Em que pese a existência de normas de proteção, ainda se verificam dificuldades referentes ao trabalho da mulher, quanto aos salários, ascensão de carreira e preconceitos.

Há necessidade do reconhecimento do direito à diferença para proteção e manutenção da mulher no ambiente laboral, haja vista que a história é a principal testemunha referente à vulnerabilidade das mulheres no ambiente de trabalho. Para Bobbio (1992), o principal problema em relação aos direitos humanos hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.

Proteger direitos é reconhecer que a mulher gestante e lactante precisa de proteção especial no ambiente de trabalho, por encontrar-se em fase peculiar e que somente as mulheres passarão por essa fase, nesse ponto não há como ter tratamento isonômico.

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) trouxe consigo alterações referentes ao trabalho da mulher gestante e lactante nas atividades insalubres, permitindo que as mulheres em estado gravídico e lactação exerçam atividades laborais em ambiente insalubre em grau mínimo e médio, se não houver exigência médica para afastamento, somente afastando sem exigência médica das atividades de grau máximo, até o momento há discussão a respeito da constitucionalidade da referida alteração.

Sobre essa questão houve o julgamento procedente, pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 29 de maio de 2019, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos em oposição às alterações advindas da Reforma Trabalhista no tocante ao trabalho da gestante e lactante nas atividades insalubres de grau médio e mínimo.

Diante desse julgamento procedente, observa-se que a atuação do judiciário preza pela dignidade da pessoa humana e pela proteção dos direitos das mulheres em fase especial da maternidade, exercendo seu papel protetor e garantidor dos direitos fundamentais para a gestante, lactante e ao bebê, segundo Rios Junior (2013, p. 53):

“A atuação do judiciário, em referido contexto, além de prezar pelo princípio da dignidade da pessoa humana, em consonância com a isonomia, que não permite que os grupos minoritários sejam tratados do mesmo modo como se tratam aqueles deles não participantes, revela-se indispensável para a realização dos direitos fundamentais.”

O direito à diferença é essencial para a proteção das minorias sociais, tendo em vista que as suas peculiaridades em relação aos demais devem ser observadas, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais e do efetivo acolhimento.

1 – Minoria ou maioria social?

A diversidade é elemento constitutivo de uma sociedade, tendo em vista que as pessoas que a compõem não possuem características homogêneas. Existem diferenças de gênero, étnicas, sociais, culturais, entre outras, sendo que naturalmente as características semelhantes agregam os indivíduos e formam-se grupos majoritários e minoritários.

Os grupos também são formados em decorrência de um mesmo estado de fragilidade, vulnerabilidade e exclusão, nas palavras de Séguin (2002, p. 9): “conceituar minorias é complexo, vez que sua realidade não pode ficar

DOCTRINA

restrita apenas a critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Temos que sopesar sua realidade jurídica ante as conquistas modernas”.

Dessa forma, surgem as minorias na sociedade, embora em uma primeira análise verificava-se uma classificação numérica. Para Séguin (2002, p. 9), em uma primeira verificação, a definição de minorias seria de forma numérica: “(...) um contingente numérico inferior, como grupos de indivíduos destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor em relação à população deste”.

Em uma conceituação moderna, aplica-se ao conceito de minorias, a questão de subjugação do grupo e não critérios numéricos, segundo Jubilut (2013). No entendimento do Ministro Marco Aurélio Mello, a identificação de minorias não é numérica, e sim a característica pertencente ao grupo:

“(...) a ideia de minoria não é apenas numérica, mas se refere a grupos que, ainda que numericamente maiores do que o(s) seus(s) opostos(s) – como mulheres frente aos homens –, têm um acesso diferenciado (prejudicado) aos centros de formação da vontade e da opinião pública institucionalizada, bem como a serviços públicos, e em razão daquelas características que os identificam como grupo, além de serem alvos de intolerância.” (CLÈVE; FREIRE, 2014, p. 75)

As mulheres estão numericamente em maior quantidade se comparadas aos homens, de acordo com dados da PNAD-C (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua) em 2017: “(...) o número de mulheres no Brasil é superior ao de homens. A população brasileira é composta por 48,4% de homens e 51,6% de mulheres”, porém, com base no contexto histórico de subjugação e suas peculiaridades, compõem uma minoria social que ainda precisa de acolhimento.

Segundo Rios Junior (2013, p. 25), o conceito de minorias deve se caracterizar: “(...) pela sua natureza qualitativa, ou seja, levando em consideração o aspecto que coloca o grupo ou pessoa em situação de vulnerabilidade (cultura, etnia, língua, classe social, etc.)”.

Em que pese representarem um número elevado de pessoas, são consideradas integrantes de uma minoria social decorrente da fragilidade e desigualdades que foram submetidas ao longo da história e até os dias atuais na vida social e também no mercado de trabalho. Nessa toada, Cruz (2003) expõe a discriminação sofrida pela mulher em razão da cultura machista da sociedade, tendo em vista a valorização da força de trabalho masculina em detrimento da

feminina, haja vista que, em média, são pagos as mulheres 25% a menos da remuneração pelo exercício da mesma atividade masculina.

Uma vez identificada uma minoria que se encontra fragilizada, vulnerável e excluída socialmente, qual o papel do Estado para acolher e incluir o grupo na sociedade garantindo direitos igualitários?

Deve-se verificar os grupos de pessoas que mais sofrem os efeitos da exclusão social e tomar medidas para que sejam inseridas na vida social e política da sociedade a qual pertencem, parafraseando Rios Junior (2013).

Contudo, o tratamento isonômico nem sempre será eficaz para inclusão de uma minoria, tendo em vista a necessidade do reconhecimento do direito à diferença.

2 – Do direito à diferença

Segundo Wucher (2000, p. 52), existem as minorias *by force*, que desejam a equiparação com a maioria; e as minorias *by will*, que pleiteiam ter aceitação na sociedade sendo reconhecidas as suas diferenças.

Para as minorias *by will*, o reconhecimento de sua diferença trará como consequência a promoção de direitos. Para Piovesan (2005, p. 46) “(...) a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção”.

Há necessidade de reconhecer, por exemplo, que o ambiente de trabalho insalubre para a mulher que está gestante ou em fase de amamentação poderá trazer prejuízos para a saúde da mulher e do nascituro, posto que nessa fase da vida ela precisará ser remanejada de posto de trabalho para a adequada proteção.

Note-se a diferença exposta, haja vista que tal situação não ocorreria com o trabalhador do sexo masculino, se no exemplo mencionado o tratamento for isonômico e equipará-la ao trabalhador do gênero masculino, tal ato será prejudicial, conforme expõe Bahia (2018, p. 77):

“Nossa tese é de que o direito de igualdade, há muito, não pode ser mais compreendido apenas como direito à isonomia de tratamento (seja perante o Estado, seja entre os indivíduos/empresas em seu trato privado), nem apenas como igualdade ‘material’ como oposição à diferença (o que chamaremos de equidade), *mas que vai significar, por vezes, o reconhecimento da diversidade como elemento essencial àquele direito.*” (grifo nosso)

DOCTRINA

Para Aristóteles é necessário tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, para que se atinja a equidade e conseqüentemente a igualdade. Sadek (2012) afirma que a lei igual para todos incorpora-se ao princípio de que desiguais devem ser tratados de forma desigual.

O Estado tem como um dos seus objetivos fundamentais a redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme o art. 3º da Constituição Federal.

Deverá promover a redução das desigualdades referente aos direitos e oportunidades, porém preservando as características e observando as necessidades individualizadas de cada grupo.

Conforme Jubilut (2013, p. 17): “Deve-se buscar verificar em cada contexto as situações em que a temática minoritária está presente, para, a partir daí, buscarem-se formas de proteção adequada”.

Nos ensinamentos de Pontes de Miranda (1979, p. 607), “Os homens são desiguais, mas é preciso que, em vez de continuar a desigualdade, se façam menos desiguais”.

Dos anos 1970 até os dias atuais houve o aumento do nível de escolaridade das mulheres e conseqüente empregabilidade no mercado de trabalho, sobretudo, as mulheres ainda enfrentam problemas com a desigualdade:

“A partir de 1970, as mulheres passaram a frequentar maciçamente os bancos universitários, a ponto de serem maioria da população universitária em 2010, reduzindo substancialmente as diferenças entre profissões tipicamente masculinas e femininas. A taxa de fecundidade feminina caiu de modo acelerado, pois o conjunto das mulheres adotou cada vez mais o comportamento reprodutivo das mulheres altamente escolarizadas. A entrada massiva das mulheres nos mundos escolar e trabalho, contudo, não se traduziu em salários iguais.” (ARRETCHE, 2015, p. 5)

Pode-se observar um “teto de vidro” (*glass ceiling*). Segundo Teodoro (2017), esse termo tornou-se popular para identificar a barreira sutil, mas suficientemente resistente, entre a mulher e a ascensão profissional no ambiente empresarial, mesmo quando essa possua ensino superior.

Observa-se que o acesso ao mercado de trabalho não reduziu a desigualdade, exatamente pelo motivo que o tratamento igual não será suficientemente eficaz quando a necessidade de um grupo for superior ao outro, mas, sim, há

necessidade de um amparo desigual para que atinja a finalidade de igualdade, ou seja, reconhecimento do direito à diferença.

A proteção das minorias apresenta um binômio, segundo Jubilut (2013, p. 22): “i) a ideia de que por sermos seres humanos somos todos iguais e devemos ser tratados deste modo; e ii) a ideia de que nossas diferenças devem também ser respeitadas e influenciar a proteção que nos é devida”.

Recentemente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu um direito à diferença; em repercussão geral no RE 658.312, reconheceu que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição e entendeu que a mulher realiza uma dupla jornada de trabalho e sua resistência física é diferente da do homem.

O artigo em epígrafe dispõe sobre um descanso de 15 minutos para as empregadas que irão realizar sobrejornada, o empregador recorrente defendia que a regra exposta na CLT afrontaria a isonomia entre homens e mulheres prevista na Constituição, arts. 5º, I, e 7º, XXX.

O STF afirmou que a própria Constituição permite tratamento diferenciado para as situações expressas de tratamento desigual, conforme os arts. 7º, XX, e 40, § 1º, III, *a e b*, da Constituição Federal, conforme veremos no próximo tópico, questões atinentes às mulheres em estado gravídico e em fase de amamentação no ambiente laboral.

3 – A evolução histórica da proteção da mulher gestante e lactante no mercado de trabalho

Serão abordadas, a seguir, as principais proteções abarcadas ao trabalho da mulher gestante e lactante no curso da história, em especial, no Brasil, até a Constituição Federal de 1988.

Em síntese histórica, inicialmente, a mulher não exercia atividade laboral, sua função era de reproduzir, zelar pelas tarefas domésticas e cuidar da família, quanto ao homem, esse exercia a função de produção, tendo em vista que era o provedor financeiro da família, gerador de riquezas, segundo Hirata (2016).

O capitalismo industrial que surgiu na Europa no século XVIII levou o trabalho da mulher para fora do ambiente doméstico, especialmente nas indústrias, e era sobremaneira vantajoso ao empresariado, haja vista que os salários pagos pela força de trabalho das mulheres eram inferiores aos valores pagos pela força de trabalho masculina.

DOCTRINA

Com o surgimento da máquina a vapor, os trabalhadores exerciam atividades insalubres sem as devidas proteções, segundo Martins (2019, p. 50): “Ocorriam muitos acidentes de trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, do trabalho em local encharcado, principalmente a tuberculose, asma e a pneumonia”. Trabalhavam em minas a família toda, o pai, a mulher e os filhos.

As mulheres e os menores recebiam a metade dos salários dos homens e a jornada de trabalho era extensa, superior à 16h por dia, e as mulheres grávidas e lactantes trabalhavam sem nenhum tipo de proteção. Em decorrência dos abusos praticados, houve a necessidade da intervenção do Estado para o bem-estar social e melhores condições de trabalho.

Segundo Martins (2019, p. 927): “os fundamentos da proteção ao trabalho da mulher dizem respeito a sua fragilidade física. Sua complexão física não é a mesma do homem”.

Em especial, quando se encontra em estado gravídico, o corpo da mulher é permeado de diversas alterações, carecendo de proteção especial, dessa maneira, ao longo do tempo, o direito do trabalho foi adequando-se para amparar a trabalhadora nesse estado especial.

A primeira lei que abordou o tema trabalho da mulher no Brasil foi o Decreto nº 21.917, de 17.05.1932. Segundo Martins (2019), a norma legal proibia o trabalho noturno da mulher, das 22h às 5h, proibindo a tiragem de pesos e vedou o trabalho em subterrâneos, em locais insalubres e perigosos, no período de quatro semanas que antecede e quatro semanas após o parto. Também concediam às mulheres dois descansos intrajornada de trinta minutos cada para amamentação dos filhos, durante seis meses de vida.

A norma foi inserida no âmbito nacional, no art. 121, § 1º, da Constituição brasileira de 1934, a qual proibia a discriminação do trabalho da mulher quanto a salários e proibia o trabalho da mulher em locais insalubres, concedia o repouso do período anterior e posterior ao parto, garantindo o salário e do emprego, assegurando instituição de previdência a favor da maternidade no art. 121, § 1º, *h*, e previa os serviços de amparo à maternidade.

Parafrazeando Martins (2019), a Constituição de 1946, no art. 157 e incisos, vedava a diferença salarial por motivo de sexo, proibia o trabalho da mulher em ambiente insalubre, garantia o direito da gestante ao descanso no período que antecederesse e após o parto, garantindo o emprego e preservando o salário, reconhecia a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica, à gestante, previa a previdência em favor da maternidade.

DOCTRINA

A Constituição cidadã de 1988, promulgada em 5 de outubro, não vedava os trabalhos das mulheres em atividades insalubres, mas observava a mulher e o bebê, porém, previu a licença gestante, garantindo o emprego e salário, com duração de 120 dias, conforme o seu art. 7º, XVIII, segundo Martins (2019).

No plano internacional, a Organização Internacional do Trabalho – OIT editou convenções que zelavam pela proteção do trabalho da mulher e algumas relacionadas especificamente à gestante e lactante.

Em 1919, a OIT editou a Convenção nº 3, abordando o trabalho da mulher antes e depois do parto, sendo essa convenção ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 51.627/62, prevendo que a manutenção do pagamento dos salários da empregada deveria ser responsabilidade do Estado, ou por sistema de seguro, e não do empregador.

Em 1952, a Convenção nº 103 fora ratificada pelo Brasil no Decreto nº 58.020/66, reforçando que as prestações devidas à gestante seriam custeadas pelo sistema de seguro social, com a finalidade de evitar eventual discriminação, porém, somente em 1974, por intermédio da Lei nº 6.136/74, que o salário-maternidade passou a ser uma prestação previdenciária.

Foi de grande importância, pois, segundo Martins (2019), os empregadores não contratariam mais mulheres se tivessem que custear os salários em período de licença-maternidade.

A Constituição Federal de 1988, no art. 7º, inciso XVIII, estabeleceu o período de afastamento de 120 dias, sem prejuízo do salário e emprego à empregada, sendo possível afastar-se 28 dias antes do parto e 92 dias após o parto.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, aprovada pela ONU em 1974, ratificada pelo Brasil no Decreto nº 89.460/84, prevê “que os direitos no tocante ao emprego serão assegurados igualmente entre homens e mulheres e menciona ainda que as medidas destinadas a proteção da maternidade não serão discriminatórias” (art. 4º, § 2º) (MARTINS, 2019).

Outra medida de proteção de relevância foi a garantia provisória de emprego, dispondo que a empregada gestante não poderá ser dispensada imotivadamente da confirmação da gravidez até 5 meses após o parto, art. 10, II, *b*, do ADCT.

Decorrente dessa proteção surgiu a Lei nº 9.029/95, vedando atos discriminatórios e limitativos para ingresso ao trabalho, por exemplo, a solicitação de exames comprobatórios de esterilização ou estado de gravidez, tendo como

punição multa administrativa de 10 vezes do maior salário pago pelo empregador, podendo aumentar em 50% em caso de reincidência e a proibição na obtenção de empréstimos e financiamentos em instituições oficiais.

Em caso de complicações de saúde em decorrência da gravidez, a gestante terá direito de ser transferida para outra função, sem prejuízo do salário e ao retorno na função de origem após o retorno da licença após o parto.

O art. 392, § 4º, da CLT, dispõe que a empregada poderá ausentar-se do trabalho por seis dias sem prejuízo ao salário para a realização do pré-natal para acompanhamento da gravidez.

No que tange a lactação, em consonância a Convenção nº 103 da OIT, o art. 396 da CLT dispõe que a mulher terá, durante o período de seis meses, dois intervalos durante a jornada de trabalho, sendo cada um de 30 minutos cada para amamentação.

Especificamente a análise da proteção ao trabalho da mulher gestante e lactante em atividades insalubres antes e após a Reforma Trabalhista de 2017, tema principal do presente artigo, será abordada nos próximos tópicos.

4 – A proteção ao trabalho da mulher gestante e lactante nas atividades insalubres antes e após a Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467/2017

O fato de a empregada estar gestante ou lactante, por si só, não desautoriza que permaneça laborando. Ao contrário, é direito da gestante trabalhar sem que, em razão do estado de gravidez ou da amamentação, sofra qualquer tipo de preconceito, seja pelo respeito à liberdade de profissão ou diante da vedação constitucional a discriminação, nos termos da Constituição Federal de 1988 (arts. 5º, *caput* e incisos XIII e XLI; 6º, *caput*; 7º, XX; 201, II; e 203, I) ou porque o legislador infraconstitucional assim expressamente determinou, como se observa da Lei nº 9.029/95 e do art. 373-A da CLT.

Ocorre, contudo, que o ambiente de trabalho pode afetar a saúde da gestante e do feto, ou da lactante e da criança, como acontece em alguns locais de trabalho chamados insalubres.

As atividades e operações insalubres, de acordo com art. 189 da CLT, são aquelas que expõem os empregados a agentes físicos (como o ruído excessivo), químicos (produtos que possuem hidrocarboneto, como a graxa) e biológicos (como ocorre em Hospitais), acima dos limites de tolerância. Essas condições de trabalho encontram-se enumeradas na Norma Regulamentadora – NR 15, da Portaria nº 3.214/78 do antigo Ministério do Trabalho, que aponta o quadro

DOCTRINA

de atividades e operações consideradas insalubres, bem como os agentes causadores, os limites de tolerância, os meios de proteção e o tempo máximo que um empregado pode ficar exposto a esses agentes.

O rol constante da NR nº 15 do MTE é atualizado constantemente e, conforme jurisprudência majoritária, é considerado taxativo, sendo imprescindível o laudo pericial para a comprovação da situação insalubre no caso concreto (art. 195 da CLT).

As condições insalubres a que estão expostos os trabalhadores podem ocasionar diversos danos à saúde do empregado (doenças ocupacionais e do trabalho, além de mortes), fato constatado, inclusive, em estudo realizado pela OMS e divulgado pela ONU (2016). Além da saúde do próprio obreiro, o bem-estar do feto e da criança amamentada e gerada por empregada que labora em local insalubre também pode restar comprometido, razão pela qual o legislador se preocupou em elaborar normas de proteção à maternidade e à infância.

Nesse sentido e historicamente, já se discutia a necessidade de uma ampla proteção à saúde da gestante e lactante, tanto é certo que o Constituinte de 1934 proibiu o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 157, IX). Contudo, referida norma não foi repetida na Constituição de 1988, que apenas tratou, de modo mais abrangente, da proteção à maternidade e à infância e garantiu a licença-maternidade (inciso XVIII do art. 7º) e o emprego antes e após o parto (art. 10, II, *b*, do ADCT).

Em 2007, como a tendência mundial era de ampliação da proteção aos direitos das mulheres, em especial quanto às políticas de proteção à maternidade e, em face do inegável prejuízo que o ambiente de trabalho insalubre traz não só para as trabalhadoras, como também para o feto e para a criança em fase de amamentação, foi proposto na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 814, de 2007, que deu origem a Lei nº 13.287/2016, para prever uma salvaguarda às gestantes e lactantes quando do trabalho em atividades e condições insalubres.

A Lei nº 13.287/2016 acrescentou o art. 394-A à CLT, que assegurava o afastamento provisório da empregada gestante e lactante de locais de trabalho considerados insalubres, enquanto durasse a gestação e a lactação, sendo que, nesse período, as empregadas deveriam exercer suas atividades em locais salubres.

O referido dispositivo, ao seu tempo, sofreu inúmeras críticas principalmente dos setores nos quais há o predomínio de atividades insalubres, pois muitas dessas empresas não possuem locais salutarizados para realocar as empregadas. Além disso, o afastamento da empregada da atividade insalubre

ocasionava redução salarial pela perda do adicional de insalubridade, como se observa nos dizeres de Silva (2017, p. 122).

Ocorre que a Lei nº 13.287/2016 ampliou a proibição para todo e qualquer ambiente insalubre, durante a gestação e a lactação (art. 394-A da CLT). Talvez fosse melhor estender a proibição para a insalubridade máxima e fazer alguns ajustes quanto ao grau médio e mínimo. A redação do dispositivo tende a gerar várias controvérsias, como a redução salarial das gestantes (pela retirada do adicional) e pela possibilidade de não haver nenhum outro setor para o desenvolvimento do contrato de trabalho (por exemplo, num ambiente hospitalar).

A Lei nº 13.287/2016, ainda, foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.605/DF) proposta pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS, na qual se alega a violação aos princípios constitucionais da livre iniciativa, da função social da propriedade, do livre exercício da profissão, da igualdade e da proporcionalidade, “em que pese a aparente intenção do legislador de proteger a vida e a integridade física da criança” (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE, HOSPITAIS, ESTABELECIMENTOS E SERVIÇOS, 2016, p. 7).

A Procuradoria-Geral da República, em 2 de agosto de 2017, emitiu parecer em defesa das gestantes e lactantes, opinando pelo indeferimento da ADI, que teve a seguinte conclusão:

“Por todo o ângulo em que analisada, portanto, a norma impugnada se mostra idônea para atingir o fim visado, necessária e, portanto, proporcional em sentido estrito, tendo em vista que o ganho social promovido é muito superior à importância de eventuais dificuldades que sua implementação possa acarretar à organização empresarial. Gozando, pois, a norma impugnada, de pleno fundamento de validade constitucional, impõe-se a improcedência do pleito.” (2017, p. 27)

Apesar da intervenção favorável da Procuradoria-Geral da República em favor da norma de proteção à saúde das gestantes e lactantes, o mérito da ação não foi apreciado, sendo julgada prejudicada em 28 de maio de 2019 pela perda de objeto, em razão da alteração do art. 394-A da CLT pela Lei nº 13.467/2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, que revogou o texto anterior.

A Reforma Trabalhista transmuda a redação do art. 394-A da CLT e altera completamente o cenário de ampla proteção antes existente. A partir da vigência da norma passou a ser autorizado o trabalho da empregada gestante em atividades de menor incidência insalutífera (graus médio e mínimo) e da lactante em qualquer grau, exceto se apresentarem atestado de saúde, emitido

DOCTRINA

por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação e lactação, sem prejuízo de sua remuneração, incluindo-se o valor do adicional de insalubridade (art. 394-A, *caput*, II e III, da CLT).

O afastamento obrigatório da empregada gestante e lactante de atividades e condições insalubres ficou restrito apenas às atividades insalubres de grau máximo (art. 394-A, I, da CLT).

Denota-se, ainda, do mencionado artigo, que nas hipóteses de a empregada ser afastada provisoriamente do ambiente insalubre, o pagamento do adicional de insalubridade deve ser mantido pelo empregador que o compensará, nos termos do art. 248 da Constituição Federal, por ocasião dos recolhimentos das contribuições sociais devidas (art. 394-A, § 2º, da CLT). Essa efetiva transferência do encargo aos cofres públicos foi analisada por Silva (2017, p. 64):

“Em outras palavras, a Previdência Social pagará o adicional de insalubridade da gestante (em certos casos, também da lactante), como já paga o salário-maternidade, competindo à empresa apenas o adiantamento do valor em holerite. O pagamento foi socializado, portanto, não somente para evitar prejuízos financeiros à mulher, mas também para inibir qualquer pensamento discriminatório quando da contratação.”

Esse sistema de compensação vai ao encontro do art. 4º, item 8, da Convenção nº 103 da OIT, introduzida no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966, que determina que “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega”.

Cabe mencionar, também, que se a empresa não possuir local salubre para que a empregada gestante ou lactante possa exercer suas atividades, nas hipóteses em que deva ser afastada do local insalutífero, o legislador reformista optou por considerar a situação como “gravidez de risco” com a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213/91 (art. 394-A, § 3º, da CLT). E, importante observação sobre o tema foi feita porquanto à necessidade de a norma indicar a fonte de custeio para o pagamento, já que a exigência decorre da Constituição (art. 195, § 5º) por se tratar de benefício previdenciário.

Toda essa alteração legislativa do art. 394-A da CLT foi muito criticada pela doutrina, inclusive, por inverter o ônus da avaliação técnica dos riscos labor-ambientais. Segundo Souza Junior (2017), a norma transferiu às trabalhadoras o encargo de identificar, aferir, avaliar e diagnosticar os riscos de seu próprio ambiente de trabalho, o que demonstra uma “insólita inversão de papéis, atribuindo-se exclusivamente à gestante ou à lactante a tarefa de

exibir certificado médico denunciador de desequilíbrio ambiental trabalhista” (SOUZA Jr., 2017, p. 155).

Além disso, conforme ensina Maranhão (2017), em razão dos princípios jusambientais da prevenção, precaução, *in dubio pro ambiente/trabalhador* e poluidor-pagador (arts. 7º, XXII; 200, VIII; e 225, *caput*, § 1º, da CF; V e § 3º; art. 3º, III, *a* e *b* e IV, da Lei nº 6.938/81) compete ao empregador identificar, prevenir, controlar e eliminar os riscos ambientais que suscita (art. 157 da CLT). Entretanto, o art. 394-A da CLT deixa claro que cabe à gestante (nos casos de insalubridade de grau médio e mínimo) e à lactante (no caso de insalubridade em qualquer grau) apresentar atestado médico que recomende o afastamento da empresa da atividade insalutífera.

Não fosse apenas isso, emergem questões de ordem prática. Será que o médico de confiança da gestante e da lactante tem o real conhecimento das condições de trabalho as quais elas estão submetidas, de modo que possam atestar que determinada atividade insalubre afeta a gravidez ou traz riscos na amamentação? Para tanto, estes profissionais não deveriam, ao menos, ter acesso ao Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO e ao Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA? Como se efetivaria esse acesso se estes documentos permanecem sob a guarda da empresa?

E este quadro se agrava ao verificar que o art. 611-A da Lei nº 13.467/2017 permite que a negociação coletiva prevaleça sobre a legislação quando dispuser sobre os graus de insalubridade. Sobre o assunto, observam Oliveira e Pinto (2018, p. 4) que isso pode fazer:

“(…) com que gestantes possam laborar em ambientes que eram consideradas antes como de grau máximo, e agora, pela flexibilização e negociação autorizadas pela Reforma, podem ir para outra categoria menor, expondo a gestante a trabalhar em supostos graus mínimos e médios de insalubridade, quando se sabe que esse ambiente está revestido de graus máximos de insalubridade inadequados para o trabalho da mulher gestante.”

Importante estudo científico foi realizado no Departamento de Medicina Legal, Ética Médica, Medicina Social e do Trabalho, Instituto Oscar Freire, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – FMUSP, no qual restou constatado que os agentes de riscos ocupacionais – ARO, seja de natureza física, química, biológica, psicossocial, organizacional e acidental, podem causar diversos danos à saúde da gestante, da lactante e da criança. A conclusão de Pustiglione (2017) foi a de que:

DOCTRINA

“O estudo realizado, considerando o estágio atual de conhecimento, demonstra que os ARO de natureza química, biológica, psicossocial e organizacional, e acidental podem pôr em risco a gestação, o conceito e o lactente. Já os ARO de natureza física e biomecânica parecem não representar risco apenas no caso do lactente.”

Verifica-se do estudo de Pustiglione (2017), comentando apenas os riscos físicos, químicos e biológicos, que os prejuízos ocasionados pelos agentes de risco ocupacional – ARO de natureza física, como calor/hipertermia e radiação ionizantes, na gestação, que o estresse fetal e no conceito vão desde a restrição de crescimento intrauterino e prematuridade, malformações, distúrbio de crescimentos e desenvolvimento, mutagênese e carcinogênese até a morte fetal. Em relação aos AROs de natureza química (gases e vapores anestésicos, produtos químicos em geral, pesticidas organofosforados), os danos na gestação podem ser abortos espontâneos. No conceito, anomalias e malformações congênitas e efeitos adversos na descendência, propensão a desenvolver distúrbios de atenção e hiperatividade anos mais tarde.

Por fim, o ARO de natureza biológica pode ocasionar a infecção do feto e das crianças, durante e após o parto, pela contaminação que se dá através da placenta, no aleitamento materno ou pelo simples contato pessoal entre a mãe e o filho. Na gestação pode levar ao aborto espontâneo, necessidade de tratamento de fertilidade e parto prematuro. No conceito foi constatada a prevalência de anomalias congênitas, microcefalia, prematuridade, genotoxicidade, mutagênese e teratogênese. No lactente, síndrome da rubéola congênita, defeitos de nascimentos e deficiências de desenvolvimento (PUSTIGLIONE, 2017).

Rafagnin (2019), comentando os estudos de Pustiglione, concluiu que “(...) durante o período de gestação e amamentação, muitos são os riscos tanto para a mulher como para a criança”. Desse modo, é evidente que expor gestantes e lactantes a atividades e condições insalubres pode ocasionar males gravíssimos a saúde dessas pessoas e das crianças que tenham contato com esses agentes.

Em razão disso, a Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho da Justiça do Trabalho reuniu diversos operadores do direito em evento promovido nos dias 9 e 10 de outubro de 2017, em Brasília/DF, para debater os diversos dispositivos da Reforma Trabalhista e propor formas de interpretação aos artigos mais polêmicos, como o caso do art. 394-A da CLT. Assim, sobre o trabalho da mulher aprovaram os seguintes enunciados:

“ENUNCIADO Nº 50. TRABALHADORA GESTANTE E LACTANTE. ART. 394-A DA CLT. A autorização legal permitindo o

trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre é inconstitucional e inconveniente porque violadora da dignidade humana, do direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, da proteção integral ao nascituro e à criança e do direito social à saúde. Ademais, o meio ambiente do trabalho saudável é direito fundamental garantido pela Constituição da República, revestido de indisponibilidade absoluta. Incidência dos arts. 1º, III; 6º; 7º, XXII; 196; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 e 227, da Constituição Federal; Convenção 103 e 183 da OIT; arts. 25, I e II da DUDH. (Enunciado Aglutinado nº 2 da Comissão 4)”

“ENUNCIADO Nº 55. TRABALHADORA GESTANTE E IRRENUNCIABILIDADE DE DIREITOS DO NASCITURO. IMPOSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO DO ENQUADRAMENTO DA INSALUBRIDADE E PRORROGAÇÃO DE JORNADA EM CONDIÇÕES INSALUBRES. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 444, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. Com o intuito de proteger a vida do nascituro, não poderão ser objeto de livre estipulação, no contrato de trabalho, direitos estabelecidos na Constituição Federal que afetem sua integridade, sendo proibida a negociação pela trabalhadora gestante, ainda que ‘hipersuficiente’, do enquadramento da insalubridade em grau inferior ou da prorrogação de jornada sob condições insalubres. (Enunciado nº 5 da Comissão 4).” (ANAMATRA, 2017)

O impacto da Reforma Trabalhista não passou despercebido pelo Governo Federal, que apenas quatro dias após a vigência da Lei nº 13.467/2017 editou medida provisória (MP nº 808/2017) na tentativa de alterar alguns dispositivos polêmicos, como o caso do art. 394-A da CLT. Contudo, a medida provisória não foi votada pelo Congresso Nacional até o prazo necessário para se tornar uma lei e perdeu a validade.

Agora, tramitam no Congresso Nacional diversos projetos de lei (PLs ns. 8.304/2017, 8.500/2017, 8.511/2017, 10.098/2018, 10.137/2018, 10.573/2018, 10.822/2018, 11.208/2018, 1.037/2019 e 279/2019) que objetivam alterar, das mais variadas formas, o texto do art. 394-A da CLT. Não obstante, a ausência de consenso do Poder Legislativo sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal começa a se manifestar, abordagem que será realizada no próximo tópico.

5 – Posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal sobre o tema

A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.938), na qual contesta os incisos II e III

do art. 394-A da CLT, com redação conferida pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e que autoriza o trabalho das empregadas gestantes e lactantes nas atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, exceto quando apresentarem atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação e durante a lactação.

A autora da ação sustenta que a norma celetista vulnera os dispositivos constitucionais que garantem a proteção “à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado” (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS, 2018). Alegam, ainda, que o dispositivo estimula o trabalho insalubre, já que transfere para a empregada o ônus de comprovar a situação de risco a que estaria exposta, bem como a ocorrência de violação ao princípio da vedação ao retrocesso social. Assim, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade do artigo. Todavia, em face da urgência e relevância da matéria, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos requereu medida cautelar para suspender a eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida no dispositivo.

O relator da ação, Ministro Alexandre de Moraes, reconheceu, em *despacho proferido em 08.05.2018*, a proeminência da matéria constitucional suscitada “e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica” (MORAES, 2018), razão pela qual determinou que na ação fosse adotado o rito abreviado de julgamento previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99 (Lei das ADIs), a fim de permitir ao plenário do STF o julgamento direto do mérito da ação, sem a prévia análise do pedido liminar.

Entretanto, passados mais de 1 (um ano) sem que o Plenário da Suprema Corte conseguisse agendar data para o julgamento da ação, o relator preferiu proceder ao julgamento do pedido liminar, em razão da constatação do perigo de lesão irreparável.

Desse modo, na decisão publicada no dia 03.05.2019, entendeu o Ministro que os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* estavam presentes, pois eventual demora de julgamento permitiria a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Segundo o relator:

“A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.” (MORAES, 2018)

DOCTRINA

Dessa maneira, entendeu, em juízo de cognição sumária, que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais supramencionados, os quais representam não apenas normas de proteção à mulher gestante ou lactante, mas também ao nascituro e recém-nascido lactante.

Nessa toada, o Ministro Alexandre de Moraes concordou com a autora da ação e concedeu a medida cautelar para suspender a eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, inseridos pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017.

Passados 21 (vinte e um) dias da decisão liminar, o Plenário da Suprema Corte se reuniu e, por maioria (10x1), confirmou a medida cautelar e julgou procedente a ADI para “declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento’, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, inseridos pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017” (voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes, 2019). Esse foi o primeiro dispositivo da Reforma Trabalhista derrubado pelo STF.

Em seu voto, o Ministro Relator Alexandre de Moraes, mais uma vez, ressaltou a necessidade de não só salvaguardar o direito das mulheres, mas também da criança. Segundo Moraes (2019):

“A razão das normas não é só salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada com absoluta prioridade, no art. 227 do texto constitucional, como dever também da sociedade e do empregador.”

O voto ainda destaca a importância da proteção dos direitos sociais, já que se trata de uma espécie de direitos fundamentais, realça a imperiosa proteção à gestante, o nascituro e o recém-nascido lactante.

Os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e o Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, acompanharam o voto de Alexandre de Moraes. De acordo com a Ministra Rosa Weber e o Ministro Ricardo Lewandowski, a redação do art. 394-A da CLT representava uma inegável violação ao princípio da vedação ao retrocesso social.

Somente o Ministro Marco Aurélio divergiu, ao argumento de que a proteção excessiva poderia trazer prejuízos. Para ele, “Toda proteção alargada ao gênero feminino acaba prejudicando o gênero”.

De toda a sorte, verifica-se que não só as trabalhadoras gestantes e lactantes obtiveram importante vitória junto ao Supremo Tribunal Federal, mas toda a sociedade, com a valorização dos direitos fundamentais. A partir da referida decisão, todos os empregadores não poderão permitir que empregadas gestantes e lactantes laborem em locais insalubres.

Considerações finais

Conforme exposto, no ambiente de trabalho existe a diversidade e com ela a necessidade de elaborar normas que insiram as minorias que mais sofrem a exclusão social.

As mulheres historicamente sofreram e ainda sofrem exclusão social, necessitando dessa forma do amparo do Estado para o devido acolhimento e o reconhecimento à diferença.

Especialmente na fase da gestação e da amamentação, as mulheres permanecem em situação de especial vulnerabilidade, já que precisam conciliar a vida pessoal, a maternidade e o trabalho. Nessa fase, o tratamento igualitário poderá ser tão prejudicial quanto a ausência de proteção.

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) trouxe consigo alterações atinentes ao trabalho da mulher em ambiente insalubre no período gestacional e de amamentação, possibilitando o trabalho em atividades insalubres em grau mínimo e médio, caso não seja apresentado atestado médico recomendando o afastamento.

Tais alterações causaram discussões sobre a constitucionalidade da norma, o que ensejou a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos.

A referida ação foi julgada, recentemente, procedente e aponta o reconhecimento do direito à diferença e a valorização dos direitos fundamentais de segunda geração, permitindo o afastamento da gestante e lactante das atividades insalubres sem a necessidade da apresentação de atestado médico para essa finalidade.

O entendimento jurisprudencial ventilado demonstra a necessidade da proteção à maternidade e à infância para se dar efetividade aos direitos fundamentais de índole social, expressando, de maneira ofuscante, o ideário

republicano, o reconhecimento do direito à diferença e o superprincípio de dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento da diferença, livre de preconceito e discriminação, é a garantia da concessão dos direitos fundamentais do homem para todos os cidadãos na medida de suas necessidades, incluindo-os na sociedade e atingindo o bem social, de forma a impedir a repetição de antigos erros.

Referências bibliográficas

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. *Reforma trabalhista*: enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf>. Acesso em: 27 maio 2019.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ARRETCHE, M. (Org.). *Trajetórias das desigualdades*: como o Brasil mudou nos últimos 50 anos. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BAHIA, A. G. M. F. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*: igualdade 3 dimensões, 3 desafios. São Paulo: RT, 2014.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. *Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966*. Brasília, 14.04.66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Brasília, 01.05.1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. *Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995*. Brasília, 13.04.95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. *Lei nº 13.287, de 11 de maio de 2016*. Brasília, 11.05.2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13287.htm>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. *Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017*. Brasília, 14/11/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. *Portaria MTb nº 3.214, de 8 de junho de 1978*. Brasília, 08.06.78. Disponível em: <http://www.ccb.usp.br/arquivos/arqpeessoal/1360237303_nr15atualizada2011ii.pdf>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 814, de 24 de abril de 2007*. Brasília, 24.04.07. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1FD68BF244C85167B87597C8028D2B07.proposicoesWebExterno1?codteor=454300&filename=PL+814/2007>. Acesso em: 27 maio 2019.

DOCTRINA

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.605/DF*. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312352153&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2019.

_____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>>. Acesso em: 25 maio 2019.

CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. Prefácio de MELLO, M. A. São Paulo: RT, 2014.

CNS – Confederação Nacional de Saúde. Ação direta de inconstitucionalidade. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/questionada-lei-afasta-gestantes.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2019.

CRUZ, A. R. S. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCIA, G. F. B. *Reforma trabalhista*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

HIRATA, H. A divisão sexual do trabalho: a mulher entre o público e o privado. In: *Sociologia em movimento*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2016.

IBGE. *Quantidade de homens e mulheres*. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>>. Acesso em: 24 maio 2019.

JUBILUT, L. *et al. Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

MARANHÃO, N. *Poluição labor-ambiental: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARTINEZ, L. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, R. B. P.; FERREIRO, R. M. *Os impactos da reforma trabalhista para a saúde e trabalho da mulher: uma abordagem constitucional à luz do direito da saúde*. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20180925134811.pdf>. Acesso em: 27 maio 2019.

ONU. OMS: ambiente insalubre mata 12,6 milhões por ano. *ONU News*. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2016/03/1544421-oms-ambiente-insalubre-mata-126-milhoes-por-ano>>. Acesso em: 27 maio 2019.

PIOVESAN, F. C. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, p.46-47, jan./abr. 2005.

PUSTIGLIONE, M. Trabalhadoras gestantes e lactantes: impacto de agentes de risco ocupacional (ARO) no processo de gestação, no concepto e no lactente. *Rev. Bras. Med. Trab.*, v. 15, n. 03, p. 284-294, 2017. DOI: 10.5327/Z1679443520170039. Disponível em: <<http://www.rbmt.org.br/>>

DOCTRINA

details/260/pt-BR/trabalhadoras-gestantes-e-lactantes--impactode-agentes-de-risco-ocupacional--aro--no-processo-de-gestacao--no-concepto-e-nolactente>. Acesso em: 28 maio 2019.

RAFAGNIN, M. S. S. Reflexos da reforma trabalhista para gestantes e lactantes. *Argum*, Vitória, v. 11, n. 1, p. 230-245, jan./abr. 2019. ISSN 2176-9575.

RIOS Jr., C. A. dos. *Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário*. São Paulo: Edipro, 2013.

SADEK, M. T. A. *et al.* Justiça e direitos: a construção da igualdade. In: *Cidadania, um projeto em construção*: minorias, justiça e direitos. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

SÉGUIN, E. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. São Paulo: Forense, 2002.

SILVA, H. B. M. *Curso de direito do trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 3.

SOUZA Jr., A. H. *et al.* *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica a Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.

TEODORO, M. C. M. *O direito do trabalho da mulher enquanto “teto de vidro” no mercado de trabalho brasileiro*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170515-10.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2019.

WUCHER, G. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

Recebido em: 31/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019

INTELIGÊNCIA E SUA ATUAÇÃO NOS NÚCLEOS DE PESQUISA PATRIMONIAL E SEGURANÇA JUDICIÁRIA

INTELLIGENCE AND ITS PERFORMANCE IN THE RESEARCH CENTERS OF LABOR COURTS AND THE JUDICIAL SECURITY

Marcelo Canizares Schettini Seabra*

Antonio Donizete Ferreira da Silva**

RESUMO: A pesquisa trata da atividade de inteligência e sua relação com a Segurança Judiciária e com os Núcleos de Pesquisa Patrimonial da Justiça do Trabalho. Objetiva investigar as aplicações da atividade de inteligência como promotora da independência da magistratura e também como ferramenta apta a acelerar as execuções trabalhistas. Como técnica de pesquisa utiliza-se da revisão bibliográfica e para a abordagem crítica elegeu-se o método dedutivo. A pesquisa revela que a atividade de inteligência pode ser uma ferramenta apta a fornecer meios mais eficazes para as execuções e, por consequência, ao gerar maior eficiência, propicia de fato acesso à justiça no sentido material.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência. Patrimônio. Eficiência. Justiça do Trabalho.

ABSTRACT: The research deals with the intelligence activity and its relationship with Judicial Security and the Research Centers of the Labor Courts. It aims to investigate the applications of the intelligence activity as a promoter of the independence of the judiciary and also as a tool to accelerate the execution process. As a research technique, the bibliographic review is used and for the critical approach the deductive method was chosen. Research shows that intelligence activity can be a tool for providing more effective means for executions, and therefore, by generating greater efficiency, it actually provides access to justice in the material sense.

KEYWORDS: Intelligence. Patrimony. Efficiency. Labor Justice.

Introdução

O presente estudo trata da atividade de inteligência em sua relação direta com as ações de Segurança Judiciária e com os Núcleos de Pesquisa Patrimonial da Justiça do Trabalho, sob a ótica do princípio da eficiên-

* *Mestre em Administração; especialista em Segurança Pública e Cidadania, e Gestão de Crises e Inteligência Policial; graduado em Matemática; Gestão de Recursos de Defesa na Escola Superior de Guerra; diretor da Secretaria de Segurança Institucional do TRT da 2ª Região.*

** *Mestre em Direito; especialista em Direito e Processo do Trabalho e em Gerenciamento de Crises; graduado em Direito; servidor do TRT da 2ª Região.*

DOCTRINA

cia, partindo-se da premissa de que a atividade de inteligência funciona como ferramenta essencial de assessoramento ao processo decisório em ambos os casos.

Tem-se que, atualmente, a disponibilidade de informações e a facilidade de acesso a estas são muito grandes, pois há décadas o mundo passa por uma transformação estrutural baseada em um arquétipo tecnológico, diante do qual a quantidade de informação disponível multiplica-se de forma exponencial. A possibilidade de acesso a diversos tipos de dados, aliada à velocidade e à quebra de barreiras físicas franqueadas pelas tecnologias de informação e comunicação, traz diretas e reais transformações econômicas e sociais.

Nesse cenário, a Justiça do Trabalho busca desenvolver estratégias que permitam considerá-la uma instituição de excelência nas pacificações das relações de trabalho. Assim, a atividade de inteligência surge como paradigma no seio da Justiça Laboral, podendo ser uma ferramenta eficaz sob dois eixos: o primeiro, quanto à segurança dos órgãos da justiça, como viés garantidor da independência, autonomia e imparcialidade da magistratura; o segundo, alinhado ao princípio da eficiência constitucional, de modo a ser um artífice vantajoso para acelerar execuções trabalhistas.

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho, atento às mudanças sociais, positivou uma norma que possibilita, em grande medida, a busca por uma efetiva e célere execução trabalhista, a Resolução CSJT GP nº 138/2014, que estabelece a criação dos Núcleos de Pesquisa Patrimonial no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho. Desse ponto, vislumbra-se que a atividade de inteligência pode ser utilizada como ferramenta de eficiência nas execuções trabalhistas.

Objetiva-se compreender e inter-relacionar os efeitos práticos do uso da inteligência pelos Núcleos de Pesquisa Patrimonial e seus efeitos, especialmente, na fase da execução processual.

Para desenvolver este estudo, no primeiro tópico aborda-se a atividade de inteligência de forma a apresentar conceitos, histórico e principais possibilidades de emprego desta peculiar atividade.

No segundo tópico, foca-se na atividade de inteligência realizada no âmbito da segurança judiciária evidenciando que o emprego desta pode promover ações de prevenção, oportunizando a segurança e autonomia de magistrados, e, por consequência, a independência do Judiciário.

O derradeiro ponto aborda as ações empreendidas pelos Núcleos de Pesquisa Patrimonial da Justiça do Trabalho. Este item, em especial, traz a

atividade de inteligência como instrumento de auxílio na concretização das execuções de processos trabalhistas.

Justifica-se a pesquisa, pois, segundo o Relatório do Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em Números*, para um “gargalo” sobre os indicadores atinentes à execução dos processos trabalhistas e, neste cenário, a atividade de inteligência surge como ferramenta apta a fornecer aos Núcleos de Pesquisa meios mais eficazes para a busca de patrimônios e, por conseguinte, dar cumprimento à sentença, ambicionando alcançar a eficiência administrativa e jurisdicional.

Para tanto, o trabalho, como técnica de pesquisa, utiliza-se de revisão bibliográfica e documental, sendo a pesquisa eminentemente de natureza qualitativa, buscando embasamento teórico e normativo, prioritariamente, nas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. A pesquisa documental encontra, ainda, sustentáculo nas informações do Diagnóstico da Segurança do Poder Judiciário e no Relatório *Justiça em Números*, ambos publicados pelo Conselho Nacional de Justiça.

A abordagem crítica utilizará preponderantemente o método dedutivo, e, no desenvolvimento do trabalho, no que se refere aos conceitos relativos à atividade de inteligência, adota-se como referencial o ponto de vista de Marco Cepik, e, em relação aos aspectos da execução no processo do trabalho e os mecanismos para gerar maior eficiência, adota-se a perspectiva de Anna Gontijo, para, ao final, chegar-se a uma conclusão sobre a moderna noção de acesso à justiça no sentido material.

1 – Atividade de inteligência: breve histórico e conceitos iniciais

Inteligência apresenta duas facetas quando analisada fora do contexto das ciências cognitivas: uma ampla, outra específica. Na perspectiva ampla, inteligência é uma informação que chega a uma pessoa; é o tomar ciência de algo. Na visão da ciência da informação, inteligência é uma forma específica de reunir e promover um tratamento analítico diferenciado a uma informação básica, que, após o emprego de técnicas de análise de dados, somado à coleta e processamento adequados, a partir da informação básica, produz-se um conhecimento singular sobre dado assunto, com o propósito de assessorar um decisor.

Diante disso, pode-se dizer que, para o senso comum, inteligência seria algo como o simples “saber”; todavia, exercer atividade de inteligência seria algo mais técnico, com metodologia e processos próprios de análise da informação, que permitem ao tomador da decisão obter a solução mais assertiva. Nas palavras de Cepik (2003, p. 27), “inteligência é toda informação coletada,

organizada ou analisada para atender as demandas de um tomador de decisões qualquer”. No mesmo sentido, Kent (1967, p. 17):

“Inteligência como produto, conhecimento produzido: trata-se do resultado do processo de produção de conhecimento e que tem como cliente o tomador de decisão em diferentes níveis. Assim, o relatório/documento produzido com base em um processo que usa metodologia de inteligência também é chamado de inteligência. Inteligência é, portanto, conhecimento produzido.”

Por diversas razões, a atividade de inteligência ainda é vista, por parte da população, como meio de repressão envolta em uma “aura de secretismo”. Acredita-se que tal estigma vem da interpretação dada ao termo “informações” durante os governos militares, principalmente após a criação do Serviço Nacional de Informações – SNI, com a função de “Superintender e condenar, em todo território nacional, as atividades de informações e contrainformações, em particular as que interessem a Segurança Nacional”¹.

Nessa toada, o Serviço Nacional de Informações – SNI assumiu grande parcela de poder e alta capacidade operacional. Essas características, aliadas à autonomia do SNI, trouxeram incredulidade em relação a essa atividade, conforme atesta Antunes (2002, p. 21-22):

“Emergiu de uma tentativa de acobertar e superar uma identidade deteriorada que havia se formado em torno da atividade de Informações no regime militar, equivalente a repressão e violação dos direitos civis. No Brasil, assim como nos demais países do Cone Sul, existe uma forte desconfiança em relação a essa atividade, que decorre do perfil assumido por seus órgãos de informações durante o ciclo recente de regimes militares.”

Com o fim dos governos militares e a ascensão do Regime Democrático, a inteligência inicia um processo de autocritica e reavaliação, visando adequar-se aos novos contextos governamentais. Aspirando alinhar-se à nova realidade e revestir o serviço de uma nova aparência, substituiu-se a antiga terminologia – informações – pela expressão inteligência. Para situar a inteligência ao processo de redemocratização, seria necessário extrair a expressão *informações* e atribuir-lhe nova roupagem, isentando-a de preconceito e legitimando-a perante a sociedade, conforme explorado por Feitoza (2011, p. 1.030):

1 Histórico do SNI. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/institucional/historico/1964-servico-nacional-de-informacoes-sni/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

DOCTRINA

“Presentemente, nos estados democráticos de direito, não se admite o uso da inteligência como instrumento de ‘polícia política’ (em sentido clássico), aquela que combate os próprios cidadãos considerando como supostos dissidentes ou opositoristas ao poder político do momento. A inteligência foi largamente empregada dessa forma, por exemplo, durante os regimes militares (‘ditaduras’), na América Latina, sob a égide de ‘doutrinas de segurança nacional’.”

É necessário se destacar que a atividade, até hoje, é muito importante e o que se questionava era o modo e o direcionamento dado ao conhecimento. Nesse cenário, ao buscar alinhamento com a realidade democrática, a inteligência viveu, entre o período de 1990 a 1999, a nominada fase de transição.

Figura 1 – Período de transição



Fonte: Elaboração própria

Esse período caracterizou-se por imprecisões atinentes à remodelagem da atividade e a promoção de vários estudos para aproximar a inteligência dos dilemas daquele tempo. Os estudiosos consideram essa fase a de maior incerteza da biografia deste serviço. Nessa conjuntura, não há como compreender as possibilidades de emprego da inteligência sem conhecer sua história, pois isso pode deixar de trazer à tona os princípios e a importância desta atividade para a evolução das sociedades. Por isso, antes de adentrar na fase contemporânea, que se inicia em 1999 e perdura até a atualidade, é importante trazer à luz algumas evidências do uso desta ferramenta de assessoria desde os tempos mais antigos.

Em que pese a literatura nacional sobre inteligência ser muito escassa, os poucos autores que se propõem a fazê-lo dialogam sobre este tema e trazem passagens bíblicas, de grande relevância, como os primeiros “registros” da atividade de inteligência aplicada. Entre tais citações, trazidas aqui com a perspectiva histórica e não religiosa, temos o trecho no qual Josué, então sucessor de Moisés, ordena que dois espiões se infiltrem na cidade de Jericó: “Josué, filho de Nun, despachou de Setim secretamente dois espiões: Ide, disse-lhes ele, e examinai a terra e a cidade de Jericó. Em caminho, entraram em casa de uma prostituta chamada Raab, onde se alojaram” (Josué 2:1).

Nesse mesmo mote, a atividade de inteligência ainda é citada quando Moisés, ao conduzir o povo hebreu à terra prometida, utilizou-se de homens para “espionar” a Terra de Canaã e trazer-lhe informações sobre diversos assuntos que pudessem assessorá-lo em sua tomada de decisão. Fregapani (2001, p. 13-14) destaca:

“(...) falou o Senhor a Moisés, dizendo: ‘Envia homens que espieiem a terra de Canaã, que Eu hei de dar aos filhos de Israel’. Enviou-os pois Moisés a espionar a terra de Canaã; e disse-lhes: ‘Subi por aqui para a banda do sul, e subi a montanha; e vede que terra é, e o povo que nela habita; se é boa ou má e como são suas cidades, se arraiais ou fortalezas’. Retornando da missão, as pessoas dela incumbidas passaram a relatar os dados obtidos. E contaram-lhe e disseram: ‘Fomos à terra que nos enviastes; e verdadeiramente mana leite e mel, e este é o fruto. O povo, porém que habita a terra é poderoso e as cidades fortes e mui grandes’.”

Como técnica da atividade de inteligência, a determinação de Moisés seria hoje chamada de “ordem de busca” e, assim como em diversos outros relatos bíblicos, pode-se extrair que a inteligência foi, por muito tempo, uma ferramenta para se permitir ao decisor que obtivesse acesso ao conhecimento que o ajudasse na tomada de decisão.

Tal emprego da inteligência, pela análise histórica, não era prática somente do Ocidente. No Oriente, temos o exemplo da renomada obra *A Arte da Guerra*, de Sun Tzu, que também é rememorada por diversos autores. No compêndio de textos que versam sobre a pretérita época dos Estados guerreiros da China, traz em seu bojo um capítulo exclusivamente reservado sobre o assunto:

“Se um soberano iluminado e seu comandante obtêm a vitória sempre que entram em ação e alcançam feitos extraordinários, é porque eles detêm o conhecimento prévio e podem antever o desenrolar de uma guerra. (...) Este conhecimento prévio, no entanto, não pode ser obtido por meio de fantasmas e de espíritos, nem pode ser obtido com base em experiências análogas, muito menos ser deduzido com base em cálculos das posições do sol e da lua. Deve ser obtido das pessoas que, claramente, conhecem as situações do inimigo. (...) Há cinco tipos de espíões que podem ser utilizados: espião nativo, espião interno, espião convertido, espião descartável e espião indispensável.” (TZU, s/d, capítulo XIII)

Após esse breve recuo histórico, voltamos à contemporaneidade para desvelar a inteligência como ferramenta essencial no âmbito das instituições. Resumidamente, esta possui a incumbência de produzir conhecimento emba-

sando-se em avaliações corretas, oportunas e aprofundadas para subsidiar um dado tomador de decisão.

A figura do profissional de inteligência, por vezes romantizada, por outras criticada, passou a obter tratamento técnico adequado e, em 1999, por meio da promulgação da Lei nº 9.883, instituiu-se o Sistema Brasileiro de Inteligência e criou-se a Agência Brasileira de Inteligência. Este ordenamento inaugura uma nova realidade da atividade em âmbito nacional e, dentre várias inovações, sobreleva-se o conceito que legitima a atuação da inteligência no novo cenário político vivido:

“Entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.” (BRASIL, 1999)

Importante evidenciar que, em um primeiro momento, fizemos menção às ações de inteligência vinculadas ao Poder Executivo; no entanto, pela importância estratégica depreendida, diversos órgãos, instituições e até empresas privadas valem-se deste tipo de instrumento, como indica Vidigal (2004, p. 14):

“Para qualquer governo, é essencial a posse de informações que lhe permitam, no campo interno, identificar a existência de problemas que possam vir perturbar a ordem pública, a paz social ou prejudicar a economia, e, no campo externo, identificar as ameaças que possam se contrapor aos interesses nacionais.”

Não somente os governos, mas organizações e instituições – com o tempo – passaram a compreender, assimilar e usar, em seus respectivos domínios de competência, ações de inteligência em suas atividades-fim, asseverando a importância e a multifacetada característica dessa ferramenta estratégica, que possibilita o seu uso nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas da União, entre outros.

No Ministério Público, por exemplo, os Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO representam o embrião da atividade de inteligência naquela instituição. No mesmo caminho, o Tribunal de Contas da União busca o fomento e formação das “redes de controle”, que objetiva estabelecer parceria com diversos órgãos públicos, auxiliando na atividade de controle externo da Administração Pública, conforme lembra Pereira (2009, p. 79):

DOCTRINA

“O objetivo dessa rede é estabelecer parcerias com diversos órgãos públicos que atuam na investigação, na fiscalização e no controle da gestão pública, a exemplo da Polícia Federal, do Ministério Público, da Controladoria-Geral da União, Ministério da Fazenda, entre outros, visando ao intercâmbio de informações e documentos, com vistas a otimizar os esforços e a conferir maior efetividade às ações de controle externo a cargo do Tribunal.”

No Poder Judiciário, desde 2007, há várias menções, em diversos normativos, sobre ações de inteligência. No entanto, elas são vagas e apenas informam que os inspetores e agentes de segurança devem se capacitar nesta matéria, não havendo referência sobre conceitos, definições e emprego. Nessa toada, em 2016, o CNJ inaugurou a formulação e conceituação da inteligência da justiça:

“(…) o exercício permanente e sistemático de ações especializadas para identificar, avaliar e acompanhar ameaças reais ou potenciais aos ativos do Poder Judiciário, orientadas para a produção e salvaguarda de conhecimentos necessários ao processo decisório no âmbito da Segurança Institucional do Poder Judiciário.”

Ao partir deste breve resgate histórico, chegando aos dias atuais, independentemente da perspectiva que se adote, concluir-se-á que a atividade de inteligência tem seu valor estratégico para uma organização e, no caso da justiça, destaca-se que a inteligência atua também para identificar, avaliar e acompanhar ameaças reais ou potenciais contra os ativos do Poder Judiciário. Posto isso, aduz-se que, além das atividades de assessoramento ao poder decisório, a inteligência busca meios eficientes de proteger magistrados, servidores e demais ativos, haja vista a mudança de perfil da criminalidade incutida na sociedade e o aumento de registros, com frequência cada vez maior e preocupante, de casos de ameaças e atentados contra juízes e tribunais no Brasil.

2 – Inteligência Judiciária: garantidora da segurança e independência da magistratura

A segurança institucional, também chamada de segurança judiciária, há muito deixou de ser uma atividade secundária dentro da estrutura organizacional dos tribunais. Atualmente, diante do cenário de violência urbana, associada à criminalidade organizada e desestruturação das relações humanas, não se concebe deixar de considerar as ações de segurança institucional para a tomada das mais variadas decisões, principalmente dentro do Poder Judiciário,

DOCTRINA

pois os magistrados e servidores, no exercício de suas atribuições, podem ficar expostos a riscos ou sofrer ameaças.

Para propiciar a sensação de segurança necessária aos magistrados, servidores e jurisdicionados, os tribunais contam com recursos humanos específicos que, de fato e de direito, possuem múltiplas atribuições concernentes à salvaguarda do órgão. Tais ações permeiam o exercício de segurança das áreas e instalações, policiamento nas adjacências das unidades judiciais, segurança das autoridades, auxílio aos oficiais de justiça no cumprimento de atos judiciais e o assessoramento da administração do tribunal, valendo-se do serviço de inteligência. Na matéria das atribuições da segurança judiciária, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, em 2016, debutou esta temática com a edição da Resolução CSJT nº 175, norma esta paradigmática no seio da segurança da Justiça do Trabalho.

Em suma, a segurança institucional é uma atividade que engloba um conjunto de ações visando à proteção e à salvaguarda do órgão e de seus integrantes, que visam neutralizar as ameaças protagonizadas por atores hostis, eventos da natureza e qualquer outro que atente contra os ativos dos tribunais. Diante desse cenário, a inteligência vinculada à segurança judiciária surge como recurso imprescindível no cumprimento da missão institucional da segurança, disposta na Resolução CNJ nº 239/2016:

“Art. 2º A Segurança Institucional do Poder Judiciário tem como missão promover as condições precípua de segurança a fim de possibilitar aos magistrados e servidores da Justiça o pleno exercício de suas atribuições, e disponibilizar à sociedade brasileira uma efetiva prestação jurisdicional.”

Do exposto, da manutenção da paz institucional à imparcialidade do magistrado e sua livre persuasão racional, só podem estar garantidos quando, neste cenário complexo de violência e atentados, não haja formas de coerção contra a justiça.

A segurança é condição *sine qua non* para que os magistrados exerçam seu mister com a imparcialidade necessária, tanto que essa premissa consta, desde 1985, na Resolução nº 40/1932 da ONU, na qual a Assembleia Geral das Nações Unidas endossou os princípios básicos relativos à independência da magistratura, ressaltando que:

“Os juízes devem decidir todos os casos que lhes sejam submetidos com imparcialidade, baseando-se nos fatos e em conformidade com a lei, sem quaisquer restrições e sem quaisquer outras influências,

DOCTRINA

aliciamentos, pressões, ameaças ou intromissões indevidas, sejam diretas ou indiretas, de qualquer setor ou por qualquer motivo.” (NAÇÕES UNIDAS, 1985)

Assim sendo, para que as ações de segurança judiciária possam estar lastreadas por subsídios oportunos, é imperioso que a atividade de inteligência da justiça conheça os riscos e as ameaças, reais ou potenciais, contra o Poder Judiciário e seus membros.

A produção de conhecimento permite que a justiça possa, de forma antecipada, tomar decisões, alocar recursos e, por conseguinte, avaliar cenários que possam desestabilizar a instituição. Nesse contexto, para que o conhecimento possa ser produzido, é imprescindível que haja coleta e processamento de dados no âmbito dos tribunais, por meio de profissionais qualificados e cômicos da vinculação de seus propósitos com a missão da instituição.

Alicerçado no diagnóstico do Conselho Nacional de Justiça, pode-se observar que, dos 116 órgãos participantes da pesquisa, 46 responderam que realizam coleta e processamento de dados. Isto é, 40% dos respondentes realizam ações deste gênero.

Ainda sobre esta temática, a tabela extraída do documento elaborado pelo Conselho permitiu que avaliássemos a atuação de cada ramo da justiça no quesito “coleta e processamento de dados”, de forma que, dos 24 Regionais do Trabalho, somente 10 tribunais praticam a coleta e processamento de dados atinentes à segurança.

A metodologia do Diagnóstico de Segurança, definida pelo CNJ, visou, por meio de questionário específico, identificar a atual situação da segurança judiciária brasileira e, norteando-se pelos dados obtidos, propor a modernização qualitativa das atividades de segurança institucional e inteligência.

Nesse passo, em março de 2016, 118 órgãos, abrangendo quatro Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE, STM), um Conselho (CJF), 27 Tribunais de Justiça, 5 Tribunais Regionais Federais, 27 Seções Judiciárias, 24 Tribunais Regionais do Trabalho, 27 Tribunais Regionais Eleitorais e 3 Tribunais de Justiça Militar receberam o questionário com diversas questões e, apesar da completude da análise realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, destaca-se que a atividade de inteligência, enquanto ferramenta de salvaguarda institucional, felizmente tem sido cada vez mais utilizada, consoante observado nas tabelas extraídas do diagnóstico.

DOCTRINA

Tabela 1 – Órgãos que realizam coleta e processamento de dados referentes à segurança institucional

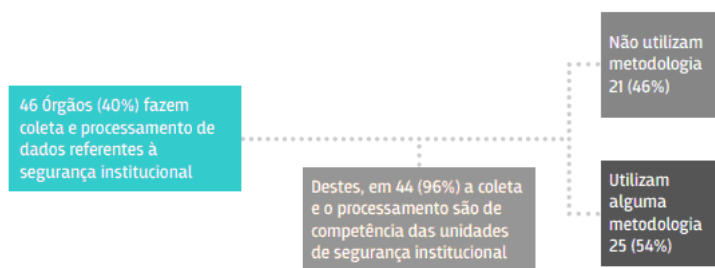
<i>Justiça</i>	<i>Total</i>	<i>Sim</i>	<i>Sim (%)</i>	<i>Não</i>	<i>Não (%)</i>
Eleitoral	25	8	32,0%	17	68,0%
Estadual	27	18	66,7%	9	33,3%
Federal	33	7	21,2%	26	78,8%
Militar	3	2	66,7%	1	33,3%
Superiores	4	1	25,0%	3	65,0%
Trabalho	24	10	41,7%	14	58,3%
Poder Judiciário (Total)	116	46	39,7%	70	60,3%

Fonte: *Diagnóstico da Segurança Institucional do Poder Judiciário*, 2016a.

Avaliando os percentuais evidenciados, esquadrinhou-se que, nos casos gerais, e especificamente na Justiça do Trabalho, a média percentual de tribunais que praticam a atividade de inteligência com viés de segurança é de 40%. Em um primeiro momento, pode-se concluir que este seria um número com pouca expressividade, dado o cenário de violência vivido. Contudo, ressalta-se que, pelo histórico debatido, a inteligência é algo novo no Judiciário e que, aos poucos, vem desconstruindo a imagem estigmatizada do passado. Por esses motivos, considera-se relevante o percentual apresentado no estudo do CNJ.

Ainda sobre a inteligência ser matéria surgente no seio da justiça, o diagnóstico manifesta a falta de metodologia na coleta e processamento de dados, ficando prejudicada a uniformização dos procedimentos, conforme deduzido pela análise do esquema abaixo:

Figura 2 – Metodologia na coleta e processamento de dados referentes à segurança institucional



Fonte: *Diagnóstico da Segurança Institucional do Poder Judiciário*, 2016a.

É importante destacar que a estruturação do exercício da atividade de inteligência, dentro dos tribunais, permite, de forma direta, a proteção ao patrimônio material e imaterial da instituição. De forma gradual, a antecipação de eventos, a identificação de ameaças, as ações voltadas ao planejamento e as medidas precursoras tornar-se-ão algumas das práticas de inteligência promotoras da

DOCTRINA

segurança institucional e, em grande medida, garantidora da independência da magistratura. Assim, o desígnio é que, em pouco tempo, passará a ser rotina em todos os tribunais brasileiros que utilizem a inteligência como estratégia de cumprimento da missão institucional.

Potencializar a atividade de inteligência como meio eficaz de produção de conhecimentos, no domínio do Poder Judiciário, permitirá maior eficiência na prestação jurisdicional, tornando-a mais célere e efetiva. Em um cenário social complexo, é imprescindível que a segurança institucional seja fortalecida e reconhecida como ferramenta estratégica de proteção e salvaguarda dos tribunais.

Nesse sentido, Gonçalves (2010, p. 101-102) ensina que:

“Desde que o homem se organiza em sociedade e estabeleceu relações de poder, tem havido a necessidade de se conhecer melhor sobre o outro. Na introdução a esta obra, foi dito que conhecimento é poder. Se o homem é um animal político, a política e o poder estão imbricados. E não se pode falar em poder sem inteligência. (...) Difícil é discordar que a atividade de inteligência é imprescindível em qualquer democracia, sobretudo diante das transformações internacionais das últimas décadas e do advento das chamadas ‘novas ameaças’.”

Essa atividade é uma realidade nas diversas cepas de atuação, servindo como matéria essencial nos contextos nos quais seja melhor conhecer para melhor decidir. Dito isso, não é de se estranhar que a inteligência pode ser utilizada em todos os ramos da justiça, tal como descrito por Nunes (2017, p. 115):

“Cabe destacar que a inteligência do Poder Judiciário poderá atuar no assessoramento de seus usuários (decisores), não somente na segurança institucional, mas também em outras áreas desse Poder, principalmente em nível estratégico. Com informações adequadas, bem trabalhadas e com uma metodologia específica, qualquer gestor terá superioridade estratégica na sua tomada de decisão, seja na área administrativa ou operacional, com base em prospecções de cenários, podendo até determinar os rumos a serem seguidos.”

A atividade de inteligência mostra-se como importante ferramenta de segurança e independência da magistratura, principalmente em um cenário onde há o recrudescimento da criminalidade organizada, em que há desigualdades sociais e uma decisão judicial pode ser a motivação para atos de violência. Antecipar e proteger o Judiciário deste tipo de evento requer ações complexas que perpassam necessariamente pela inovação do enfoque de sua atuação, que deve

ser voltada para a especialização, inteligência, gestão estratégica da segurança e, por consequência, ter-se-á garantia de acesso à justiça.

3 – Inteligência: ferramenta de eficiência no processo do trabalho

As últimas décadas do século XX e início do século XXI conheceram grandes crises sociais, políticas e econômicas em todo o mundo. No Brasil, o declínio da economia, aumento da pobreza e demais mazelas sociais se fizeram presentes. Dessa feita, visando minimizar tais efeitos, começa-se a esquadrihar um novo modelo de Estado, ou seja, uma forma de atuação e de gestão da coisa pública que só seria alcançada com a modernização da administração que, até então, se baseava na fragilidade da Teoria Clássica e das Relações Humanas, que não possuíam uma abordagem global e sistêmica, sendo contraditórias em diversos pontos.

Em resposta a esses anseios, desenvolveu-se, no âmbito da Administração Pública, a teoria da burocracia de Max Weber (1864-1920) que, segundo Motta (1981, p. 7), “hierarquicamente organizado, que deve agir segundo critérios impessoais e métodos racionais”.

Com o tempo, principalmente por conta do maciço emprego de novas tecnologias de comunicação e com uma sociedade cada vez mais interligada, o modelo burocrático de Weber começa a se mostrar ineficiente, como atesta Batista Júnior (2004, p. 70):

“Se o modelo burocrático privilegia o procedimento para que se possa assegurar os direitos individuais e evitar a corrupção e a prevalência dos interesses privados, passou-se a exigir uma AP orientada para os resultados, que, além de cumprir aquele desiderato, pudesse orientar-se pelo cidadão e que prevenisse os desvios aprioristicamente, e não que se concentrasse em corrigir faltas após ocorrida já a lesão do interesse público. Se as burocracias resultantes, mantidas com um desenho dissonante das novas exigências do Estado Social, tendem a ser autorreferentes e, por vezes, além de se pautarem por seus próprios interesses, buscam, primariamente, a afirmação do poder do Estado sobre os cidadãos, o Estado Social (eficiente) exige uma nova AP orientada para o cidadão, que produza bons resultados para a coletividade, enfim, que busque o bem comum.”

Nessa toada, na perspectiva apresentada, a sociedade se vê impelida a pressionar as organizações públicas em busca da eficiência dos serviços prestados ao povo. Aperfeiçoar as ações estatais dando azo aos anseios da sociedade,

DOCTRINA

torna-se uma realidade em um regime de direito, em que os quereres coletivos não podem ser ignorados. Segundo o princípio da eficiência, a Administração Pública não deve desempenhar o seu papel apenas com legalidade, mas, fundamentalmente, trazer resultados positivos para o serviço público, em que haja satisfatório atendimento das necessidades da sociedade.

Dessarte, buscando a melhora dos serviços públicos, por meio da reforma administrativa do Estado brasileiro, a Emenda Constitucional nº 19/98 foi promulgada introduzindo em nosso ordenamento jurídico o Princípio da Eficiência, incorporando alguns elementos do modelo de administração gerencial no serviço público.

Seguindo esta lógica, Machado (2006, p. 53) proclama que:

“O administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser o que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade.”

De certo que em um Estado Democrático de Direito todo o poder emana do povo, os serviços públicos só podem convergir para um único destino: o interesse público. Assim, entende-se que a eficiência é um corolário natural dos demais princípios, como nos elucida Martins (2006, p. 31):

“Não há como estudar o Estado de Direito sem que tenha ele sede, alicerce na eficiência, requisito exigido pela sociedade para que sejam os cidadãos servidos pelo governo e não o governo pelos cidadãos. Em outras palavras como os recursos do Estado não são do governo, mas da sociedade, o que se torna um imperativo é que a administração seja eficiente. Por esta razão, sempre entendi que o Princípio da Eficiência é um corolário natural dos demais princípios e que já estava previsto, como princípio implícito, no texto original da Constituição de 1988, assim como em todos os demais textos constitucionais anteriores.”

Nesse sentido, defender que tal movimento constitucional almejou dar à população a oportunidade de receber uma administração desburocratizada, rápida, com qualidade, imparcialidade e transparência na entrega da sua atividade-fim, e, no caso do Judiciário, Marco e Medeiros (2016, p. 365) lembram ainda que:

“Trata-se de um conjunto de deveres-poderes imposto ao Poder Judiciário visando à satisfação das necessidades e interesses públicos,

ou seja, para que a entrega da tutela jurisdicional seja efetuada dentro de um tempo célere.”

Balizado por este contexto, o Judiciário, por simetria, deveria adequar-se a este novo paradigma constitucional, pelo qual a justiça deveria assegurar, à sociedade, a entrega de uma prestação jurisdicional desembaraçada e célere.

Desde a edição da Constituição Federal – CF de 1988, esta recebeu aproximadamente 100 emendas em seu texto original. Nesse sentido, destacou-se, no âmbito da justiça, a Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, pois esta trouxe, entre outras coisas, o paradigma de maior eficiência e transparência ao sistema judiciário brasileiro. Nessa dinâmica, alinhada ao pensamento de entregar à sociedade brasileira uma melhor prestação jurisdicional, tal instituto criou o Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Constitucionalmente, o Conselho é o órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Dentro dessa realidade cresce a necessidade de avaliar-se o desempenho da justiça brasileira, de tal forma que, a partir de 2004 o CNJ, por meio do relatório intitulado *Justiça em Números*, apresenta estatísticas abrangentes sobre diversas áreas do Poder Judiciário, no intuito de mensurar a eficiência e a eficácia do Judiciário.

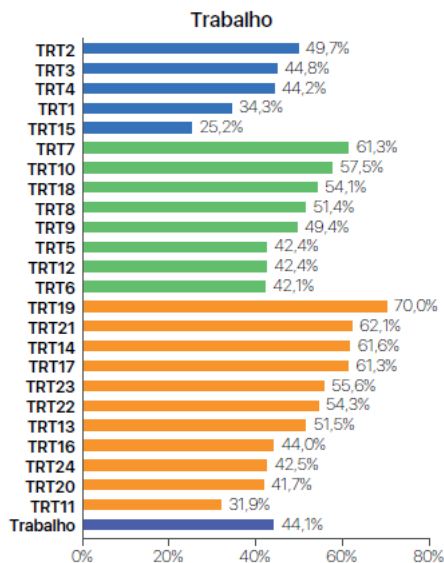
Com base nesse documento, partindo de métricas objetivas, pôde-se observar que a justiça, no final do ano de 2017, contava com um acervo de 80,1 milhões de processos pendentes. Desse quantitativo, mais da metade desses processos (53%) se referia à fase de execução. Ainda sobre o quantitativo de processos pendentes, o relatório *Justiça em Números*, no item “Gargalos da Execução”, permite-nos fazer uma avaliação pormenorizada, por ramo da justiça, dos casos pendentes na fase de execução.

Assentado nos dados constantes do relatório *Justiça em Números*, bem como nos objetivos de atuação dos Núcleos de Pesquisa Patrimonial, é correto afirmar que a criação dessas unidades atua como instrumento crível para a diminuição dos litígios que estejam em fase de execução.

Ainda sobre as estatísticas compulsadas no relatório, sobretudo aqueles constantes do gráfico abaixo, distingue-se que grande porcentagem processual, nos regionais do trabalho, está pendente na fase de execução. Desta perspectiva, infere-se que a especialização de magistrados e servidores em capacitações voltadas para a atividade de inteligência permitirá a otimização do trabalho e, como resultado, a redução dos “gargalos” nessa fase do processo.

DOCTRINA

Figura 3 – Percentual de casos pendentes de execução em relação ao estoque total de processos, por Tribunal, em 2017.



O Conselho Superior da Justiça do Trabalho, por meio da Resolução GP nº 138, de junho de 2014, passou a dispor sobre o estabelecimento de Núcleos de Pesquisa Patrimonial no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, definindo os objetivos de atuação dessas estruturas, destacando que a criação dessas unidades está alinhada aos vetores constitucionais da efetividade jurisdicional, celeridade processual e eficiência administrativa, tencionando a redução da taxa de processos na fase da execução. Para tal, os Núcleos de Pesquisa Patrimonial possuem as seguintes competências:

“Art. 2º Compete ao Núcleo de Pesquisa Patrimonial, órgão jurisdicional de apoio à efetividade da execução trabalhista: I. *promover a identificação de patrimônio* a fim de garantir a execução; II. requerer e prestar informações aos Juízos referentes aos devedores contumazes; III. *propor convênios e parcerias* entre instituições públicas, como *fonte de informação de dados* cadastrais ou cooperação técnica, que facilitem e auxiliem a execução, além daqueles já firmados por órgãos judiciais superiores; IV. receber e examinar denúncias, sugestões e propostas de diligências, fraudes e outros ilícitos, sem prejuízo da competência das Varas; V. *atribuir a executantes de mandados a coleta de dados e outras diligências de inteligência*; VI. elaborar estudos sobre técnicas de pesquisa, investigação e avaliação de dados, bem como sobre mecanismos

DOCTRINA

e procedimentos de prevenção, obstrução, detecção e de neutralização de fraudes à execução.”

Do excerto da norma, torna-se inconteste que os Núcleos de Pesquisa Patrimonial valem-se da atividade de inteligência para executarem suas atribuições, seja na detecção de fraudes, ações de pesquisa e investigação ou mesmo na formação de redes de informações derivadas de convênios, parcerias ou cooperação técnica entre instituições públicas. Nas palavras de Gontijo (2017, p. 149), “(...) não se pode olvidar de que as novas ferramentas trouxeram mais opções ao Judiciário, bem como maior celeridade em se encontrar bens passíveis de garantir o débito trabalhista”.

O principal mote dessas unidades reside em auxiliar os juízes do trabalho na localização de bens passíveis de penhora para o pagamento de dívidas, principalmente aqueles que estejam sendo blindados por algum tipo de fraude, para tanto, a atividade de inteligência, com suas técnicas e métodos, seria fundamental, como explica Gontijo (2017, p. 148):

“A evolução das ferramentas de execução e de pesquisa, que vieram para substituir o velho uso de ofícios e a busca incessante dos oficiais de justiça por patrimônio ocultado pelas partes, tem auxiliado de forma nunca antes experimentada pelo Judiciário, não só no âmbito trabalhista, mas também na justiça comum, como, por exemplo, na descoberta de crimes envolvendo transações financeiras.”

Nesse contexto, a literatura existente enumera algumas das fraudes mais usuais, entre elas estão: a ocultação de patrimônio por meio da transferência de bens para pessoas jurídicas controladas por “sócios *holding* familiar”; utilização de “sócios laranjas”, desprovidos de patrimônio; constituição de empresas *offshore*, visando dificultar a incidência das normas pátrias. Note-se que não se trata de investigação com a finalidade de prova, mas, sim, de localização para que seja realizada a constrição dos bens para garantir o juízo.

No combate a essas fraudes, o juiz, para identificar bens passíveis de penhora, pode valer-se das seguintes ferramentas *on-line*, entre elas estão o Bacen Jud, relativo ao sistema financeiro; o Rena Jud, que permite a consulta de veículos; o Infoseg, que possui informações relativas à segurança pública; e o Simba, que monitora movimentações financeiras.

Conclusão

A pesquisa revelou que desde os primórdios da vida em sociedade há registros de que a atividade de inteligência foi utilizada como ferramenta de

DOCTRINA

assessoramento a alguma espécie de poder decisor. Com o tempo, mesmo passando por períodos conturbados da história político-social, tem-se que com a redemocratização do Estado a atividade se aprimorou e passou a contar com nova roupagem, deixando de ser pejorativamente estigmatizada.

Com o avanço qualitativo dos debates sobre o papel e a essência da inteligência, paulatinamente a atividade tem ganhado novos contornos, o que permite concluir que, com as técnicas e métodos adequados, a inteligência revela-se um importante mecanismo de estratégia institucional.

Quando se avalia a eficiência da prestação jurisdicional como meta institucional, com base no estudo, nota-se que a atividade de inteligência pode ser utilizada diretamente nas execuções dos processos trabalhistas, seja desvelando fraudes, localizando bens passíveis de penhora, promovendo a segurança dos oficiais de justiça e autoridades, entre outros. Além disso, pode a inteligência atuar na proteção e segurança de magistrados, o que, em grande medida, revela-se como garantia da própria independência do Judiciário.

No cenário social atual, onde a sofisticação tecnológica e a informação circulam de forma rápida e incomensurável por meio de diversas mídias, permitir a tomada de decisões de modo mais assertivo e célere é questão de necessidade. No campo da justiça, entregar ao jurisdicionado uma sentença sem a garantia do bem da vida é o mesmo que não fazer justiça, ao menos no sentido material; por isso, fomentar meios de alcance do fim qualitativo de um processo de execução é também essencial. Portanto, a atividade de inteligência deve ser uma política institucional do Judiciário.

À vista do exposto, não só para atender as questões de segurança, mas também para promover justiça no sentido material, a estruturação e o emprego adequados da atividade de inteligência são fundamentais para a produção, análise e difusão do conhecimento e, em sentido mais amplo, do próprio acesso à justiça.

Referências bibliográficas

ABIN – Agência Brasileira de Inteligência. *Histórico do SNI*. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/institucional/historico/1964-servico-nacional-de-informacoes-sni/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

ANTUNES, Priscila Carlos Brandão. *SNI & ABIN: uma leitura da atuação dos serviços secretos brasileiros ao longo do século XX*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

BATISTA Jr., Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DOCTRINA

BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*: Antigo Testamento, Josué 2,1. Disponível em: <<http://www.bibliacatolica.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 dez. 1999. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9883.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. *Resolução CSJT GP nº 138, de 24 de junho de 2014*. Republicada em cumprimento ao art. 19 da Resolução CSJT nº 174, de 30 de setembro de 2016. Dispõe sobre o estabelecimento de Núcleos de Pesquisa Patrimonial no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, define objetivos de atuação e dá outras providências.

CAMARGO, Francielle; GUIMARÃES, Klicia. O princípio da eficiência na gestão pública. *Revista CEPPG-CESUC – Centro de Ensino Superior de Catalão*, ano XVI, n. 28, 2013.

CEPIK, Marco A. C. *Espionagem e democracia*: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização de serviços de inteligência. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico da segurança institucional do Poder Judiciário*. Relatório do grupo de trabalho para desenvolvimento de estudo visando propor normativo de Segurança institucional do Poder Judiciário. Brasília, jun. 2016a.

_____. *Justiça em números – 2016*. Ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 8 maio 2019.

_____. *Justiça pesquisa*. Fundação Getúlio Vargas (FGV) a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85610-pje-juiz-decide-mais-rapido-em-processo-eletronico-diz-estudo>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

_____. Resolução nº 239, de 6 de setembro de 2016b. Dispõe sobre a Política Nacional de Segurança do Poder Judiciário. *Diário de Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 9 set. 2016. p. 9-10. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2340>>. Acesso em: set. 2018.

FREGAPANI, Gelio. *Segredos da espionagem*. Brasília: Thesaurus, 2001.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de inteligência e legislação correlata*. Niterói: Impetus, 2010.

GONTIJO, Anna Carolina Marques. A reforma trabalhista e o fim da execução de ofício pelo juiz como regra geral: efeitos. *Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, Edição Especial, p. 143-152, nov. 2017.

KENT, Sherman. *Informações estratégicas (Strategic Intelligence for American world policy)*. Trad. Coronel Hélio Freire. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1967.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Princípio da eficiência em matéria tributária*. São Paulo: RT, 2006.

MOTTA, Fernando C. Prestes. *O que é burocracia*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.

NAÇÕES UNIDAS. *Princípios básicos relativos à independência da magistratura*. Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Milão de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985 e endossados pela Assembleia

DOCTRINA

Geral das Nações Unidas nas suas Resoluções 40/32, de 29 e novembro de 1985, e 40/146, de 13 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princbasicos-magistratura.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

NUNES, Alexandre Magno de Souza. A importância da atividade de inteligência no Poder Judiciário frente às ações da segurança institucional: perspectivas de aplicação da Resolução 239/2016 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Revista da ESMAM*, São Luís, v. 11, n. 11, p. 98-117, jan/jun. 2017. Disponível em: <<https://revistaesmam.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/view/68/57>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

PACHECO, Denilson F. Atividades de inteligência no Ministério Público. In: *Congresso Nacional do Ministério Público*. Belo Horizonte: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público/Associação Mineira do Ministério Público, p. 631-649, 2006.

_____. Operações de inteligência, ações de busca e técnicas operacionais como provas. In: PACHECO, Denilson F. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 1.028-1.053.

PEREIRA, Cláudia Vieira. *A atividade de inteligência como instrumento de eficiência no exercício do controle externo pelo Tribunal de Contas da União*. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Especialização em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública com Inteligência Competitiva, oferecido pela Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais em parceria com o Centro Universitário Newton Paiva, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública com Inteligência Competitiva. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2009.

TZU, S. *A arte da guerra*. Capítulo XIII, O uso de espíões. Domínio Público, s/d. Disponível em: <http://www.dominiopublico.es/libros/T/Sun_Tzu/Sun%20Tzu%20-%20A%20Arte%20da%20Guerra.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

VIDIGAL, Armando Amorim Ferreira. Inteligência e interesses nacionais. *III Encontro de Estudos: desafio para a atividade de inteligência no século XXI*, p. 5-50. Brasília: Gabinete de Segurança Institucional, 2004. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/dilma-vana-rousseff/publicacoes/orgao-essenciais/gabinete-de-seguranca-institucional/secretaria-de-acompanhamento-de-estudos-institucionais/iii-encontro-de-estudos-desafios-para-a-atividade-de-inteligencia-no-seculo-xxi/view>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

Recebido em: 28/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E “O CONTO DA AIA”: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES FRENTE À DEMOCRACIA

FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES AND “THE HANDMAID’S TALE”: A CONSTITUTIONAL REVIEW OF WORKER’S RIGHT TO DEMOCRACY

Bruna Scotti Abreu*

RESUMO: Este artigo objetiva apresentar uma relação do livro *O Conto da Aia* com o Direito Constitucional e Direito do Trabalho brasileiros. Para que isso seja possível, primeiramente, apresenta-se um resumo da história do livro, a fim de contextualizar os leitores deste artigo. Após, passa-se para a conceituação do que são os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Além disso, também se explicam os direitos sociais, dentre os quais, se encontra o direito do trabalho, que é o foco deste artigo. Uma vez que, no livro, o país passa de um regime democrático para um regime teocrático e totalitário, faz-se uma análise de como os direitos e garantias fundamentais estão estritamente ligados à democracia.

PALAVRAS-CHAVE: O Conto da Aia. Direito Constitucional. Direito do Trabalho. Garantias Fundamentais.

*ABSTRACT: This article aims to present a connection of the book *The Handmaid’s Tale* with the Brazilian Constitutional Law and Labor Law. For this to be possible, first a summary of the history of the book is presented in order to contextualize the readers of this article. After that, proceed to the conceptualization of what are the fundamental rights and guarantees, which are foreseen in the Federal Constitution of 1988. In addition, also define social rights, among which is the labor law, which is the focus of this article. Since in the book the country moves from a democratic regime to a theocratic and totalitarian regime, an analysis is made of how fundamental rights and guarantees are closely linked with democracy.*

KEYWORDS: The Handmaid’s Tale. Constitutional Law. Labor Law. Fundamental rights.

1 – Introdução

O presente artigo visa relacionar o livro *O Conto da Aia* com o Direito Constitucional e Direito do Trabalho brasileiros. Sendo assim, necessário se faz discorrer sobre a história do referido livro.

* Pós-graduada no curso de Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; advogada.

DOCTRINA

A história se passa em um futuro próximo, em que a democracia e os Estados Unidos da América, como se conhece, não existem mais. As mulheres não podem mais trabalhar, ler, escrever, ter seu próprio dinheiro e sua principal função é a reprodução. A partir disso, elas são divididas em “castas”: as aias, as martas e as esposas. Caso qualquer uma delas desobedeça às regras impostas, são enviadas para trabalhar em colônias de lixo radioativo, as quais são descritas no livro como:

“as outras colônias, contudo, são piores, há os depósitos de lixo tóxico e radiação que vaza. Nessas, eles calculam que você tenha três anos no máximo, antes que sua pele se despregue e saia como luvas de borracha. Não se dão ao trabalho de lhe dar muito o que comer, ou de lhe dar trajas de proteção ou coisa nenhuma, é mais barato assim.”¹

A personagem principal se chama Offred e é uma aia. As aias são mulheres em idade fértil, que são enviadas para a casa dos Comandantes (que são homens que trabalham para esse novo governo) e a sua única função na casa é gerar um filho para este comandante e sua esposa.

A narrativa vai e volta para o passado, e é assim que se percebe que o que eles chamam de República de Gilead é o que já foi os Estados Unidos da América. Esta nova nação é totalitária e teocrática, se tornando um horror para as pessoas que eram acostumadas a viver em democracia. Antes desse grupo tomar o poder, Offred se chamava June, era casada e tinha uma filha. Além disso, trabalhava em uma editora de livros.

O que mais chama atenção na narrativa, é que os cidadãos não esperavam que isso iria acontecer com seu país. As pessoas que tomaram o poder começaram a fazer pequenas ações separadamente, até finalmente acabarem com a democracia.

Um trecho que é importante destacar é o dia que June e sua amiga Moira estavam começando o que seria um dia normal, com uma corrida, e foram surpreendidas com suas contas bancárias bloqueadas e com a demissão de todas as mulheres de seus empregos, de uma vez só e sem justificativa.

A partir desse momento, elas começam a viver em Gilead, sem direitos, separadas de suas famílias e sem poderem ir embora.

Trazendo o tema do livro para o Brasil e considerando a Constituição Federal de 1988, além da Consolidação das Leis Trabalhistas, é possível se

1 ATWOOD, Margaret. *O conto da aia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2017. p. 295.

fazer algumas relações e perceber que, muitas vezes, os direitos adquiridos pela população não são respeitados.

2 – Direitos e Garantias Fundamentais no Direito do Trabalho

2.1 – Conceito de Direitos e Garantias Fundamentais

Ao ler a história do livro *O Conto da Aia*, é impossível não pensar sobre a violação aos direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, importante verificar o disposto na Constituição Federal de 1988 sobre quais são esses direitos:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.”²

Analisando o artigo acima, percebe-se que o Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”³. Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino,

“Em suas origens, o conceito de ‘Estado de Direito’ estava ligado tão somente à ideia de limitação do poder e sujeição do governo a leis gerais e abstratas. A noção de Estado Democrático é posterior, e relaciona-se à necessidade de que seja assegurada a participação popular no exercício do poder, que deve, ademais, ter por fim a obtenção de uma igualdade material entre os indivíduos.”⁴

2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: SENADO FEDERAL. *Legislação Republicana Brasileira*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: SENADO FEDERAL. *Legislação Republicana Brasileira*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

4 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. p. 93.

DOCTRINA

O parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988 declara que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”⁵.

Essas disposições da Constituição Federal mostram que o Brasil não aceitaria um regime como o que é descrito no livro, somente se fosse feita uma nova Constituição. Ao ler a Carta Magna também é possível verificar que a participação do povo é essencial para eleger as pessoas que o representarão e criarão as leis que irão definir os direitos e deveres que toda a população deve exercer.

Ainda, o art. 5º da Constituição Federal trata expressamente dos direitos e deveres individuais e coletivos, entretanto, também criou o conceito de garantias fundamentais⁶. Sendo assim, é importante diferenciá-los:

“Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.”⁷

Dentre esses direitos, destaca-se a dignidade da pessoa humana, a qual é totalmente desrespeitada no livro em questão. Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino,

“A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda em propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana.”⁸

Esse conceito se torna interessante quando comparado com o livro *Contra da Aia*, pois, ao tomar o poder, o grupo transformou os Estados Unidos da América em um regime totalitário, indo de encontro a todos os princípios da democracia, que são tão prezados tanto naquele país quanto no Brasil.

Para Antônio Fernando Pires, “os Direitos e Garantias Fundamentais são verdadeiras limitações ao Poder Estatal. Normas de competência negativa

5 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. p. 93.

6 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.159.

7 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.159.

8 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. p. 94.

para os Poderes Públicos. Normas positivas para os cidadãos. Protegem, pois, a dignidade da pessoa humana”⁹. Isto é, a Constituição Federal de 1988 criou os direitos e garantias fundamentais para proteger os cidadãos. No livro *O Conto da Aia*, o grupo que tomou o poder aboliu a Constituição dos Estados Unidos, fazendo com que a população perdesse seus direitos e garantias.

Os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino definem o que é a dignidade da pessoa humana ao afirmar que a mesma

“assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.”¹⁰

Já para Antônio Fernando Pires, o conceito dos direitos e garantias fundamentais vai além:

“Os Direitos Fundamentais, portanto, nada mais são do que os Direitos Humanos ou Direitos do Homem positivados numa Constituição. A nomenclatura passa a ser ‘Direitos Fundamentais’. Boa parte da doutrina defende que se trata de direitos que acompanham o homem desde sempre (jusnaturalismo). O homem já nasceria com estes direitos, que poderiam até mesmo ser chamados de divinos.”¹¹

Ao transformar um país em um estado totalitário de direito, essas pessoas, retratadas no referido livro, não só estão retirando o direito de proteção dos indivíduos, bem como estão deixando de cumprir um dever, que é o de tratar todas as pessoas de forma igualitária e com respeito.

No âmbito do Direito do Trabalho, existem várias leis que protegem os direitos humanos dos trabalhadores, visando colocar limites ao poder do empregador.

Sabe-se que é dever do empregador dar ordens e exigir que as mesmas sejam cumpridas, porém, deve existir um limite, imposto pela lei, cujo parâmetro se encontra em um plano mais amplo, que é o dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

9 PIRES, Antonio Fernando. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 190.

10 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. p. 94.

11 PIRES, Antonio Fernando. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 190.

2.2 – O Direito ao Trabalho como um Direito Social

O direito ao trabalho é reconhecido como um Direito Social, o qual está inserido no título que fala sobre os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988. O mesmo encontra previsão expressa do art. 6º da Carta Magna, a seguir:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”¹²

Pedro Lenza define o que são os direitos sociais:

“Assim, os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88).”¹³

Ou seja, os direitos sociais são direitos que buscam diretamente e efetivamente a garantia de melhores condições de vida para população, bem como que isso seja estendido para todas as pessoas, sem diferenciação.

O referido autor ainda discorre sobre como os direitos sociais são aplicados, uma vez que se trata de direitos fundamentais:

“Enquanto direitos fundamentais (alocados no Título II da CF/88), os direitos sociais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º) e podem ser implementados, no caso de omissão legislativa, pelas técnicas de controle, quais sejam, o mandado de injunção ou a ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão).”¹⁴

Importante referir que o direito ao trabalho não estava previsto nas demais Constituições brasileiras como um direito social, como explica Gilberto Stürmer:

“Os direitos sociais, especialmente os de natureza trabalhista, como já visto, não figuraram nas Constituições de 1824 e 1891. Nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 figuraram no âmbito da ordem

12 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: SENADO FEDERAL. *Legislação Republicana Brasileira*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

13 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.298.

14 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.298.

econômica e social. A Constituição da República de 1988 é a primeira da história brasileira a inserir os direitos sociais trabalhistas no âmbito dos direitos e garantias fundamentais.”¹⁵

A legislação trabalhista vai além e visa garantir os direitos humanos dos trabalhadores¹⁶. Sendo assim, os direitos dos trabalhadores estão dispostos em um artigo específico da Constituição Federal de 1988, qual seja, o art. 7º. Neste artigo, se dará foco aos incisos I a XV, pois são os desrespeitados no livro *O Conto da Aia*:

“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; II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III – fundo de garantia do tempo de serviço; IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII – garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII – décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII – salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de reveza-

15 STÜRMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 24.

16 BRASIL. *Direito do trabalho sob a ótica dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/direito-do-trabalho-sob-a-otica-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

DOCTRINA

mento, salvo negociação coletiva; XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.”¹⁷

É possível perceber, ao ler os referidos incisos, que os mesmos, muitas vezes, se referem a indenizações em dinheiro para possíveis violações de direitos que os empregadores possam vir a cometer contra seus funcionários.

Importantes são as colocações de Gilberto Stürmer sobre o referido artigo e seus incisos:

“É de referir, também, que os direitos arrolados nos incisos do art. 7º são os direitos constitucionais trabalhistas, mas o próprio *caput* expressa que há outros, além desses, que visam à melhoria da condição social dos trabalhadores. Esses outros direitos são, portanto, regulados pela legislação infraconstitucional. De todo modo, é importante deixar claro o fato de que o *caput* é o principal, sendo os incisos dele corolários. Isso significa dizer que a regra é a melhoria da condição social dos trabalhadores. Eventual condição menos benéfica pode se dar apenas por exceção com expressa referência a esta circunstância.”¹⁸

Ou seja, as disposições feitas no art. 7º da Constituição Federal de 1988 são espécies de guias para a criação das leis que dispõem sobre o trabalho no Brasil.

Para Pedro Lenza, o direito social ao trabalho:

“Trata-se, sem dúvida, de relevante instrumento para implementar e assegurar a todos uma existência digna, como estabelece o art. 170, *caput*. O Estado deve fomentar uma política econômica não recessiva, tanto que, dentre os princípios da ordem econômica, sobressai a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Aparece como fundamento da República (art. 1º, IV), e a ordem econômica, conforme os ditames da justiça social, funda-se na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa.”¹⁹

Destaca-se que o direito ao trabalho é obrigatório para a construção de uma nação:

“A amplitude do direito à liberdade não poderia, por certo, afastar o exercício de qualquer trabalho. É imperativo para a construção social

17 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. In: SENADO FEDERAL. *Legislação Republicana Brasileira*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

18 STÜRMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28.

19 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.300.

DOCTRINA

e econômica do Estado que os indivíduos tenham direito ao trabalho. Aliás, como referido anteriormente, o direito ao trabalho é princípio constitucional fundamental (art. 1º, inciso IV).”²⁰

No livro, não só os direitos e garantias fundamentais são desrespeitados, mas os direitos sociais são retirados dos cidadãos do país. Sendo assim, o direito ao trabalho exercido de forma digna também é afastado destas pessoas.

Sobre isso, valorosas as colocações de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

“Corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana, o postulado constitucional (implícito) da garantia do mínimo existencial não permite que o Estado negue – nem mesmo sob a invocação da insuficiência de recursos financeiros – o direito a prestações sociais mínimas, capazes de assegurar, à pessoa, condições adequadas de existência digna, com acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas estatais viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.”²¹

Ou seja, a dignidade da pessoa humana agregada à garantia do mínimo existencial faz com que seja obrigação do Estado proporcionar condições dignas de vida para a população. Veja-se que, nesse caso, não se trata somente de uma obrigação do empregador frente ao seu empregado, mas de o próprio Estado suprir essas necessidades do indivíduo.

Importante referir que o direito ao trabalho não está previsto somente na Constituição brasileira, mas é um direito reconhecido mundialmente:

“A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, dispõe no seu artigo XXIII que toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.”²²

20 STÜRMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 24.

21 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. p. 254.

22 STÜRMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27.

DOCTRINA

Assim, o direito ao trabalho é consagrado mundialmente como mais que um direito social, mas um direito humano. E, esse direito ao trabalho é regulamentado pelo direito do trabalho²³, como visto anteriormente.

Além disso, no livro, outro princípio que é violado é o da proibição de retrocesso social, o qual ainda não está expressamente previsto na Constituição Federal, mas encontra amparo na doutrina mais ajustada à concepção de Estado Democrático de Direito²⁴.

“Esse princípio da vedação de retrocesso (também conhecido pela expressão francesa *effet cliquet*) visa a impedir que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender dessas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade. Significa que, uma vez regulamentado determinado dispositivo constitucional, de índole social, o legislador não poderia, posteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito já reconhecido ou concretizado.”²⁵

O trecho acima define bem o que é o princípio de vedação ao retrocesso social e como o mesmo é de extrema importância para que se mantenham os direitos adquiridos pela população.

A principal crítica do livro analisado neste artigo é a rapidez e até a facilidade com que os direitos e garantias fundamentais podem ser retirados dos indivíduos. Por isso, é necessário que, sempre que possível, os cidadãos analisem com atenção quem estão elegendo para cargos tanto no Poder Executivo quanto no Legislativo, pois são essas pessoas que podem conceder e retirar direitos.

3 – Conclusão

O livro *O Conto da Aia* apresenta uma reflexão sobre liberdade e direitos civis, humanos e trabalhistas. Ainda, mostra como o sistema político que se tem hoje em dia é fragilizado e pode ser alterado a qualquer momento.

A Constituição Federal de 1988 é chamada de Constituição Cidadã, pois instituiu inúmeros direitos à população do Brasil, talvez como nunca tenha

23 STÜRMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28.

24 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. p. 258.

25 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. São Paulo: Método, 2013. p. 258.

se visto nas Constituições anteriores. Em se falando especificamente sobre os direitos de natureza trabalhista, como dito anteriormente, estes não eram previstos nas Constituições de 1824 e 1891 e nas demais figuraram na esfera da norma econômica e social.

Atualmente, tem-se o direito ao trabalho como um direito social, presumindo-se que o labor é tão importante quanto alimentação e saúde, que são elementos vitais para a existência humana.

Sendo assim, percebe-se a importância do Direito ao Trabalho e como este deve ser respeitado por todas as partes que se envolvem nessa relação, quais sejam, os empregados e empregadores, pois todos são cidadãos e devem cumprir o que está disposto na Constituição. Porém, não é isso que se presencia em alguns casos.

A história apresentada no livro é um tanto extremista e até dramática, mas em inúmeros pontos é possível encontrar relação com o que já é desrespeitado atualmente. Por exemplo, no livro fala que as mulheres são enviadas para as colônias sem direito à alimentação adequada e sem trajes de segurança. Esta situação não está tão longe do que algumas empresas fazem quando não concedem intervalo para seus funcionários ou quando não fornecem equipamentos de proteção individual e não fiscalizam o uso dos mesmos. Ainda, quando permitem que os funcionários trabalhem em locais insalubres e perigosos por mais tempo do que o permitido por lei.

Dadas essas situações, percebe-se que a história do livro, mesmo se passando em outro país, que possui outra Constituição, mostra a violação dos direitos e garantias fundamentais, tal qual fosse no Brasil.

Falou-se, anteriormente, que o direito ao trabalho é tão importante quanto alimentação, saúde, segurança e moradia, porém se os direitos dos trabalhadores são violados, todos os outros direitos sociais são colocados em risco.

Parte-se do pressuposto que os cidadãos trabalham para ganhar dinheiro. Dinheiro este que provém todo o restante, como a comida, a segurança e uma moradia de qualidade. Uma vez que o trabalhador não pode exercer seu direito de forma digna, não há a manutenção da sequência de direitos necessários a uma existência digna, criando problemas de toda espécie para a sociedade como um todo e não somente para um núcleo familiar.

Assim, tem-se que toda a população deve fazer sua parte, a fim de cumprir seus direitos e deveres, para que todos possam viver da melhor maneira possível e sem extremismos, tais quais são demonstrados no livro *O Conto da Aia*.

DOCTRINA

Referências bibliográficas

ATWOOD, Margaret. *O conto da aia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: SENADO FEDERAL. *Legislação Republicana Brasileira*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. *Direito do trabalho sob a ótica dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/direito-do-trabalho-sob-a-otica-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. São Paulo: Método, 2013.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIRES, Antonio Fernando. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

SOUZANETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STÜRMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

Recebido em: 30/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

